

MittBayNot

Begründet 1864

5 | 2020

September/Oktober 2020

Mitteilungen des
Bayerischen Notarvereins,
der Notarkasse und der
Landesnotarkammer
Bayern

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
Vorübergehend:
Denninger Straße 169
81925 München

Herausgeberbeirat:

Dr. Hermann Amann,
Notar a. D., Berchtesgaden
Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg
Dr. Susanne Frank,
Notarin in München
Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,
Notar in Regen
Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München
Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen
Dr. Dietmar Weidlich,
Notar in Roth

Schriftleitung:

Benedikt Mack,
Notarassessor
Ann-Kathrin Schmelter,
Notarassessorin
ISSN 0941-4193

AUFSÄTZE

- **Basty:** Umsatzsteuerklauseln im Lichte des Zweiten Corona-Steuerhilfegesetzes 405
- **Demuth:** Vorbehaltsnießbrauch am ertragsteuerrechtlichen Betriebsvermögen 408
- **Sikora/Sommer:** Gestaltungsfragen bei Immobilienerwerb durch nichteheliche Lebensgemeinschaften und Ehegatten – Teil 1 415

RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

- **Becker** zu **OLG Köln:** Eintragung eines Nießbrauchs mittels einer postmortalen Vollmacht 440
- **Müller** zu **OLG Düsseldorf:** Keine gestreckte Begründung von Sondernutzungsrechten nach dem Ausscheiden des aufteilenden Eigentümers 452
- **Waldner** zu **OLG Hamm:** Zur Bestandteilszuschreibung eines mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstücks zu dem auf ihm lastenden Erbbaurecht 457
- **Münch** zu **BGH:** Keine Pflicht zum Abschluss einer Verrechnungsvereinbarung über Versorgungsausgleich 465
- **Osterholzer** zu **OLG Stuttgart:** Rückabwicklung einer Grundeigentumszuwendung nach dem Scheitern der Ehe 470
- **S. Braun** zu **OLG München:** Auslegung eines gemeinschaftlichen Testaments im Hinblick auf den ersten Erbfall 474
- **Greger** zu **BGH:** Erteilung einer Ausfertigung der Urkunde mit Auflassungserklärung – Auslegung einer gemeinsamen Anweisung der Urkundsbeteiligten an den Notar 487
- **Sandkühler** zu **BGH:** Planmäßige und missbräuchliche Aufspaltung von Kaufverträgen in Angebot und Annahme durch einen Notar; Gewinnsucht i. S. d. § 97 Abs. 4 Satz 2 BNotO 509
- **Keim** zu **OLG Karlsruhe:** Amtspflichtverletzung eines Notars im Zusammenhang mit der Errichtung eines notariellen Testaments. 517

Impressum

MittBayNot

Mitteilungsblatt für die im Bereich der Notarkasse tätigen Notare und Notarassessoren sowie für die Angestellten der Notarkasse

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
Vorübergehend:
Denninger Straße 169
81925 München
Telefon: (089) 551660
Telefax: (089) 55166234
E-Mail: info@mittbaynot.de
Internet: <https://www.notare.bayern.de/mittbaynot.html>

Herausgeberbeirat:

Notar a. D. Dr. Hermann Amann,
Notare Dr. Johann Frank,
Dr. Susanne Frank, Prof. Dr. Dr. Herbert
Grziwotz, Prof. Dr. Dieter Mayer,
Dr. Eckhard Wälzholz, Dr. Dietmar Weidlich

Schriftleitung:

Notarassessor Benedikt Mack,
Notarassessorin Ann-Kathrin Schmelter

Druck:

Universal Medien GmbH
Geretsrieder Straße 10
81379 München

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 5 | 2020

AUFSÄTZE 405

Basty: Umsatzsteuerklauseln im Lichte des Zweiten Corona-Steuerhilfegesetzes 405

Demuth: Vorbehaltsnießbrauch am ertragsteuerrechtlichen Betriebsvermögen 408

Sikora/Sommer: Gestaltungsfragen bei Immobilienerwerb durch nichteheliche Lebensgemeinschaften und Ehegatten – Teil 1 415

BUCHBESPRECHUNGEN 423

Büttner/Frohn/Seebach: Elektronischer Rechtsverkehr und Informationstechnologie im Notariat (**Adrian**) 423

Hauß: Elternunterhalt: Grundlagen und Strategien (**Menne**) 425

Keller/Munzig: Grundbuchrecht (**Krafka**) 426

Schönenberg-Wessel: Das notarielle Nachlassverzeichnis (**S. Braun**) 427

RECHTSPRECHUNG 429

Bürgerliches Recht

ALLGEMEINES

- Wirksamkeit des Rücktritts von einem Kaufvertrag – Anspruch auf Freistellung von Pflichten aus einem Gesamtschuldverhältnis (BGH, Urteil vom 14.2.2020, V ZR 11/18 – Ls.) 429
- Bauträgervertrag: Unwirksamkeit einer Hinterlegungsklausel (OLG Schleswig, Urteil vom 21.2.2020, 1 U 19/19 – Ls.) 429
- Rentenzahlung aufgrund eines Leibgedinges nach freiwilligem Verlassen des Grundstücks (OLG Nürnberg, Beschluss vom 11.2.2020, 13 U 4456/19) 429
- Mangel der Eigentumswohnung wegen nahe gelegenen Wertstoffcontainer (OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.1.2020, I-21 U 46/19) 432

- Eintragung eines Nießbrauchs mittels einer postmortalen Vollmacht (OLG Köln, Beschluss vom 19.12.2019, 2 Wx 343/19) 437
mit Anmerkung **Becker** 440

SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

- Werdender Wohnungseigentümer nach Entstehen der Wohneigentümergeinschaft (BGH, Urteil vom 14.2.2020, V ZR 159/19) 442
- Ordnungsmäßige Benutzung eines Gewerbegrundstücks – Wegerecht nach dem BGB außerhalb des Grundbuchs (BGH, Urteil vom 24.1.2020, V ZR 155/18) 445
- Keine gestreckte Begründung von Sondernutzungsrechten nach dem Ausscheiden des aufteilenden Eigentümers (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.10.2019, I-3 Wx 69/19) 449
mit Anmerkung **Müller** 452
- Zur Bestandteilszuschreibung eines mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstücks zu dem auf ihm lastenden Erbbaurecht (OLG Hamm, Beschluss vom 30.1.2019, I-15 W 320/18, I-15 W 321/18) 455
mit Anmerkung **Waldner** 457

FAMILIENRECHT

- Bestellung eines Kontrollbetreuers zwecks Widerrufs einer Vorsorgevollmacht (BGH, Beschluss vom 8.1.2020, XII ZB 368/19) 459
- Keine Pflicht zum Abschluss einer Verrechnungsvereinbarung über Versorgungsausgleich (BGH, Beschluss vom 30.10.2019, XII ZB 537/17) 462
mit Anmerkung **Münch** 465
- Rückabwicklung einer Grundeigentumszuwendung nach dem Scheitern der Ehe (OLG Stuttgart, Beschluss vom 5.6.2019, 18 UF 67/19) 466
mit Anmerkung **Osterholzer** 470

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 5 | 2020

ERBRECHT

13. Auslegung eines gemeinschaftlichen Testaments im Hinblick auf den ersten Erbfall (OLG München, Beschluss vom 12.11.2019, 31 Wx 183/19) 473
mit Anmerkung **S. Braun** 474

14. Keine Verfügungsbefugnis der Erben bei Anordnung der Testamentsvollstreckung (OLG Köln, Urteil vom 30.10.2019, 16 U 59/19 – Ls.) 476

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

15. Geschäftsführereignung nach Beihilfe zum Bankrott (BGH, Beschluss vom 3.12.2019, II ZB 18/19 – Ls.) 476

16. Anforderungen an die Neufassung einer Vereinssatzung (OLG München, Beschluss vom 30.1.2020, 31 Wx 371/19) 476

17. Anwendung von § 160 HGB auf Herabsetzung des Haftkapitals (OLG Hamburg, Urteil vom 31.1.2020, 11 U 90/19 – Ls.) 479

Internationales Privatrecht

18. Grenzüberschreitender „Heraus-Formwechsel“ einer GmbH (OLG Saarbrücken, Beschluss vom 7.1.2020, 5 W 79/19) 480

Beurkundungs- und Notarrecht

19. Erteilung einer Ausfertigung der Urkunde mit Auflassungserklärung – Auslegung einer gemeinsamen Anweisung der Urkundsbeteiligten an den Notar (BGH, Beschluss vom 26.9.2019, V ZB 41/19) 483
mit Anmerkung **Greger** 487

20. Planmäßige und missbräuchliche Aufspaltung von Kaufverträgen in Angebot und Annahme durch einen Notar; Gewinnsucht i. S. d. § 97 Abs. 4 Satz 2 BNotO (BGH, Beschluss vom 28.8.2019, NotSt (Brfg) 1/18) 489
mit Anmerkung **Sandkühler** 509

21. Amtspflichtverletzung eines Notars im Zusammenhang mit der Errichtung eines notariellen Testaments (OLG Karlsruhe, Urteil vom 20.12.2019, 14 U 99/17) 511
mit Anmerkung **Keim** 517

Kostenrecht

22. Vergütung des Notars für die Beglaubigung einer Unterschrift unter mehreren Erklärungen (BGH, Beschluss vom 23.1.2020, V ZB 70/19) 519

Steuerrecht

23. Erbschaft- und Schenkungsteuer: maßgebende Steuerklasse beim Erwerb vom biologischen Vater (BFH, Urteil vom 5.12.2019, II R 5/17 – Ls.) 522

24. Keine Aufdeckung der stillen Reserven bei freiwilligem Landtausch (BFH, Urteil vom 23.10.2019, VI R 25/17 – Ls.) 522

25. Grunderwerbsteuerpflicht der Bestellung eines Dauerwohnrechts (FG München, Urteil vom 21.4.2020, 4 K 3105/18) 522

SONSTIGES

525

Veranstaltungshinweise

525

Neuerscheinungen

527

STANDESNACHRICHTEN

528

AUFsätze

Umsatzsteuerklauseln im Lichte des Zweiten Corona-Steuerhilfegesetzes

Von Dr. Gregor Basty, Notar in München

Nach geltender Rechtslage fällt beim Bauträgervertrag regelmäßig keine Umsatz-/Mehrwertsteuer an. Grunderwerbsteuerpflichtige Umsätze sind nach § 4 Nr. 9a UStG umsatzsteuerfrei, es sei denn im Vertrag wurde – unter den Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 UStG – zur Umsatzsteuer optiert.¹ Für den Bauträger wirken sich Änderungen im Umsatzsteuerrecht jedoch unter Umständen aus, da er an die von ihm beauftragten Unternehmen Umsatzsteuer zu zahlen hat. In Rede stehen insofern in erster Linie Änderungen des Steuersatzes.

Maßgebend für eine Mehr- oder Minderbelastung des Bauträgers durch Änderungen des Umsatzsteuersatzes ist nicht, wann der Vertrag abgeschlossen wurde oder wann Bauarbeiten durchgeführt oder Rechnungen gestellt oder Abschläge geleistet wurden. Entscheidend ist, wann die Leistung erbracht wurde. Bei Bauwerkverträgen kommt es auf den Zeitpunkt der *Abnahme* der betreffenden Leistung an.² Wird zum Beispiel in der Zeit des abgesenkten Steuersatzes ein Abschlag in Rechnung gestellt, entfällt auf diesen Rechnungsbetrag zunächst nur der abgesenkte Steuersatz, jedoch ist ggf. der erhöhte Steuersatz zum Zeitpunkt der Abnahme der Gesamtleistung für die Gesamtvergütung – in der Regel ausgewiesen in der Schlussrechnung – maßgebend.

Lässt also der Bauträger das Gesamtbauvorhaben von einem Generalunternehmer durchführen, ist derjenige Umsatzsteuersatz für die Gesamtvergütung maßgebend, der im Zeitpunkt der Abnahme der Leistungen des Generalunternehmers gilt. Bei einer Einzelvergabe kommt es auf den Zeitpunkt der Abnahme der einzeln vergebenen Gewerke an.

Der Bauträger, der für die von ihm vergebenen Leistungen mit einem Umsatzsteuersatz von 19 % kalkuliert hat, wird somit dann (unerwartet) von der Absenkung des Umsatzsteuersatzes durch das Zweite Corona-Steuerhilfegesetz vom 29.6.2020³ profitieren, wenn die ihm erbrachten Leistungen abnahmereif im Zeitraum zwischen dem 1.7.2020 und dem 31.12.2020 erbracht und abgenommen wurden. Andernfalls bleibt es für ihn letztlich bei 19 % Umsatzsteuer.

1 Vgl. BFH, Urteil vom 21.10.2015, XI R 40/13, DNotZ 2016, 188; Everts, ZfIR 2006, 661, 664 f.; DNotI-Report 2006, 77, 79 f.

2 Vgl. Everts, ZfIR 2006, 661, 662 m. w. N.

3 BGBl. I, S. 1512.

I. § 29 UStG

Eine gesetzliche Regelung zur Anpassung der Vergütung in solchen Fällen findet sich in § 29 UStG. Wurde der Vertrag nicht später als vier Kalendermonate vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Umsatzsteuersatzes abgeschlossen, kann der eine Vertragsteil von dem anderen einen angemessenen Ausgleich der umsatzsteuerlichen Mehr- oder Minderbelastung verlangen. Voraussetzung ist, dass die Parteien nicht etwas anderes vereinbart haben. Entscheidend ist danach eine Vereinbarung des Inhalts, dass Ausgleichsansprüche im Falle der Anhebung oder Absenkung des Umsatzsteuersatzes ausgeschlossen sind.

Es ist schon fraglich, ob § 29 UStG überhaupt für Verträge anwendbar ist, die nicht selbst der Umsatzsteuerpflicht unterliegen. Jedenfalls wird dessen Anwendung im Bauträgervertrag in aller Regel durch eine *Festpreisvereinbarung* abbedungen sein.⁴ Dies gilt in beiden Richtungen. So wenig wie der Bauträger im Falle einer Anhebung des Umsatzsteuersatzes aufgrund § 29 UStG wegen seiner Mehrbelastung vom Erwerber einen höheren Kaufpreis verlangen kann, kann jener bei einer Absenkung eine Kaufpreisherabsetzung beanspruchen.

II. Vertragliche Regelungen

Nicht unüblich sind in Bauträgerverträgen Klauseln, die eine Anpassung des Kaufpreises bei einer *Veränderung des Umsatzsteuersatzes* vorsehen.⁵ Bauträger wollen damit ihre Kalkulationsgrundlage sicherstellen.

Offen ist, ob man entsprechende Kaufpreisanpassungsklauseln auf eine *Erhöhung* des Umsatzsteuersatzes beschränken kann.⁶ Im Lichte des § 309 Nr. 1 BGB erscheint dies unbedenklich, da dieser nur Preiserhöhungen betrifft. Im Interesse der „Waffengleichheit“ und Fairness sollte für den Fall einer Herabsetzung des Umsatzsteuersatzes, auch wenn man solche Fälle für unwahrscheinlich halten konnte,⁷ ebenfalls eine

4 DNotI-Report 2006, 77, 78.

5 Everts, ZfIR 2006, 661; Meyer, RNotZ 2006, 497, 507; DNotI-Report 2006, 77, 78 ff.

6 So z. B. Beck'sches Formularbuch Immobilienrecht/*Barbers*, 3. Aufl. 2018, A. III. 1 im Vertragsmuster § 4 Nr. 7; Kersten/Bühling/*Wolfsteiner*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 26. Aufl. 2019, § 33 Rdnr. 63 M.

7 Hertel (in Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 3 Rdnr. 283) spricht von dem „(zugegebenermaßen unwahrscheinlichen) Fall einer Umsatzsteuersenkung“.

Preis Anpassung vorgesehen werden. § 29 UStG kann man insofern als Leitbild ansehen. Eine Anpassung nur im Falle einer Erhöhung dürfte wegen der Einseitigkeit als unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam sein.

Umsatzsteuerklauseln können nur dann Anerkennung finden, wenn sie im Ergebnis allein konkrete Kostenbelastungen weitergeben. Sie dürfen nicht zu zusätzlichen Gewinnen des Unternehmers führen.⁸

1. Berechnung der konkreten Mehr- oder Minderbelastung

Dem würde eine Klausel gerecht, nach der § 29 UStG gilt und daher bei einer Änderung des Umsatzsteuersatzes ein angemessener Ausgleich der umsatzsteuerlichen Mehr- oder Minderbelastung verlangt werden kann. Der damit verbundene Aufwand wäre überschaubar: Es wären nur Nachweise zum Abnahmetermine der jeweiligen Bau- und Planungsleistungen sowie zur Höhe derjenigen Schlussrechnungen vorzulegen, die Arbeiten betreffen, die zum Zeitpunkt des abweichenden Umsatzsteuersatzes abgenommen wurden. Als störend kann empfunden werden, dass damit ein nicht unwesentlicher Teil der Gesamtkalkulation offenzulegen wäre.

In die gleiche Richtung geht eine Klausel, nach der der Bauträger die ihn durch die Änderung des Umsatzsteuersatzes tatsächlich treffende Zusatz- bzw. Minderbelastung – zum Beispiel durch das Gutachten eines Wirtschaftsprüfers – nachzuweisen hat.⁹ Sie vermeidet die Offenlegung konkreter Rechnungsbeträge. Auch hier erscheint der zu erwartende (Kosten-)Aufwand nicht übermäßig.

Um diesen Gesichtspunkten Rechnung zu tragen, wäre beispielsweise eine Klausel folgenden Inhalts in Betracht zu ziehen:

Bei der Kalkulation des Kaufpreises ist der Veräußerer von einem Umsatzsteuersatz von 19 % ausgegangen. Ändert sich der Umsatzsteuersatz vor vollständiger Fertigstellung des vertragsgegenständlichen Bauvorhabens nach oben oder nach unten, kann jeder Vertragsteil eine Änderung des Kaufpreises entsprechend der damit für den Veräußerer verbundenen umsatzsteuerlichen Mehr- oder Minderbelastung verlangen. Hierzu hat der Veräußerer nach seiner Wahl dem Erwerber

a) entweder den Änderungsbetrag mitzuteilen unter Beifügung von Nachweisen zum Abnahmetermine der einzelnen Bau- und Planungsleistungen sowie zur Höhe der Schlussrechnungen für Arbeiten, die zum Zeitpunkt des abweichenden Umsatzsteuersatzes abgenommen wurden, oder

b) das Gutachten eines von ihm zu bestimmenden Wirtschaftsprüfers auszuhändigen, der aufgrund der vorgenannten Unterlagen die eingetretene Mehr- bzw. Minderbelastung feststellt.

Eine entsprechende Kaufpreisanpassung wird wirksam mit der letzten vom Erwerber gemäß Abschnitt (...) zu zahlenden Rate. Diese wird nicht fällig, bevor die entsprechenden Nachweise bzw. das Gutachten vorgelegt wurden.

2. Anpassung einzelner Raten

In der Praxis finden sich demgegenüber überwiegend Klauseln, die eine Anpassung der einzelnen vom Erwerber zu zahlenden Raten vorsehen und versuchen, einen zusätzlichen Gewinn durch Pauschalen zu vermeiden, zum Beispiel:

In Anbetracht dessen, dass im gegenwärtigen Vertrag als Termin für die Übergabe des Vertragsgegenstands an den Käufer ein Zeitpunkt später als vier Monate von heute an bestimmt worden ist, vereinbaren die Vertragsteile: Sollte sich vor Fälligkeit der letzten Kaufpreisrate der Tarif der Umsatzsteuer gegenüber dem jetzigen Tarif ändern, ändern sich – mit Ausnahme der ersten Rate – die Kaufpreiskraten, die nach dem Zeitpunkt fällig werden, der in dem Erhöhungsgesetz als Stichtag bestimmt worden ist. Der Erhöhungsbetrag ist so zu berechnen, dass die betroffenen Kaufpreiskraten durch 119 zu teilen und mit dem neuen Regelsatz der USt + 100 zu vervielfältigen sind.¹⁰

a) Problematik zeitlich beschränkter Umsatzsteuersatzänderungen

Solche Klauseln werden einer zeitlich beschränkten Herabsetzung des Umsatzsteuersatzes, wie sie das Zweite Corona-Steuerhilfegesetz vom 29.6.2020 regelt, nicht gerecht. Umsatzsteuerklauseln gehen von einer auf längere Zeit geltenden Änderung des Umsatzsteuersatzes aus. Gesetzgeberische Ausnahmeentscheidungen wie die Herabsetzung des Umsatzsteuersatzes für wenige Monate sind dem Vertragsgestalter nicht vorhersehbar gewesen. Sie führen für den Bauträger in aller Regel nicht zu einer Minderbelastung wegen des ermäßigten Umsatzsteuersatzes (siehe oben). Es spricht daher viel für eine einschränkende Auslegung solcher Klauseln, sodass die Anpassung einer in den Zeitraum der kurzzeitigen Steuersatzsenkung fällig werdenden Rate nur verlangt werden kann, wenn diese auch tatsächlich zu einer Minderbelastung des Bauträgers führt.

Werden Verträge, die die genannte Klausel enthalten, zwischen dem 1.7. bis 31.12.2020 geschlossen, kann sich die Frage stellen, ob für die ab 2021 fällig werdenden Raten eine Erhöhung beansprucht werden kann. Bei der oben genannten Formulierung dürfte das deshalb ausgeschlossen sein, weil der letzte Satz als Hinweis darauf zu verstehen sein könnte, dass in der Kalkulation von einem Umsatzsteuersatz von 19 % ausgegangen wurde. Entsprechend dürften solche Klauseln auch ohne diesen Zusatz zu verstehen sein, es sei denn der

8 BGH, Urteil vom 20.5.1985, VII ZR 198/84, NJW 1985, 2270; OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.7.2011, 23 U 87/09, IPR 2012, 28; LG Bonn, Urteil vom 8.4.1992, 19 O 246/91, NJW-RR 1992, 917; Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 6. Aufl. 2018, Rdnr. 187; Grziwotz/Koebler/Vogel, Handbuch Bauträgerrecht, 2004, Teil 4 Rdnr. 28.

9 Vgl. Reithmann/Meichssner/von Heymann/Reithmann, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl. 1995, B.69.

10 Kersten/Bühling/Wolfsteiner, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 33 Rdnr. 63 M; näher zu dieser Gestaltung Meyer, RNotZ 2006, 497, 508.

Kaufpreis wurde angesichts der Änderung des Umsatzsteuersatzes tatsächlich nach unten angepasst.

b) Vermeidung zusätzlicher Gewinne

Zur Vermeidung zusätzlicher Gewinne wird in solchen Klauseln in erster Linie auf den Grundstücksanteil abgestellt. Für den Erwerb des Grundstücks hat der Bauträger keine Umsatzsteuer aufzuwenden. Im Hinblick darauf wird häufig die erste Rate (nach § 3 Abs. 2 MaBV in Höhe von 30 % des Gesamtkaufpreises) von einer Erhöhung ausgenommen. Genauer ist insofern nicht auf die erste Rate, sondern auf den auf das Grundstück entfallenden Teil der Vergütung abzustellen. Er kann deutlich niedriger als 30 % sein, aber auch erheblich höher. Zudem werden idealtypisch mit der ersten Rate neben den tatsächlichen Grunderwerbskosten zum Beispiel auch Planungskosten und Ähnliches abgegolten, für die der Bauträger Umsatzsteuer aufwenden muss.¹¹ Insofern wäre zu erwägen, den konkreten Erwerbspreis für das Grundstück in dem Vertrag zu nennen und den entsprechenden Betrag (bei Wohnungseigentum anteilig) von der Preiserhöhung auszunehmen.¹²

Außerdem werden für den Fall der Erhöhung des Umsatzsteuersatzes Einschränkungen im Hinblick darauf in Betracht gezogen, dass der Bauträger die ihm gegenüber erbrachten Arbeiten unter Umständen noch auf der Basis des alten (niedrigeren) Umsatzsteuersatzes zu bezahlen hat.¹³ Gedacht ist dabei (wohl) an die Einzelvergabe von Arbeiten durch den

Bauträger mit deren Abnahme zum Zeitpunkt der Fertigstellung des betreffenden Gewerks. Die für Bauträgerevorhaben eher typische Durchführung durch Generalunternehmer würde demgegenüber eher dafür sprechen, auf den Umsatzsteuersatz zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Vorhabens abzustellen.

Zur pauschalen Berücksichtigung wird vorgeschlagen, dass sich nicht der Gesamtkaufpreis (ohne Grundstücksanteil) erhöht, sondern nur diejenigen vom Erwerber zu zahlenden Raten, die später als einen Monat (oder zwei Monate) nach der Steuererhöhung fällig werden.¹⁴ Um dem Risiko einer überproportionalen und damit unwirksamen Kaufpreiserhöhung – insbesondere auch im Hinblick auf den Unternehmergewinn – zu entgehen, wird weiter vorgeschlagen, eine Umsatzsteuererhöhung nur teilweise – zum Beispiel mit 80 % – weiterzugeben.¹⁵

Ob bei solchen Klauseln ein Einbehalt nach § 650m Abs. 2 BGB ebenfalls einer Anpassung an die geänderte Umsatzsteuer unterliegt, ist zunächst eine Frage der Gestaltung der Klausel. Wird auf die nach dem Stichtag fällig werdenden Zahlungen abgestellt, wird dies auch für den Einbehalt gelten. Anders wird es sein, wenn auf die „Raten“ abgestellt wird, da der einbehaltene Betrag nicht als Rate im Sinne des Zahlungsplans zu verstehen ist. Insbesondere erfolgt der Einbehalt aus der ersten Rate. Er ist somit Teil der ersten Rate. Für diese ist nach der oben genannten Klausel eine Anpassung an die Änderung des Umsatzsteuersatzes ausgeschlossen.

11 Vgl. *Grziwotz*, MittBayNot 2000, 411.

12 Formulierungsvorschlag: „Der Festpreis wurde unter Zugrundelegung eines Umsatzsteuersatzes für Bauleistungen von 19 % berechnet. Im Hinblick darauf, dass ein Betrag von (...) % des Gesamtkaufpreises auf den Anteil für Grund und Boden entfällt, erhöhen bzw. vermindern sich sämtliche darüber hinausgehenden Abschlagszahlungen/Raten (...)“.

13 Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.7.2011, 23 U 87/09, IBR 2012, 28; *Grziwotz/Koebler/Vogel*, Handbuch Bauträgerrecht, Teil 4 Rdnr. 28.

14 Vgl. Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 2 Kap. 3 Rdnr. 283; *Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, Rdnr. 187.

15 Beck'sches Notar-Handbuch/*Esbjörnson*, § 2 Rdnr. 195; *Everts*, ZfIR 2006, 661, 664; Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 2 Kap. 3 Rdnr. 283; *Meyer*, RNotZ 2006, 497, 508. Formulierungsvorschlag von *Reithmann/Terbrack/Schiffner*, Kauf vom Bauträger, 8. Aufl. 2018, Kapitel C. Rdnr. 222: „Die Änderung beträgt jeweils 80 % der Umsatzsteueränderung (also etwa bei einer Steuererhöhung um 1 Prozentpunkt von einer Basis von 119 auf 119,8)“.

Vorbehaltsnießbrauch am ertragsteuerrechtlichen Betriebsvermögen

Von Rechtsanwalt/Fachanwalt für Steuerrecht und Steuerberater Dr. **Ralf Demuth**, Köln

Der Nießbrauchsvorbehalt und dessen steuerrechtliche Auswirkungen gehören bei der Gestaltung von vorweggenommenen Erbfolgen zum Handwerkszeug des steuerrechtlichen Beraters und des mit der Erstellung der Übertragungsverträge befassten Rechtsanwalts bzw. Notars. Während sich bei der Übertragung von zum Privatvermögen zählenden Grundstücken¹ und Beteiligungen an Kapitalgesellschaften² unter Nießbrauchsvorbehalt eine halbwegs vorhersehbare Anwendung der steuerrechtlichen Normen herausgebildet hat und daher weitgehend „gestaltungssicher“ möglich ist, ist der Vorbehaltsnießbrauch bei der Übertragung von Einzelunternehmen und Mitunternehmeranteilen ein für die Gestaltungsberatung schwieriges Terrain, wie die nachfolgenden Ausführungen verdeutlichen.

I. Vorbehaltsnießbrauch am Betriebsvermögen

1. Gewerbliche Einzelunternehmen

Ausgangspunkt der Überlegungen bilden Entscheidungen des BFH zur Übertragung von Einzelbetriebsvermögen unter Nießbrauchsvorbehalt. Der X. Senat des BFH hatte mit Urteil vom 25.1.2017, X R 59/14, entschieden, dass die Anwendung des § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG voraussetze, dass der Übertragende seine bisherige gewerbliche Tätigkeit einstellt.³ Daran fehle es, wenn die einzige wesentliche Betriebsgrundlage aufgrund des vorbehaltenen Nießbrauchs vom bisherigen Betriebsinhaber weiterhin gewerblich genutzt werde. Zwar sei die Betriebsübertragung unentgeltlich erfolgt, da die Bestellung des Nießbrauchs keine Gegenleistung darstellt.⁴ Die Anwendung des § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG setze aber zusätzlich voraus, dass der Übertragende seine bisherige gewerbliche Tätigkeit einstellt. Diese Einstellung der betrieblichen Tätigkeit sei im zu beurteilenden Sachverhalt nicht gegeben, da die Nießbraucherin und frühere Betriebsinhaberin die einzige wesentliche Betriebsgrundlage – das Grundstück – aufgrund des ihr vorbehaltenen Nießbrauchs weiterhin selbst vermietet und verpachtet.⁵

Hervorzuheben ist, dass sich der X. Senat nicht auf den Sonderfall eines (ruhenden) Verpachtungsbetriebs beschränkt.

Vielmehr bringt er in Rdnr. 59 der Entscheidungsgründe zum Ausdruck, für die Anwendbarkeit des § 6 Abs. 3 EStG sei unerheblich, ob ein aktiv betriebener oder ein verpachteter und insofern ruhender Betrieb unter Vorbehaltsnießbrauch übertragen wird. Hieraus folgt, dass eine steuerneutrale Übertragung eines Einzelbetriebs – generell und losgelöst von der Anzahl der wesentlichen Betriebsgrundlagen – nicht steuerneutral möglich ist, wenn die Übertragung unter Nießbrauchsvorbehalt erfolgt und – was infolge des vereinbarten Nießbrauchs die Regel sein dürfte – der Übertragende seine bisherige betriebliche Tätigkeit im Rahmen der Ausübung seiner aus dem Nießbrauch resultierenden Verwaltungsbefugnis fortsetzt.⁶

Hinweis: Da das Erbschaft- bzw. schenkungsteuerrechtliche Verschonungsregime für Betriebsvermögen der §§ 13a, 13b ErbStG an die einkommensteuerrechtliche Qualifikation anknüpft, ist nicht auszuschließen, dass es sich insoweit nicht um begünstigungsfähiges Vermögen i. S. d. § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG handelt.⁷

Die Finanzverwaltung beschränkt die Anwendung der Urteilsgrundsätze scheinbar auf die unentgeltliche Übertragung eines im Ganzen verpachteten gewerblichen Einzelunternehmens. So heißt es im überarbeiteten BMF-Schreiben zu § 6 Abs. 3 EStG unter Rdnr. 7:⁸

„Dagegen ist die unentgeltliche Übertragung eines im Ganzen verpachteten gewerblichen Einzelunternehmens unter Vorbehalt eines Nießbrauchsrechts kein von § 6 Abs. 3 EStG erfasster Vorgang (BFH, Urteil vom 25.1.2017, X R 59/14, BStBl. II 2019, S. 730).“

Dem Vernehmen nach will die Finanzverwaltung die vorzitierte Passage im BMF-Schreiben indes so verstanden wissen, dass auch die Übertragung eines aktiv betriebenen gewerblichen Einzelunternehmens unter Nießbrauchsvorbehalt – entsprechend dem obiter dictum des X. Senats des BFH im Urteil vom 25.1.2017 – zur Aufdeckung der stillen Reserven führt. Dabei ist davon auszugehen, dass es zu keiner steuerbegünstigten Betriebsaufgabe kommt, sondern zu einem laufenden Entnahmegewinn.⁹

Im Ergebnis kann damit festgehalten werden, dass (aktive oder verpachtete) gewerbliche Einzelunternehmen nicht unter Nießbrauchsvorbehalt übertragen werden dürfen, sofern ein-

1 Vgl. BMF-Schreiben vom 30.9.2013, IV C 1 – S 2253/07/10004, BStBl. I 2013, S. 1184.

2 Vgl. BFH, Urteil vom 18.11.2014, IX R 49/13, BStBl. II 2015, S. 224.

3 Vgl. BFH, Urteil vom 25.1.2017, X R 59/14, BStBl. II 2019, S. 730.

4 Vgl. BFH, Urteil vom 25.1.2017, X R 59/14, BStBl. II 2019, S. 730 Rdnr. 37 der besprochenen Entscheidung.

5 Vgl. BFH, Urteil vom 25.1.2017, X R 59/14, BStBl. II 2019, S. 730 Rdnr. 40 der besprochenen Entscheidung.

6 Vgl. Kraft, NWB 2017, 2972 ff.

7 In den ErbStR 2019 hat die Finanzverwaltung zu dieser Fallgruppe keine eindeutige Stellungnahme abgegeben.

8 Vgl. BMF-Schreiben vom 20.11.2019, IV C 6 – S 2241/15/10003 (DOK 2019/0964762), BStBl. I 2019, S. 1291.

9 Vgl. L. Schmidt/Kulosa, EStG, 39. Aufl. 2020, § 6 Rdnr. 700 m. w. N.

kommensteuerrechtlich die Buchwertfortführung nach § 6 Abs. 3 EStG und erbschaftsteuerrechtlich das Verschonungsregime der §§ 13a, 13b, 13c oder 28a ErbStG begehrt wird.

Gestaltungshinweis: Da die Übertragung eines mit einem Nießbrauchsrecht belasteten Mitunternehmeranteils indes weder dem einkommensteuerrechtlichen Buchwertfortführungsprivileg noch der Qualifikation als begünstigungsfähiges Vermögen im Sinne des Schenkungsteuerrechts entgegensteht (siehe dazu unter Ziffer II.), bietet sich die Einbringung des (aktiven oder verpachteten) gewerblichen Einzelbetriebs in eine GmbH & Co. KG an. Die Einbringung erfolgt gemäß § 24 UmwStG auf Antrag zum Buchwert und damit steuerneutral. Da insoweit keine umwandlungsteuerrechtlichen Sperrfristen greifen, kann nachfolgend die Übertragung des Mitunternehmeranteils unter Vorbehaltsnießbrauch unter Anwendung des § 6 Abs. 3 EStG steuerneutral durchgeführt werden. Ein solches Vorgehen stellt keinen steuerlichen Gestaltungsmissbrauch dar, da die durch Umwandlung geschaffene neue Rechtslage (insbesondere durch das veränderte Haftungsregime) hinreichende Rechtfertigung für die Vorgehensweise ist. Damit reiht sich diese Situation in eine Vielzahl von Fallkonstellationen ein, in denen das Steuerrecht die „Dummen“ besteuert und die „Gutberatenen“ zu steuerrechtlich motivierten Klimmzügen zwingt.

2. Land- und forstwirtschaftliche Einzelbetriebe

Anders verhält es sich bei der Übertragung von land- und forstwirtschaftlichen Betrieben unter Vorbehaltsnießbrauch. Hier entspricht es der Rechtsprechung des BFH, der die Finanzverwaltung folgt, dass die Übertragung von forstwirtschaftlichem Vermögen unter Vorbehaltsnießbrauch nicht zur Aufdeckung der stillen Reserven führt, sondern § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG Anwendung findet.¹⁰ Dasselbe gilt für die unentgeltliche Übertragung eines landwirtschaftlichen Betriebs gegen Vorbehalt des Nießbrauchs und zwar losgelöst davon, ob es sich um einen aktiven oder verpachteten land- und forstwirtschaftlichen Betrieb handelt.¹¹ Hier soll – so der IV. und VI. Senat des BFH – durch den Vorbehaltsnießbrauch eine „doppelte Betriebsstruktur in Gestalt des ruhenden Eigentümerbetriebs und des wirtschaftlichen Betriebs des Nießbrauchsberechtigten“ entstehen.¹²

Es ist offenkundig, dass sowohl der IV. Senat als auch der VI. Senat die abweichende Behandlung bei der Übertragung

10 Vgl. BFH, Urteil vom 7.4.2016, IV R 38/13, BStBl. II 2016, S. 765 Rdnr. 26 (Die „Bestellung des Nießbrauchs [erg.: hat] grundsätzlich zur Folge, dass zwei Forstbetriebe entstehen, ein ruhender in der Hand des nunmehrigen Eigentümers (und Nießbrauchsverpflichteten) und ein wirtschaftender in der Hand des Nießbrauchsberechtigten und bisherigen Eigentümers. So lange der neue Eigentümer und Nießbrauchsverpflichtete die Betriebsaufgabe nicht ausdrücklich erklärt, ist auch er Inhaber des land- und forstwirtschaftlichen Betriebs. (...) Der forstwirtschaftliche Betrieb bleibt als selbständiger Organismus in der Hand des jetzt wirtschaftenden Nießbrauchers bestehen.“)

11 Vgl. BFH, Urteil vom 8.5.2019, VI R 26/17, BStBl. II 2019, S. 660.

12 Vgl. BFH, Urteil vom 23.10.2018, VI R 5/17, BStBl. II 2019, S. 601 Rdnr. 30, vgl. auch Rdnr. 32 („Entgegen der Auffassung des FA sind die vorstehenden Ausführungen nicht auf Forstbetriebe zu beschränken.“); Urteil vom 8.5.2019, VI R 26/17, BStBl. II 2019, S. 660 Rdnr. 18.

von gewerblichen Einzelunternehmen unter Nießbrauchsvorbehalt ablehnen. Besonders deutlich wird dies im BFH-Urteil vom 8.5.2019,¹³ wo es in den Urteilsgründen heißt:

„Soweit der X. Senat des BFH für die Einkünfte aus Gewerbebetrieb eine abweichende Auffassung vertritt (BFH-Urteil in BFHE 257, 227), hat der Senat erhebliche Bedenken, ob er sich dem anschließen könnte.“¹⁴

Als Resümee kann an dieser Stelle festgestellt werden, dass (aktive oder verpachtete) land- und forstwirtschaftliche Betriebe unter Vorbehaltsnießbrauch einkommensteuerneutral übertragen werden können und hierdurch auch die erbschaftsteuerliche Verschonung der §§ 13a ff. ErbStG nicht gefährdet ist.

II. Vorbehaltsnießbrauch bei Mitunternehmenschaften

1. Zivilrechtlicher Überblick

Der Nießbrauch an einem Personengesellschaftsanteil ist – nach heute herrschender Meinung – als Nießbrauch an einem Recht i. S. d. § 1069 BGB zu qualifizieren, wobei nach wie vor ungeklärt ist, ob der Nießbrauch an einem Kommanditanteil im Handelsregister einzutragen ist.¹⁵ Beim „echten“ Nießbrauch handelt es sich um eine dingliche Belastung des Gesellschaftsanteils, ohne dass der Nießbraucher Gesellschafter wird oder (bei einer vollständigen Übertragung) bleibt. Welche zivilrechtlichen Konsequenzen aus dem „gesetzlichen Regelstatut“ des BGB hieraus resultieren, ist nicht restlos geklärt, weshalb der vertraglichen Ausgestaltung des Nießbrauchsrechts eine erhebliche Bedeutung zukommt.¹⁶ Hinzu kommt, dass die konkrete zivilrechtliche Ausgestaltung die steuerrechtliche Qualifikation des Vorgangs prägt, woraus sich steuerindizierte Leitlinien zur Ausgestaltung des Nießbrauchsrechts an Mitunternehmeranteilen in der Kautelarpraxis herausgebildet haben (siehe dazu unten Ziffer II. 2. a) bb)).

2. Ertragsteuerrechtliche Konsequenzen

Durch das BMF-Schreiben zu § 6 Abs. 3 EStG sind einige für die Gestaltungspraxis bedeutsame offene Fragen zu den steuerrechtlichen Auswirkungen des Nießbrauchs am Mitunternehmeranteil geklärt worden, wobei nachfolgend die Übertragung des Mitunternehmeranteils unter Nießbrauchsvorbehalt im Fokus stehen soll.

a) Nießbrauch am Mitunternehmeranteil

Bezieht sich der Nießbrauch auf den übertragenen Personengesellschaftsanteil, so ist aus steuerrechtlicher Sicht insbesondere bedeutsam, ob der Vorgang einkommensteuerneutral und schenkungsteuerbegünstigt vollzogen wird und wer nach der Übertragung als Mitunternehmer zu qualifizieren ist.

13 Vgl. BFH, Urteil vom 8.5.2019, VI R 26/17, BStBl. II 2019, S. 660.

14 Vgl. BFH, Urteil vom 8.5.2019, VI R 26/17, BStBl. II 2019, S. 660 Rdnr. 19.

15 Vgl. Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts/*Escher/ Haag*, Bd. 2, 5. Aufl. 2019, § 27 Rdnr. 41.

16 Vgl. statt vieler *Wälzholz*, DStR 2010, 1786 m. w. N. und Formulierungsvorschlägen.

aa) Anwendbarkeit des Buchwertfortführungsprivilegs gemäß § 6 Abs. 3 EStG sowie §§ 13a ff. ErbStG?

Bis zum BMF-Schreiben vom 20.11.2019 zu § 6 Abs. 3 EStG bestand die lähmende Unsicherheit, ob die Finanzverwaltung die vom X. Senat des BFH für gewerbliche Einzelunternehmen entwickelten Rechtsprechungsgrundsätze (siehe dazu oben Ziffer I. 1.) auf die Übertragung von Mitunternehmeranteilen unter Nießbrauchsvorbehalt übertragen würde.¹⁷ Hiervon hat die Finanzverwaltung indes Abstand genommen. So heißt es unter Rdnr. 7 des BMF-Schreiben zu § 6 Abs. 3 EStG:¹⁸

„Erfolgt die Übertragung eines Mitunternehmeranteils unter Vorbehalt eines Nießbrauchsrechts und wird der neue Gesellschafter Mitunternehmer, steht der Nießbrauchsvorbehalt der Buchwertfortführung nach § 6 Abs. 3 EStG nicht entgegen. Die Grundsätze des zu Einzelbetrieben mit gewerblichen Einkünften nach § 15 EStG ergangenen BFH-Urteils vom 25.1.2017, X R 59/14 (BStBl. II 2019, S. 730) gelten nicht für die Übertragung von Mitunternehmeranteilen.“

Folglich können auch zukünftig Mitunternehmeranteile einkommensteuerneutral unter Nießbrauchsvorbehalt übertragen werden. Ebenso steht damit fest, dass der mit einem Nießbrauchsrecht belastete Mitunternehmeranteil begünstigungsfähiges Vermögen im Sinne des Schenkungsteuerrechts darstellt, sofern der Erwerber dabei Mitunternehmer wird.

bb) Auswirkungen des Nießbrauchs auf die Mitunternehmerstellung

Aus ertragsteuerrechtlicher Sicht ist das Gestaltungsziel im Regelfall darauf gerichtet, dass sowohl der Nießbraucher (Alt-Gesellschafter) als auch der Übernehmer (Neu-Gesellschafter) als Mitunternehmer zu qualifizieren sind. Nur auf diese Weise ist sichergestellt, dass die aus dem Mitunternehmeranteil erzielten Einkünfte gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG zwischen dem Nießbraucher (Alt-Gesellschafter) und dem Übernehmer (Gesellschafter) anteilig zugerechnet werden. Ebenso muss der Übernehmer einen Mitunternehmeranteil erhalten, damit auf die Übertragung § 6 Abs. 3 EStG sowie die schenkungsteuerrechtlichen Vergünstigungen der §§ 13a ff. ErbStG anwendbar sind. Aus der Rechtsprechung war bislang ableitbar, dass ein Nießbraucher neben einem Gesellschafter Mitunternehmer einer Personengesellschaft sein kann, es also hinsichtlich ein und derselben Gesellschaftsbeteiligung zu einer Verdoppelung der Mitunternehmerstellung kommen kann.¹⁹ Hieran sind zwischenzeitlich Zweifel aufgekommen, nachdem der IV. Senat des BFH – allerdings nicht explizit für Nießbrauchsgestaltungen – betont hat, an einem Gesellschaftsanteil könne nur eine (einzige) Mitunternehmerstellung begründet werden.²⁰

17 Vgl. hierzu z. B. *Demuth*, Gestaltende Steuerberatungspraxis 2016 (KSp 25), 2016, Tz. A/15 ff.

18 Vgl. BMF-Schreiben vom 20.11.2019, IV C 6 – S 2241/15/10003 (DOK 2019/0964762), BStBl. I 2019, S. 1291.

19 Vgl. Herrmann/Heuer/Raupach/*Haep*, EStG/KStG, Stand: August 2017, § 15 EStG Rdnr. 441 m. w. N.; *Daragan*, DStR 2011, 1347, 1348 f.

20 Vgl. auch BFH, Urteil vom 19.7.2018, IV R 10/17, DStR 2018, 2372 Rdnr. 36; vgl. dazu auch *Neugebauer*, DB 2019, 1525, 1531 f. m. w. N.

Losgelöst davon sind der Nießbraucher und der Gesellschafter allerdings nur dann als Mitunternehmer i. S. d. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG anzusehen, wenn der jeweilige Beteiligte aufgrund der im Einzelfall getroffenen Abreden oder seiner ihm nach dem BGB zustehenden Rechtsposition eine rechtliche und tatsächliche Stellung erlangt, die dem Typus des Mitunternehmers entspricht.²¹

(i) Mitunternehmerstellung des Erwerbers

Ob der Erwerber (Nießbrauchsbesteller) als Mitunternehmer zu qualifizieren ist, hängt von der konkreten Ausgestaltung des Nießbrauchs ab: Entspricht der Nießbrauch „den (dispositiven) Vorgaben des BGB“, ist der Nießbrauchsbesteller als Mitunternehmer zu qualifizieren,²² da es sich hierbei um eine dem HGB-Regelstatut des Kommanditisten angenäherte Stellung handelt. Aus der Rechtsprechung insbesondere des II. Senats des BFH zur Anwendbarkeit zu §§ 13a, 13b ErbStG haben sich folgende Leitlinien zur Bestimmung der Mitunternehmereigenschaft des Erwerbers eines Personengesellschaftsanteils unter Vorbehaltsnießbrauch herausgebildet, die sowohl für den Vollrechtsnießbrauch als auch für den Quotennießbrauch gelten²³ und für ertragsteuerrechtliche Zwecke Geltung beanspruchen.

Eine Mitunternehmerinitiative des Erwerbers setzt zwingend voraus, dass nach den vertraglichen Regelungen dem Erwerber in seiner Eigenschaft als Gesellschafter der Personengesellschaft das Stimmrecht in außerordentlichen Angelegenheiten oder Grundlagengeschäften zusteht.²⁴ Dies ist dann nicht der Fall, wenn der Erwerber die Ausübung der Stimm- und Verwaltungsrechte dem Nießbraucher umfassend überlassen hat und dies auch für die Grundlagengeschäfte der Gesellschaft gilt.²⁵

In diesem Zusammenhang ist bei der Ausgestaltung des Nießbrauchsrechts ein besonderes Augenmerk auf Stimmrechtsvollmachten zu richten: Erteilen die Erwerber dem Schenker (Nießbrauchsberechtigten) eine Stimmrechtsvollmacht, so dass der Schenker aufgrund der Vollmacht in der Lage ist, in der Gesellschafterversammlung die mit der Gesellschaftsbeteiligung einhergehenden Stimmrechte (weiterhin) umfassend auszuüben, ist dies – so der BFH – ein Indiz gegen die Mitunternehmerstellung der Erwerber.²⁶ Für die Beurteilung der Frage, ob der Erwerber Mitunternehmer geworden ist, ist im Ergebnis entscheidend, ob er aufgrund der im Einzelfall getrof-

21 Vgl. L. Schmidt/*Wacker*, EStG, § 15 Rdnr. 306 m. w. N.

22 Vgl. BFH, Urteil vom 1.3.1994, VIII R 35/92, BStBl. II 1995, S. 241.

23 Vgl. BFH, Urteil vom 6.5.2015, II R 34/13, BStBl. II 2015, S. 821; Urteil vom 16.5.2013, II R 5/12, BStBl. II 2013, S. 635.

24 Vgl. BFH, Urteil vom 6.5.2015, II R 34/13, BStBl. II 2015, S. 821 Rdnr. 23 („Überträgt der Gesellschafter aufgrund vertraglicher Vereinbarungen die Ausübung der Stimmrechte oder behält sich der Nießbraucher bei der Übertragung des Gesellschaftsanteils die Ausübung der Stimmrechte vor, kann der Gesellschafter keine Mitunternehmerinitiative entfalten.“); Urteil vom 23.2.2010, II R 42/08, BStBl. II 2010, S. 555.

25 Vgl. BFH, Urteil vom 6.11.2019, II R 34/16, DStR 2020, 611 m. w. N.

26 Vgl. BFH, Urteil vom 10.12.2008, II R 34/07, BStBl. II 2009, S. 312.

fenen zivilrechtlichen Vereinbarungen an der Ausübung seines Stimmrechts gehindert ist. Nach Auffassung des BFH ist in einem solchen Fall die Position der Erwerber in der Gesellschaft so geschwächt, dass nicht mehr von Mitunternehmern gesprochen werden könne.²⁷ Dabei steht die Erteilung einer Stimmrechtsvollmacht zugunsten des Vorbehaltsnießbrauchers – nach der für die Kautelarpraxis bedeutsamen Entscheidung des BFH vom 6.11.2019 – der Ausübung des Stimmrechts durch den Erwerber nicht per se entgegen, da (i.) jede Vollmacht widerruflich ist (eine verdrängende Vollmacht, die den Vollmachtgeber von der Rechtsausübung ausschließen soll, wäre wegen Verstoßes gegen § 137 Satz 1 BGB unwirksam), und (ii.) der Vollmachtgeber (Gesellschafter) grundsätzlich nicht gehindert ist, sein Stimmrecht selbst auszuüben.²⁸ Dies gilt selbst dann, wenn der Schenker sich das Recht zum Widerruf der Schenkung für den Fall des Widerrufs der Stimmrechtsvollmacht vorbehalten hat, da das Stimmrecht des Erwerbers bis zum tatsächlichen Widerruf Bestand hat und damit kein „Hinderungsgrund“ darstellt.²⁹ Maßgeblich für die Beurteilung, ob der Beschenkte mit der Übertragung des Gesellschaftsanteils Mitunternehmer geworden ist, sind allein die vertraglichen Regelungen im Zeitpunkt der Übertragung und nicht das Verhalten der Beteiligten nach Übertragung des Gesellschaftsanteils.³⁰ Ebenso steht die im Übertragungsvertrag geregelte Verpflichtung des Erwerbers, zu Lebzeiten des Schenkers (Vorbehaltsnießbraucher) keine Verfügung über den Gesellschaftsanteil zu treffen, der Mitunternehmerstellung des Erwerbers nicht entgegen.³¹ Es bleibt abzuwarten, ob die Finanzverwaltung das BFH-Urteil vom 6.11.2019 über den entschiedenen Einzelfall hinaus anwenden wird. Bis dahin sollte in der Vertragspraxis nur zurückhaltend von der Möglichkeit einer umfassenden Stimmrechtsvollmacht zugunsten des Nießbrauchers Gebrauch gemacht werden.

Hingegen verbietet sich in der Gestaltung des Übertragungsvertrages die Statuierung der Verpflichtung des Erwerbers gegenüber dem Schenker im Innenverhältnis, von seinem Stimmrecht in Bezug auf die Grundlagengeschäfte keinen Gebrauch zu machen. Denn hier dürften sich der BFH und die Finanzverwaltung einig sein, dass dies dem Übergang der Mitunternehmerstellung auf den Erwerber entgegensteht und damit die ertragsteuerrechtliche Buchwertfortführung sowie die schenkungsteuerrechtliche Begünstigung für Betriebsvermögen nicht in Betracht kommen.³²

Hintergrund ist das von der Rechtsprechung des BFH aus dem BGB abgeleitete Leitbild des Nießbrauchs. Hinsichtlich der Verteilung der Stimmrechte zwischen Gesellschafter und Nießbrauchsberechtigtem einer Personen(handels)gesellschaft geht die Rechtsprechung davon aus, dass das Stimmrecht in der Weise aufgeteilt ist, dass dem Nießbraucher das

Stimmrecht in laufenden Angelegenheiten zusteht, während das Stimmrecht in außerordentlichen Angelegenheiten oder Grundlagengeschäften beim Gesellschafter verbleibt.³³ Hieraus folgt, dass – soweit dem Nießbraucher die Ausübung der Stimmrechte in außerordentlichen Angelegenheiten oder Grundlagengeschäften zugeordnet ist – der Gesellschafter grundsätzlich von der Stimmrechtsausübung ausgeschlossen ist. Aufgrund der umfassenden Zuordnung der Stimmrechte zum Nießbraucher entfele die Mitunternehmerinitiative des Gesellschafters.³⁴

Der Möglichkeit der Ausübung des gesellschaftsrechtlichen Stimmrechts kommt eine zentrale Bedeutung bei der Entfaltung einer mitunternehmerischen Initiative innerhalb einer Gesellschaft zu. Ob aber das Stimmrecht allein zur Entfaltung einer Mitunternehmerinitiative ausreichend ist, steht nicht mit Gewissheit fest. Aus Vorsichtsgründen sollten aus steuerrechtlicher Sicht dem Erwerber daher Kontroll- und Widerspruchsrechte vergleichbar mit der Rechtsstellung eines Kommanditisten nach Maßgabe des HGB-Regelstatuts eingeräumt werden. Sofern die damit einhergehende Binnenstruktur vom Übertragenden nicht gewünscht wird, besteht das Risiko, dass die Übertragung steuerlich nicht begünstigt ist.

Hinweis: Allein der Verbleib von Kontroll- und Initiativrechten beim Gesellschafter führt jedoch nicht zur Mitunternehmerstellung.³⁵

Das zwingend erforderliche Mitunternehmerisiko des Erwerbers setzt voraus, dass er gesellschaftsrechtlich oder wirtschaftlich am Erfolg oder Misserfolg der Personengesellschaft teilnimmt. Nach dem gesetzlichen Leitbild beschränkt sich das den Nießbrauch kennzeichnende Fruchtziehungsrecht auf den gesellschaftsrechtlich entnahmefähigen Ertrag; darüber hinausgehende Ansprüche auf Zahlung von Gewinn stehen dem Nießbraucher nicht zu.³⁶ Das mitunternehmerische Risiko manifestiert sich beim nießbrauchsbelasteten Erwerber eines Personengesellschaftsanteils mithin daran, dass ihm die außerordentlichen Erträge aus der Veräußerung von Anlagevermögen, die stillen Reserven und das Auseinandersetzungs-guthaben zustehen. Zudem ist der Nießbrauchsbesteller in seiner Eigenschaft als Gesellschafter am Verlust beteiligt und trägt im Außenverhältnis ein Haftungsrisiko für Gesellschaftsverbindlichkeiten.

(ii) Mitunternehmerstellung des Schenkers (Nießbrauchsberechtigten)

Die Beurteilung des Nießbrauchsberechtigten erfolgt spiegelbildlich zur Beurteilung des Erwerbers (Gesellschafters). Ist der

27 Vgl. BFH, Urteil vom 16.5.2013, II R 5/12, BStBl. II 2013, S. 635.

28 Vgl. BFH, Urteil vom 6.11.2019, II R 34/16, DStR 2020, 382.

29 Vgl. BFH, Urteil vom 6.11.2019, II R 34/16, DStR 2020, 382.

30 Vgl. BFH, Urteil vom 6.5.2015, II R 34/13, BStBl. II 2015, S. 821.

31 Vgl. BFH, Urteil vom 6.11.2019, II R 34/16, DStR 2020, 382.

32 Vgl. BFH, Urteil vom 6.11.2019, II R 34/16, DStR 2020, 382.

33 Vgl. BFH, Urteil vom 1.3.1994, VIII R 35/92, BStBl. II 1995, S. 241 (unter III. 3. c) aa) bbb)).

34 Vgl. BFH, Urteil vom 6.5.2015, II R 34/13, BStBl. II 2015, S. 821.

35 Vgl. BFH, Urteil vom 6.5.2015, II R 34/13, BStBl. II 2015, S. 821 Rdnr. 23 („Dabei kann dahinstehen, in welchem Umfang dem Gesellschafter trotz der Übertragung der Ausübung seiner Stimmrechte unverzichtbar Kontroll- und Initiativrechte verbleiben. Denn die Entscheidungen innerhalb der Gesellschaft trifft in diesen Fällen der Nießbraucher und nicht der Gesellschafter.“).

36 Vgl. BFH, Urteil vom 1.3.1994, VIII R 35/92, BStBl. II 1995, S. 241.

Nießbrauch nach den getroffenen zivilrechtlichen Vereinbarungen auf den Gewinnanteil beschränkt und stehen dem Nießbraucher keine (zum Beispiel reiner Ertragsnießbrauch) oder keine für die Mitunternehmerstellung hinreichenden (Mit-)Verwaltungsrechte zu, ist der Nießbraucher unstreitig nicht als Mitunternehmer zu qualifizieren. In diesem Fall wird ausschließlich der mit dem Vorbehaltsnießbrauch belastete Erwerber Mitunternehmer.³⁷

Orientiert sich die rechtliche Stellung des Nießbrauchsberechtigten an den „Vorgaben des BGB“, ist nach der Rechtsprechung des BFH auch der Nießbrauchsberechtigte als Mitunternehmer anzusehen. Der Annahme eines Mitunternehmerrisikos steht nicht entgegen, dass nach dem gesetzlichen Leitbild der Nießbrauchsberechtigte nicht an den stillen Reserven des Anlagevermögens oder dem Firmenwert partizipiert, sondern sich dessen Erfolgsbeteiligung auf den entnahmefähigen Gewinn beschränkt, sofern der Nießbrauchsberechtigte an den laufenden Gewinnen sowie – mittelbar durch Beschränkung der zukünftigen entnahmefähigen Gewinne – an den Verlusten beteiligt ist.³⁸

In einem solchen Fall ist es dementsprechend zwingend erforderlich, dass der Nießbraucher einen Teil der mit der Mitgliedschaft verbundenen Verwaltungsrechte, zum Beispiel Stimmrechte hinsichtlich der laufenden Geschäfte der Personengesellschaft, allein oder gemeinsam mit dem Gesellschafter tatsächlich ausübt, um den Nachweis einer entsprechenden Mitunternehmerinitiative führen zu können.³⁹

Hinweis: Jede Abweichung von diesem steuerrechtlichen Rechtsprechungsgeflecht birgt die Gefahr, dass dies unerwünschte Folgen für die Qualifikation insbesondere des Erwerbs als Mitunternehmer hat. Daher ist bei der Vertragsgestaltung aus steuerrechtlicher Sicht an dieser Stelle äußerste Zurückhaltung geboten. Soll zum Beispiel die (zweifelhaft gewordene) Verdopplung der Mitunternehmerstellung erreicht werden, ist das Vorliegen des erforderlichen Mitunternehmerrisikos zweifelhaft, wenn der Nießbraucher abweichend vom gesetzlichen Leitbild unabhängig vom Entstehen eines entnahmefähigen Gewinns einen festen Sockelbetrag als Mindestbetrag erhält.⁴⁰

(iii) Verdopplung oder „Entweder-oder“ der Mitunternehmerstellung?

Derzeit ist unklar, ob es – entsprechend der herrschenden Meinung⁴¹ – durch die Übertragung eines Mitunternehmeranteils unter Vorbehaltsnießbrauch zu einer Verdoppelung der Mitunternehmerstellung kommen kann oder stets nur entweder der Schenker oder der Erwerber hinsichtlich des übertra-

genen Personengesellschaftsanteils als Mitunternehmer zu qualifizieren ist.⁴²

Für den Vertragsgestalter ist dies nicht nur von akademischem Interesse, sondern hieran hängen handfeste steuerrechtliche Konsequenzen, die es zu berücksichtigen gilt. Sollte sich die Rechtsprechung des BFH dahin gehend entwickeln, dass der Grundsatz „je Gesellschaftsanteil nur ein Mitunternehmeranteil“ auch bei der Übertragung eines Mitunternehmeranteils unter Nießbrauchsvorbehalt anzuwenden ist, müsste anhand der oben dargestellten Kriterien sichergestellt werden, dass der Erwerber rechtlich nicht daran gehindert ist, die ihm aufgrund seiner Gesellschafterstellung zustehenden Mitgliedschafts- und Kontrollrechte (insbesondere das Stimmrecht) auszuüben. Zudem muss der Erwerber Mitunternehmerrisiko tragen, das sich an der Zurechnung der außerordentlichen Erträge aus der Veräußerung von Anlagevermögen, der stillen Reserven und des Auseinandersetzungsguthabens manifestiert. Außerdem muss der Erwerber in seiner Eigenschaft als Gesellschafter am Verlust beteiligt sein und im Außenverhältnis ein Haftungsrisiko für Gesellschaftsverbindlichkeiten tragen. Nur auf diese Art und Weise ist sichergestellt, dass die Übertragung des Mitunternehmeranteils nicht zur Aufdeckung von stillen Reserven führt und der Vorgang in das Verschonungsregime der §§ 13a ff. ErbStG fällt. Dies entspricht den Vorkehrungen, die auch bei Annahme der Verdopplung der Mitunternehmerstellung zu treffen sind, sodass sich insoweit keine Änderung ergibt.

Bei der Vertragsgestaltung ist jedoch zu vergegenwärtigen, dass bei einer vom Postulat der Verdopplung der Mitunternehmerstellung abkehrenden Rechtsentwicklung in diesem Fall der Schenker (Vorbehaltsnießbraucher) kein Mitunternehmer bleibt. Bei der Gestaltung von Übertragungsverträgen ist daher insbesondere etwaig vorhandenes ertragsteuerrechtliches Sonderbetriebsvermögen in den Blick zu nehmen: Während bei einer Verdopplung der Mitunternehmerstellung der Schenker seine dem Sonderbetriebsvermögen zuzurechnende funktional wesentliche Betriebsgrundlage (zum Beispiel das Betriebsgrundstück) ohne Weiteres zurückbehalten kann, ohne dass dies der ertragsteuerrechtlichen Buchwertfortführung oder der schenkungsteuerrechtlichen Begünstigungsfähigkeit des Übertragungsvorgangs entgegensteht, würde dies bei einer Abkehr von der These der Verdopplung der Mitunternehmerstellung bei der vollständigen Übertragung des Gesellschaftsanteils zur Unanwendbarkeit des § 6 Abs. 3 EStG und der schenkungsteuerrechtlichen Privilegien führen, weil das Sonderbetriebsvermögen dadurch in das steuerliche Privatvermögen entnommen wird. Dies ließe sich vermeiden, indem zum Beispiel das Betriebsgrundstück – vorher oder zeitgleich mit der Übertragung unter Vorbehaltsnießbrauch – gemäß § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EStG aus dem Sonderbetriebsvermögen in eine gewerbliche geprägte GmbH & Co. KG transferiert⁴³ oder ein (Teil-)Mitunternehmeranteil durch den Schenker zurückbehalten wird.

37 Vgl. zu den ertragsteuerrechtlichen Konsequenzen zum Beispiel L. Schmidt/Wacker, EStG, § 15 Rdnr. 308.

38 Vgl. BFH, Urteil vom 11.4.1973, IV R 67/69, BStBl. II 1973, S. 528; ebenso L. Schmidt/Wacker, EStG, § 15 Rdnr. 306, 311.

39 Vgl. L. Schmidt/Wacker, EStG, § 15 Rdnr. 306.

40 Vgl. Herrmann/Heuer/Raupach/Haep, EStG/KStG, § 15 EStG Rdnr. 443.

41 Vgl. z. B. L. Schmidt/Wacker, EStG, § 15 Rdnr. 309; Levedag, Jm 2020, 75, 77.

42 Vgl. BFH, Urteil vom 1.3.2018, IV R 15/15, BStBl. II 2018, S. 539 Rdnr. 33.

43 Vgl. zur Unschädlichkeit des Nebeneinanders von § 6 Abs. 5 und § 6 Abs. 3 EStG das BMF-Schreiben vom 20.11.2019, IV C 6 – S 2241/15/10003 (DOK 2019/0964762), BStBl. I 2019, S. 1291.

Hinzu kommt ein weiteres Problem: Wird lediglich der Erwerber des Mitunternehmeranteils Mitunternehmer, stellt sich ertragsteuerrechtlich die Frage der Allokation des Besteuerungssubstrats in Bezug auf die zivilrechtlich dem Nießbraucher zustehenden Erträge (in der Regel der entnahmefähige Gewinn), also wem die Erträge des Mitunternehmeranteils zuzurechnen sind und wer diese zu versteuern hat. Fest steht, dass dem Vorbehaltsnießbraucher, der nicht als Mitunternehmer zu qualifizieren ist, keine gewerblichen Einkünfte i. S. d. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG zuzurechnen sind; der gesamte auf den Mitunternehmeranteil entfallende Gewinn wird einkommensteuerrechtlich ausschließlich dem Erwerber zugerechnet.⁴⁴ Ob die zivilrechtlich infolge des Vorbehaltsnießbrauchs herauszugebenden entnahmefähigen Gewinne das zu versteuernde Einkommen des Erwerbers mindern (zum Beispiel als Versorgungsleistungen im Rahmen des Sonderausgabenabzugs gemäß § 10 Abs. 1a Nr. 2 lit. a EStG), oder es sich insoweit um einen nicht steuerwirksamen Vorgang auf der privaten Vermögensebene handelt, ist vollkommen unklar. Es kann jedenfalls aus heutiger Sicht nicht ausgeschlossen werden, dass der Erwerber einkommensteuerrechtlich einen Gewinn aus dem erworbenen Mitunternehmeranteil zu versteuern hat, der ihm zivilrechtlich gar nicht zusteht. Es liegt auf der Hand, dass dies zu Verwerfungen führt, die möglichst vermieden werden sollen.

Hinweis: Bei der Gestaltung der Nießbrauchsvereinbarung sollte daher darauf geachtet werden, dass eine „Steuerklausel“ für den Fall, dass in der Zahlung an den Nießbrauchsberechtigten eine steuerlich unbeachtliche Einkommensverwendung gesehen wird, eine Kürzung des dem Nießbrauchsberechtigten zustehenden Gewinnanteils (Gewinnanteil nach Berücksichtigung der hierauf vom Gesellschafter zu leistenden Einkommensteuern nebst steuerlichen Nebenleistungen) geregelt wird.

Formulierungsvorschlag:

Sofern der Übergeber nicht als Mitunternehmer anzusehen sein sollte, so ist der ihm zustehende Gewinnanteil stets um den Betrag zu kürzen, den der Erwerber an Einkommensteuer samt Kirchensteuer und evtl. Solidaritätszuschlag auf die Gewinne zu zahlen hat, die zivilrechtlich aufgrund des Nießbrauchs dem Übergeber zustehen.

b) Nießbrauch (nur) am Sonderbetriebsvermögen

Bei der Übertragung eines Mitunternehmeranteils kann im Einzelfall in Erwägung gezogen werden, den Vorbehaltsnießbrauch auf das zum Sonderbetriebsvermögen zählende Grundstück zu beschränken und die Gesellschaftsbeteiligung ohne Belastung mit einem Nießbrauch zu übertragen. Der Vorteil dieses Vorgehens ist, dass die mit dem Nießbrauch an einem Personengesellschaftsanteil einhergehenden verbliebenen zivilrechtlichen (und steuerrechtlichen) Probleme vermieden werden und zugleich durch die Verortung des Nießbrauchs zu dem zum Sonderbetriebsvermögen zählenden Grundstück oftmals eine die Versorgungsinteressen des Übertragenden berücksichtigende – zumal praxiserprobte – Alternativgestaltung angeboten werden kann.

⁴⁴ Vgl. L. Schmidt/Wacker, EStG, § 15 Rdnr. 308.

Aus einkommensteuerrechtlicher Sicht ist hervorzuheben, dass die Rechtsprechungsgrundsätze zum Vorbehaltsnießbrauch an einem gewerblichen Einzelbetrieb nicht auf den Vorbehaltsnießbrauch am Sonderbetriebsvermögen übertragbar sind. Die Anwendbarkeit des § 6 Abs. 3 EStG auf diesen Gestaltungsweg wird durch rechtskräftige Entscheidung des 3. Senats des FG Münster bestätigt, der folgender Orientierungssatz vorangestellt ist:⁴⁵

„Eine Anteilsübertragung (hier von der Mutter als Kommanditistin auf den Sohn) kann grundsätzlich nur dann zum Buchwert erfolgen, wenn neben dem Gesellschaftsanteil auch das gesamte funktional wesentliche Sonderbetriebsvermögen (hier vermietetes Grundstück) des Übertragenden auf den Rechtsnachfolger in den Gesellschaftsanteil übertragen wird. Das Grundstück behält seine Qualität als Sonderbetriebsvermögen auch nach der Übertragung, wenn es weiterhin den betrieblichen Zwecken der Gesellschaft zur Verfügung steht. Dabei ist die Vereinbarung eines Vorbehaltsnießbrauchs zugunsten des Übertragenden im Rahmen der Übertragung von Mitunternehmeranteilen nebst dazugehörigem Sonderbetriebsvermögen als unschädlich anzusehen.“

Hinzu kommt, dass das Urteil des BFH vom 25.1.2017, X R 59/14, in Rdnr. 68 der Urteilsgründe klargestellt hat, dass sich das Nießbrauchsrecht nicht zunächst in der betrieblichen Sphäre manifestiere und sodann entnommen werde, sondern das Nießbrauchsrecht von vornherein im Privatvermögen entstehe.⁴⁶ Mithin kann in der vorbezeichneten Entscheidung des BFH vom 25.1.2017 eine Bestätigung der Gestaltung gesehen werden, sodass die Übertragung eines Mitunternehmeranteils unter Vereinbarung des Vorbehaltsnießbrauchs nur bezüglich des Betriebsgrundstücks nicht mit einer Entnahme verbunden ist, sondern gemäß § 6 Abs. 3 EStG steuerneutral erfolgt.

Auch *Kulosa*, Richter am BFH, X. Senat, der bislang vor einer „ungeklärten Entnahmeproblematik“ im Zusammenhang mit dem Vorbehalt des Nießbrauchs (wohl bezüglich des kapitalisierten Nießbrauchsvorbehalts) gewarnt hatte,⁴⁷ sieht inzwischen den Weg als gangbar an:⁴⁸

„Übertragung des Mitunternehmeranteils unter Nießbrauchsvorbehalt aus Sonderbetriebsvermögen. In der Literatur wird zutreffend vertreten, dies ermögliche ebenfalls eine Trennung (so *Strahl*, FR 2004, 929, 937). Die

⁴⁵ Vgl. FG Münster, Urteil vom 24.6.2014, 3 K 3886/12 F, EFG 2014, 1951 (rechtskräftig nach Zurücknahme der unter Az. IV R 38/14 geführten Revision).

⁴⁶ Wörtlich führt der X. Senat aus: „Das Nießbrauchsrecht ist (...) mit der Bestellung im privaten Vermögensbereich neu entstanden (vgl. zu dem vorstehenden BFH-Urteil vom 2.8.1983, VIII R 170/78, BFHE 139, 76 = BStBl. II 1983, S. 735 unter 1. und 3.; und Senatsurteil vom 20.9.1989, X R 140/87, BFHE 158, 361 = BStBl. II 1990, S. 368 unter 2. a).“

⁴⁷ Vgl. L. Schmidt/*Kulosa*, EStG, 37. Aufl. 2018, § 6 Rdnr. 651 (4): „In der Literatur wird vertreten“, die Übertragung des Sonderbetriebsvermögens unter Nießbrauchsvorbehalt ermögliche eine Trennung. „Auch wenn vieles hierfür spricht, kann diese Gestaltung im Hinblick auf die ungeklärte Entnahmeproblematik (...) nicht als sicher angesehen werden“.

⁴⁸ Vgl. L. Schmidt/*Kulosa*, EStG, 39. Aufl. 2020, § 6 Rdnr. 710 (4).

Übertragung des Mitunternehmeranteils einschließlich des Sonderbetriebsvermögens fällt unter § 6 Abs. 3; der Nießbrauch gehört zum Privatvermögen.“

In diesem Sinne sind wohl auch die Ausführungen in Rdnr. 7 des BMF-Schreiben zu § 6 Abs. 3 EStG zu verstehen, wenn es dort heißt, dass die Grundsätze des zu Einzelbetrieben mit gewerblichen Einkünften nach § 15 EStG ergangenen BFH-Urteils vom 25.1.2017 nicht für die Übertragung von Mitunternehmeranteilen gelten.⁴⁹

Hinweis: Damit erscheint die Übertragung eines Mitunternehmeranteils unter Vorbehaltsnießbrauch (nur) am Sonderbetriebsvermögen nunmehr gestaltungssicher. Da das BMF-Schreiben zu § 6 Abs. 3 EStG jedoch auch so interpretiert werden kann, dass vonseiten der Finanzverwaltung nur der den Personengesellschaftsanteil und das (etwaig vorhandene) Sonderbetriebsvermögen umschließende Vorbehaltsnießbrauch als Anwendungsfall des § 6 Abs. 3 EStG anerkannt wird, kann die Einholung einer verbindlichen Auskunft erwägenswert sein.

⁴⁹ Vgl. BMF-Schreiben vom 20.11.2019, IV C 6 – S 2241/15/10003 (DOK 2019/0964762), BStBl. I 2019, S. 1291: „Die Grundsätze des zu Einzelbetrieben mit gewerblichen Einkünften nach § 15 EStG ergangenen BFH-Urteils vom 25.1.2017, X R 59/14, BStBl. II 2019, S. 730 gelten nicht für die Übertragung von Mitunternehmeranteilen“.

III. Zusammenfassung

Der Vorbehaltsnießbrauch an einem gewerblichen Einzelunternehmen führt als laufender, nicht begünstigter Gewinn zur Aufdeckung aller stillen Reserven und sollte daher in der Praxis vermieden werden. Für land- und forstwirtschaftliche Betriebe gilt diese Beschränkung hingegen nicht.

Anders ist die Rechtslage hingegen für den Vorbehaltsnießbrauch an einem Mitunternehmeranteil. Dies wird nunmehr auch von der Finanzverwaltung anerkannt. In der Praxis der Vertragsgestaltung ist jedoch darauf zu achten, dass der Erwerber dabei auch Mitunternehmer ist. Diese Möglichkeit hat Ende 2019 auch der BFH anerkannt und bestätigt. Ungeklärt ist derzeit die Frage, ob es noch möglich ist, dass dabei sowohl der Erwerber als Gesellschafter als auch der Übergeber als Nießbraucher jeweils als Mitunternehmer anzuerkennen sind. Der BFH hatte in mehreren jüngeren Entscheidungen Zweifel daran geäußert. Für diesen Fall ist eine vorsorgliche Regelung in den Übertragungsverträgen vorzusehen. Diese Risiken vermeidet eine Gestaltung, bei der der Gesellschaftsanteil ohne Nießbrauch und das Sonderbetriebsvermögen mit Nießbrauch überlassen werden.

Gestaltungsfragen bei Immobilienerwerb durch nichteheliche Lebensgemeinschaften und Ehegatten – Teil 1

Von Notar Dr. **Markus Sikora** und Notarassessor Dr. **Daniel Sommer**, München

Bedingt durch die Liberalisierung der Gesellschaft und die veränderten Formen sozialer Beziehungen leben immer mehr Menschen in nichtehelicher Lebensgemeinschaft, ohne dass sie – sofort oder sogar überhaupt – beabsichtigen, zu heiraten. Im Jahre 2015 wohnten 2,8 Millionen unverheiratete Paare in einem gemeinsamen Haushalt.¹ Eine nicht unerhebliche Zahl jener Paare investiert gemeinsam in eine Immobilie. Die Formen dieser gemeinsamen Investitionen sind höchst unterschiedlich. Oftmals erwarb bzw. erwirbt ein Partner die Immobilie alleine, während der andere Partner aufgrund des gemeinsamen Bewohnens hierzu Beiträge leistet. In anderen Fällen wird während des Bestehens der Lebensgemeinschaft zu Miteigentum erworben.

Vergleichbare Fragen stellen sich aber auch bei verheirateten Paaren, weil nicht selten ein Ehepartner Vermögen in Form von Immobilien in die Ehe mitbringt oder während der Ehe von den Eltern im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erhält. Wenn der Grundbesitz sodann gemeinsam genutzt oder sogar bebaut wird, ist gleichermaßen Vorsorge für den Fall der Trennung zu treffen. Auch sind steuerliche Frage zu beachten.

In einer Vielzahl von Fällen erfolgt die Ausgestaltung der Erwerbs- und Investitionsform ohne zuvor (fundierte) rechtliche Beratung hierzu eingeholt zu haben. Sofern der Notar im Zusammenhang beispielsweise mit einem Kaufvertrag oder einer Grundschuldbestellung von einem regelungsbedürftigen Sachverhalt Kenntnis erlangt, ist es *nobile officium*, die Beteiligten auf die Rechtslage und die Gestaltungsmöglichkeiten hinzuweisen.

In diesem Beitrag werden unterschiedliche Konstellationen der gemeinsamen Investition in eine Immobilie aufgezeigt. Dabei soll jeweils zunächst die Rechtslage erläutert und anschließend sollen verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten aufgezeigt werden.

Alle nichteheliche Lebensgefährten betreffenden Fragestellungen werden in diesem Heft besprochen. Die Ehegatten betreffenden Aspekte werden in einem zweiten Teil in einem der nächsten Hefte behandelt.

I. Sachverhalte bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften

1. Konstellation 1: Ein Partner ist Alleineigentümer der Immobilie

Häufig steht die gemeinsam bewohnte Immobilie im Alleineigentum eines Partners. Die Gründe hierfür sind vielfältig. Oftmals wird ein Grundstück von den Eltern an ihr Kind im Wege der vorweggenommenen Erbfolge zum Alleineigentum übertragen, wobei der Bau oder die Renovierung des Hauses durch das unverheiratete Paar gemeinsam finanziert wird. In anderen Fällen erfolgte der Erwerb entgeltlich durch einen der beiden Lebensgefährten vor Beginn der nichtehelichen Lebensgemeinschaft und der andere Teil leistet aufgrund der gemeinsamen Nutzung ab seinem Einzug monatlich monetäre Beiträge für das Zusammenleben. Teilweise ist ein Partner auch aufgrund gemeinsamer Entscheidung des Paares nicht im Grundbuch vermerkt, haftet aber in einigen Fällen der Bank gegenüber als Gesamtschuldner neben dem Eigentümer für die Rückzahlung des Finanzierungsdarlehens.

a) Rechtslage bei Trennung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Zum Streit zwischen den Lebensgefährten kommt es in dieser Konstellation meist durch Trennung des Paares. Dann stellt sich die Frage, auf welcher Grundlage der nicht dinglich berechnete Lebensgefährte ggf. Rückzahlung seiner Beiträge oder anderweitige Kompensation verlangen kann.

aa) Ein Anspruch gemäß § 530 Abs. 1, § 531 Abs. 2 BGB auf Rückzahlung der in die Immobilie getätigten Investitionen aufgrund Schenkungswiderrufs wegen groben Undanks ist im Falle des Scheiterns der nichtehelichen Lebensgemeinschaft regelmäßig nicht gegeben.² Der Anwendungsbereich der Norm ist mangels Schenkung meist schon nicht eröffnet, da die Leistungen nicht unentgeltlich erfolgen, sondern die Ausgestaltung und den Fortbestand der nichtehelichen Lebensgemeinschaft bezwecken und damit auch dem investierenden Lebensgefährten selbst dienen.³ Darüber hinaus bedeutet die Trennung an sich jedenfalls noch keinen groben Undank.⁴

bb) Denkbar ist, dass die Parteien durch die gemeinsame Investition in eine Immobilie konkludent einen Gesellschafts-

² BGH, Urteil vom 9.7.2008, XII ZR 179/05, NJW 2008, 3277, 3278; *Grziwotz*, NZFam 2015, 543, 545 f.; *Henke/Keßler*, JuS 2011, 583, 586.

³ BGH, Urteil vom 9.7.2008, XII ZR 179/05, NJW 2008, 3277, 3278.

⁴ *Grziwotz*, NZFam 2015, 543, 546; *von Proff zu Irnich*, RNotZ 2008, 313, 317.

¹ https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/Zahl-der-Woche/2017/PD_17_24_p_002.html (Abrufdatum 22.6.2020).

vertrag schließen, sodass sich im Falle der Trennung Ausgleichsansprüche aus den §§ 730 ff. BGB ergeben können. Für die Annahme eines entsprechenden Rechtsbindungswillens zum konkludenten Abschluss eines GbR-Vertrages verlangt die Rechtsprechung, dass die Lebensgefährten in der Absicht handeln, gemeinsam wirtschaftliche Werte zu schaffen, die beiden Partnern gehören und nicht bloß von beiden Lebensgefährten genutzt werden sollen.⁵ Anders als bei Ehegatten muss das Handeln nicht zwingend über den typischen Rahmen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft hinausgehen, um zur Anwendung gesellschaftsrechtlicher Grundsätze zu gelangen.⁶ Maßgeblich für die Beurteilung der Frage, ob ein Rechtsbindungswille besteht, ist unter anderem, über welchen Zeitraum die Investitionen erfolgen, in welcher Form und Höhe Beiträge geleistet werden, die Art des Investitionsobjektes sowie die finanzielle Situation der Lebensgefährten.⁷ Sofern die Lebensgefährten allerdings nicht mehr als die üblichen Beiträge zur Ausgestaltung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft erbringen, spricht dies gegen einen Rechtsbindungswillen zum Abschluss eines Gesellschaftsvertrages.⁸ Bei gemeinsamer Investition in eine selbstgenutzte Immobilie wird daher regelmäßig keine GbR entstehen, sodass sich aus den §§ 730 ff. BGB keinerlei Ausgleichsansprüche bei einer Trennung ergeben.⁹ Sofern hingegen zum Zwecke der Renditeerzielung in ein Mietobjekt investiert wird, kann unter Umständen ein entsprechender Rechtsbindungswille angenommen werden.¹⁰ Es würde dann ggf. eine Innengesellschaft entstehen.¹¹

cc) Die Rechtsprechung nimmt jedoch einen bereicherungsrechtlichen Ausgleichsanspruch gemäß § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB an, wenn der in das Vermögen des anderen investierende Partner mit der Leistung einen für den Empfänger der Leistung erkennbaren und unwidersprochen gebliebenen Zweck verfolgt hat, der im Nachhinein nicht eingetreten ist.¹² Denkbar ist es demnach, dass der Zweck verfolgt wurde, das Vermögen des Lebensgefährten durch die Investition in die Immobilie zu mehren, ohne mit dieser Investition einen gemeinsamen Vermögenswert schaffen zu wollen, aber in der Erwartung, langfristig – zum Beispiel durch gemeinsames Bewohnen – an dem Investitionsobjekt teilzuhaben.¹³ Die getätigten Leis-

tungen müssen aber zu einer Vermögensbildung geführt haben, die die Lebensgemeinschaft überdauert und außerdem über die alltäglichen Zuwendungen hinausgehen, die das Zusammenleben in nichtehelicher Lebensgemeinschaft stets erfordert.¹⁴

dd) Daneben kann unter Umständen ein Wegfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB der gemeinschaftsbezogenen Zuwendung vorliegen, die in der Finanzierung der Immobilie oder in der Erbringung von Arbeitsleistungen gesehen wird.¹⁵ Die Zuwendung wird oftmals die Vorstellung zur Geschäftsgrundlage haben, die nichteheliche Lebensgemeinschaft werde Bestand haben.¹⁶ Letzteres gilt jedoch nicht für die Leistungen, die lediglich der Bestreitung der laufenden Kosten des täglichen Lebensbedarfs dienen, sodass insoweit über die Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage keine Rückabwicklung möglich ist.¹⁷ Ansprüche für erbrachte Arbeitsleistungen können korrespondierend zu Vorstehendem aus einem Wegfall der Geschäftsgrundlage nur entstehen, soweit die Arbeitsleistung über das alltäglich übliche Maß hinausging und zu einer fortdauernden Vermögensmehrung für den Leistungsempfänger geführt hat.¹⁸ In allen Fällen setzt ein entsprechender Ausgleichs- oder Rückerstattungsanspruch voraus, dass dem vormaligen Lebensgefährten unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls wie der Dauer der Beziehung, dem Alter der Partner, den getätigten Investitionen, der Dauer der gemeinsamen Nutzung der Immobilie, der finanziellen Situation der Parteien und der fortdauernden Bereicherung des Zuwendungsempfängers ein unverändertes Festhalten an der Vermögensverteilung nach Treu und Glauben nicht zumutbar ist.¹⁹ Arbeitsleistungen werden in jedem Fall nicht durch ein entsprechendes Entgelt ausgeglichen; vielmehr soll eine angemessene Beteiligung an der Wertschöpfung erfolgen, die einerseits durch die hypothetischen Kosten einer fremden Arbeitskraft und andererseits durch die anhaltende Bereicherung begrenzt wird.²⁰

Schlussfolgerung: Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass für nichteheliche Lebensgefährten nur schwer abschätzbar ist, ob und in welchem Umfang getätigte Investitionen in die Immobilie von einem der beiden Partner bei einer mögli-

5 BGH, Urteil vom 6.7.2011, XII ZR 190/08, NJW 2011, 2880, 2881; Urteil vom 9.7.2008, XII ZR 179/05, NJW 2008, 3277, 3278.

6 BGH, Urteil vom 9.7.2008, XII ZR 179/05, NJW 2008, 3277, 3278.

7 BGH, Urteil vom 9.7.2008, XII ZR 179/05, NJW 2008, 3277, 3278.

8 BGH, Urteil vom 6.7.2011, XII ZR 190/08, NJW 2011, 2880, 2881; Urteil vom 9.7.2008, XII ZR 179/05, NJW 2008, 3277, 3278.

9 Henke/Keßler, JuS 2011, 583, 586; Schlögel, MittBayNot 2009, 100, 100 f.

10 Münch/Grziwotz, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2020, § 10 Rdnr. 36; Grziwotz, NZFam 2015, 543, 546; Henke/Keßler, JuS 2011, 583, 586; von Proff zu Irnich, notar 2019, 35, 38.

11 von Proff zu Irnich, notar 2019, 35, 38.

12 BGH, Urteil vom 9.7.2008, XII ZR 179/05, NJW 2008, 3277, 3280.

13 BGH, Urteil vom 9.7.2008, XII ZR 179/05, NJW 2008, 3277, 3280; Grziwotz, NZFam 2015, 543, 547.

14 BGH, Urteil vom 6.7.2011, XII ZR 190/08, NJW 2011, 2880, 2882; Grziwotz, NZFam 2015, 543, 546.

15 BGH, Urteil vom 6.7.2011, XII ZR 190/08, NJW 2011, 2880, 2881; Urteil vom 9.7.2008, XII ZR 179/05, NJW 2008, 3277, 3281; Grziwotz, NZFam 2015, 543, 546.

16 BGH, Urteil vom 6.7.2011, XII ZR 190/08, NJW 2011, 2880, 2881 f.

17 BGH, Urteil vom 6.7.2011, XII ZR 190/08, NJW 2011, 2880, 2881; Urteil vom 9.7.2008, XII ZR 179/05, NJW 2008, 3277, 3281.

18 BGH, Urteil vom 6.7.2011, XII ZR 190/08, NJW 2011, 2880, 2881 f.; Urteil vom 9.7.2008, XII ZR 179/05, NJW 2008, 3277, 3281.

19 BGH, Urteil vom 6.7.2011, XII ZR 190/08, NJW 2011, 2880, 2882; Urteil vom 9.7.2008, XII ZR 179/05, NJW 2008, 3277, 3281; Grziwotz, NZFam 2015, 543, 546.

20 BGH, Urteil vom 6.7.2011, XII ZR 190/08, NJW 2011, 2880, 2882; Urteil vom 9.7.2008, XII ZR 179/05, NJW 2008, 3277, 3281.

chen Trennung auszugleichen wären.²¹ Daher ist es ratsam, den Beteiligten eine vertragliche Regelung für die gemeinsame Investition in eine Immobilie an die Hand zu geben.²² Ausdrücklich getroffene vertragliche Regelungen gehen den oben genannten Rechtsprechungsgrundsätzen vor.²³

b) Steuerliche Aspekte

Losgelöst von den vorstehend dargestellten Problematiken im Falle einer Trennung der Lebensgefährten stellt sich die Frage, wie eine Investition eines Lebensgefährten in die im Alleineigentum des Anderen stehende Immobilie steuerlich zu beurteilen ist. Allgemeingültige Aussagen zu treffen, ist hier im Hinblick auf die Vielzahl der denkbaren Fallgestaltungen kaum möglich. Der Kautelarjurist sollte jedoch sensibilisiert sein, dass hier stets die Gefahr einer schenkungsteuerpflichtigen freigiebigen Zuwendung i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG besteht.²⁴ Anders als bei Ehegatten beläuft sich der Schenkungsteuerfreibetrag bei Lebensgefährten gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 7 ErbStG nur auf 20.000 €, sodass die wirtschaftlichen Folgen bei einer unreflektierten Investition in eine fremde Immobilie erheblich sein können.²⁵ Auch aus steuerlichen Gründen ist eine vertragliche Absicherung einer solchen Investition daher dringend geboten.²⁶

Im Falle einer Trennung kann die Übernahme der Immobilie durch einen Lebensgefährten ggf. ein steuerpflichtiges privates Veräußerungsgeschäft im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG darstellen, worauf der Notar die Beteiligten hinweisen sollte.²⁷

c) Gestaltungsvarianten

aa) Darlehensvertrag

Die mitunter einfachste Variante, den aufgeworfenen Problemen Rechnung zu tragen, ist der Abschluss eines Darlehensvertrages hinsichtlich der finanziellen Leistungen, die ein Lebensgefährte in die dem anderen Lebensgefährten gehörende Immobilie steckt.²⁸ Hierin kann geregelt werden, dass die erfolgten Zahlungen unter anderem im Falle einer Trennung binnen festgelegter Frist als Einmalzahlung oder in Raten zurückzuzahlen sind.²⁹ Häufig wird der Investitionsbetrag zahlenmäßig bei Vertragsschluss noch nicht feststehen, sodass eine ab-

strakte Definition der Leistungen notwendig ist, die darlehensweise gestundet sind.³⁰ So könnte zum Beispiel vereinbart werden, dass sämtliche Tilgungsleistungen auf ein Finanzierungsdarlehen den Bestimmungen des Darlehensvertrages unterfallen. Den Beteiligten muss dann aufgegeben werden, die entsprechenden Nachweise (vor allem Kontoauszüge) dauerhaft aufzubewahren.³¹ Sofern Arbeitsleistungen als Investition später ggf. ausgeglichen werden sollen, müssen diese vertraglich monetarisiert und in das Darlehen einbezogen werden, was gewisse Schwierigkeiten bereitet, sofern die Leistung nicht von einem am Markt tätigen Handwerker erbracht wird.³²

Um schenkung- und einkommensteuerliche Nachteile zu vermeiden, empfiehlt es sich regelmäßig, einen moderaten Zinssatz zu vereinbaren und das Darlehen nicht zinsfrei auszugestalten.³³ Fakultativ kann auch eine Verringerung der zurückzuzahlenden Darlehenssumme als Gegenleistung für den erlangten Wohnvorteil gestuft nach der Wohndauer vereinbart werden.³⁴

Das Darlehen sollte sinnvollerweise durch eine Sicherungshypothek dinglich abgesichert werden.³⁵ Sofern eine vorrangige Grundschuld für die Bank besteht, sind die Beteiligten jedoch auf die ggf. wirtschaftlich eingeschränkte Sicherheit infolge der Rangstelle hinzuweisen.³⁶

Im Darlehensvertrag ist außerdem zu regeln, was bei dem Tod einer der beiden Parteien geschieht. Verstirbt der Darlehensnehmer, ist es sachgerecht, die Verbindlichkeit unberührt zu lassen, sodass das Darlehen von dessen Erbe zurückzuzahlen ist, sofern dieser nicht personenidentisch mit dem Darlehensgeber ist.³⁷ Wird der Darlehensgeber Erbe, hat diese Lösung im Hinblick auf die Erbschaftsteuer den Vorteil, dass die Darlehensverbindlichkeit gemäß § 10 Abs. 3 ErbStG als Nachlassverbindlichkeit abgezogen werden kann.³⁸ Verstirbt der Darlehensgeber, ist es teilweise gewünscht, dass die Forderung erlischt und nicht an die Erben des Darlehensgebers zurückgezahlt werden muss.³⁹ Eine solche Regelung hat jedoch nur dann Sinn, wenn der Darlehensgeber voraussichtlich nicht den Darlehensnehmer zum Erben einsetzt, da durch den vertraglich vereinbarten Forderungserlass die ansonsten mögliche Abziehbarkeit der Verbindlichkeit gemäß § 10 Abs. 3

21 Schlögel, MittBayNot 2009, 100, 102; vgl. Stein, FamFR 2011, 409, 411, der von „Billigkeitsrechtsprechung“ spricht.

22 Schlögel, MittBayNot 2009, 100, 102; Stein, FamFR 2011, 409, 412.

23 Grziwotz, NZFam 2015, 543, 545.

24 Vgl. im Einzelnen hierzu m. w. N. Münch/Schlünder/Geißler, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 18 Rdnr. 392 ff.; Schlünder/Geißler, ZEV 2007, 64; Schlögel, MittBayNot 2009, 100, 104; Weimer, ZEV 2007, 316.

25 Vgl. Schlünder/Geißler, ZEV 2007, 64, 64.

26 Vgl. Weimer, ZEV 2007, 316, 317.

27 Vgl. hierzu Beck'sches Notarhandbuch/Spiegelberger, 7. Aufl. 2019, § 29 Rdnr. 65.

28 Milzer, NJW 2008, 1621, 1622; Wälzholz, ErbR 2011, 226, 230.

29 Von Proff zu Imrich, RNotZ 2008, 313, 325; vgl. das Formular Beck'sche Online Formulare Vertrag/Schervier, 52. Ed. 2020, 6.5.3.

30 Everts, MittBayNot 2012, 337, 337.

31 Everts, MittBayNot 2012, 337, 337; Stein, FamFR 2011, 409, 412.

32 Everts, MittBayNot 2012, 337, 338.

33 Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 4. Aufl. 2015, Rdnr. 2030 ff.; Everts, MittBayNot 2012, 337, 339; von Proff zu Imrich, RNotZ 2008, 313, 325; vgl. BFH, Urteil vom 27.11.2013, II R 25/12, MittBayNot 2014, 489.

34 Everts, MittBayNot 2012, 337, 340, unter Hinweis auf die steuerliche Unwägbarkeiten dieser Gestaltung.

35 Everts, MittBayNot 2012, 337, 337; Mayer, ZEV 1999, 384, 385; Milzer, NJW 2008, 1621, 1622; von Proff zu Imrich, RNotZ 2008, 313, 325; von Proff zu Imrich, notar 2019, 35, 38; Wälzholz, ErbR 2011, 226, 230.

36 Wälzholz, ErbR 2011, 226, 230.

37 Everts, MittBayNot 2012, 337, 338.

38 Everts, MittBayNot 2012, 337, 338.

39 Mayer, ZEV 1999, 384, 385.

ErbStG verloren ginge.⁴⁰ Ist der Darlehensnehmer voraussichtlich nicht der Erbe, so muss letztlich der Darlehensgeber entscheiden, ob die Forderung aus dem Darlehensvertrag im Falle seines Vorversterbens seinen Erben zugute kommen soll.⁴¹ Entscheidet er sich dafür, auf die Rückführung des Darlehens im Falle seines Vorversterbens zu verzichten, so ist zu bedenken, dass dieser Erlass erbschaft- bzw. schenkungsteuerpflichtig ist.⁴²

Wirtschaftlich sichert der Darlehensvertrag lediglich das Interesse des investierenden Partners ab, die geleisteten Beiträge im Falle der Trennung zurückzuerhalten, wohingegen eine Teilhabe an einem möglichen Wertzuwachs der Immobilie unterbleibt.⁴³ Als Kehrseite dessen wird grundsätzlich auch eine Rückzahlung des investierten Betrages zum Nennwert geschuldet, selbst wenn der Wert der Immobilie durch Abnutzung oder schlicht die Marktentwicklung bis zur Trennung deutlich gesunken ist.⁴⁴

Anwendungsbeispiel: Die Lebensgefährtin hat von ihren Eltern ein Grundstück mit einem renovierungsbedürftigen Haus zu Alleineigentum überlassen bekommen. Gemeinsam mit ihrem Lebensgefährten renoviert sie das Anwesen für 150.000 €. 60.000 € hiervon werden von ihrem Lebensgefährten beigetragen. Der Lebensgefährte möchte sich für den Fall einer Trennung absichern. Eine Teilhabe am Wertverlust oder Wertzuwachs der Immobilie ist jedoch nicht gewünscht. In einem solchen Fall bietet es sich an, ein Darlehen mit den vorstehend genannten Modalitäten zu vereinbaren.

Der Abschluss eines solchen Darlehensvertrages führt dazu, dass die Zuwendung keine schenkungsteuerpflichtige freigiebige Zuwendung i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG ist.⁴⁵ Damit korrespondierend löst die Darlehensauskehrung grundsätzlich auch keine Pflichtteilsergänzungsansprüche gemäß § 2325 BGB aus.⁴⁶

bb) Mietmodell

Zivilrechtlich denkbar ist es ohne Weiteres auch, dass die nichtehelichen Lebensgefährten einen Mietvertrag abschließen, sodass der nicht als Eigentümer eingetragene Lebensgefährte dem anderen einen Mietzins bezahlt und Beiträge zur gemeinsamen Lebensführung leistet.⁴⁷ Der Eigentümer und Vermieter wird in diesem Fall regelmäßig zur Mitbenutzung sämtlicher Räume befugt sein. Von dem Mietzins kann dann ggf. teilweise die Immobilie abbezahlt und finanziert werden. Dies hat zur Folge, dass die Immobilie rechtlich nur einem Lebensgefährten gehört und auch allein dieser an der Wertstei-

gerung und am Wertverlust der Immobilie teilhat. Sofern dieses Ergebnis gewünscht ist, kann sich eine solche klarstellende Vereinbarung empfehlen.⁴⁸ Hiermit werden die Unwägbarkeiten, ob gesetzliche Rück- bzw. Auszahlungsansprüche bestehen, ausgeräumt. Praktisch wird diese Gestaltung vor allem dann in Betracht kommen, wenn zu erwarten steht, dass ein Partner aufgrund der Einkommensdivergenz den erheblich größeren Anteil an der Finanzierung leisten wird, während die Leistungen des anderen Partners den „Wohnwert“ nicht überschreiten oder sogar unterschreiten. Zahlt der nichteheliche Lebensgefährte jedenfalls nicht mehr, als er für die gemeinsam genutzte Wohnung anteilig (meist hälftig) Miete bezahlen würde, so ist ein Rückzahlungsanspruch im Falle Trennung nicht erforderlich.⁴⁹ Maßgebend ist insoweit, ob eine gemeinsame Vermögensbildung gewollt ist.

Anwendungsbeispiel: Beide Partner sind voll berufstätig und kinderlos. Der Lebensgefährte kauft ein Einfamilienhaus für 500.000 €. 400.000 € vom Kaufpreis werden über ein Darlehen finanziert, das allein vom Eigentümer aufgenommen und abbezahlt wird. Die monatliche Rate beträgt 1.500 €. Sämtliche die Immobilie betreffenden laufenden Kosten trägt der Eigentümer. Es besteht von vornherein Einigkeit, dass eine gemeinsame Vermögensbildung nicht gewollt ist und im Falle der Trennung die Immobilie und das Darlehen weiter alleine beim Eigentümer verbleiben sollen. Für das gemeinsame Bewohnen leistet die Lebensgefährtin einen monatlichen Beitrag in Höhe von 400 €. Hier könnte ein Mietvertrag angemessen sein, wenn zwischen den Beteiligten Einvernehmen besteht, dass der anteilige Wohnwert mindestens 400 € beträgt und eine Rückzahlung im Falle der Trennung daher nicht erfolgen soll.

Steuerlich wird ein solcher die gemeinsam bewohnte Immobilie betreffender Mietvertrag zwischen nichtehelichen Lebensgefährten jedoch nicht als Mietverhältnis i. S. d. § 21 Abs. 1 Nr. 1 EStG anerkannt.⁵⁰ Die Zahlungen werden aus Sicht des Steuerrechts als Beiträge zur gemeinsamen Haushaltsführung gesehen.⁵¹ Nach Auffassung der Rechtsprechung werden diese nicht aufgrund des zivilrechtlichen Vertrages, sondern basierend auf der persönlichen Beziehung geleistet.⁵² Folglich werden etwaige aus der zivilrechtlichen Vermietung folgende Ausgaben nicht als Werbungskosten angesehen und ein et-

40 Meincke/Hannes/Holtz, 17. Aufl. 2018, ErbStG, § 10 Rdnr. 35; Mayer, ZEV 1999, 384, 385.

41 Everts, MittBayNot 2012, 337, 339.

42 Mayer, ZEV 1999, 384, 385.

43 Everts, MittBayNot 2012, 258, 262; Mayer, ZEV 1999, 384, 385; Milzer, NJW 2008, 1621, 1622.

44 Everts, MittBayNot 2012, 258, 263; Milzer, NJW 2008, 1621, 1622.

45 Milzer, NJW 2008, 1621, 1622.

46 Everts, MittBayNot 2012, 258, 262.

47 Schnitzler/Kleinwegener, Familienrecht, 5. Aufl. 2020, § 27 Rdnr. 53.

48 Beck'sches Notarhandbuch/Grziwotz, § 14 Rdnr. 28c.

49 Grziwotz, Nichteeliche Lebensgemeinschaft, § 14 Rdnr. 92.

50 BFH, Urteil vom 30.1.1996, IX R 100/93, BeckRS 1996, 22011700; Beschluss vom 16.11.2001, IX B 55/01, BeckRS 2001, 25000103; FG Baden-Württemberg, Urteil vom 6.6.2019, 1 K 699/19, BeckRS 2019, 14530; Scholz/Kleffmann/Doering-Striening/de Hessele, Praxishandbuch Familienrecht, Stand: September 2019, Teil S Rdnr. 377; Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon/Faber, 51. Ed. 2020, Nichteeliche Lebensgemeinschaft Rdnr. 4; Grziwotz, Nichteeliche Lebensgemeinschaft, § 14 Rdnr. 87.

51 BFH, Urteil vom 30.1.1996, IX R 100/93, BeckRS 1996, 22011700; FG Baden-Württemberg, Urteil vom 6.6.2019, 1 K 699/19, BeckRS 2019, 14530; Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon/Faber, Nichteeliche Lebensgemeinschaft Rdnr. 4.

52 BFH, Urteil vom 30.1.1996, IX R 100/93, BeckRS 1996, 22011700; FG Baden-Württemberg, Urteil vom 6.6.2019, 1 K 699/19, BeckRS 2019, 14530.

waiger hieraus resultierender Verlust wird steuerlich nicht anerkannt.⁵³

cc) Innen-GbR

Eine denkbare Gestaltung ist ferner die Vereinbarung einer Innengesellschaft (Innen-GbR) zwischen den nichtehelichen Lebensgefährten, sodass das im Alleineigentum eines Partners stehende Immobilienvermögen im Falle einer Trennung oder eines Verkaufs hinsichtlich der Auseinandersetzung wirtschaftlich so behandelt wird, als wäre es Gesellschaftsvermögen.⁵⁴ Möglich und empfehlenswert ist es, die Modalitäten der Berechnung des Abfindungsguthabens im Gesellschaftsvertrag zu regeln. So kann hier vereinbart werden, dass dem nicht im Grundbuch eingetragenen Partner im Falle der Trennung eine monetäre Abfindung zusteht, die sich aus dem anteiligen Grundstückswert bei Trennung errechnet, der seinem prozentualen Anteil an der Finanzierung entspricht.⁵⁵ Da der Anteil an der Finanzierung bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages meist noch nicht feststeht, müssen sämtliche Zahlungen dokumentiert werden.⁵⁶ Um dies zu erleichtern, kann den Parteien bei getrennter Kontenführung empfohlen werden, ein eigenes Konto für die Immobilie einzurichten, auf das jeder seine Beiträge überweist und von dem aus alle die Immobilie betreffenden Zahlungen getätigt werden.⁵⁷ Die Parteien können festlegen, ob für den Anteil an der Finanzierung nur Darlehenstilgung und Eigenkapitalaufbringung oder daneben auch Zinsleistungen berücksichtigt werden sollen.⁵⁸ Es wird sich regelmäßig empfehlen, die Zinsen miteinzubeziehen, um die Ermittlung der Finanzierungsanteile der Partner nicht unnötig kompliziert zu gestalten.⁵⁹

Mit einer entsprechenden Gestaltung würde erreicht, dass beide Partner anders als bei einem Darlehen gleichermaßen an der Wertentwicklung des Grundstückes teilhaben.⁶⁰ Insofern hat die Innen-GbR gewisse Vorzüge gegenüber dem Darlehensvertrag, wenngleich die rechtliche Konstruktion den Beteiligten oftmals schwerer zu vermitteln sein dürfte.

Anwendungsbeispiel: Zwei Jahre vor Beginn der Beziehung hatte der Lebensgefährte bereits ein Haus für 500.000 € erworben, das er voll finanziert. Drei Jahre später zieht seine neue Lebensgefährtin bei ihm ein. Beide Lebensgefährten

wollen das Darlehen fortan gemeinsam abbezahlen. Die Lebensgefährtin soll am ihren Beiträgen entsprechenden Wert der Immobilie teilhaben, da sie aufgrund des gemeinsamen Beschlusses, die Immobilie zusammen abzubezahlen, von einer Investition in eine eigene Immobilie absieht. In dieser Konstellation ist die Innen-GbR ein taugliches Mittel, um eine wirtschaftliche Teilhabe zu ermöglichen.

Im Gesellschaftsvertrag kann die Beendigung der Gesellschaft an das Scheitern der Beziehung oder den Verkauf des Eigenheims geknüpft werden. Um den Nachweis zu erleichtern, empfiehlt es sich, eine schriftliche Kündigungsmöglichkeit vorzusehen.⁶¹ In dem Gesellschaftsvertrag sollte auch geregelt werden, ob das Auseinandersetzungsguthaben auch bei Auflösung der Lebensgemeinschaft durch den Tod des Alleineigentümers oder des investierenden Lebensgefährten zu zahlen ist.⁶² Hierzu sind wiederum die oben unter I. c) aa) dargestellten Überlegungen anzustellen. Ein Erlass des Abfindungsguthabens im Gesellschaftsvertrag hat daher vor allem für den Fall Sinn, dass der investierende Partner verstirbt, dieser voraussichtlich nicht von dem Eigentümer der Immobilie beerbt werden wird und den Erben des investierenden Lebensgefährten keine Abfindung zugute kommen soll. Im Gesellschaftsvertrag kann für den Fall des Todes des Eigentümers unter der Bedingung des Fortbestands der Lebensgemeinschaft auch ein Übernahmerecht bezüglich der Immobilie für den anderen Lebensgefährten gegen alleinige Übernahme der verbleibenden Darlehensverbindlichkeiten vorgesehen werden.⁶³ Dies würde den Gesellschaftsvertrag beurkundungspflichtig gemäß § 311b Abs. 1 BGB machen.⁶⁴

Zur Absicherung des Abfindungsguthabens kann eine Höchstbetragshypothek eingetragen werden, damit der Zahlungsanspruch dinglich gesichert ist.⁶⁵ Alternativ ist es auch möglich, eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit zur Sicherung der Mitbenutzung der Immobilie eintragen zu lassen, die im Falle einer Trennung Zug-um-Zug gegen Zahlung des Abfindungsguthabens zu löschen ist.⁶⁶

Steuerlich betrachtet ist die vorstehende Gestaltung vorteilhaft, weil hierdurch die oben aufgezeigte Schenkungsteuerproblematik beseitigt wird und außerdem das Immobilienvermögen stets bei dem Alleineigentümer verbleibt, sodass keine Grunderwerbsteuer ausgelöst wird.⁶⁷

53 BFH, Urteil vom 30.1.1996, IX R 100/93, BeckRS 1996, 22011700; Scholz/Kleffmann/Doering-Striening, Praxishandbuch Familienrecht, Teil S Rdnr. 377; Grziwotz, Nichteeliche Lebensgemeinschaft, § 14 Rdnr. 87.

54 Beck'sches Formularbuch Familienrecht/Grziwotz, 5. Aufl. 2017, Formular N. I. 4. 5. Variante, Anm. 9; Grziwotz, Nichteeliche Lebensgemeinschaft, § 14 Rdnr. 81; Schlögel, MittBayNot 2009, 100, 102.

55 Milzer, NJW 2008, 1621, 1623; Wälzholz, ErbR 2011, 226, 231; vgl. zur vergleichbaren Konstruktion einer Außen-GbR mit variablen Anteilen die Ausführungen unter 3. m. w. N.

56 Grziwotz, Nichteeliche Lebensgemeinschaft, § 14 Rdnr. 81; von Proff zu Imich, notar 2019, 35, 43.

57 Münch/Munzig, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 37.

58 Von Proff zu Imich, notar 2019, 35, 43, 45.

59 Vgl. von Proff zu Imich, notar 2019, 35, 43, 45.

60 Wälzholz, ErbR 2011, 226, 230.

61 Münch/Munzig, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 47.

62 Beck'sches Formularbuch Familienrecht/Grziwotz, Formular N. I. 4. 5. Variante.

63 Münch/Munzig, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 53 f. mit Muster.

64 Münch/Munzig, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 53.

65 Milzer, NJW 2008, 1621, 1624.

66 Münch/Munzig, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 44.

67 Milzer, NJW 2008, 1621, 1624; Schlögel, MittBayNot 2009, 100, 105; Wälzholz, ErbR 2011, 226, 231.

2. Konstellation 2: Erwerb zu Miteigentum

Wird die Immobilie während des Bestehens der nichtehelichen Lebensgemeinschaft erworben, wünschen die Partner häufig, die Immobilie zu Miteigentum zu gleichen Bruchteilen zu erwerben. Die Beteiligten wollen oftmals aus emotionalen Gründen, dass das Familienheim beiden „gehört“. In manchen Fällen wird auch eine abweichende Miteigentumsquote gewünscht, die den (voraussichtlich) unterschiedlichen Anschaffungs- und Finanzierungsbeiträgen Rechnung tragen soll.

a) Rechtslage bei Trennung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Trennen sich die Lebensgefährten, so verbleibt das Haus selbstredend dennoch im Miteigentum beider Partner bis eine anderweitige Vereinbarung von ihnen getroffen wird. In der notariellen Praxis wird man dann oftmals mit dem Ansinnen konfrontiert, dass ein Partner den Miteigentumsanteil des anderen gegen Übernahme der Darlehensverbindlichkeiten und zusätzliche Leistung einer Barabfindung übernehmen möchte. In anderen Fällen wird die Immobilie verkauft und der Erlös nach Befriedigung der Banken geteilt. Für die Verteilung des Erlöses ist im Grundsatz die Miteigentumsquote maßgebend.⁶⁸ Wenn zwischen den Parteien keine einvernehmliche Lösung gefunden wird, kann jeder Miteigentümer die Teilungsversteigerung gemäß §§ 180 ff. ZVG, § 749 Abs. 1, § 753 Abs. 1 BGB betreiben.⁶⁹

Sofern ein Miteigentümer Zahlungen geleistet hat, die seine quotale Beteiligung an der Immobilie übersteigen, so kann sich ein Ausgleichsanspruch ggf. aus § 426 Abs. 1 und 2 BGB bzw. § 748 BGB ergeben.⁷⁰ Die Parteien können jedoch ausdrücklich oder konkludent etwas anderes vereinbaren.⁷¹ Eine solche anderweitige Vereinbarung kann sich im Einzelfall aus der Aufgabenverteilung in der Beziehung oder aus einer gewissen Stetigkeit der Mehrzahlungen eines Partners ergeben.⁷² Ob ohne ausdrücklich getroffene vertragliche Regelungen Ausgleichsansprüche entstehen, ist im Einzelfall jedenfalls ex ante kaum vorherzusehen.⁷³

b) Steuerliche Aspekte

Nicht außer Acht zu lassen ist für den juristischen Berater, dass Finanzierungsbeiträge eines Lebensgefährten, die über seine quotale Beteiligung hinausgehen, als freigiebige Zuwendung gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG Schenkungsteuer auslö-

sen.⁷⁴ Dies ist den Beteiligten in den seltensten Fällen beim Kauf der Immobilie bewusst, sodass es sich hier lohnt, auf den möglichen Gestaltungsbedarf aufmerksam zu machen.

c) Gestaltungsvarianten

aa) Ausschluss von Ausgleichsansprüchen

Sofern die Beteiligten gerade keinen Ausgleich möglicher überobligationsmäßiger Leistungen im Falle einer Trennung wünschen, kann es sinnvoll sein, eine entsprechende klarstellende Vereinbarung zu treffen.⁷⁵ Die jeweilige Miteigentumsquote übersteigende Aufwendungen eines Partners stellen dann schenkungsteuerpflichtige freigiebige Zuwendungen dar, worauf die Parteien hinzuweisen sind.⁷⁶

bb) Darlehensvertrag

Um Schenkungsteuer zu vermeiden und die Rückzahlung der überobligatorisch geleisteten Zahlungen sicherzustellen, kann ein Darlehensvertrag im Hinblick auf diese Leistungen geschlossen werden.⁷⁷ Für die Ausgestaltung desselben gelten grundsätzlich die Ausführungen unter I. c) aa) entsprechend.

cc) Innen-GbR

Die Parteien können außerdem, wie unter I. c) cc) dargestellt, auch bei Bestehen von Miteigentum in einem Gesellschaftsvertrag einer Innen-GbR statuieren, dass im Falle einer Trennung ein Auseinandersetzungsguthaben für diejenige Partei besteht, die mehr als den aufgrund des Miteigentumsanteils geschuldeten Finanzierungsbeitrag erbracht hat.⁷⁸ Insoweit empfiehlt es sich, diesen Ausgleichsanspruch nach dem überproportionalen Finanzierungsbeitrag im Verhältnis zum Wert der Immobilie bei Trennung zu bemessen.⁷⁹ Denkbar wäre es allerdings auch, in einem wegen § 311b Abs. 1 BGB zwingend zu beurkundenden Gesellschaftsvertrag eine Abfindung in Form einer Pflicht zur Übertragung des dem Finanzierungsbeitrag entsprechenden Miteigentumsanteils vorzusehen.⁸⁰

dd) Erwerbsrechte

In einigen Fällen sind die Beteiligten aus emotionalen Gründen nach ihrer Trennung nur noch bedingt gesprächs- und verhandlungsbereit, sodass keine einvernehmliche Lösung hinsichtlich der Übernahme der im Miteigentum stehenden Immobilie durch einen Partner mehr gefunden wird. Um einer solchen Situation vorzubeugen, kann einem Partner für den Fall der Trennung ein Ankaufsrecht bzw. Erwerbsrecht im Hinblick auf den Miteigentumsanteil des anderen zu einem bestimmten Kaufpreis, gegen Rückzahlung geleisteter Zah-

68 Münch/Munzig, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 11.

69 Raff, NZFam 2018, 768, 772.

70 MünchKomm-BGB/Karsten Schmidt, 7. Aufl. 2017, § 748 Rdnr. 11; BeckOK-BGB/Gehrlein, Stand: 1.2.2020, § 748 Rdnr. 4; Grziwotz, Nichteeliche Lebensgemeinschaft, § 14 Rdnr. 94.

71 BGH, Urteil vom 3.2.2010, XII ZR 53/08, NJW 2010, 868, 868 f.; MünchKomm-BGB/Karsten Schmidt, § 748 Rdnr. 5; Grziwotz, Nichteeliche Lebensgemeinschaft, § 14 Rdnr. 94.

72 BGH, Urteil vom 3.2.2010, XII ZR 53/08, NJW 2010, 868, 868 f.; Grziwotz, Nichteeliche Lebensgemeinschaft, § 14 Rdnr. 94.

73 Von Proff zu Irnich, notar 2019, 35, 42.

74 Von Proff zu Irnich, RNotZ 2008, 313, 325; Raff, NZFam 2018, 768, 773.

75 Von Proff zu Irnich, notar 2019, 35, 42.

76 Vgl. das Formular von Proff zu Irnich, notar 2019, 35, 42.

77 Everts, MittBayNot 2012, 337, 342; Mayer, ZEV 1999, 384, 385.

78 Von Proff zu Irnich, notar 2019, 35, 45; Milzer, NJW 2008, 1621, 1625.

79 Milzer, NJW 2008, 1621, 1623 ff.

80 Von Proff zu Irnich, notar 2019, 35, 45.

lungen und Befreiung von den Grundbesitz betreffenden Verbindlichkeiten oder gegen Zahlung des von einem Schiedsgutachter auf den Zeitpunkt der Trennung zu ermittelnden Verkehrswerts eingeräumt werden.⁸¹ Denkbar ist es auch, ein Ankaufsrecht für den Fall vorzusehen, dass einer der Lebensgefährten den Verkauf der gesamten Immobilie vom Anderen verlangt. Wird das Ankaufsrecht dann nicht ausgeübt, kann eine Verpflichtung zum Verkauf vereinbart werden. In einigen Fällen wird es sich anbieten, ein Ankaufs- bzw. Vorerwerbsrecht auch für den Fall des Todes des anderen Lebensgefährten vorzusehen.⁸² In diese Überlegung müssen auch die erbrechtlichen Verfügungen der Lebensgefährten einbezogen werden. Der Erwerbsanspruch sollte in jedem Fall vormerkungsgesichert werden.⁸³

Anwendungsbeispiel: Das junge Paar bekommt aus der Landwirtschaft der Eltern der Frau ein unbebautes Grundstück zum Miteigentum übertragen. Dieses wird von beiden gemeinsam bebaut. Die Frau will sichergestellt wissen, dass sie den Grundbesitz im Falle einer Trennung erwerben und behalten kann. Außerdem soll für beide Lebensgefährten im Falle des Vorversterbens des Anderen die Möglichkeit bestehen, die Immobilie zu Alleineigentum zu erwerben. Beide Ziele können durch Ankaufsrechte zu bestimmten Konditionen erreicht werden.

3. Konstellation 3: Erwerb als Außen-GbR

Sofern die Partner eine variable Beteiligung entsprechend den Finanzierungsbeiträgen wünschen, besteht auch die Möglichkeit des Grundstückserwerbs durch eine GbR. Das Grundstück wird dann Gesamthandseigentum und die Partner halten Gesellschaftsanteile an der GbR.⁸⁴

Wie bei der Innen-GbR beschrieben, kann auch bei der Außen-GbR vereinbart werden, dass die Lebensgefährten am Vermögen, Gewinn bzw. einem Liquidationserlös der GbR in dem Ausmaß beteiligt sind, wie dies ihren Beiträgen zum Erwerb der Immobilie in Form von Eigenkapital, Zins- und Darlehenstilgung entspricht.⁸⁵ Grundvoraussetzung für das Funktionieren jenes Modells ist wie bei der Innen-GbR eine lückenlose Dokumentation der geleisteten Zahlungen und sofern Arbeitsbeiträge berücksichtigt werden sollen, eine Monetarisierung derselben.⁸⁶ In der Praxis bietet sich wie bei der Innen-GbR ein eigenes Bankkonto an, auf das ausschließlich die Beiträge beider Partner für die Immobilie überwiesen und

von dem aus ausschließlich die Zahlungen für die Immobilie getätigt werden.⁸⁷

Sofern der Gesellschaftszweck der Erwerb eines bestimmten Grundstückes ist, so muss der Gesellschaftsvertrag gemäß § 311b Abs. 1 BGB beurkundet werden.⁸⁸ Wenn der Zweck hingegen das Halten oder Kaufen eines oder mehrerer unbestimmter Grundstücke ist, ist nach herrschender Meinung keine Beurkundungspflicht gegeben.⁸⁹ Gründen die Parteien die GbR erst aus Anlass ihres Eigenheimerwerbs, ist aber auch dann Vorsicht geboten, wenn der Gesellschaftszweck allgemein auf den Erwerb von Grundstücken gerichtet formuliert ist, da maßgeblich der tatsächliche Wille der Beteiligten ist.⁹⁰ In Zweifelsfällen sollte eine Beurkundung erfolgen.

Im Gesellschaftsvertrag kann die Auflösung der Gesellschaft ohne Weiteres an das Scheitern der Beziehung geknüpft werden. Um Unklarheiten zu vermeiden, empfiehlt es sich, (auch) an eine schriftliche Kündigung anzuknüpfen.⁹¹ Wird die Gesellschaft aufgelöst, wird grundsätzlich die Immobilie verkauft und hieraus werden etwaige verbleibende Schulden beglichen, vgl. §§ 731, 733 Abs. 3 BGB.⁹² Den Gesellschaftern steht es jedoch gemäß § 733 Satz 1 BGB frei, die Abwicklung und auch die Verteilung eines Verkaufserlöses nach ihren Vorstellungen im Gesellschaftsvertrag zu regeln.⁹³ Meist werden die Parteien die Erlösverteilung nach Schuldentilgung entsprechend ihren geleisteten Finanzierungsbeiträgen vorsehen.⁹⁴ Es kann jedoch auch ein Übernahmerecht für einen Gesellschafter vereinbart werden, sodass diesem im Falle der Trennung bzw. Kündigung bei Ausübung des Rechtes der Gesellschaftsanteil des anderen Lebenspartners anwächst und letzterer finanziell – wie bei der Innen-GbR – zum Beispiel mit dem seinen Finanzierungsbeiträgen entsprechenden Anteil am Verkehrswert abgefunden wird.⁹⁵ Die Umschreibung des Eigentums auf den übernehmenden Gesellschafter im Grundbuch erfolgt dann mittels Berichtigungsbewilligung gemäß §§ 19, 29 GBO, die der ausscheidende Teil gegen Zahlung der Abfindung zu erteilen hat.⁹⁶

81 Grziwotz, Nichteeliche Lebensgemeinschaft, § 14 Rdnr. 97, 98a mit Muster; Münch/Munzig, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 9.

82 Münch/Munzig, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 9 f.

83 Grziwotz, Nichteeliche Lebensgemeinschaft, § 14 Rdnr. 97, 98a.

84 Grziwotz, Nichteeliche Lebensgemeinschaft, § 14 Rdnr. 81; Münch/Munzig, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 14; von Proff zu Imich, notar 2019, 35, 43.

85 Münch/Munzig, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 19; von Proff zu Imich, notar 2019, 35, 43.

86 Grziwotz, Nichteeliche Lebensgemeinschaft, § 14 Rdnr. 97; Münch/Munzig, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 19; von Proff zu Imich, notar 2019, 35, 43.

87 Münch/Munzig, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 37.

88 MünchKomm-BGB/Schäfer, § 705 Rdnr. 38; Beck'sches Notarhandbuch/Krauβ, § 1 Rdnr. 692; Münch/Munzig, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 14; DNotl Report 2017, 49, 50.

89 BGH, Urteil vom 13.2.1996, XI ZR 239/94, DNotZ 1997, 40, 41 f.; MünchKomm-BGB/Schäfer, § 705 Rdnr. 39; DNotl Report 2017, 49, 50.

90 DNotl Report 2017, 49, 50.

91 Münch/Munzig, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 47; von Proff zu Imich, RNotZ 2008, 313, 328.

92 Münch/Munzig, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 48.

93 BeckOK-BGB/Schöne, § 731 Rdnr. 1.

94 Münch/Munzig, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 37.

95 Münch/Munzig, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 48; von Proff zu Imich, RNotZ 2008, 313, 328 f.

96 Münch/Munzig, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 48; von Proff zu Imich, RNotZ 2008, 313, 330.

Der Tod eines Gesellschafters führt kraft der dispositiven Regelung in § 727 BGB grundsätzlich zur Auflösung der Gesellschaft.⁹⁷ Es wird sich aber vielfach empfehlen, dem überlebenden Partner ein Übernahmerecht zu geben, sodass dieser die Immobilie gegen Abfindung der Erben des Verstorbenen zum Alleineigentum erwerben kann, wenn er diese nicht verkaufen und den Erlös nach den vereinbarten Grundsätzen mit den Erben des Verstorbenen teilen will.⁹⁸ Der in § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB verortete Abfindungsanspruch kann gesellschaftsvertraglich für den Fall des Versterbens eines Gesellschafters ausgeschlossen oder modifiziert werden.⁹⁹ Dies bietet sich vor allem dann an, wenn sich die Lebensgefährten voraussichtlich nicht gegenseitig beerben werden und wenn diese ihren Erben keine wirtschaftliche Beteiligung an der Immobilie zukommen lassen wollen. Wenn der Ausschluss der Abfindung alle Gesellschafter für den Fall ihres Todes gleichermaßen trifft, wird die Regelung von der herrschenden Meinung nicht als unentgeltlich angesehen, sodass sie keiner notariellen Beurkundung gemäß §§ 2301, 2276 BGB bedarf.¹⁰⁰ Steuerlich wird der Anteilsübergang hingegen nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 ErbStG als Schenkung auf den Todesfall eingeordnet und damit der Erbschaftsteuer unterworfen.¹⁰¹ Als Alternative zu einer Auflösung oder einer Übernahme durch den überlebenden Gesellschafter kann auch eine Fortsetzung der GbR mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters vorgesehen werden.¹⁰²

Der Kauf einer Immobilie in Außen-GbR mit variablen Gesellschaftsanteilen hat den Vorteil, dass keine Schenkungsteuer anfällt, da die Beteiligten genau in dem Verhältnis am unbeweglichen Vermögen beteiligt sind, der ihren geleisteten Beiträgen entspricht.¹⁰³ Dies entspricht auch unabhängig von steuerlichen Gesichtspunkten, dem Wunsch vieler nichtehelicher Lebensgefährten.¹⁰⁴

Anwendungsbeispiel: Ein junges kinderloses Akademikerpaar kauft teilweise unterstützt durch die jeweiligen Eltern, zum Großteil aber mittels Finanzierung durch die Bank, eine Eigentumswohnung. Für den Kredit haften beide gesamtschuldnerisch. Im Grundbuch sollen in jeden Fall beide Partner eingetragen werden. Da beide Lebensgefährten aber erst am

Anfang ihrer beruflichen Karriere stehen, ist noch unklar, wer welchen Anteil vom Kredit abbezahlen wird. Jeder Partner soll im Ausmaß seines wirtschaftlichen Beitrages an der Immobilie beteiligt sein. Schenkungsteuern gilt es in jedem Falle zu vermeiden. Hier bietet sich ein Kauf in Außen-GbR an.

Die ständige Verschiebung der Größe der Gesellschaftsanteile durch unterschiedlich große Finanzierungsbeiträge führt grundsätzlich auch nicht zu einer Grunderwerbsteuerpflicht.¹⁰⁵ § 1 Abs. 2a GrEStG greift in diesem Fall schon mangels neuem Gesellschafter nicht.¹⁰⁶ Eine Grunderwerbsteuerpflichtiger Vorgang kann allenfalls dann entstehen, wenn einer der Gesellschafter durch die unterschiedlichen Finanzierungsbeiträge gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2 bzw. gemäß § 1 Abs. 3a GrEStG vermögensmäßig mehr als 95 % der Anteile der GbR hält.¹⁰⁷

Ein Nachteil des Grundstückserwerbs in GbR ist die Eigenheit der GbR, nämlich dass mangels Eintragung im Handelsregister keine Publizität besteht und dementsprechend kein Vertretungs- und Existenznachweis mittels Registern geführt werden kann.¹⁰⁸ Wegen der grundsätzlichen Formfreiheit der GbR hat auch die Vorlage des Gesellschaftsvertrags nur eine begrenzte Aussagekraft. In der Erwerbsurkunde müssen die Gesellschafter lediglich versichern, dass die GbR besteht und dass sie die alleinigen Gesellschafter sind, um die Grundbucheintragung zu bewirken.¹⁰⁹ Der Grundstücksverkauf kann sich aber ggf. verkomplizieren, sofern eine GbR Eigentümer ist, da die Reichweite des § 899a BGB – insbesondere im Hinblick auf das schuldrechtliche Rechtsgeschäft – noch nicht hinreichend geklärt ist.¹¹⁰ Sofern eine schnelle Verkaufsmöglichkeit den Parteien sehr wichtig ist, kann es im Einzelfall angezeigt sein, die Parteien bei der Beratung im Hinblick auf die Erwerbsform auf diese Problematik hinzuweisen.¹¹¹ Die Wahl der Erwerbsform sollte aus Sicht der Verfasser jedoch nicht entscheidend von Schwierigkeiten beim Existenz- und Vertretungsnachweis abhängig gemacht werden.¹¹²

97 MünchKomm-BGB/Schäfer, § 727 Rdnr. 4.

98 Münch/Munzig, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 52; zu diesem Ergebnis würde im Falle einer zweigliedrigen GbR auch eine einfache Fortsetzungsklausel führen, vgl. MünchKomm-BGB/Schäfer, § 736 Rdnr. 10.

99 Münch/Munzig, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 53; von Proff zu Irnich, RNotZ 2008, 313, 329 mit Muster.

100 BGH, Urteil vom 22.11.1956, II ZR 222/55, NJW 1957, 180, 181; von Proff zu Irnich, RNotZ 2008, 313, 329 m. w. N. und Hinweis auf die Gegenansicht. Zu der streitigen Frage, ob der Abfindungsausschluss zur Reduktion von Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüchen herangezogen werden kann, vgl. Hölscher, ZEV 2010, 609 und unlängst BGH, Urteil vom 3.6.2020, IV ZR 16/19, ZEV 2020, 420.

101 Meincke/Hannes/Holtz, ErbStG § 3 Rdnr. 76.

102 Vgl. das Muster von Proff zu Irnich, notar 2019, 35, 43.

103 Raff, NZFam 2018, 768, 772; Schlögel, MittBayNot 2009, 100, 105.

104 Von Proff zu Irnich, notar 2019, 35, 43.

105 Vgl. hierzu ausführlich von Proff zu Irnich, notar 2019, 35, 44.

106 Boruttau/Meßbacher-Hönsch, 19. Aufl. 2018, GrEStG, § 1 Rdnr. 764; von Proff zu Irnich, notar 2019, 35, 44.

107 Wobei dies nicht vollends geklärt ist, vgl. hierzu und der Rechtsprechung zu den Normen ausführlich von Proff zu Irnich, notar 2019, 35, 44, der auch hier aktuell von Grunderwerbsteuerfreiheit ausgeht.

108 Münch/Munzig, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 24; Wertentrub, NZG 2019, 407, 408.

109 BGH, Beschluss vom 28.4.2011, V ZB 194/10, MittBayNot 2011, 393; Münch/Munzig, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 14.

110 Vgl. hierzu insgesamt Beck'sches Notarhandbuch/Krauß, § 1 Rdnr. 684 ff.

111 Münch/Munzig, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 24.

112 Vgl. Münch/Munzig, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 12 Rdnr. 24.

BUCHBESPRECHUNGEN

Walter Büttner/Matthias Frohn/Daniel Seebach:

Elektronischer Rechtsverkehr und Informationstechnologie im Notariat

C. H. Beck, 2019. 577 S., 79 €

Von Notar Prof. Dr. **Axel Adrian**, Nürnberg

„Legal-Tech“ ist in Deutschland ungefähr seit 2015 in aller Munde (Hartung/Bues/Halbleib, Legal Tech, 2018, S. 5 ff.). Man spricht insoweit auch gerne von einem „Hype“. Büttner/Frohn/Seebach kommen ohne dieses „Buzzword“ aus und legen dennoch einen hervorragenden Nachweis darüber vor, wie fortschrittlich das Notariat bereits an der Digitalisierung von rechtlichen Prozessen mitgewirkt hat und zukünftig mitwirken wird – dies übrigens bereits Jahre vor dem Aufkommen des genannten Hypes um Legal-Tech.

Allein aus diesem Grund ist das Buch zu empfehlen, da es jeder und jedem einzelnen mit den dargestellten Informationen helfen kann, sich selbst darüber bewusst zu werden, welche große Vorreiterrolle das Notariat für die digitale Transformation rechtlicher Prozesse bereits spielen konnte und auch weiterhin spielen wird. Damit wird nicht nur die Zukunftsfähigkeit des Notariats im digitalen Zeitalter belegt, sondern es können auch andere Stakeholder von der Leistungsfähigkeit eines modernen Notariats überzeugt werden.

Insbesondere sollte die Justiz animiert werden, Schritt zu halten, da wir bei der Ausübung der uns zugewiesenen hoheitlichen Tätigkeit im Verbund mit allen staatlichen Institutionen gemeinsam ins digitale Zeitalter gehen müssen, um erfolgreich sein zu können. Vergleiche dazu zum Beispiel die zutreffenden Appelle auf den Seiten 127 ff. und 347 ff.

Das selbstgesetzte Ziel dieses neu erschienen Buches, (wohl erstmalig) systematisch alle bereits seit Jahren erfolgreich praktizierten digitalen Prozesse notarieller Tätigkeit der Notarinnen und Notare darzustellen und als entsprechendes Nachschlagewerk fungieren zu können (Einleitung, S. VI), wird überzeugend erreicht.

So wird zunächst das entsprechende Recht über die eingesetzte Technik des elektronischen Rechtsverkehrs, insbesondere in Kapitel 1, dargestellt.

In Kapitel 2 geht es um die Erläuterung des elektronischen Rechtsverkehrs mit verschiedenen Kommunikationspartnern, wie Handelsregister, Grundbuchamt und Behörden, also zum Beispiel um die seit Jahren erfolgreich praktizierten elektronischen Handelsregisteranmeldungen sowie um teilweise bereits mögliche elektronische Grundbuchanträge, aber auch um elektronische Vorkaufsrechtsanfragen.

Des Weiteren wird das besondere elektronische Notarpostfach (beN), als Nachfolger des bisherigen Elektronischen Ge-

richts- und Verwaltungspostfaches (EGVP), die Verzeichnisse der BNotK (Notarverzeichnis (NVZ), Notarportal, Stammdatenverzeichnis (SDV), Standesamtsverzeichnis (SVZ) und das Gerichtsverzeichnis (GVZ)) sowie der XKR-Kostenrechner dargestellt.

Ein Abschnitt widmet sich den Sicherheitsaspekten des elektronischen Rechtsverkehrs, unter anderem mit Hinweisen zum sicheren Mailverkehr (Verschlüsselung), zur Problematik bei der Nutzung von Messenger-Diensten (zum Beispiel Whatsapp), zur Möglichkeit von Homeofficearbeitsplätzen und der Einbindung mobiler Endgeräte, etc. Als klares Statement findet sich, dass insbesondere cloudbasierte Lösungen richtigerweise abzulehnen sind. Zu Fragen der DSGVO wollen sich die Autoren im Übrigen explizit nicht äußern.

In Kapitel 2 finden sich zum Teil Ausführungen, die in weitem Umfang den Darstellungen im XNotar-Handbuch bzw. in der Bedienungsanleitung des XKR-Kostenrechners ähneln, worauf in den jeweiligen Fußnoten auf den Seiten 56, 130 und 308 hingewiesen wird. Diese Teile dürften daher weniger für die Notarin und den Notar selbst, sondern vielmehr als Nachschlagewerk für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter gedacht sein. Vereinzelt finden sich Screenshots zum Grundbuch im Abschnitt über das Handelsregister, was aber nicht irritieren sollte (zum Beispiel S. 95, 97).

In Kapitel 3 wird das Zentrale Vorsorgeregister (ZVR) behandelt. Dieses Register dient dem besseren Auffinden von Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen. Durch die Justiz wird das ZVR ca. 20.000 mal im Monat abgefragt. Bei rund 9,5 % der Fälle kann mindestens eine passende Eintragung beauskunftet werden (S. 371). Dabei ist festzustellen, dass fast 90 % der Registrierungen im ZVR von Notarinnen und Notaren stammen (S. 355 f.). Dies zeigt eindrucksvoll die Leistungsfähigkeit des elektronischen Rechtsverkehrs.

Ausführungen zum Zentralen Testamentsregister (ZTR) finden sich dann in Kapitel 4. Es ist sicherzustellen, dass Verfügungen von Todes wegen aufgefunden und vollzogen werden. Bis zum 1.1.2012 „erfolgte die Benachrichtigung in Nachlasssachen mit papiergebundenen Verwahrungsnachrichten, die in rund 5.000 Testamentsverzeichnissen bei den (...) Standesämtern (...) dezentral geführt wurden“ (S. 399). Die BNotK hat „innerhalb von rund drei Jahren“ in einem der „größten Projekte zur Verwaltungsmodernisierung“ ca. 18,4 Mio. solcher Verwahrungsnachrichten digitalisiert und in das ZTR digital

überführt. Mit diesem System werden heute pro Werktag ca. 4.000 Sterbefälle bearbeitet und daraufhin untersucht, ob sich unter den mittlerweile 20 Millionen hinterlegten Registrierungen ein korrespondierender Datensatz befindet (S. 431). Auch dies belegt die Leistungsfähigkeit des Notariats beim Thema elektronischer Rechtsverkehr und Informationsverarbeitung. Alle 30 Jahre muss im Notariat überprüft werden, ob möglicherweise eine Verfügung von Todes wegen trotz eines Sterbefalles nicht aufgefunden und vollzogen worden sein könnte. Künftig soll es daher ein „§ 351 FamFG-Modul“ zur Unterstützung der Notariate und Gerichte bei der Fortlebensüberprüfung geben (S. 483 ff.). Gelingt die Entwicklung dieses Tools, wird einmal mehr die Innovationskraft im Notariatsbereich belegt.

Durch das Urkundenarchivgesetz ist ab dem 1.1.2022 das Elektronische Urkundenarchiv insgesamt umzusetzen, also zum Beispiel das Urkunden- und Verwahrungsverzeichnis als elektronischer Nachfolger von Urkundenrolle und Namensverzeichnis sowie Masse und Verwahrbuch zu bedienen. Die elektronische Aktenführung kann bereits ab dem Jahr 2020 erfolgen. Ausführungen zu alledem finden sich in Kapitel 5.

Kapitel 6 rundet die systematische Darstellung des Themas mit verschiedenen Zukunftsperspektiven ab. Dieser Ausblick hilft auch bei etwaigen Überlegungen zu Investitionen in neue Notarsoftware sowie Hardware oder bei der bevorstehenden Übernahme einer Notarstelle. Diesbezüglich sei auch auf den nützlichen Anhang 2 „Merkliste Elektronik“ hingewiesen.

Als Weiterentwicklungen auf nationaler Ebene werden zum Beispiel das Elektronische Notaranderkonto und insbesondere das Datenbankgrundbuch besprochen. Diese zukünftigen Anwendungen können vielleicht bald in das Programm XNotar integriert werden, über das bereits der Datenaustausch mit Handelsregister, Grundbuch, ZVR, ZTR, etc. läuft. Auf internationaler Ebene wird zum Beispiel die Europäische Testamentsregisterverknüpfung und das Europäische Notarverzeichnis etc. genannt.

Spätestens in Kapitel 6 wird erkennbar, dass das allseits bereits seit langem verwendete Programm XNotar, dessen Leistungsfähigkeit nach Weiterentwicklung in der Version XNotar 4 dargestellt wird, die zukunftsfähige digitale „Toolbox“ für verschiedene notarielle Aufgaben darstellt und weiter darstellen kann. Wie auch sonst in der Welt von Legal-Tech üblich, werden rechtliche Prozesse dort, wo es möglich ist, digitalisiert. Wie in Wirtschaft und Anwaltschaft, werden auch für das Notariat die bestehenden Tools verbessert, angepasst und für weitere Prozesse neue Tools in diese Toolbox integriert, um die digitalen Möglichkeiten schrittweise zu erweitern. Hierfür darf allen Beteiligten und insbesondere der BNotK und der Notar-Net GmbH gedankt werden.

Informatik ist eine Querschnittstechnologie. Das vorgelegte Buch stellt ein Brennglas wichtiger Aspekte der digitalen Transformation des Rechts im Notariat und der notariellen Prozesse dar. So erfolgen einerseits Ausführungen zum „Recht durch Technik“, zum Beispiel wenn es um die Prüfung einer wirksamen, weil korrekt elektronisch signierten, Zwischenverfügung des Grundbuchamtes geht (S. 100 f.). Andererseits finden sich auch Hinweise zum „Recht über Technik“, wenn

zum Beispiel verschiedene Möglichkeiten des Nachweises der Vertretungsmacht im elektronischen Rechtsverkehr erörtert werden (S. 120 ff.). Des Weiteren werden auch Beispiele einer „Anpassung der Technik an das Recht“ genannt, wenn zum Beispiel vorgeschlagen wird, dass Notarinnen und Notare (ähnlich wie beim sog. „Crowdsourcing“) dazu beitragen können, dass Datenbankgrundbuch zu erstellen, einfach indem notarielle Prozesse rückgekoppelt und mehrfach genutzt werden, um Strukturdaten zu generieren bzw. zu prüfen und ggf. zu korrigieren (S. 350 f.). Schließlich finden sich auch noch rechtspolitische Implikationen bzw. Forderungen im Zusammenhang mit der Digitalisierung. Insbesondere unterschiedliche Konzepte und Strategien in den Bundesländern können Schnittstellen und „Medienbrüche“ verursachen. So wird zum Beispiel auf die Unterschiede zwischen SolumStar (14 Bundesländer) und Folia/EGB (Baden-Württemberg und Schleswig-Holstein) hingewiesen (S. 542 f.). Grundsätzlich würde man gerne den vollständigen (semantischen) Inhalt der Grundbücher maschinell verarbeiten können. Angemerkt sei hier, dass PDF/A und XML-Strukturdaten noch keine für das sog. „Natural Language Processing“ verwendbaren, maschinelesbaren Repräsentationen natürlicher Sprache darstellen müssen, welche vielmehr sog. annotierte Korpora voraussetzen würden.

Derzeit bleibt uns also nur die Digitalisierung einzelner Prozessschritte im Notariat, auch wenn am Ende des Buches eine Zukunftsvision, wie folgt, beschrieben wird: Die „Notarsoftware stellt einen Entwurf der Urkunde zusammen, die in der Regel noch juristisch feinjustiert und (...) ergänzt werden muss“. Der „(teilautomatisierte) Vollzug“ erfolgt dann über das beN und endet mit der „elektronischen Notarrechnung“ (S. 517 ff.). Das ist schon sehr nahe an den sogenannten „smart contracts“, die leider nur kurz auf S. 330 erwähnt (und nicht im Stichwortverzeichnis zu finden) sind, also Verträgen, die durch Maschinen generiert und „automatisch“ vollzogen werden können. Das juristische Know-how, insbesondere in Form von Textbausteinen und deren Verknüpfungen sowie die Anwendungen und Anpassungen auf den jeweils zu ermittelnden Lebenssachverhalt, muss also auch in etwaigen Zukunftsvisionen natürlich immer noch von uns Notarinnen und Notaren in die Maschinen eingepflegt werden.

Das Buch ist vor allem als Nachschlagewerk zur Handhabung der gängigen XNotar-Tools zu empfehlen und um der digitalen Zukunft des Notariats gespannt und in positiver Erwartung entgegen sehen zu können. Vielleicht werden in kommenden Auflagen auch noch weitere Themen, wie zum Beispiel Einsatz Künstlicher Intelligenz oder Blockchain-Technologie etc. im Recht, behandelt werden, um uns für die kommenden Legal-Tech-Diskussionen vorzubereiten.

Jörn Hauß:

Elternunterhalt: Grundlagen und Strategien

6. Aufl., Giesecking, 2020. 374 S., 49 €

Von Richter am KG Dr. **Martin Menne**, Berlin

Beim Elternunterhalt hat sich mit den Änderungen im Sozialrecht durch das Inkrafttreten des Angehörigen-Entlastungsgesetzes zum 1.1.2020 eine völlig neue Rechtslage ergeben: Ab diesem Stichtag geht der zivilrechtliche Unterhaltsanspruch des bedürftigen Elternteils nur noch dann auf den Sozialhilfeträger über, wenn der Unterhaltspflichtige über ein Jahreseinkommen von mehr als 100.000 € brutto verfügt (§ 94 Abs. 1a SGB XII). Bei Einkünften bis zu diesem Schwellenwert erfolgt kein Anspruchsübergang mehr mit der Folge, dass der Sozialhilfeträger für seine Aufwendungen gegenüber dem alten Menschen das elternunterhaltspflichtige Kind nicht mehr in Regress nehmen kann. Dass diese rein sozialrechtliche Regelung gravierende Auswirkungen auf den zivilrechtlichen Elternunterhalt hat, liegt auf der Hand. Die Rückwirkungen sind so massiv, dass schon in den Titeln der ersten Einführungsaufsätze zum neuen, seit Anfang 2020 geltenden Recht allgemein der Abgesang auf den Elternunterhalt angestimmt wird.¹ Tatsächlich spricht die verschämt-zurückhaltende Anmerkung in der bereits im Herbst 2019 verabschiedeten Düsseldorfer Tabelle 2020, wonach der „Selbstbehalt gegenüber den Eltern (...) die sich aus dem Angehörigen-Entlastungsgesetz möglicherweise ergebenden Änderungen“ noch nicht berücksichtigte (Anm. D I), Bände: Denn der Elternunterhalt wird ab Jahresbeginn 2020 nach vollständig anderen Kriterien zu berechnen und durch die Sozialhilfeträger durchzusetzen sein als Unterhaltsansprüche vor diesem Stichtag.

Damit sieht sich die Rechtspraxis vor große Herausforderungen gestellt: Für Altfälle bis Ende 2019 bleiben die alten, bisherigen Gegebenheiten weiter maßgeblich, wohingegen für Elternunterhaltsansprüche seit Anfang 2020 eine neue, bislang noch weitgehend ungeklärte Rechtslage gilt mit zahlreichen, sich bereits jetzt abzeichnenden Zweifels- und Streitfragen, aber einem nur geringen Bestand an gesicherten Lösungsansätzen. Einer der Gründe hierfür dürfte im Umstand zu sehen sein, dass das Angehörigen-Entlastungsgesetz im Bundesministerium für Arbeit und Soziales konzipiert wurde, ohne dass eine Abstimmung mit dem Bundesjustizministerium, bei dem das Unterhaltsrecht ressortiert, stattgefunden hätte (Rdnr. 4): Um mit den hieraus sich ergebenden, tiefgreifenden Problemen etwa bei der Höhe des unterhaltsrechtlichen Selbsthalts, der Auskunftspflicht oder bei der Schenkungsrevokation zurecht zu kommen, ist der vorliegende Band die erste Wahl: Dies nicht nur, weil er wohl mit zu den ersten größeren Bearbeitungen in der Literatur gehört, in denen die neue Rechtslage aufbereitet wird, sondern vor allem, weil der

Verfasser, Rechtsanwalt *Jörn Hauß*, Duisburg, ein echter Spezialist auf dem Gebiet des Elternunterhalts ist, der sich bereits seit vielen Jahren sowohl wissenschaftlich als auch praktisch mit der Materie intensiv befasst hat.

Tatsächlich hat sich sein hier vorzustellendes, inzwischen in sechster Auflage vorliegendes Werk über die Jahre hinweg zu einem veritablen Handbuch entwickelt, in dem die gesamte Thematik in allen ihren Schattierungen umfassend dargestellt wird. Der Untertitel „Grundlagen und Strategien“ kommt nicht von ungefähr. Denn im Band werden sowohl die Grundlagen des Elternunterhalts einschließlich seines „Umfeldes“ in einer ausgesprochen „flotten“, flüssigen und gut lesbaren Sprache dargestellt als auch die sozialrechtliche Seite – die Grundlagen der Pflegeversicherung und ihrer Leistungen – erläutert, Verteidigungsstrategien gegen Elternunterhaltsansprüche entwickelt und schließlich – besonders lesenswert – Konzepte für eine vorsorgende Beratung entworfen. Die solide Aufbereitung des Stoffes wird an vielen Stellen geschickt aufgelockert durch eingängige Musterberechnungen, Auszüge aus wichtigen Entscheidungen, Übersichten sowie zahlreiche erprobte Praxistipps und Formulierungsvorschläge für Anschreiben oder Urkunden (etwa Rdnr. 978) sowohl für den Berater des zum Elternunterhalt Verpflichteten als auch den Sachbearbeiter des Sozialhilfeträgers.

Der Aufbau des Werkes ist gelungen: Auf ein ausnahmsweise wirklich zu lesendes, einen ersten Einstieg in den „neuen“ Elternunterhalt bietendes Vorwort und einen informativen Abriss zu den (bisherigen) Grundlagen des Elternunterhalts folgt eine profunde Analyse der durch das Angehörigen-Entlastungsgesetz neu geschaffenen Probleme und möglicher Ansätze zu deren Lösung, verbunden mit der ausführlich begründeten Empfehlung, den Selbstbehalt beim Elternunterhalt von 2.000 €/Monat für einen alleinstehenden Unterhaltspflichtigen nach der Düsseldorfer Tabelle auf 5.000 €/Monat für einen Alleinstehenden und auf 9.000 €/Monat bei Zusammenleben mit einem Partner anzuheben (Rdnr. 89). Im Anschluss hieran folgt in einem weiteren, knapp 220 Seiten umfassenden Abschnitt der Schwerpunkt des Werkes; eine bis in die kleinsten Details reichende Darstellung der „konventionellen“, bis Ende 2019 geltenden Grundlagen des Elternunterhalts wie beispielsweise eine überzeugende Auseinandersetzung mit der Frage, ob frühere, vor Eintritt des Leistungsfalls vom elternunterhaltspflichtigen Kind für geplante größere Investitionen geschaffene „Vermögensreservate“ – etwa für den Erwerb einer Immobilie – aufgelöst werden müssen oder nicht (Rdnr. 664 ff.). Nicht nur für den Berater des Elternpflichtigen sind die Ausführungen zu möglichen Verteidigungsstrategien gegen den Elternunterhalt ausgesprochen lesenswert (Rdnr. 801 ff.). Mit großer Präzision wird auf die Anspruchsvwirkung aufgrund Zeitablaufs (§ 242 BGB) oder nach § 1611 BGB eingegangen; auch die unter Betroffenen als vermeint-

1 Vgl. z. B. *Hauß*, Das rühmliche Ende des Elternunterhalts, FamRB 2020, 76-82; *Doering-Striening*, Elternunterhalt – adieu?, FuR 2019, 519-528 sowie weiter *Doering-Striening/Hauß/Schürmann*, FamRZ 2020, 137-144; *Viefhues*, FuR 2020, 190-195; *Bress-Brandmaier/Gühlstorf*, ZfF 2020, 107-110; *Schürmann*, FF 2020, 48-60; *Viefhues*, ZNotP 2020, 156-158.

liche Abwehr gegen eine Inanspruchnahme bisweilen gehandelte „Flucht in die (Erwachsenen-)Adoption“ wird kurz behandelt (Rdnr. 870 f.). Keineswegs „anrühlich“, sondern sehr informativ und gehaltvoll ist schließlich auch der Abschnitt zur „vorsorgenden Beratung“ eines potenziell elternunterhaltspflichtigen Kindes oder des unterhaltsberechtigten Elternteils, der den Verzehr seines Vermögens aufgrund eigener Pflegebedürftigkeit fürchtet: Die verschiedenen, in Betracht zu ziehenden Möglichkeiten, Einkommen und Vermögen des pflichtigen Kindes zu schonen oder das Vermögen des Unterhaltsberechtigten vor einem durch die Pflegebedürftigkeit verzehrenden Verbrauch zu bewahren, werden genauso ausführlich wie ausgewogen dargestellt. Dazu gehören auch Hinweise auf eher weniger bekannte Möglichkeiten, das Vermögen des Pflegebedürftigen zu sichern wie etwa die Ausrichtung einer Ausstattung nach § 1624 BGB zugunsten des Kindes (Rdnr. 954 ff.) oder der Abschluss einer Pflegezusatzversicherung gegen Einmalzahlung (Rdnr. 947). Nachdem immer mehr ältere Menschen ihren Lebensabend im Ausland verbringen,

ist es sehr zu begrüßen, dass in einem eigenen, kurzen Abschnitt auch auf Fälle mit Auslandsberührung eingegangen wird – dies allerdings verbunden mit dem ernüchternden Hinweis, dass sowohl die Anwaltschaft als auch die Sozialbehörden mit der grenzüberschreitenden Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen vielfach überfordert sein sollen (Rdnr. 989). Abgerundet wird das äußerst informative, sehr zu empfehlende Buch durch einen umfangreichen Datenanhang, zu dem auch eine Zusammenstellung der Pflegerisikofaktoren gehört (Rdnr. 1016 ff.).

Alles in allem: Bei dem Band von *Jörn Hauß* handelt es sich um eine nachdrücklich zu empfehlende Gesamtdarstellung des Elternunterhalts aus einer betont praxisgerechten Perspektive, mit der sich gut arbeiten lässt und der kaum Wünsche offenlässt: Das Werk ist klar gegliedert, durch ein solides Stichwortverzeichnis gut erschlossen und der Stoff wird vollständig und leicht nachvollziehbar, unter Einbeziehung von zahlreichen Praxishinweisen aufbereitet.

Ulrich Keller/Jörg Munzig:

Grundbuchrecht, Kommentar

8. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2019. 1.504 S., 179 €

Von Notar Prof. Dr. **Alexander Krafka**, Landsberg am Lech

In der Reihe „Notarkommentare“ ist vor Kurzem die Neuauflage des „KEHE“ erschienen. Beide Bezeichnungen erweisen sich allerdings schon auf den ersten Blick – und erst recht bei näherer Betrachtung – als bescheidenes Understatement: Die ersten 370 Seiten des Werks haben enzyklopädischen Handbuchcharakter und behandeln das Grundstücksrecht in seiner gesamten Breite und Tiefe. Die anschließende Kommentierung beschränkt sich nicht auf 900 Seiten zur GBO, sondern umfasst ferner Kommentierungen der oftmals wenig gewürdigten Begleitvorschriften der GBV und WGV sowie des GBerG und des GBMaßnG. Abschließend findet sich sogar der Abdruck der sächsischen Verwaltungsvorschriften für Grundbuchsachen mit einigen Fundstellen der Parallelregelungen anderer Länder. Auch Grundbuchämter werden daher über die Neuauflage des Buchs als „Notarkommentar“ glücklich sein.

Zur Beschreibung der Entstehungsgeschichte gehört sich der Hinweis, dass die Namensgebung des Werks auf die Anfangsbuchstaben der Familiennamen der vier Gründerautoren zurückzuführen ist: „*Kuntze, Ertl, Herrmann* und *Eickmann*“, seinerzeit hoch angesehene gerichtliche und notarielle Vertreter der Rechtspraxis. Mittlerweile stemmen sieben Autoren, davon vier aus dem Notariat (*Aline Kalb, Jörg Munzig, Joachim Püls* und *Michael Volmer*), ein Richter (*Werner Sternal*) sowie

zwei Hochschullehrer (*Ulrich Keller, Matthias Nicht*), den beeindruckenden Aufwand zur Weiterführung des Buchs.

Greift man mehr oder weniger wahllos ein paar Details auf, so zeigt sich, dass die Kommentierungen durchweg auf dogmatisch fundierte Weise pragmatische und sachgerechte Lösungen bieten. Beispielhaft seien dafür die Stellungnahme von *Volmer* in § 41 Rdnr. 26 ff. zu der im Ergebnis bejahten Möglichkeit der Eintragung von Finanzierungsgrundpfandrechten aufgrund transmortaler Vollmachten auch ohne Voreintragung der Erben als betroffene Eigentümer. Ähnlich löst *Munzig* in § 20 Rdnr. 82 bei Vermeidung unnötigen Aufwands unter Heranziehung der einschlägigen Entscheidungen und der Grundsätze der Falschbezeichnung die Problemfälle unrichtiger Berechtigungsverhältnisse bei Auflassungen von in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten. Für die bei Fremdenverkehrsgebieten erforderliche Genehmigung von Aufteilungen in Wohnungseigentum (§ 22 Abs. 1 BauGB) besteht laut *Munzig* kein Eintragungshindernis, wenn das Grundbuchamt aufgrund eigener Prüfung von der Genehmigungsfreiheit überzeugt ist (§ 20 Rdnr. 151), was den Vollzug auch ohne Negativzeugnis jedenfalls dann ermöglicht, wenn bekannt ist, dass im gesamten Gerichtsbezirk keine derartigen Satzungen bestehen. Anders sieht er dies allerdings für Erhaltungssatzungen (§ 172 Abs. 1 BauGB), wenn kraft Landesverordnung – wie etwa in

Bayern und Hamburg – eine entsprechende Verkehrsbeschränkung angeordnet wurde, sodass in diesen Fällen das Grundbuchamt zu eigenen Ermittlungen verpflichtet und stets ein Negativzeugnis beizubringen ist. Generell lässt die Darstellung zum Wohnungseigentum in der Einleitung (§ 3 Rdnr. 14 ff.) von Keller kaum Wünsche offen; allenfalls überrascht die Behandlung der „Abveräußerung“ einer Teilfläche aus dem in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstück unter der Überschrift „Hinzuerwerb“ (Einl. § 3 Rdnr. 73). Für die Möglichkeit einer „Vorlöschungsklausel“ gemäß § 23 Abs. 2 GBO finden sich bei Kalb eindeutige Ergebnisse, wie etwa die ohne Weiteres zulässige Verwendung bei einem Wohnungsrecht, soweit die Berechtigungen aus § 1093 Abs. 3 BGB nicht ausgeschlossen sind (§ 23 Rdnr. 21). Die von Nicht fortgeführten konzisen Länderübersichten zum einschlägigen IPR und den Güterrechten einer Vielzahl von Staaten (Einl. § 8 Rdnr. 259 ff.)

geben einen hervorragenden ersten Einblick zur Behandlung von Erwerbsfragen ausländischer Ehegatten.

Wer nicht auf Online-Kommentare und Handbücher beschränkt sein will, wird sich daher freuen, mit der Neuauflage des „KEHE“ ein Schwergewicht auf aktuellem Stand zur Verfügung zu haben, das keine Wünsche offen lässt. Sicherlich ist die Konkurrenz groß. Das Werk teilt sich das entsprechende Marktsegment mit dem aktuellen „Meikel“, dem mittlerweile gut eingeführten „Bauer/Schaub“ und dem auch online aktualisiert verfügbaren „Hügel“ – braucht dies aber keineswegs zu scheuen. Die gute Übersichtlichkeit, die klare Diktion und die sachgerechte Lösung anstehender Fragen machen den „KEHE“ zu einem hervorragenden Hilfsmittel für die tägliche praktische Arbeit.

Ulf Schönenberg-Wessel:

Das notarielle Nachlassverzeichnis

C. H. Beck, 2020. 406 S., 99 €

Von Notar **Stefan Braun**, LL.M. (London), Maître en droit (Paris), Erlangen

Ein ganzes Buch nur über das notarielle Nachlassverzeichnis und dann auch noch mit über 400 Seiten ... war das wirklich nötig? Wer das vorliegende Werk von *Schönenberg-Wessel* in die Hand nimmt, wird diese Frage sicher mit ja beantworten. Zwar hat das notarielle Nachlassverzeichnis in den letzten Jahren viel von seinem Exotenstatus eingebüßt und sicherlich in Literatur und Praxis keinen „Seltenheitswert“¹ mehr. Hieraus zu schließen, dass derartige Verzeichnisse in der Praxis keine Fragen mehr aufwerfen, wäre allerdings ein Fehler. Dies gilt weniger hinsichtlich der inhaltlichen Anforderungen an das notarielle Nachlassverzeichnis, welche in jüngerer Zeit Gegenstand zahlreicher gerichtlicher Entscheidungen² waren; dafür aber umso mehr bezüglich der Gestaltung des Verfahrens bei

der Nachlassermittlung.³ Die von *Schönenberg-Wessel* wiederholt zitierte „Unlust“ (§ 16 Rdnr. 30, 44 und 52 m. w. N.) einiger Notare, ein Nachlassverzeichnis zu beurkunden, dürfte nicht zuletzt mit dem Gefühl zusammenhängen, dass die Rechtsprechung hohe Anforderungen an den Inhalt des Verzeichnisses stellt, der Notar jedoch bei der Gestaltung des Verfahrens unter Verweis auf sein Ermessen (vgl. hierzu § 17) im Wesentlichen allein gelassen wird.

Es ist aus meiner Sicht der größte Vorzug des vorliegenden Werks, für alle Bereiche des Verfahrens pragmatische Lösungen bereitzustellen. Pflichten des Notars, potenzielle Haftungsrisiken, Zeitmanagement und das eigentliche Ermittlungsverfahren – all diesen Themen sind eigene Teile des Buches gewidmet. Dies ist umso verdienstvoller, als sich die spezifische gesetzliche Regelung zum notariellen Nachlassverzeichnis in der Vorschrift des § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB erschöpft und anders als in vielen anderen Bereichen der notariellen Tätigkeit eine seit Jahrzehnten verfestigte *best practice* fehlt.

Daneben werden (natürlich) auch die inhaltlichen Anforderungen an das Verzeichnis und Kostenfragen behandelt. Sogar ein ausführlicher Exkurs zu einem auch heute noch exotischen

¹ So noch S. Braun, MittBayNot 2008, 351.

² Zuletzt etwa BVerfG, Urteil vom 25.4.2016, 1 BvR 2423/14, MittBayNot 2017, 400; BGH, Urteil vom 30.10.2018, IV ZR 313/17, DNotZ 2019, 207; Beschluss vom 13.9.2019, I ZB 109/17, MittBayNot 2019, 440; OLG Hamburg, Urteil vom 28.9.2016, 2 U29/15, MittBayNot 2018, 357; OLG Bamberg, Beschluss vom 16.6.2016, 4 W 42/16, MittBayNot 2017, 169 jeweils m. Anm. S. Braun; OLG München, Beschluss vom 23.2.2016, 3 W 264/16, ZEV 2016, 331; OLG Schleswig, Urteil vom 5.5.2015, 3 U 998/14, MittBayNot, 2016, 533; OLG Koblenz, Beschluss vom 18.3. 2014, 2 W 495/13, NJW 2014, 1972 f.

³ Siehe allerdings Damm, Notarielle Verzeichnisse in der Praxis, 2018, § 1 Rdnr. 62 ff. und § 2 Rdnr. 151 ff.

notariellen Verfahren, nämlich der notariellen Vermittlung der Nachlassauseinandersetzung, ist enthalten. Der zwar logische, aber nicht immer straffe Aufbau des Werkes und einige Redundanzen (vgl. etwa § 16 Rdnr. 30, 44 und 52) machen es dem Leser allerdings nicht immer einfach, alle relevanten Informationen sofort aufzufinden. So sind im einführenden Kapitel über Pflichtteilergänzungsansprüche (§ 3) zahlreiche lesenswerte Ausführungen zum sog. fiktiven Nachlass enthalten, während sich im Teil über den Inhalt des Verzeichnisses hierzu lediglich Formulierungsbeispiele ohne nähere Erörterung finden. Wer das volle Potenzial des Buches heben möchte, muss darin stöbern – zumal auch das Stichwortverzeichnis nicht immer weiterhilft.

Ausgesprochen nützlich für die Praxis sind die umfangreichen Musterformulierungen, die sich wiederum nicht nur im abschließenden Teil „Gesamtmuster“ finden, sondern auch bei der Darstellung der einzelnen Rechts- und Verfahrensfragen. Wer im Kontakt mit Erben, Auskunftsberechtigten und Dritten nicht stets das Rad neu erfinden möchte, wird bei *Schönen-*

berg-Wessel viele hilfreiche Anregungen finden. Natürlich muss man nicht alle diese Anregungen übernehmen: So werde ich persönlich entgegen dem Formulierungsvorschlag von *Schönenberg-Wessel* (§ 41) daran festhalten, ein Nachlassverzeichnis, zumindest wenn es zahlreiche Erklärungen des oder der Erben enthält, in der Form der §§ 8 ff. BeurkG zu errichten und von den Erben unterzeichnen zu lassen.⁴

„Abwehren, schummeln oder ärmelhochkrepeln und anpacken“, diese drei typischen Reaktionen auf den Auftrag zur Beurkundung eines notariellen Nachlassverzeichnisses beobachtet *Schönenberg-Wessel* in der Praxis. Wer die Ärmel hochkrepeln möchte, findet im „Schönenberg-Wessel“ eine sehr gelungene Arbeitshilfe.

4 Vgl. bereits S. Braun, MittBayNot 2008, 351, 354. Auch *Schönenberg-Wessel* hält dieses Verfahren nicht für unzulässig (vgl. § 25 R, 124), sein Muster ist jedoch als Tatsachenprotokoll abgefasst.

RECHTSPRECHUNG

BÜRGERLICHES RECHT – ALLGEMEINES

1. Wirksamkeit des Rücktritts von einem Kaufvertrag – Anspruch auf Freistellung von Pflichten aus einem Gesamtschuldverhältnis

BGH, Urteil vom 14.2.2020, V ZR 11/18 (Vorinstanz: OLG Dresden, Urteil vom 29.11.2017, 14 U 1754/13)

BGB § 275 Abs. 1, §§ 320, 433, 437, 439

LEITSÄTZE:

1. Schon das Bestehen, nicht erst die Erhebung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäß § 320 BGB schließt die Durchsetzbarkeit der im Gegenseitigkeitsverhältnis zu der nicht erfüllten Gegenforderung stehenden Forderung und damit einen Rücktritt nach § 323 Abs. 1 BGB aus. Das gilt auch bei der MängelEinrede.
2. Der Kauf eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück unterliegt unmittelbar den Regelungen über den Sachkauf. Bezugspunkt etwaiger Nacherfüllungsansprüche ist kein Recht, sondern das Grundstück, dessen Miteigentümer der Erwerber werden will.
3. Auch der Käufer eines Miteigentumsanteils hat nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB einen Anspruch darauf, dass das Grundstück insgesamt frei von Sach- und Rechtsmängeln ist. Ihm steht vorbehaltlich eines Unvermögens des Verkäufers ein Anspruch auf volle Nacherfüllung zu.
4. Der Verkäufer eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück wird nach § 275 Abs. 1 Fall 1 BGB von seiner Verpflichtung zur Nacherfüllung frei, wenn es dem Käufer nicht gelingt oder nur im Klagewege gelingen könnte, die übrigen Miteigentümer dazu zu bewegen, den zur Mängelbeseitigung erforderlichen Maßnahmen zuzustimmen und die dafür entstehenden Kosten entsprechend ihrem Miteigentumsanteil zu tragen.
5. Der Käufer darf den Kaufpreis auch dann insgesamt zurückhalten, wenn ein Mangel der Sache erst nach der Lieferung bzw. Übergabe bemerkt wird.

Der Volltext der Entscheidung erscheint demnächst in der DNotZ.

2. Bauträgervertrag: Unwirksamkeit einer Hinterlegungsklausel

OLG Schleswig, Urteil vom 21.2.2020, 1 U 19/19

BGB § 305 Abs. 1, § 306 Abs. 2, § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, § 309 Nr. 2a, § 310 Abs. 3 Nr. 1, §§ 320, 631 Abs. 1, §§ 637, 641 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3, § 812 Abs. 1 Satz 1 MaBV § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2, § 12

LEITSÄTZE:

1. Bei Bauträgerverträgen über mehrere Wohnungen in einem Gebäude besteht regelmäßig ein erster Anschein dafür, dass es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt. Dies gilt auch, wenn der Notar den Vertrag entworfen hat. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Eine Vereinbarung zur Leistung eines Vergütungsteils auf ein Notaranderkonto ist in einem Bauträgervertrag nicht bereits nach § 12 MaBV i. V. m. § 134 BGB unwirksam, solange sichergestellt ist, dass die Auszahlung an den Bauträger erst nach Fälligkeit gemäß § 3 Abs. 1 und 2 MaBV erfolgt. § 3 MaBV verbietet nur die vorzeitige Entgegennahme durch den Bauträger, nicht die Zahlung auf ein Notaranderkonto. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Eine solche Regelung ist jedoch, sofern es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen des Bauträgers handelt, wegen Verstoßes gegen § 309 Nr. 2a BGB und ggf. gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, weil sie das Zurückbehaltungsrecht des Erwerbers nach § 320 BGB verkürzt. Dies gilt auch hinsichtlich der letzten Rate und trotz der vorher erfolgten Besitzübergabe durch den Bauträger. (Leitsatz der Schriftleitung)

3. Rentenzahlung aufgrund eines Leibgedinges nach freiwilligem Verlassen des Grundstücks

OLG Nürnberg, Hinweisbeschluss vom 11.2.2020, 13 U 4456/19

Bayerisches AGBGB Art. 18

LEITSÄTZE:

1. Verlässt der Berechtigte eines Leibgedings das Grundstück auf Dauer, kann er die Ablösung des Leibgedings durch eine Rentenzahlung nur verlangen, wenn die besonderen Gründe im Sinne des Art. 18 Satz 1 AGBGB beim Verlassen des Grundstücks vorgelegen haben und für das Verlassen ursächlich geworden sind.
2. Treten Umstände, die als besondere Gründe gewertet werden könnten, erst auf, nachdem der Be-

rechtigte das Grundstück bereits aus freien Stücken verlassen hat, ist der Verpflichtete zur Zahlung einer Rente nicht verpflichtet.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Parteien streiten um die Zahlung einer monatlichen Geldrente auf der Grundlage eines Übergabevertrags.

2 Mit notariellem Übergabevertrag vom 22.3.1960 (...) übertrugen die Eltern des Klägers ihren Grundbesitz (eine Hofstelle mit Acker, Grünland und Wald) an den Bruder des Klägers, A. Dieser wurde in Ziffer VI. B. 1. des Übergabevertrags verpflichtet, dem Kläger

„auf die Dauer seines ledigen Standes und unentgeltlich“ ein Zimmer auf dem Hof bereitzustellen, die Mitbenutzung weiterer Räume und Anlagen dort nach Bedarf zu gestatten sowie die „üblichen Hausdienste (...), in alten oder kranken Tagen Wart und Pflege, die den Gesundheitsverhältnissen [Hinweis der Schriftleitung: wohl richtig „Gesundheitsverhältnissen“] entsprechende Kost, Holen und Bezahlen von Arzt und Medizin einschließlich Zahnarzt und Krankenhaus, beim Ableben standesgemäße Beerdigung (...)“ zu gewähren.

Am 13.9.1960 wurde das „Leibgeding auf die Dauer seines ledigen Standes“ für den Kläger im Grundbuch eingetragen.

3 Mit notariellem Übergabevertrag vom 22.6.1994 (...) übertrugen A und seine Ehefrau, die Eltern des Beklagten, den genannten Grundbesitz auf ihn. Gemäß Ziffer IV.15 des Übergabevertrags übernahm der Beklagte die in Abteilung II des Grundbuchs eingetragenen und in Abschnitt I des Übergabevertrags näher bezeichneten Belastungen „zur ferneren dinglichen Vertretung unter Eintritt in die zugrunde liegenden Vereinbarungen“. Dies betraf unter anderem das vorgenannte Leibgeding zugunsten des Klägers.

4 Bereits im Jahr 1990 war der Kläger von dem elterlichen Hof weg und in ein mit seinem Neffen gemeinsam gebautes Haus eingezogen. Das Wohngebäude auf dem elterlichen Hof wurde durch den Beklagten abgerissen und unter Mithilfe des Klägers 1997 neu gebaut.

5 Der Kläger hatte erstinstanzlich behauptet, er sei seit 22.1.2018 in einem Seniorenheim untergebracht, wobei er seit April 2017 der Pflege im Umfang des Pflegegrades 2 bedürftig habe. Seit dem 1.7.2018 habe er den Pflegegrad 4. Er war deshalb der Auffassung, er könne ab der Feststellung des Pflegegrades 2 von dem Beklagten eine Geldrente für die Befreiung von den Pflichten aus dem Leibgeding verlangen.

6 Der Kläger hatte daher erstinstanzlich beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an ihn

1. 13.110 € (an bereits aufgelaufenen Rentenansprüchen) zuzüglich Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 1.5.2019 und

2. monatlich im Voraus für die Zeit ab dem 1.6.2019 eine Geldrente gemäß Art. 18 AGBGB zur Abgeltung des vertraglich vereinbarten Wohnrechts sowie der Rechte auf Wart und Pflege, freie Kost und Erledigung von Besorgungen in Höhe von monatlich 510 € zu zahlen.

7 Der Beklagte hatte erstinstanzlich beantragt, die Klage abzuweisen.

(...)

9 Das LG hat mit genanntem Urteil die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Klage unbegründet sei, weil ein Anspruch auf Zahlung einer Geldrente nicht bestehe. Ein solcher Anspruch ergebe sich nicht aus Art. 18 AGBGB. Die Vorschrift setze für den Wegzug einen besonderen Grund voraus. Ein solcher habe nicht vorgelegen. Sonstige Anspruchsgrundlagen seien nicht gegeben. (...)

10 Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit seiner Berufung, mit der er sein erstinstanzliches Klageziel in vollem Umfang weiterverfolgt. Hierzu wiederholt und vertieft er seinen bereits in der ersten Instanz gehaltenen Vortrag. (...)

11 Der Kläger hat beantragt,

das erstinstanzliche Urteil des LG Regensburg aufzuheben und den Beklagten wie erstinstanzlich beantragt zu verurteilen.

12 Der Beklagte hat beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

13 Zu dem Beklagtenvortrag in der Berufungsinstanz wird auf die Berufungserwiderung vom 3.2.2020 Bezug genommen.

14 II. Das LG hat zutreffend erkannt, dass dem Kläger ein Anspruch auf die geltend gemachte Rentenzahlung nicht zusteht. Die zutreffenden Erwägungen des LG (...) seien folgendermaßen vertieft:

15 1. Ein Anspruch des Klägers ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Übergabevertrag vom 22.3.1960. Dieser enthält keinerlei Regelungen über Rentenzahlungen zu seinen Gunsten.

16 2. Ein Anspruch ergibt sich ebenso wenig aus Art. 18 AGBGB.

17 a) Zutreffend hat das LG das Bündel der dem Kläger im Übergabevertrag vom 22.3.1960 gewährten Ansprüche, die Wohnung, Versorgung, Wart und Pflege umfassten, als ein Leibgeding (zum Begriff BayObLG, Urteil vom 26.4.1993, 1 Z RR 397/92, BayObLGZ 1993, 192, 194) im Sinne der Art. 7 ff. AGBGB gewertet. Davon gehen auch die Parteien übereinstimmend aus.

18 b) Die gemäß Art. 96 EGBGB anwendbaren Vorschriften des AGBGB über das Leibgeding sind nach Art. 7 AGBGB dispositiv. Sie kommen nur zum Zuge, soweit nicht besondere Vereinbarungen getroffen sind (BayObLG, Urteil vom 13.7.1972, BReg. 1 Z 94/71, BayObLGZ 1972, 232, 236). Der Übergabevertrag vom 22.3.1960 regelt die Folgen eines Wegzugs des Klägers nicht.

19 Der Übergabevertrag enthält insgesamt nur eine einzige thematisch einschlägige Regelung, allerdings nicht den Kläger, sondern seine Eltern – die Übergeber – betreffend. So heißt es in Ziffer VI. A am Ende:

„Sollten die Übergeber wegen übler Behandlung gezwungen sein, vom Anwesen wegzuziehen, so sind ihnen sämtliche unter Ziffer VI. A angeführten Naturalreichtnisse

im Umkreis von 5 km vom Hof aus unentgeltlich nachzuliefern, die wöchentlichen und täglichen können jedoch, soweit gesetzlich zulässig, auch in Geld entschädigt werden. (...) In diesem Wegzugsfalle enthalten die Übergeber sodann anstelle des Wohnungsrechts eine monatliche Mietentschädigung von 30 DM.“

Damit wird bezogen auf die Eltern des Klägers die Regelung des Art. 20 AGBGB modifiziert. Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, diese vertragliche Bestimmung solle einen abschließenden Charakter in dem Sinne haben, dass damit sonstige Leistungen in Geld durch den Übernehmer, auch gegenüber dem Kläger, nicht geschuldet sein sollen, Art. 18 AGBGB mithin abbedungen sein soll.

20 c) Nach Art. 18 Satz 1 AGBGB muss der Verpflichtete dem Berechtigten eine Geldrente für die Befreiung von der Pflicht zur Gewährung der Wohnung und zu Dienstleistungen zahlen, wenn der Berechtigte aus besonderen Gründen das Grundstück auf Dauer verlassen muss. Diese Voraussetzungen liegen zugunsten des Klägers nicht vollständig vor.

21 aa) Wann besondere Gründe im Sinne des Art. 18 Satz 1 AGBGB vorliegen, ist unter Würdigung aller Umstände im Einzelfall zu ermitteln (BayObLG, Urteil vom 21.10.1974, RReg. 1 Z 159/73, BayObLGZ 1974, 386, 390). Diese besonderen Gründe müssen allerdings ein gewisses Gewicht haben und von gewisser Erheblichkeit sein, um eine Zwangswirkung auf den Berechtigten auszuüben. Das folgt aus dem „muss“, dem in der ursprünglichen Fassung der Vorschrift die Formulierung „ist der Berechtigte (...) genötigt“ entsprach. So führte die Begründung des Entwurfs zum AGBGB (abgedruckt in Becher, Die gesamten Materialien zum AGBGB, Abt. IV und V, Bd. 1, 1899, S. 70) als Beispiel an, dass der Berechtigte wegen seines Gesundheitszustands seinen Aufenthalt anderswo nehmen muss. Das BayObLG hat besondere Gründe beispielsweise angenommen, als eine verarmte, erwerbsgeminderte und pflegebedürftige Berechtigte zu einem ihrer Kinder in die Stadt verzog und dort ihren Unterhalt nahm (Urteil vom 22.6.1912, Reg I 51/1912, BayObLGZ 13, 502, 514). Andere von Rechtsprechung und Literatur bejahte Fälle der besonderen Gründe betreffen etwa die Einweisung des Berechtigten in eine Anstalt (OLG Nürnberg, Urteil vom 11.1.1967, 4 U 6/66, RdL 1967, 183, 186), die Krankheit des Berechtigten oder seiner Angehöriger (Henle/Schneider, AGBGB, 3. Aufl. 1931, Art. 43 Anm. 1), die Pflegebedürftigkeit des Berechtigten (LG Regensburg, Urteil vom 28.12.2005, 1 O 2772/03, ZMR 2006, 317, 318), oder die Scheidung der Altenteiler (Sprau/Ott, Bayerische Justizgesetze, 1988, Art. 18 AGBGB Rdnr. 2). In Abgrenzung dazu soll ein freiwilliger Wegzug (Ott, a. a. O. Rdnr. 5; Henle/Schneider, a. a. O.; Oertmann, Bayerisches Landesprivatrecht, 1903, S. 517) oder ein Wegzug ohne triftige Gründe (Meikel, AGBGB, 1902, Art. 43 Rdnr. 1) die Rentenverpflichtung nicht auslösen.

22 An diesem Maßstab gemessen lagen besondere Gründe nicht vor. Der Kläger hat vorgetragen, er sei – ohne näher dazu auszuführen – „aufgrund sich wiederholender Auseinandersetzungen zwischen den Parteien auf Veranlassung des Beklagten (...) weggezogen“ (Klageschrift vom 3.5.2019, S. 5). Damit hat er keine ernstliche Störung der persönlichen Beziehungen schlüssig behauptet, die es nachvollziehbar erscheinen ließe,

dass der Kläger seine bisherige Wohnung auf dem Hof im Jahr 1990 hat verlassen müssen. Zudem wurde die zitierte Behauptung durch den Neffen und Bevollmächtigten des Klägers geradezu widerlegt. Dieser hat nämlich vor dem LG ausgesagt, er habe im Jahr 1989 gemeinsam mit dem Kläger auf einem anderen Grundstück ein Haus gebaut und sei dort mit ihm im Jahr 1990 eingezogen. Der Kläger habe immer gesagt, ihm bleibe die Möglichkeit, zurück zum Hof zu gehen. Ob es einen weiteren Grund für den Wegzug des Klägers vom Hof gegeben habe, wisse er, der Neffe, nicht. Es habe daheim immer kleinere Differenzen gegeben (...). Welcher Art die – kleineren und damit letztlich hinzunehmenden – Differenzen waren, führte er nicht aus. Ergänzend hat der Beklagte in seiner informatorischen Anhörung ausgeführt, der Kläger habe ihm beim Neubau des Wohnhauses auf dem Hof im Jahr 1997 geholfen.

23 Der gemeinsame Hausbau mit dem Neffen, die regelmäßig getroffene Aussage des Klägers, er könne ja zurück zum Hof gehen, und die Hilfe beim Neubau auf dem Hof belegen in ihrer Gesamtschau zur Überzeugung des Senats, dass der Kläger den elterlichen Hof 1990 freiwillig und einvernehmlich verlassen hat.

24 bb) Über die Voraussetzung der besonderen Gründe kann nicht hinweggesehen werden. Es handelt dabei sich um eine bewusste Wertsetzung des historischen und des modernen Gesetzgebers. Im ursprünglichen Gesetzgebungsverfahren wurde die Frage diskutiert, ob von dem Erfordernis eines besonderen Grundes abgesehen werden könnte, sodass der schlichte Wegzug des Berechtigten für die Begründung des Rentenanspruchs genügen könnte. Dagegen wurde angeführt, es sei auch auf den Verpflichteten Rücksicht zu nehmen, dem die Umwandlung der ihm obliegenden Leistungen in Geldleistungen mehr oder minder schwerfallen werde. Geldleistungen seien für den kleineren Landwirt schwerer zu beschaffen als Naturalleistungen. Daraufhin wurde der Gedanke, die besonderen Gründe aus dem Gesetzentwurf zu streichen, fallengelassen (vgl. Becher, Die gesamten Materialien zum AGBGB, Abt. IV und V, Bd. 1, S. 371 f.). Diese bewusste gesetzgeberische Entscheidung trägt auch heute noch. Die Neufassung des AGBGB durch Gesetz vom 20.9.1982 (GVBl. 1982, S. 803) brachte nämlich neben geringfügigen sprachlichen Glättungen, soweit hier von Interesse, keine Änderung in der Sache, sodass auf das historische Material zurückgegriffen werden kann (BayObLG, Urteil vom 29.12.1989, RReg. 1 Z 198/88, BayObLGZ 1989, 479, 481 f.; vgl. weiter LT-Drucks. 9/10458, S. 20; Sprau/Ott, Bayerische Justizgesetze, Art. 7 AGBGB Rdnr. 2).

25 cc) Die besonderen Gründe müssen nach dem Gesetzeswortlaut ursächlich für das Verlassen des Grundstücks sein. Es reicht nicht, dass sie später – nach dem Verlassen – auftreten. Mit Verlassen meint das Gesetz in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Sprachgebrauch eine aktive Bewegung vom Ausgangspunkt weg, weg-, fortgehen von oder aus etwas, sich von einem Ort entfernen (vgl. Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, 1981). Entgegen der Auffassung der Berufungsbegründung liegt ein für Art. 18 AGBGB relevantes Verlassen daher nicht vor, wenn – wie hier – nach nicht erzwungenem Weggang später lediglich die Rückkehr auf das Grundstück unmöglich geworden ist. Das belegt ne-

ben dem Wortlaut auch das durchgehende Verständnis des Art. 18 AGBGB seit 120 Jahren, wie oben ausgeführt.

26 dd) Nicht gefolgt werden kann dem Kläger weiter darin, dass der Auszug des Klägers im Jahr 1990 nur ein vorübergehender gewesen sein solle (...), der erst mit dem Eintritt des Klägers ins Seniorenheim dauerhaft geworden sei (...). Dauer bedeutet in dem Zusammenhang nicht, dass eine Rückkehr des Berechtigten in Zukunft völlig ausgeschlossen wäre. Vielmehr ist der Begriff dahin auszulegen, dass es sich um eine hinreichend langandauernde Zeit der Abwesenheit handeln muss, die es gerechtfertigt erscheinen lässt, den Verpflichteten im Interesse des Berechtigten mit einer Ersatzleistung zu belasten (OLG Nürnberg, Urteil vom 11.1.1967, 4 U 6/66, RdL 1967, 183, 186). Abzugrenzen ist etwa von dem Fall, dass der Berechtigte krankheitsbedingt eine Kur machen muss (Henle/Schneider, AGBGB, Art. 43 Anm. 2; Oertmann, Bayerisches Landesprivatrecht, 1903, S. 517) oder verreist (Sprau/Ott, Bayerische Justizgesetze, Art. 18 AGBGB Rdnr. 4). Ein derartiger Fall liegt hier aber nicht vor. Der Kläger hat mit seinem Neffen zusammen an anderer Stelle ein Doppelhaus neu errichtet, ist dort eingezogen und hat dort 27 Jahre gelebt. Das belegt ein Verlassen des Hofes im Jahr 1990 auf Dauer klar und deutlich. Die Dauer wird nicht dadurch infrage gestellt, dass sich der Kläger, ohne jemals praktische Konsequenzen daraus zu ziehen, vorbehalten haben sollte, ggf. auf den Hof zurückzukehren.

27 d) Das Nichtentstehen des Rentenanspruchs wegen des freiwilligen Verlassens des Hofes durch den Kläger kann nicht nach Treu und Glauben korrigiert werden.

28 Der Senat kann offenlassen, ob § 242 BGB durch die Art. 18 bis 20 AGBGB nicht schon von vornherein verdrängt wird (so BayObLG im Urteil vom 29.12.1989, RReg. 1 Z 198/88, BayObLGZ 1989, 479, 481 ff., allerdings für einen im Tatsächlichen anders gelagerten Fall; a. A. OLG Nürnberg, Urteil vom 11.1.1967, 4 U 6/66, RdL 1967, 183, 186; Ostler, Bayerische Justizgesetze, 1986, Art. 18 AGBGB Rdnr. 1). Denn selbst wenn § 242 BGB im Grundsatz anwendbar wäre, ergäbe sich daraus nichts zugunsten des Klägers. Die Grundsätze von Treu und Glauben werden nämlich im gegebenen Zusammenhang ersichtlich nur für den Fall diskutiert, dass auf ihrer Grundlage der Verpflichtete bei späterem Wegfall der besonderen Gründe, die die Zahlung der Geldrente zunächst gerechtfertigt haben, seine Leistung wieder in Natur erbringen darf (Meikel, AGBGB, 1902, Art. 43 Rdnr. 2; Oertmann, Bayerisches Landesprivatrecht, 1903, S. 517 f.; ähnlich Sprau/Ott, Bayerische Justizgesetze, 1988, Art. 18 AGBGB Rdnr. 10). Damit besteht die Möglichkeit, von der begründungsbedürftigen Ausnahme der Rentenzahlung zum Regelfall der Naturalleistung zurückzukehren. Hier liegen die Dinge jedoch umgekehrt: Der Kläger ist freiwillig vom Hof weggezogen und hat damit von vornherein keinen Anspruch auf Rentengewährung erlangt; das Bedürfnis, eine Ausnahme zurückzuführen, besteht mithin nicht. Daran ändert nichts, dass der Kläger vorträgt, er habe in den Jahren seit seinem Wegzug vom Hof niemals einen Verzicht auf sein Wohnrecht und das Leibgeding erklärt. Allerdings bringt der Kläger auch nicht vor, in dem genannten Zeitraum bis zum Eintritt der Pflegebedürftigkeit jemals vom Beklagten verlangt zu haben, ihm wieder eine Wohnung auf dem Hof einzuräumen. Insgesamt nahm

der Kläger sein Wohnrecht auf dem Hof über 27 Jahre lang nicht in Anspruch, ohne daraus irgendwelche Ansprüche für sich abzuleiten. Dass er das nunmehr, nach der behaupteten Feststellung seiner Pflegebedürftigkeit und dem Umzug in ein Seniorenheim anders bewertet, rechtfertigt in der Gesamtabwägung nicht, zu seinen Gunsten auf der Grundlage von § 242 BGB von Wortlaut und Sinn des Art. 18 AGBGB abzuweichen.

29 e) Entgegen der Berufungsbegründung kann der Kläger schließlich aus dem Urteil des BGH vom 21.9.2001 (V ZR 14/01, NJW 2002, 440) für seine Sache nichts gewinnen. In jenem Fall hatte sich der Übernehmer in einem Übergabevertrag verpflichtet, dem Übergeber Hege und Pflege in gesunden und kranken Tagen angedeihen zu lassen und bei Notwendigkeit auch für die Gestellung einer Pflegeperson zu sorgen. Streitig geworden ist dann die Kostentragung für die notwendig gewordene Heimunterbringung. In dem Fall hatte der BGH insoweit die ergänzende Auslegung des Übergabevertrages erwogen. Das ist aber auf den vorliegenden Fall deshalb nicht übertragbar, weil dort das Berufungsgericht die landesrechtlichen Regelungen über den Altenteilsvertrag (Art. 15 § 9 Preußisches AGBGB) für unanwendbar gehalten hat, so dass sich die Frage nach der ergänzenden Vertragsauslegung überhaupt erst stellte. Hier liegen die Dinge anders, weil mit Art. 18 AGBGB eine einschlägige Regelung bereitsteht, die dem Kläger in seiner konkreten Situation jedoch den gewünschten Anspruch nicht gewährt.

30 Der Senat regt nach alldem zur Kostenersparnis eine Berufungsrücknahme an.

4. Mangel der Eigentumswohnung wegen nahe gelegenen Wertstoffcontainer

OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.1.2020, I-21 U 46/19

*BauNVO § 15 Abs. 1 Satz 2
BGB §§ 241, 280, 311, 434, 437, 440*

LEITSÄTZE:

- Eine in der Nähe einer vom Bauträger erworbenen Eigentumswohnung auf Anweisung der Stadt errichtete Wertstoffsammelstelle begründet keinen Sachmangel der Kaufsache im Sinne von § 437 BGB, weil die damit einhergehende Beeinträchtigung als sozialadäquat hinzunehmen ist.**
- Der Bauträger ist nicht verpflichtet, den Erwerber der Eigentumswohnung vor Vertragsschluss über die geplante Aufstellung der Wertstoffsammelstelle aufzuklären, wenn es sich um eine für jedermann öffentlich zugängliche Information handelt, die jederzeit bei der Stadt abrufbar war.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 A. Die Kläger nehmen die Beklagte im Wege der Teilklage auf Schadensersatz in Anspruch.

2 Die Kläger sind Eigentümer einer Eigentumswohnung in dem Objekt H(...) 13 in D(...), die sie mit Kaufvertrag vom 9.2.2015 von der beklagten Bauträgerin erwarben. Das Objekt befindet sich im Neubaugebiet G(...), in dem insgesamt ca. 1.800 Wohnungen errichtet werden sollen, und gehört zum sog. 2. Bauabschnitt. Die Fertigstellung des Wohngebietes dauert noch an; zu Beginn des Prozesses war etwa die Hälfte der Wohnungen errichtet.

3 Die von den Klägern selbst genutzte, 136,55 m² große Wohnung befindet sich im 2. Obergeschoss und besteht aus vier Zimmern. Etwa 84 m² der Wohnung nebst Balkon sind zur H(...) gelegen. Der Kaufpreis der Wohnung betrug 541.704,49 €. (...)

4 Auf der dem Haus gegenüberliegenden Seite der H(...) befindet sich ein Platz, der von der Beklagten in den Verkaufsprospekten und -verhandlungen als sog. „Piazza“ bezeichnet wurde. Auf diesem Platz wurde auf Anweisung der Stadt D(...) eine Altglas- und Altpapier-Entsorgungsanlage bestehend aus vier großen Niederflurcontainern errichtet (im Folgenden „Containeranlage“). Drei der Container sind für Altglas, einer für Altpapier vorgesehen. Der Abstand der Container zum Haus H(...) 13 beträgt 21,5 Meter. Auf den Containern befanden sich zwischenzeitlich Schriftzüge mit dem Hinweis, dass der Einwurf nur werktags von 7:00 bis 19:00 Uhr zu erfolgen habe.

5 Am 23.10.2015 fand eine Begehung des Gemeinschaftseigentums zum Zwecke der Abnahme statt, an der die Eigentümer teilnehmen konnten. Zu diesem Zeitpunkt war die Containeranlage entweder bereits fertig gestellt oder aber noch im Bau befindlich. Ob der Bereich mit einer Plane abgedeckt war, so die Kläger, ist zwischen den Parteien streitig.

6 Über die Containeranlage wurde vonseiten der Beklagten mit den Eigentümern nicht gesprochen. Weder aus den Verkaufsprospekten der Beklagten noch aus einem auf der Internet-Homepage der Beklagten befindlichen Werbevideo war eine solche Anlage ersichtlich.

7 Die Übergabe der Wohnung an die Kläger erfolgte am 15.12.2015.

8 Im Rahmen der ersten Eigentümerversammlung am 7.1.2016 bemängelten die Eigentümer die Entsorgungsanlage gegenüber dem Vertreter der Beklagten, Herrn S(...). Mit anwaltlichem Schreiben vom 9.4.2016 (...) wandten sich die Eigentümer der Wohnungen des 2. Bauabschnitts erneut an die Beklagte. Sie teilten mit, dass ein Einverständnis mit der ohne ihre Kenntnis errichteten Containeranlage nicht bestehe, sie sich über einen durch diese bedingten Mangel mangels hinreichender Information arglistig getäuscht fühlten, und baten um weitere Informationen. Die Beklagte erläuterte daraufhin mit Schreiben vom 21.4.2016, wie es zu der Errichtung der Containeranlage gekommen war (...), und wies eine Aufklärungspflichtverletzung zurück.

9 Die Eigentümer beantragten sodann mit Schreiben vom 30.9.2016 (...) bei der Stadt D(...) die Verlegung der Containeranlage, die eine solche jedoch mit Schreiben vom 20.9.2016 ablehnte (...).

10 Mit Schreiben vom 6.9.2016 setzten die Kläger der Beklagten eine Frist zur Beseitigung der Containeranlage bis zum

30.9.2016. Nachdem die Frist ergebnislos verstrichen war, beauftragten zahlreiche Eigentümer einen Sachverständigen für Immobilienbewertung mit der Erstellung eines Gutachtens über die Wertminderung der Wohnungen infolge der Entsorgungsanlage. (...)

11 An die Beklagte gerichtete Aufforderungen zur Beseitigung der Containeranlage unter Vorlage des Gutachtens blieben erfolglos.

12 Die Kläger haben die Ansicht vertreten, durch die Containeranlage sei die von ihnen erworbene Wohnung mit einem Mangel im Sinne der §§ 434 ff. BGB behaftet.

13 Sie haben behauptet, die Brauchbarkeit und der Wert der Wohnung seien erheblich beeinträchtigt. Die Containeranlage führe zu massiven Lärmbeeinträchtigungen. Über sie würden ca. 1.800 Wohnungen ihr Altglas entsorgen, was erhebliche Geräusche beim Einwurf durch das Herabfallen der Flaschen und beim Betätigen der Metallklappen, die im Laufe des Rechtsstreits durch lärmschonendere Gummilamellen ersetzt wurden, hervorrufe. Erheblicher Lärm entstehe auch beim Entleeren der Container, was regelmäßig vor 7:00 Uhr morgens erfolge. Hinzukomme, dass auch Ortsfremde die zentral gelegene und bisher einzige Containeranlage im Neubaugebiet oftmals am Wochenende auf dem Weg zum Bäcker an der Piazza zur Entsorgung ihrer Abfälle nutzten. Die vorgegebenen Nutzungszeiten würden nicht eingehalten; es käme zu heftigen Lärmbelästigungen bereits vor 7:00 Uhr, in den Abendstunden und auch am Wochenende. (...) Zu den akustischen Beeinträchtigungen kämen aber auch noch optische, da der Bereich vermüllt und die Container überfüllt seien. Die Kläger haben dazu Lichtbilder (...) zu den Akten gereicht, auf die verwiesen wird. Ferner bildeten sich um solche Deponien auch Splitterfelder und es käme zu olfaktorischen Beeinträchtigungen etwa durch das Laufenlassen von Motoren. Es gäbe zahlreiche Alternativstandorte, da das Wohngebiet von Gewerbe- und Verkehrsflächen umgeben sei, die als Standort hätten gewählt werden können.

14 Die Kläger sind der Ansicht gewesen, die Beklagte hätte sie über die vor Vertragsschluss bereits geplante Containeranlage unterrichten müssen. Da sie dies nicht getan hätte, hätte sie den Mangel arglistig verschwiegen. Die Containeranlage sei ferner nicht unter Beachtung der öffentlichrechtlichen Vorschriften errichtet worden. Das Gebot der Rücksichtnahme, § 15 BauNVO NRW, sei nicht beachtet worden. Sie, die Kläger, hätten daher Anspruch auf Ersatz der Wertdifferenz, die das Kaufobjekt durch den Mangel erfahren habe. Von dem durch den Gutachter ermittelten Schaden in Höhe von 28.575 € verfolgten sie einen Teilanspruch in Höhe von 10.000 €. Darüber hinaus sei die Beklagte zur Erstattung der Gutachterkosten in Höhe von 595 € verpflichtet, von denen ein Anteil in Höhe von 55 € auf sie, die Kläger, entfalle.

(...)

28 Die Kläger haben keine Rechtsverletzung im Sinne von § 546 ZPO zu ihren Lasten dargelegt und das Urteil erweist sich auf der Basis der nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen auch nicht aus anderen Gründen als fehlerhaft, § 513 ZPO. Das LG hat vielmehr rechtsfehlerfrei entschieden,

dass den Klägern der geltend gemachte Zahlungsanspruch nicht zusteht.

29 I. Die Kläger begehren mit ihrem Klageantrag im Wege der Teilklage eine Zahlung in Höhe von 10.000 € nebst Rechtshängigkeitszinsen von der Beklagten. Beide Ansprüche stehen ihnen nicht zu.

30 1. Der Zahlungsanspruch ist unbegründet, da den Klägern kein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zusteht.

31 a) Ein Anspruch ergibt sich zunächst nicht aus den § 437 Nr. 3, §§ 434, 440, § 280 Abs. 1 BGB.

32 aa) Auf den vorliegenden Fall sind die Vorschriften des Kaufrechts anwendbar. Die Parteien streiten um das Vorliegen eines Sachmangels, der im Zusammenhang mit dem Grundstück und seiner Beziehung zur Umwelt und der Umgebung der von den Käufern käuflich erworbenen Eigentumswohnung steht (vgl. dazu Kniffka/Koebele, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., Rdnr. 286 ff.). Es handelt sich gerade nicht um eine von den Klägern behauptete Mangelhaftigkeit im Bereich von Bau- oder Planungsleistungen am Objekt, welche dem Werkvertragsrecht zuzuordnen wäre.

33 bb) Das LG hat zutreffend festgestellt, dass eine Mangelhaftigkeit der seitens der Kläger erworbenen Eigentumswohnung nicht vorliegt.

34 Gemäß § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB ist eine Sache frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist eine Sache frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet, § 434 Satz 2 Nr. 1 BGB, oder wenn sie sich gemäß § 434 Satz 2 Nr. 2 BGB für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

35 (1) Eine negative Beschaffenheitsvereinbarung zwischen den Parteien bezüglich der streitgegenständlichen Wertstoffsammlanlage liegt nicht vor, eine solche ergibt sich insbesondere nicht aus dem Werbevideo der Beklagten. Dem Werbevideo kommt keine Bedeutung für eine verbindliche Aussage über die Gestaltung der Außenanlagen zu. Handelt es sich bei den bildlichen Darstellungen des Bauvorhabens in einem Exposé – wie hier – vornehmlich um Computergrafiken, kann der Erwerber nicht darauf vertrauen, dass das Objekt in der Realität exakt so ausgeführt wird wie in den Computergrafiken visualisiert; eine Beschreibung von Eigenschaften des Grundstücks oder Gebäudes vor Vertragsschluss durch den Verkäufer, die in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag findet, führt in aller Regel nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB (vgl. OLG Köln, Urteil vom 23.12.2016, 11 U 173/15, juris Rdnr. 24). Maßgeblich ist auch insoweit, was in der notariellen Urkunde vereinbart wird; erst sie ergibt, wofür der Verkäufer letztlich einstehen will (vgl. BGH, Urteil vom 22.4.2016, V ZR 23/15, juris Rdnr. 18). Eingang in die vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien hat der Inhalt des Werbevideos jedoch nicht gefunden.

36 (2) Eine vertraglich vorausgesetzte besondere Verwendung im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB ist nicht vereinbart worden.

37 (3) Auch eine Mangelhaftigkeit im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB ist nicht gegeben.

38 Eine Eignung der Eigentumswohnung für die gewöhnliche Verwendung, dem Bewohnen, liegt vor. Eine Eigentumswohnung, hinsichtlich derer sich weder aus dem Kaufvertrag noch aus seinen Begleitumständen Hinweise auf eine davon abweichende Zweckbestimmung ergeben, muss sich in erster Linie für Wohnzwecke von Menschen eignen; dies beinhaltet, dass sie eine Beschaffenheit aufweist, die bei Eigentumswohnungen üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 12.6.2017, I-22 U 64/16, juris 39). Dies ist hier mit Blick auf die Bewohnbarkeit grundsätzlich der Fall. Die Eigentumswohnung verfügt auch über die übliche Beschaffenheit, die die Kläger als Käufer nach Art der Sache erwarten dürfen.

39 Die Beschaffenheit der Sache ist der zentrale Begriff für Sachmängel. Durch die Neuregelung des Gewährleistungsrechts im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz sind die im früheren Recht vorhandenen Unterschiede zwischen Fehlern (§ 459 Abs. 1 BGB a. F.) und zusicherungsfähigen Eigenschaften (§ 459 Abs. 2 BGB a. F.) dergestalt aufgehoben worden, dass über den engen Fehlerbegriff hinaus jedenfalls jede nach früherem Recht zusicherungsfähige Eigenschaft nunmehr eine Beschaffenheit im Sinne des § 434 Abs. 1 BGB darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 5.11.2010, V ZR 228/09, juris Rdnr. 13; Urteil vom 30.11.2012, V ZR 25/12, juris Rdnr. 10). Damit sind als Beschaffenheit einer Sache im Sinne von § 434 Abs. 1 BGB sowohl alle Faktoren anzusehen, die der Sache selbst anhaften, als auch alle Beziehungen der Sache zur Umwelt, die nach der Verkehrsauffassung Einfluss auf die Wertschätzung der Sache haben (vgl. BGH, Urteil vom 15.6.2016, VIII ZR 134/15, juris Rdnr. 10 m. w. N.; Palandt/Weidenkaff, 78. Aufl. 2019, § 434 Rdnr. 9).

40 Die Bestimmung der üblichen Beschaffenheit richtet sich ebenso wie die Bestimmung der gewöhnlichen Verwendung nach der Verkehrsauffassung, also der objektiv berechtigten Käufererwartung. Diese orientiert sich in der Regel an der üblichen Beschaffenheit gleichartiger Sachen, wobei auf den Durchschnittsverkäufer abzustellen ist (vgl. Palandt/Weidenkaff, § 434 Rdnr. 30).

41 (a) Vorliegend wenden sich die Kläger gegen das Vorhandensein der Containeranlage im Abstand von 21,5 m zu ihrer Eigentumswohnung und den sich diesbezüglich ergebenden Emissionen. Zutreffend führt das LG hierzu zunächst aus, dass nach der berechtigten Käufererwartung nicht davon ausgegangen werden kann, dass das Objekt grundsätzlich frei von jeglichen Umwelteinflüssen wie Geräuschemissionen und optischen Beeinträchtigungen ist. Derartige Beeinträchtigungen können vielmehr nur dann zu einer Abweichung von der Normalbeschaffenheit führen, wenn diese die Nutzung mehr als nur unwesentlich beeinträchtigen. Für die Unwesentlichkeit von Beeinträchtigungen spricht, wenn diese als sozialadäquat angesehen werden.

42 Hinsichtlich des Ausmaßes der von dieser Containeranlage ausgehenden Beeinträchtigungen hat das LG ausgeführt, dass es die diesbezüglichen Behauptungen der Kläger als wahr unterstellt (...). Dieses Vorgehen war nicht rechtsfehlerhaft, insbesondere kann dem LG in diesem Zusammenhang keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorgeworfen werden; es ist nicht ersichtlich, dass das LG die unter Beweis gestellten Behauptungen insoweit nicht so übernommen hat, wie die Kläger sie aufgestellt haben (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 23.8.2016, VIII ZR 178/15, juris 12 m. w. N.).

43 (b) Die Behauptungen der Kläger zum Ausmaß der Beeinträchtigungen als wahr unterstellt ist eine Mangelhaftigkeit nicht festzustellen.

44 (aa) Zunächst ergibt sich eine die Mangelhaftigkeit der Eigentumswohnung begründende wesentliche Beeinträchtigung nicht aus der klägerseits gerügten akustischen Beeinträchtigung.

45 Zutreffend hat das LG hierbei den Rechtsgedanken des § 906 BGB zu der Bestimmung dessen, was hinnehmbar ist, herangezogen. Gemäß § 906 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Eigentümer eines Grundstücks die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen und ähnliche von einem anderen Grundstück ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt. Nach der Rechtsprechung des BGH ist die Beachtung der Grundsätze des § 906 BGB im Rahmen eines Mietverhältnisses nicht dadurch ausgeschlossen, dass diese Vorschrift im Verhältnis der Mietvertragsparteien untereinander keine Anwendung findet (vgl. BGH, Urteil vom 29.4.2015, VIII ZR 197/14, juris Rdnr. 43). Denn das schließe eine Beachtung der nachbarrechtlichen Ausstrahlungswirkungen dieser Norm zur näheren Bestimmung der mietvertraglichen Rechte und Pflichten der Parteien nicht aus. Vielmehr nehme der einem Mieter zukommende Mietgebrauch bei Fehlen entgegenstehender Abreden an der jeweiligen Situationsgebundenheit des Mietgrundstücks und der aus der Nachbarschaft entstammenden Einwirkungen einschließlich der damit verbundenen Veränderungsrisiken jedenfalls in einem Umfang teil, den der an § 906 BGB gebundene Vermieter angesichts des ihm danach billigerweise zuzumutenden Gebrauchsüberlassungsrisikos nicht beeinflussen könne. Diese Ausstrahlungswirkung findet nach der Auffassung des Senats damit erst recht auch im Verhältnis von Kaufvertragsparteien zueinander Berücksichtigung, zumal im Rahmen der Schuldrechtsreform der Mangelbegriff des Mietrechts dem des Kaufrechts angepasst worden ist (vgl. MünchKommBGB/Häublein, 7. Aufl. 2016, § 536 Rdnr. 2 ff.).

46 Maßstab bei der Beurteilung ist vor diesem Hintergrund das Empfinden eines verständigen und daher auch andere öffentliche und private Belange berücksichtigenden Durchschnittsbenutzers des betroffenen Grundstücks in seiner durch Natur, Gestaltung und Zweckbestimmung geprägten konkreten Beschaffenheit und nicht das subjektive Empfinden des Gestörten (vgl. BGH, Urteil vom 30.10.1998, V ZR 64/98, juris Rdnr. 7 ff.; Palandt/Herrler, § 906 Rdnr. 17). Damit können auch wertende Momente, wie zum Beispiel die Beachtung des Naturschutzes und des Umweltbewusstseins der Bevölkerung, in

die Beurteilung einbezogen werden (vgl. BGH, Urteil vom 14.11.2003, V ZR 102/03, juris Rdnr. 27 m. w. N.). Insbesondere unter Berücksichtigung dieser Werte ist von einer grundsätzlichen Sozialadäquanz der Beeinträchtigung auszugehen. Die vom Gesetzgeber angestrebte umfassende Abfallverwertung erfordert verbrauchernahe Standorte, die sich naturgemäß über das gesamte Stadtgebiet und damit auch auf das Neubaugebiet G(...), zu verteilen haben. Die steigenden Anforderungen an ökologisch sinnvolle Abfallentsorgung und -verwertung machen dabei insbesondere auch eine nach Wertstoffen getrennte Sammlung von Altglas und Altpapier notwendig.

47 Mit dem LG ist es als üblich anzusehen, dass es bei der Benutzung von derartigen Containeranlagen wie der streitgegenständlichen zu einzelnen Überschreitungen der einzuhaltenden Nutzungsdauer oder aber optischen Beeinträchtigungen durch herumliegendes Papier, herumstehende Flaschen, Splitterfelder oder einer zeitweisen Überfüllung der Container insbesondere an besonderen Feiertagen kommen kann. Eine Unterscheidung zwischen sachgerechter, erlaubter und unsachgemäßer, regelwidriger Nutzung führt hierbei nicht dazu, die Beeinträchtigung als eine wesentliche im Sinne des Rechtsgedankens des § 906 BGB erscheinen zu lassen, denn liegt ebenfalls noch im Rahmen des Unvermeidbaren und sozialadäquat Hinnehmbaren. Dient eine Anlage – wie hier – einem besonders hoch zu bewertendem öffentlichen Zweck und gleichzeitig auch dem Nutzen der durch die Anlage gestörten Anwohner selbst, so ist die Zumutbarkeit für diese höher anzusetzen als bei anderen, beispielsweise auf eine private Betätigung zurückzuführenden Geräuschen und Gerüchen (vgl. zur Berücksichtigung von Gegeninteressen: BeckOGK-BGB/Klimke, § 906 Rdnr. 96).

48 Ökologisch sinnvolle Abfallentsorgung gehört zum urbanen Leben, für das die Kläger sich mit der Standortwahl ihrer Eigentumswohnung entschieden haben. Zurecht weist die Beklagte in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die besonderen Anforderungen an das städtische Leben und die dortige hohe Verdichtung der Bevölkerung eben nicht nur zu den bekannten Annehmlichkeiten wie eine Nähe zu Einkaufsmöglichkeiten und kulturellen Angeboten, zum Arbeitsplatz sowie zu strukturellen Einrichtungen wie Kindergärten und Schulen führt, sondern auch zu gewissen Beeinträchtigungen, die das Leben von vielen Menschen auf vergleichsweise eng besiedeltem Raum mit sich bringt, die in ländlichen Bereichen möglicherweise so nicht vorliegen. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung der konkreten Lage der streitgegenständlichen Wohnung: Die Positionierung unmittelbar an der sog. „Piazza“ und der H(...), welche die Kläger selbst als „Ausfallstraße“ bezeichnen, dürfte im Vergleich zu den übrigen Bauabschnitten als in einem eher lebhaften Umfeld belegen bezeichnet werden können, einem Umstand, dem grundsätzlich bereits durch den Einbau von Schallschutzfenstern Rechnung getragen wurde. Dass an einer Piazza die Geräuschbelastung grundsätzlich höher ist als in einem rückwärtigen Teil des Wohngebiets, liegt auf der Hand.

49 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Wert der Wohnung bzw. der Höhe des von den Klägern gezahlten Kaufpreises: Auch in Wohnvierteln mit gehobenen Quadratmeter-

preisen muss die Abfallentsorgung gleichermaßen sichergestellt sein.

50 Schließlich ist die Errichtung der Containeranlage auch unter Einhaltung öffentlichrechtlicher Vorschriften erfolgt. Hierbei ist mit dem Abstand von 21,5 m sogar ein größerer als der verwaltungsrechtlich empfohlene eingehalten. Soweit die Kläger sich gegen den gewählten Standort innerhalb des Neubaugebiets wenden, verkennen sie, dass die Stadt D(...) auch unter Berücksichtigung des insoweit mit der Beklagten geschlossenen städtebaulichen Vertrages Aufsteller der streitgegenständlichen Containeranlage bleibt und damit auch über den Standort entscheidet. Bei der Festlegung von Standorten für Wertstoffsammelanlagen trifft die Stadt in Ausübung ihrer kommunalen Planungshoheit eine gestalterische, mit Einwirkungen auf die nähere Umgebung verbundene Entscheidung, bei der ihr ein weiter Spielraum zusteht (vgl. VG Gießen, Urteil vom 11.5.2005, 8 E 5132/02, juris Rdnr. 22). Dass die vorliegende Standortwahl hierbei rechtsfehlerhaft getroffen worden ist, ist nicht ersichtlich. Denn der Standort ist wohnortnah für die Anwohner G(...) und damit fußläufig zu erreichen, der minimale Abstand zur Wohnbebauung ist mit 21,5 m eingehalten und die Station ist von den Leerungsfahrzeugen der AWISTA gut anzufahren (...).

51 (bb) Auch aus der angeführten optischen Beeinträchtigung durch das Vorhandensein der Containeranlage selbst ergibt sich keine Beeinträchtigung, die die Grenze des „Unwesentlichen“ überschreitet. Anhand der zahlreichen, aussagekräftigen zur Gerichtsakte gereichten Fotografien (...) ist vielmehr ersichtlich, dass es sich bei der Anlage um eine hochmoderne handelt, bei der sich der Großteil der eigentlichen Sammelcontainer unter der Erde befindet, d. h. die Container sind außer bei Leervorgängen nicht sichtbar. Dass es im Umfeld der Container zeitweise – so bei Überfüllung derselben – dazu kommt, dass Leergut neben der Containeranlage abgestellt wird, ist unschön, bewegt sich jedoch noch im Rahmen des sozialadäquat Hinzunehmenden und dürfte nicht der Regelfall sein.

52 (cc) Auch die olfaktorische Beeinträchtigungen, insbesondere durch das Laufenlassen von Motoren bei der Pkw-Anlieferung von zu entsorgendem Leergut und Altpapier, führen vor dem Hintergrund der Lage der Eigentumswohnung an der H(...) nicht zu einer einen Mangel der Eigentumswohnung begründenden, wesentlichen Beeinträchtigung.

53 (dd) Eine funktionale Beeinträchtigung durch ein ggf. an den Einwurfstellen auftretendes Splitterfeld ist ebenfalls, wenn auch unerwünscht, so doch als sozialadäquat mit der Nutzung der streitgegenständlichen Anlage verknüpft und damit hinzunehmen.

54 (ee) Auch eine Gesamtschau der oben einzeln aufgeführten Beeinträchtigungen führt im Ergebnis nicht zu einer anderen Beurteilung.

55 b) Der klägerseits geltend gemachte Anspruch ergibt sich auch nicht aus den § 311 Abs. 2 Nr. 1, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB.

56 aa) Ein Anspruch aus vorvertraglichem Verschulden ist vorliegend nicht bereits durch die Sachmängelgewährleistung ausgeschlossen. Zwar sind Ansprüche aus vorvertraglichem

Verschulden im Sachbereich der §§ 434 ff. BGB nach Gefahrübergang grundsätzlich ausgeschlossen, wenn es um Verhaltenspflichten des Verkäufers im Zusammenhang mit der Beschaffenheit der Kaufsache geht. Dies gilt jedoch zumindest dann nicht, wenn der Verkäufer den Käufer – wie hier behauptet – über die Beschaffenheit der Sache arglistig getäuscht, d. h. sich vorsätzlich verhalten hat (vgl. BGH, Urteil vom 27.3.2009, V ZR 30/08, juris Rdnr. 19, 24).

57 bb) Nach den § 311 Abs. 2 Nr. 1, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB entsteht ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils auch durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen.

58 cc) Es liegt bereits keine Pflichtverletzung der Beklagten im Sinne einer nicht leistungsbezogenen Nebenpflicht (Rücksichtnahmepflicht) im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB vor. In Betracht kommt insoweit allein die Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht.

59 Die Aufklärungspflicht betrifft grundsätzlich die Aufklärung über erhebliche Umstände, sodass es in der Regel darum geht, dass der Schädiger dem Geschädigten in Verletzung seiner Aufklärungspflicht unrichtige oder unvollständige Informationen gegeben hat. Vor diesem Hintergrund besteht eine Aufklärungspflicht auch in Bezug auf Umstände, welche im Ergebnis nicht als Sachmangel im Sinne von § 434 BGB zu qualifizieren sind. Die aufklärungswürdigen und -bedürftigen Umstände sind weiter zu fassen als der Begriff des Sachmangels im Sinne von § 434 BGB. Auch wenn der Regelfall einer Aufklärungspflicht in Bezug auf wesentliche Mängel der Kaufsache bestehen wird, kann sich die Aufklärungspflicht auch auf Umstände beziehen, welche wegen drohender zukünftiger Verschlechterungen oder einer bestimmten Erwartungshaltung für die Willensbildung des anderen Teils offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sind (vgl. Palandt/*Ellenberger*, § 123 Rdnr. 5b), ohne dass bereits ein tatsächlicher Mangel besteht.

60 Das Verschweigen von Tatsachen begründet jedoch nur dann eine Haftung, wenn der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicher Weise Aufklärung erwarten durfte (vgl. Palandt/*Grüneberg*, § 311 BGB Rdnr. 40, § 123 BGB Rdnr. 5). Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt.

61 Nach dem Grundsatz der Eigenverantwortung ist zunächst jeder Verhandlungspartner für sein rechtsgeschäftliches Handeln selbst verantwortlich und muss sich deshalb die für die eigene Willensentscheidung notwendigen Informationen auf eigene Kosten und eigenes Risiko selbst beschaffen (vgl. BGH, Urteil vom 11.8.2010, XII ZR 192/08, juris Rdnr. 21). Es besteht daher keine allgemeine Pflicht, alle Umstände zu offenbaren, die für die Entschließung des anderen Teils von Bedeutung sein können (vgl. Palandt/*Ellenberger*, § 123 BGB Rdnr. 5 m. w. N.). Ungünstige Eigenschaften des Vertragsgegenstands brauchen grundsätzlich nicht ungefragt offengelegt zu werden (vgl. Palandt/*Ellenberger*, § 123 BGB Rdnr. 5 m. w. N.). Eine Aufklärungspflicht setzt voraus, dass zulasten einer Partei ein Informationsgefälle besteht (vgl. Palandt/*Ellenberger*, § 123 BGB Rdnr. 5; OLG Brandenburg, Urteil vom 7.12.1995, 5 U 58/95, juris Rdnr. 67).

62 Gegen ein solches Informationsgespräch [Hinweis der Schriftleitung: wohl richtig „Informationsgefälle“] spricht, dass es sich bei dem geplanten Standort für die Containeranlage um eine für jedermann öffentlich zugängliche Information handelte, die jederzeit bei der Stadt D(...) abfragbar war. Eine Pflicht der Beklagten zur ungefragten Offenlegung des geplanten Containerstandorts war dann bereits nicht gegeben.

63 Auch wenn im Zeitpunkt des Abschluss des Kaufvertrages ein derartiges Informationsgefälle zulasten der Kläger vorgelegen hätte und der Standort der Containeranlage in 21,5 m Entfernung zu der Eigentumswohnung der Kläger liegt, welche immerhin mit dem Wohn- und Schlafbereich sowie dem Balkon, d. h. mit der überwiegenden Wohnfläche (84 m² von insgesamt 136,55 m²), zur H(...) ausgerichtet ist, haben sich die Kläger sich bewusst für eine zentral zur sog. Piazza gelegenen Eigentumswohnung direkt an der H(...) entschieden. Sie mussten – auch vor dem Hintergrund, dass bei sämtlichen Eigentumswohnungen dieses Bauabschnitts besondere Schallschutzfenster eingebaut worden sind – damit rechnen, dass es dort verstärkt zu „Umweltgeräuschen“ kommen würde. Hierzu gehören auch die Emissionen, die von Vorrichtungen zur Müllentsorgung ausgehen. Dass der Standort der Containeranlage vor diesem Hintergrund für die Willensbildung der Kläger hinsichtlich ihres Kaufentschlusses offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sein würde, sodass dieser ungefragt hätte offenbart werden müssen, musste für die Beklagte nicht auf der Hand gelegen haben.

64 dd) Zudem liegen die Voraussetzungen der Arglist nicht vor.

65 (1) Arglist setzt nach der ständigen Rechtsprechung des BGH zumindest Eventualvorsatz voraus; leichtfertige oder grob fahrlässige Unkenntnis genügt dagegen nicht (vgl. BGH, Urteil vom 22.4.2016, V ZR 23/15, juris Rdnr. 21). Ein arglistiges Verschweigen ist danach nur gegeben, wenn der Verkäufer den Mangel kennt oder ihn zumindest für möglich hält und zugleich weiß oder doch damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Käufer den Mangel nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte; dagegen genügt es nicht, wenn sich dem Verkäufer das Vorliegen aufklärungspflichtiger Tatsachen hätte aufdrängen müssen, weil dann die Arglist vom Vorsatz abgekoppelt und der Sache nach durch leichtfertige oder grob fahrlässige Unkenntnis ersetzt würde. (vgl. BGH, Urteil vom 22.4.2016, V ZR 23/15, juris Rdnr. 21). Dass selbst ein bewusstes Sichverschließen nicht den Anforderungen genügt, die an die Arglist zu stellen sind, hat der BGH bereits entschieden (vgl. Urteil vom 12.4.2013, V ZR 266/11, juris Rdnr. 14; Urteil vom 7.3.2003, V ZR 437/01, juris Rdnr. 16). Erforderlich ist die Kenntnis der den Mangel begründenden Umstände zumindest in der Form des Eventualvorsatzes. Diese Kenntnis muss festgestellt werden; sie kann nicht durch wertende Überlegungen ersetzt werden. Liegt eine solche Kenntnis vor, ist es allerdings unerheblich, ob der Käufer daraus den Schluss auf einen Mangel im Rechtsinne (§ 434 Abs. 1 BGB) zieht (vgl. BGH, Urteil vom 22.4.2016, V ZR 23/15, juris Rdnr. 21 m. w. N.).

66 (2) Arglist der Beklagten kann danach nur bejaht werden, wenn sie Kenntnis von dem Standort der Containeranlage hatte – was unstreitig der Fall war – und wenn sie gewusst oder für möglich gehalten hat, dass dadurch ein durchschnittlicher Käufer

den Kaufvertrag jedenfalls zu den verhandelten Konditionen nicht geschlossen hätte. Dies lässt sich nicht feststellen.

67 Hiergegen spricht zunächst einmal, dass die Information über den geplanten Standort der Containeranlage bei der Stadt D(...) frei verfügbar war; es handelte sich mithin nicht um ein „Geheimwissen“ der Beklagten. Auch der Umstand, dass die Containeranlage nach dem Vortrag der Kläger am 23.10.2015 bei der Begehung zwecks Abnahme des Gemeinschaftseigentums mit einer Plane verdeckt war, vermag ein arglistiges Verhalten der Beklagten nicht zu begründen, zumal dieser Zeitpunkt nach dem insoweit maßgeblichen Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages lag. Soweit der damalige Zustand dem auf der (...) zur Gerichtsakte gereichten Farbfotografie (...) entspricht, sind die einzelnen Container trotz der Plane gut sicht- und als solche erkennbar.

68 Schließlich ergeben sich Anhaltspunkte für ein arglistiges Verhalten auch nicht aus dem Umstand, dass die Containeranlage im Werbevideo der Beklagten nicht zu sehen war. Derartigen Animationen ist immanent, dass diese die Umgebung nicht bis ins Detail naturgetreu abbilden. Im Übrigen kann insoweit auf die obigen Ausführungen Bezug genommen werden.

(...)

72 Die gesetzlichen Voraussetzungen zur Zulassung der Revision sind nicht gegeben. Weder hat die Rechtsache grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.

73 Der Streitwert wird auf 10.000 € festgesetzt.

5. Eintragung eines Nießbrauchs mittels einer postmortalen Vollmacht

OLG Köln, Beschluss vom 19.12.2019, 2 Wx 343/19, mitgeteilt von **Werner Sternal**, Vorsitzender Richter am OLG Köln

GBO §§ 35, 40

LEITSATZ:

Bei der Eintragung eines Nießbrauchs an einem Grundstück mittels einer postmortalen Vollmacht zur Erfüllung eines Vermächnisses bedarf es der Voreintragung der Erben im Grundbuch. § 40 GBO findet keine Anwendung.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Im Grundbuch des im Rubrum bezeichneten Grundbesitzes ist die am 19.8.2019 verstorbene K D W (im Folgenden: Erblasserin) als Eigentümerin eingetragen.

2 Die Erblasserin hatte am 10.7.2018 ein vom AG – Nachlassgericht – Schleiden am 20.9.2019 eröffnetes notarielles Testament errichtet – UR. Nr. 253/2018 des Notariatsverwalters Dr. B in Schleiden (...). Darin hatte die Erblasserin ihre Tochter E G als alleinige Vollerbin, ersatzweise deren Kinder,

die Beteiligten zu 2 bis 4, als Erben zu gleichen Teilen eingesetzt. Dem Beteiligten zu 1 hat sie im Wege des Vermächtnisses u. a. ein lebenslanges und unentgeltliches Nießbrauchrecht an dem im Rubrum bezeichneten Grundstück zugewandt. Weiterhin hat die Erblasserin den Beteiligten zu 1 in dem notariellen Testament unwiderruflich und unter Befreiung von § 181 BGB bevollmächtigt, die Erfüllung der Vermächtnisse an sich selbst durchzuführen und alle hierzu erforderlichen Erklärungen, Bewilligungen und Anträge für alle Erben abzugeben. Letztlich hat sie den Beteiligten zu 1 „vorsorglich“ auch zum Testamentsvollstrecker über ihren Nachlass berufen mit der einzigen Aufgabe, die Erfüllung der Vermächtnisse an sich selbst durchzuführen.

3 Am 26.8.2019 hat die Tochter der Erblasserin, Frau E G, die Erbschaft nach der Erblasserin zur Niederschrift des AG – Nachlassgerichts – Schleiden ausgeschlagen (...).

4 Mit notariell beurkundetem Vermächtniserfüllungsvertrag vom 27.9.2019, UR. Nr. 1285/2019 des Notars S in Gemünd – hat sich der Beteiligte zu 1, im eigenen Namen und aufgrund unwiderruflicher postmortaler Vollmacht der Erblasserin vom 10.7.2018 handelnd, den Nießbrauch an dem im Rubrum bezeichneten Grundstück eingeräumt sowie die Eintragung bewilligt und beantragt. Mit Schriftsatz vom 2.10.2019 hat der beurkundende Notar S unter Vorlage einer beglaubigten Abschrift des notariell beurkundeten Vermächtniserfüllungsvertrages vom 27.9.2019 Grundbuchberichtigung entsprechend der Erbfolge nach der Erblasserin und Eintragung des Nießbrauchrechts zugunsten des Beteiligten zu 1 beantragt.

5 Durch Zwischenverfügung vom 8.10.2019 hat das Grundbuchamt darauf hingewiesen, dass zur erforderlichen Voreintragung der Erben die Vorlage eines Erbscheins erforderlich sei. Es liege zwar ein notariell beurkundetes Testament vor. Dem Grundbuchamt sei es aber nicht möglich zu beurteilen, ob die Ausschlagung der Tochter der Erblasserin wirksam sei. Eine Ausnahme vom Grundsatz des Erfordernisses der Voreintragung der Erben als Betroffene sei nicht ersichtlich. Zudem sei die postmortale Vollmacht von der Beteiligten zu 2 gegenüber dem Grundbuchamt aus wichtigem Grund widerrufen worden. Weiterhin habe die Beteiligte zu 2 vorgetragen, dass die Berufung des Beteiligten zu 1) auf die postmortale Vollmacht im Hinblick auf von den Erben geltend gemachten Einreden gegen den Vermächtnisanspruch missbräuchlich sei. Das Grundbuchamt hat zunächst eine Frist bis zum 17.10.2019 gesetzt, um den Antrag zurückzunehmen, und angekündigt, dass nach Ablauf der Frist die Zurückweisung des Antrags erfolgen werde. Mit Verfügung vom 16.10.2019 hat das Grundbuchamt die Frist verlängert bis zum 31.10.2019.

6 Gegen diese dem Beteiligten zu 1 am 9.10.2019 und 17.10.2019 zugestellten Zwischenverfügungen hat dieser mit am 24.10.2019 dem Grundbuchamt vorgelegten Schriftsatz vom 21.10.2019 Beschwerde eingelegt. Zur Begründung hat er ausgeführt, dass keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich seien, dass die Ausschlagung der eingesetzten Erbin nicht wirksam sein sollte. Auch ein wirksamer Widerruf der postmortalen Vollmacht liege nicht vor. Es fehle an einem wichtigen Grund. Es sei nicht ersichtlich, dass den Erben Einreden gegen den Vermächtnisanspruch gemäß §§ 1992, 2322 BGB zustehen. Im Übrigen würde eine Überschuldung des Nach-

lasses nicht zu einem Wegfall des Vermächtnisses führen, sondern allenfalls zu einem Kürzungsrecht in Form eines Zahlungsanspruchs der Erben gegen den Vermächtnisnehmer. Letztlich sei auch nicht davon auszugehen, dass die Primärberechtigten ihre Pflichtteilsansprüche gegenüber den Ersatzerben geltend machen werde.

7 Durch am 31.10.2019 erlassenen Beschluss hat das Grundbuchamt der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Köln zur Entscheidung vorgelegt (...).

8 II. Die Beschwerde ist gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthaft und auch im Übrigen in zulässiger Weise gemäß § 73 GBO eingelegt worden.

9 In der Sache hat die Beschwerde indes keinen Erfolg.

10 Das Grundbuchamt hat in der Zwischenverfügung vom 8.10.2019 zu Recht die Vorlage eines Erbscheins zum Nachweis der Erbfolge nach der Erblasserin verlangt. Nach § 39 GBO soll eine Eintragung, hier die Eintragung eines Nießbrauchs zugunsten des Beteiligten zu 1, nur erfolgen, wenn die Personen, deren Recht durch die Eintragung betroffen wird, hier die Erben der Erblasserin, (vor-)eingetragen sind. Hier sind die durch die Eintragung des Nießbrauchs betroffenen Erben aber nicht eingetragen. Ihre Eintragung als Eigentümer und diejenigen, die von der Eintragung des Nießbrauchs betroffen sind, kann ohne Vorlage eines Erbscheins auch nicht im Wege der Berichtigung erfolgen.

11 1. Nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO ist der Nachweis der Erbfolge gegenüber dem Grundbuchamt grundsätzlich durch einen Erbschein zu führen. Beruht die Erbfolge jedoch auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt nach § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO die Vorlage dieser Urkunde und der Eröffnungsniederschrift. Dabei ist das Grundbuchamt im Rahmen der inhaltlichen Überprüfung der notariell beurkundeten letztwilligen Verfügung ggf. auch selbst zu deren Auslegung unter Heranziehung des Urkundeninhalts, allgemein bekannter oder offenkundiger Tatsachen, sonstiger ihm vorliegender öffentlicher Urkunden und der gesetzlichen Auslegungsregeln verpflichtet und hat hierbei ggf. auch selbst schwierige Rechtsfragen zu entscheiden (*Demharter*, GBO, 31. Aufl. 2018, § 35 Rdnr. 42, 43 m. w. N.). Einen Erbschein kann das Grundbuchamt bei Vorliegen von in öffentlichen Urkunden errichteten Verfügungen von Todes wegen ausnahmsweise dann fordern, wenn sich bei der Prüfung des Erbrechts begründete konkrete Zweifel ergeben, die nur durch weitere Ermittlungen über den tatsächlichen Willen des Erblassers oder sonstige tatsächliche Verhältnisse geklärt werden können, denn zu solchen Ermittlungen ist das Grundbuchamt im Unterschied zum Nachlassgericht nicht befugt (*Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 39 m. w. N.; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 788). Somit ist das Verlangen nach Vorlage eines Erbscheins nur dann gerechtfertigt, wenn sich bei der Auslegung des Inhalts von notariellen letztwilligen Verfügungen Bedenken ergeben, die nicht oder nicht nur im Wege der Anwendung des Gesetzes auf die Verfügung, sondern nur durch die Anstellung besonderer – außerhalb der letztwilligen Verfügung liegender – Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über tatsächliche Verhältnisse ausgeräumt werden können (vgl. Senat, FamRZ 2012, 1591). So

liegt der Fall hier. Die Erbfolge, so wie sie von den Beteiligten behauptet wird, beruht hier nicht allein auf der Auslegung der notariell beurkundeten letztwilligen Verfügung, sondern auch auf der Ausschlagung der durch das notariell beurkundete Testament eingesetzten Alleinerbin. Daher sind weitere Ermittlungen zu der Frage vorzunehmen, ob diese Ausschlagung wirksam erklärt worden ist. Zwar lässt sich anhand der Niederschrift einer Ausschlagungserklärung in der Regel – wie auch hier – ermitteln, ob die Ausschlagung vom Erben form- und fristgerecht erklärt worden ist. Nicht ermitteln lässt sich indes – so wie hier –, ob der Erbe gemäß § 1943 BGB noch berechtigt war, die Erbschaft auszuschlagen, weil er sie möglicherweise zuvor schon ausdrücklich oder durch schlüssiges Handeln angenommen hatte. Dem folgend ist davon auszugehen, dass trotz Vorliegens eines notariellen Testamentes jedenfalls dann ein Erbschein zu verlangen ist, wenn weitere Ermittlungen dazu erforderlich sind, ob eine zu berücksichtigende Erbausschlagung wirksam erklärt wurde (OLG München, FGPrax 2017, 67, 68; OLG Hamm Rpfleger 2017, 539; OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2018, 902-904; *Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 43 m. w. N.).

12 2. Die Voreintragung der Erben ist auch nicht ausnahmsweise gemäß § 40 Abs. 1 GBO entbehrlich. Bei Eintragungen, die nicht die Übertragung oder Aufhebung eines Rechts zum Gegenstand haben, wird die Voreintragung des Erben in der Literatur nur unter besonderen Voraussetzungen für entbehrlich gehalten (*Demharter*, GBO, § 40 Rdnr. 20). Zum Teil wird eine Anwendung des § 40 GBO auf Eintragungen aufgrund trans- oder postmortaler Vollmacht gänzlich abgelehnt (BeckOK-GBO/*Zeiser*, Stand: 15.12.2019, § 40 Rdnr. 25). In der obergerichtlichen Rechtsprechung wird neuerdings eine Anwendung auf Auflassungsvormerkungen oder Finanzierungsgrundschulden befürwortet (Senat, FGPrax 2018, 106 m. w. N.; *KEHE/Volmer*, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 2019, § 40 Rdnr. 26-28 m. w. N.). Eine weitere Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 40 GBO auf die Eintragung sonstiger Belastungen des Grundstücks ist indes abzulehnen. Der Senat hat hierzu für den Fall der Bestellung einer isolierten Grundschuld durch einen transmortal Bevollmächtigten (Beschluss vom 11.3.2019, 2 Wx 82/19, FamRZ 2019, 1964) Folgendes ausgeführt:

„Die Beschwerde kann sich nicht mit Erfolg auf § 40 Abs. 1 GBO berufen. Gegen die Anwendbarkeit dieser Ausnahmenvorschrift auf die Bestellung einer Grundschuld spricht grundsätzlich der Wortlaut der Vorschrift, da es sich bei der begehrten Eintragung einer Grundschuld nicht um die Übertragung oder Aufhebung eines Rechts handelt (KG, FGPrax 2011, 270). Soweit die Vorschrift in der Rechtsprechung über den Wortlaut hinaus auf Grundschuldbestellungen angewendet worden ist (OLG Frankfurt a. M., ZEV 2017, 719; Senat, FGPrax 2018, 106; OLG Stuttgart, Beschluss vom 2.11.2018, 8 W 312/18, juris), lag dem zugrunde, dass in den betreffenden Fallkonstellationen der Gesetzeszweck der Ausnahmenvorschrift zutraf. Dieser zielt auf die Vermeidung der Eintragung des Erben ab, wenn dieser durch Übertragung des ererbten Rechts ohnehin alsbald wieder aus dem Grundbuch ausscheidet, um den Beteiligten die Kosten einer unnötigen Eintragung zu ersparen (BGH, NJW 2011, 525; OLG Frankfurt a. M., a. a. O.). Insoweit hat das OLG Frankfurt

ausgeführt: ‚Denn auch in der Konstellation, in der neben der Auflassungsvormerkung eine Finanzierungsgrundschuld eingetragen wird, steht von vornherein fest, dass eine Eintragung im Grundbuch auf den Käufer innerhalb verhältnismäßig kurzer Zeit nachfolgen wird. Die Finanzierungsgrundschuld ist ohne Weiteres identifizierbar, da sie entweder bei Abschluss des Erwerbsvorgangs von dem Erben bzw. dem vom Erblasser Bevollmächtigten und dem Käufer gemeinsam oder binnen kurzer Zeit nach Abschluss des Kaufvertrags vom Käufer aufgrund einer im Kaufvertrag erteilten Finanzierungsvollmacht bestellt wird.‘ Erfasst von der erweiternden Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO wurden mithin – auch vom Senat in der von der Beschwerde für sich in Anspruch genommenen, oben zitierten Entscheidung – allein Fälle, in denen die Grundschuldbestellung mit einer Auflassung im Zusammenhang stand, so dass eine Anwendung des § 39 GBO nur zu einer ‚Durchgangseintragung‘ der Erben geführt hätte. Damit ist der vorliegende Fall indes nicht vergleichbar, da hier eine Auflassung an einen in der Folge als Eigentümer einzutragenden Erwerber nicht ersichtlich ist, sondern vielmehr mit der Urkunde vom 4.12.2018 nur eine isolierte Grundschuldbestellung vorliegt.“

13 Diese Ausführungen sind auf den vorliegenden Fall der Bestellung eines Nießbrauchs durch einen postmortal Bevollmächtigten übertragbar. Denn auch hier kann nicht von einer bloßen „Durchgangseintragung“ der Erben ausgegangen werden.

14 Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Bewilligung hier nicht gemäß § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO von der Erblasserin erteilt worden ist, sondern von dem Bevollmächtigten, der nach dem Tod der Erblasserin nicht diese, sondern deren Erben vertritt. Die Stellung eines postmortal Bevollmächtigten ist auch nicht vergleichbar mit der Stellung eines Nachlasspflegers oder Testamentsvollstreckers. Daher kann offen bleiben, ob der Beteiligte zu 1 wirksam zum Testamentsvollstrecker ernannt worden ist und das Amt angenommen hat, weil er bei der Bewilligung der Eintragung des Nießbrauchs jedenfalls nicht in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker gehandelt hat.

15 Da die in der Zwischenverfügung gesetzte Frist zur Behebung des Eintragungshindernisses bereits abgelaufen ist, ist die Frist angemessen zu verlängern.

(...)

17 IV. Die Entscheidung über die Zulassung der Rechtsbeschwerde beruht auf § 78 Abs. 2 Nr. 1 und 2 GBO. Die hier entscheidungserhebliche Rechtsfrage, ob ein postmortal Bevollmächtigter ohne Voreintragung der Erben ein Nießbrauchvermächtnis durch Bewilligung der Eintragung des Nießbrauchs erfüllen kann, hat grundsätzliche Bedeutung und stellt sich zudem in einer Vielzahl von Fällen, sodass die Zulassung der Rechtsbeschwerde auch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung angezeigt ist. Bislang gibt es zu dieser Frage – soweit ersichtlich – keine höchstrichterliche Rechtsprechung.

18 V. Auch wenn es für das vorliegende Verfahren nicht darauf ankommt, weist der Senat das Grundbuchamt im Hinblick auf

weitere Verfahren darauf hin, dass Zwischenverfügungen regelmäßig in der Form eines zu erlassenden Beschlusses im Sinne von § 38 FamFG zu ergehen haben (Senat, FGPrax 2013, 18; OLG Düsseldorf, FGPrax 2012, 97; BeckOK-GBO/*Zeiser*, § 18 Rdnr. 32).

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Peter Becker**, Schwäbisch Gmünd

Die vorstehende Entscheidung des OLG Köln kann, was die darin enthaltenen Ausführungen zum Voreintragungsgrundsatz (§ 39 Abs. 1 GBO) betrifft, nicht unwidersprochen bleiben. Sie steht in einer Reihe von obergerichtlichen Entscheidungen zum Anwendungsbereich des § 40 GBO in den letzten Jahren. Zuletzt ist in der Rechtsprechung der OLG vor allem die analoge Anwendung des § 40 Abs. 1 Fall 4 GBO (Nachlasspfleger) in den Fällen des Handelns eines transmortaler General- und Vorsorgebevollmächtigten bei der Eintragung von Finanzierungsgrundschulden von Bedeutung gewesen.¹ Nunmehr geht es um die zur Absicherung der Vermächtniserfüllung erteilte postmortale Vollmacht an den Vermächtnisnehmer.² Während die wohl überwiegende Rechtsprechung und Literatur die Funktionsäquivalenz von transmortaler Vollmacht und Nachlasspflegschaft bejaht und damit § 40 Abs. 1 Fall 4 GBO auch auf den transmortaler Bevollmächtigten (entsprechend) anwendet, verneint das OLG Köln eine solche Funktionsäquivalenz zwischen postmortaler Vollmacht und Testamentvollstreckung (§ 40 Abs. 2 GBO).

Zur Begründung seiner Ansicht zitiert das OLG eine eigene frühere Entscheidung zur isolierten Grundschuldbestellung vom 11.3.2019.³ Darin wird auf den Wortlaut des § 40 Abs. 1 GBO abgestellt, der nur von „Übertragung“ und „Aufhebung des Rechts“ spreche. Überdies streite der Gesetzeszweck bei der isolierten Grundschuld für die Geltung des Voreintragungsgrundsatzes. Dieser zielt auf die Vermeidung der Eintragung des Erben nur dann ab, wenn dieser durch Übertragung des ererbten Rechts ohnehin alsbald wieder aus dem Grundbuch ausscheide, um den Beteiligten die Kosten einer unnötigen Eintragung zu ersparen. Um eine solche „Durchgangseintragung“ der Erben gehe es aber weder bei der isolierten Grundschuldbestellung noch bei der Nießbrauchsbestellung zur Vermächtniserfüllung. Ferner sei die Stellung eines postmortaler Bevollmächtigten nicht vergleichbar mit der Stellung eines Nachlasspflegers oder Testamentvollstreckers. Für die letzte Feststellung verwendet das OLG Köln nur zwei knappe Sätze, ohne jegliche Begründung. Damit verkennt der Senat meines Erachtens das eigentliche Rechtsproblem, nämlich die Frage, ob § 40 Abs. 2 GBO analog auf den postmortaler Bevollmächtigten anwendbar ist. Wäre dies der Fall, käme es auf die angesprochenen Fragen der Auslegung des § 40 Abs. 1 GBO gar nicht an. Denn die Bewilligung des Testamentvollstre-

ckers berechtigt gemäß § 40 Abs. 2 GBO zu Eintragungen jeder Art, also nicht nur zur Übertragung oder Aufhebung des Rechts.⁴

Handelt es sich also bei Testamentvollstreckung (Abwicklungsvollstreckung) und postmortaler Vollmacht um vergleichbare Lebenssachverhalte? Dazu muss man sich die Funktionen der (hier) dem Testamentvollstrecker zusätzlich erteilten Vollmacht vor Augen führen.

Wird dem Testamentvollstrecker zugleich eine postmortale Vollmacht erteilt, so ermöglicht ihm diese schon vor Beginn seines Amtes, gemäß § 2202 BGB zu handeln, insbesondere über Nachlassgegenstände zu verfügen.⁵ Demnach kann die Vollmacht – je nach Ausgestaltung – die Machtbefugnisse des Testamentvollstreckers zeitlich, aber auch sachlich erweitern. Eine allgemein bekannte Beschränkung der Verfügungsmacht des Testamentvollstreckers findet sich in § 2205 Satz 3 i. V. m. § 2207 Satz 2 BGB wieder. Dieses Schenkungsverbot gilt aber nicht von vornherein auch für den postmortaler Bevollmächtigten. Vielmehr ist die Ausgestaltung der Vollmacht, ggf. deren Auslegung anhand des Vollmachtzwecks, maßgeblich.⁶ Eine Verpflichtung des Erben auch mit seinem Privatvermögen ist dem postmortaler Bevollmächtigten allerdings ebenfalls (vgl. § 2206 Satz 1 Hs. 1 BGB – „[...] für den Nachlass [...]“) grundsätzlich nicht möglich.⁷

Verwaltungsanordnungen des Erblassers (§ 2216 Abs. 2 BGB) gelten für den postmortaler Bevollmächtigten nicht. In Fällen mit Auslandsberührung kann die postmortale Vollmacht den „Auslandseinsatz des Testamentvollstreckers“⁸ erleichtern, weil Nachweis-⁹ und Anerkennungsfragen vermieden werden.¹⁰ Auch die Testamentvollstreckung im Handels- bzw. Gesellschaftsrecht wird durch eine ergänzend erteilte Vollmacht erleichtert.¹¹ Eine solche Vollmacht darf freilich nicht missbraucht werden und muss grundsätzlich,¹² jedenfalls aus „wichtigem Grund“, widerrufenlich sein. Das Widerrufsrecht steht dabei den Erben und

1 Hierzu u. a. teils kritisch: *Becker*, MittBayNot 2019, 315; *ders.*, MittBayNot 2019, 578; *ders.*, MittBayNot 2020, 137.

2 Zur Absicherung der Vermächtniserfüllung siehe *Becker*, MittBayNot 2019, 417.

3 OLG Köln, Beschluss vom 11.3.2019, 2 Wx 82/19, FamRZ 2019, 1964 = ZEV 2019, 556 = MittBayNot 2020, 51.

4 Z. B. BeckOK-GBO/*Zeiser*, Stand: 1.3.2020, § 40 Rdnr. 30 und 24 m. w. N.; Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, § 40 Rdnr. 21. (Wohl) auch: Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, S. 63 f.

5 MünchKomm-BGB/*Zimmermann*, 7. Aufl. 2017, Vor § 2197 Rdnr. 15.

6 MünchKomm-BGB/*Zimmermann*, Vor § 2197 Rdnr. 14; Beck'sches Notarhandbuch/*Reetz*, 6. Aufl. 2015, Kap. F. Vollmacht Rdnr. 74.

7 MünchKomm-BGB/*Zimmermann*, Vor § 2197 Rdnr. 14, vorbehaltlich der Zustimmung des Erben (vgl. BGH, Urteil vom 18.6.1962, II ZR 99/61, NJW 1962, 1718).

8 Frei nach *Reimann*, ZEV 2015, 510.

9 Dieser handelt eben nicht als Testamentvollstrecker bzw. Partei kraft Amtes, sondern aufgrund gewillkürter Stellvertretung, vgl. BeckOK-BGB/*Lange*, Stand: 1.5.2019, § 2197 Rdnr. 45.

10 MünchKomm-BGB/*Schubert*, 7. Aufl., 2015, § 168 Rdnr. 40; BeckOK-BGB/*Lange*, § 2197 Rdnr. 48 ff.

11 BeckOK-BGB/*Lange*, § 2205 Rdnr. 28 ff.

12 Zur Strafklausel- bzw. Auflösung siehe *Reithmann*, BB 1984, 1394, 1397 ff.

hier grundsätzlich jedem Erben für sich zu.¹³ Die nachfolgende Tabelle ist an *Eckelskemper/Schmitz*¹⁴ angelehnt und verdeutlicht Unterschiede und Parallelen zwischen Testamentsvollstreckung und postmortaler Vollmacht.

Abb.: Vergleich Testamentsvollstreckung – Vollmacht

Vergleichskriterium	Testamentsvollstreckung	Vollmacht
Beginn	Es ist zwischen dem Beginn der Testamentsvollstreckung als solcher und dem Beginn des Amtes zu unterscheiden. Letzteres beginnt erst mit Amtsannahme.	Mit Zugang der Vollmachtserklärung, bei transmortalen Vollmacht ggf. auch schon vor dem Tod des Erblassers
Verwaltungs-/Verfügungsbefugnis	Je nach Art der Testamentsvollstreckung: Verwaltungs-/Verfügungsbeschränkung der Erben (§§ 2205, 2211 f. BGB)	Keine verdrängende Vollmacht möglich. Widerruf aus „wichtigen Grund“ ist grundsätzlich möglich.
Schenkungsverbot	§ 2205 Satz 3 BGB	Nur wenn ausdrücklich angeordnet
Verpflichtung des Erben mit Eigenvermögen	Nein	Nein
Zeitliche Schranken	§§ 2209, 2210 BGB	Nein
Voreintragungsgrundsatz im Grundbuchverkehr	Durchbrochen gemäß § 40 Abs. 2 GBO	Durchbrochen gemäß § 40 Abs. 2 GBO analog?
Anerkennung im Ausland	Ggf. Europäisches Nachlasszeugnis als „Testamentsvollstreckerzeugnis“	Grundsätzlich keine Anerkennungsprobleme
Besonderheiten im Personengesellschaftsrecht	Dauervollstreckung als Rechtsproblem. Ersatzlösungen in der Praxis	Vertretungsschranken im Gesellschaftsvertrag?

Postmortale Vollmacht und Testamentsvollstreckung erfüllen daher gerade bei der Vermächtniserfüllung sich ergänzende und funktionsäquivalente Zwecke. Bestehende Unterschiede sind – wie im Verhältnis transmortalen Vollmacht und Nachlasspflegschaft (zum Beispiel Genehmigungserfordernis bei Rechtsgeschäften des Nachlasspflegers gemäß § 1915 Abs. 1 Satz 1, § 1821 f. BGB) – nicht entscheidend.

Der Voreintragungsgrundsatz wird durch eine analoge Anwendung des § 40 Abs. 2 GBO durchbrochen, was die Darstellung der Entwicklungsschritte im Grundbuch verhindert. Diese Ausnahme ist jedoch aus denselben Gründen wie bei der Testamentsvollstreckung, Nachlasspflegschaft oder Bewilligung des (eingetragenen) Erblassers gerechtfertigt. Auf die nachstehende Fundstelle aus den Gesetzesmaterialien hat bereits das OLG Stuttgart¹⁵ zur Begründung der (unbewussten) Regelungslücke des Gesetzgebers¹⁶ verwiesen:

13 BeckOK-BGB/Lange, § 2197 Rdnr. 43, 46 f.; MünchKommBGB/Zimmermann, Vor § 2197 Rdnr. 18.

14 Beck'sches Formularbuch Erbrecht/Eckelskemper/Schmitz, 4. Aufl. 2019, C VII 1 S. 272 f.

15 OLG Stuttgart, Beschluss vom 2.11.2011, 8 W 312/18, MittBayNot 2019, 578, 580.

16 Hahn/Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 5, Materialien zum Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung und zur Grundbuchordnung, 1879-1898, S. 164 f.

„(...) Auch dann sieht der Entwurf von der vorgängigen Eintragung des Erben ab, wenn der Eintragungsantrag durch die Bewilligung des eingetragenen Erblassers oder eines Nachlasspflegers oder durch einen gegen den Erblasser oder den Nachlasspfleger vollstreckbaren Titel begründet wird. Diese Abweichung von der Regel des § 38 Abs. 1 [jetzt § 39 Abs. 1 GBO] erleichtert in den Fällen, in denen aus irgendeinem Grunde die Person des Erben noch nicht feststeht, die Lage desjenigen, welcher zu einer Eintragung berechtigt ist. Andererseits erscheint die Ausnahme unbedenklich, weil jedenfalls der Erbe die Erklärung des Erblassers oder des Nachlasspflegers sowie den gegen den Erblasser oder den Nachlasspfleger vollstreckbaren Titel gegen sich gelten lassen muss (...)“

Dies gilt auch für die postmortale Vollmacht bis zu deren Widerruf bzw. zur Beseitigung deren Rechtsscheins nach Maßgabe des § 172 Abs. 2, § 175 BGB. Damit wäre in den Entscheidungsgründen nach der Wirksamkeit des Widerrufs der Vollmacht durch B2 und dessen Beachtlichkeit im Grundbuchverfahren zu fragen gewesen.¹⁷ Hierzu finden sich jedoch keinerlei Ausführungen in der Entscheidung des OLG Köln, auch nicht zur zeitlichen Abfolge, insbesondere wann der Widerruf der Vollmacht erfolgt ist, ob vor oder nach Eingang des Vollzugsantrags zur Vermächtniserfüllung.¹⁸ Da die Vollmacht unwiderruflich erteilt wurde, wäre bei einem Eingang des Widerrufs vor Eingang des Vollzugsantrags beim Grundbuchamt das Vorliegen eines „wichtigen Grundes“ entscheidend. Zur Beurteilung des Vorliegens eines wichtigen Grundes kommt es etwa nach dem OLG München¹⁹ darauf an, ob dessen Vorliegen zur Überzeugung des Grundbuchamts dargetan oder – so das OLG Stuttgart²⁰ – zumindest wahrscheinlich²¹ ist. Gerade bei einer zur Absicherung der Vermächtniserfüllung erteilten Vollmacht muss hier die Schwelle an das Vorliegen eines wichtigen Grundes hoch angelegt werden. Der Einwand rechtsmissbräuchlichen Einsatzes der Vollmacht bzw. die Geltendmachung der Einreden des §§ 1992 (Überschuldung durch Vermächtnisse), 2322 BGB (Kürzung von Vermächtnissen) gegen den Vermächtnisanspruch ist im formalisierten Grundbuchverfahren regelmäßig nicht zu klären und sollte daher einem Zivilprozess zwischen Erben und Vermächtnisnehmer vorbehalten bleiben, mithin im Eintragungsverfahren nicht zu prüfen sein. Das OLG München²²

17 Zur Form des Widerrufs siehe § 31 GBO und hierzu: Bauer/Schaub, GBO, § 31 Rdnr. 32-35.

18 Auf den Abschluss des Beurkundungsvorgangs kommt es hier nicht an, da dem Vermächtnisnehmer kein gesetzlicher Anspruch auf Erteilung einer Ausfertigung zusteht (§ 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG). Zum Vollmachtswiderruf im Grundbuchverfahren etwa OLG München, Beschluss vom 15.1.2019, 34 Wx 367/18, DNotZ 2019, 450 ff.

19 OLG München, Beschluss vom 29.7.2014, 34 Wx 138/14, NJW-RR 2015, 1230, 1232.

20 OLG Stuttgart, Beschluss vom 25.7.1997, 8 W 344/97, MittBayNot 1997, 370.

21 Teilweise wird auch ein „erheblicher Grad an Wahrscheinlichkeit“ gefordert. Vgl. Bauer/Schaub, GBO, AT G Rdnr. 187 m. w. N.

22 OLG München, Beschluss vom 15.1.2019, 34 Wx 367/18, DNotZ 2019, 450, 451 m. w. N.

lehnt hingegen bei bestehen bleibenden Zweifeln an der Wirksamkeit des Widerrufs einer (widerruflichen) Vollmacht die Eintragung ab. Diese Rechtsprechung kann jedoch nicht auf den Widerruf einer unwiderruflichen Vollmacht übertragen werden, da hier der Wille des Vollmachtgebers die Vollmacht mit erhöhtem „Bestandsschutz“ zu eigenen Lasten und zulasten seiner Gesamtrechtsnachfolger (Erben) versehen hat. Kommt es zu einem „non liquet“, wäre dieses also zugunsten des postmortal Bevollmächtigten aufzulösen.

Es bleibt abzuwarten, ob diese Fragen höchstrichterlich geklärt werden. Die Rechtsbeschwerde wurde durch das OLG Köln jedenfalls zugelassen. Für die Praxis sollte bei der Absicherung der Vermächtniserfüllung eine Kombination aus Testamentsvollstreckung und transmortaler Vollmacht zum Einsatz kommen, um den Vermächtnisnehmer die Vorteile beider Institute (siehe oben) zu gewähren. Kontraindikationen einer Absicherung der Vermächtniserfüllung auf welchem Wege auch immer, sind dabei – dies zeigt auch dieser Fall – überwiegende Interessen des Erben, etwa aus § 2318 BGB, sowie überwiegende Interessen der Nachlassgläubiger, etwa aus § 327 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Bei der Vermächtniserfüllung selbst sollte der Vermächtnisnehmer aus allen Legitimationsgründen handeln, d. h. sowohl im eigenen Namen als Testamentsvollstrecker über den Nachlass des Erblassers mit der einzigen Aufgabe der Vermächtniserfüllung, als auch im fremden Namen als Bevollmächtigter und Vertreter des bzw. der (ggf.) unbekanntem Erben des Erblassers. Dies ist der Vorwurf, den sich der Kollege wohl machen wird. Eine Konfusionsproblematik, wie beim transmortal bevollmächtigten Alleinerben, besteht beim Testamentsvollstrecker nämlich nicht.²³ Auch waren (Ersatz-)Erben und Bevollmächtigter in der vorliegenden Konstellation personenverschieden.

23 Zu unterscheiden sind dabei m. E. folgende vier Fälle:

	Bevollmächtigter	Erbe(n)	Testamentsvollstrecker
Fall 1	A	A	A
Fall 2	A	A	B
Fall 3	A	A, B	A
Fall 4	A	A, B	C

Fall 1: Da der Alleinerbe (A) grundsätzlich (Ausnahmen: § 2223 BGB, Mitvollstrecker (§ 2224 BGB) zur Absicherung der Vermächtniserfüllung) nicht zugleich Testamentsvollstrecker sein kann (vgl. Prütting/Helms/Fröhler, FamFG, 4. Aufl. 2018, § 354 Rdnr. 8; Firsching/Graf, Nachlassrecht, 11. Aufl. 2009, § 19 Rdnr. 16), stellen sich die in der Literatur und Rechtsprechung erörterten Fragestellungen in Bezug auf die Testamentsvollstreckung des A nicht. Ist kein Ersatztestamentsvollstrecker berufen, ist die Testamentsvollstreckeranordnung nämlich grundsätzlich unwirksam. Bzgl. der Doppelstellung als Alleinerbe und Bevollmächtigter besteht dagegen die bekannte Konfusionsproblematik.

Fall 2: Ist der bevollmächtigte Alleinerbe (A) mit einer Testamentsvollstreckung zugunsten eines Dritten (B) beschwert, so bleibt seine Vollmacht hingegen bestehen (vgl. hierzu: BeckOK-BGB/Lange, § 2197 Rdnr. 44 a. E.).

Fall 3: Ist ein Miterbe (A) dagegen Testamentsvollstrecker, so tritt seine (grundsätzlich widerrufliche) trans- bzw. postmortale Vollmacht in das oben beschriebene Konkurrenzverhältnis zur Testamentsvollstreckung („Testamentsvollstreckervollmacht“).

Fall 4: Ist einer von mehreren Miterben (A oder B) bevollmächtigt und er oder alle Miterben mit einer Testamentsvollstreckung zugunsten eines Dritten (C) beschwert, so muss das oben (Fall 2) zum Alleinerben Gesagte entsprechend gelten.

Formulierungsvorschläge für eine kombinierte Absicherung der Vermächtniserfüllung durch postmortale Vollmacht einerseits und Testamentsvollstreckung andererseits wurden bereits an anderer Stelle gemacht.²⁴ Insoweit könnte lediglich klargestellt werden, dass der Vermächtnisnehmer eine Ausfertigung des die Vollmacht enthaltenden notariellen Testaments „erst ab dem Erbfall“ verlangen kann und dass der Widerruf der letztwilligen Verfügung auch die postmortale Vollmacht erfasst. Zwingend ist dies nicht. Häufig wird dem Vermächtnisnehmer – als zum Beispiel General- und Vorsorgebevollmächtigten – bereits eine transmortal Vollmacht erteilt sein, was die zusätzliche Erteilung einer postmortalen Vollmacht in der letztwilligen Verfügung entbehrlich machen kann. Die urkundliche Trennung von Vollmacht und letztwilliger Verfügung mag auch als einfacherer Weg empfunden werden.

Alternativ hätte in der vorliegenden Sachverhaltsgestaltung durch den das Testament beurkundenden Notar auch die (transmortale) Eintragungsbewilligung des Erblassers selbst als Mittel zur Absicherung der Vermächtniserfüllung gewählt werden können. Ein Formulierungsbeispiel und deren Risiken wurden bereits an anderer Stelle dargelegt.²⁵ Eine Voreintragung nach § 39 GBO wäre bei dieser Gestaltung bereits nach dem klaren Wortlaut des § 40 Abs. 1 Fall 3 GBO (Bewilligung des Erblassers) entbehrlich gewesen.

24 Becker, MittBayNot 2019, 417.

25 Becker, MittBayNot 2019, 417, 422.

BÜRGERLICHES RECHT – SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

6. Werdender Wohnungseigentümer nach Entstehen der Wohneigentümergeinschaft

BGH, Urteil vom 14.2.2020, V ZR 159/19 (Vorinstanz: LG Berlin, Entscheidung vom 9.4.2019, 53 S 44/18)

FamFG § 47
WEG §§ 8, 10 Abs. 6
ZPO § 91 Abs. 1 Satz 1

LEITSÄTZE:

1. Die Anwendung der Grundsätze über die werdende Wohnungseigentümergeinschaft setzt nicht voraus, dass es sich bei dem Ersterwerb von dem teilenden Eigentümer um einen Bauträgervertrag handelt. Diese Grundsätze gelten vielmehr unabhängig davon, ob der Erwerbsvertrag eine Errichtungs-, Herstellungs- oder Sanierungsverpflichtung umfasst, für jeden Ersterwerb vom teilenden Eigentümer.
2. Werdender Wohnungseigentümer ist auch derjenige, der nach Entstehen der Wohnungseigentümergeinschaft

gemeinschaft im Rechtssinne von dem teilenden Eigentümer Wohnungseigentum erwirbt und durch Eintragung einer Auflassungsvormerkung und Übergabe der Wohnung eine gesicherte Rechtsposition erlangt. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob ein solcher Ersterwerb von dem teilenden Eigentümer während der eigentlichen Vermarktungsphase oder erst längere Zeit nach deren Abschluss erfolgt (Fortführung von Senat, Urteil vom 11.5.2012, V ZR 196/11, BGHZ 193, 219 Rdnr. 12).

SACHVERHALT:

1 Die Parteien sind Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft. Das gemeinschaftliche Grundstück stand ursprünglich im Alleineigentum der T GmbH (fortan T), die es mit notarieller Urkunde vom 26.1.2013 in Wohnungs- und Teileigentum aufteilte. Die Aufteilung des Grundstücks wurde am 30.9.2015 im Grundbuch vollzogen. In der Zwischenzeit hatte die T mit dem Verkauf der Wohnungs- und Teileigentumseinheiten begonnen. Aufgrund einer Auflassung vom 6.1.2015 wurde am 31.3.2016 die erste Käuferin in das Grundbuch eingetragen.

2 Mit notariellem Vertrag vom 30.6.2016 verkaufte die T einer anderen Erwerberin (fortan: [die] Erwerberin) zwei schon errichtete und weitere vier noch zu errichtende Wohnungen im Dachgeschoss der Anlage für 1 Mio. €. Zugunsten der Erwerberin wurden am 2.8.2016 Auflassungsvormerkungen für die errichteten Wohnungen eingetragen. Der Kaufpreis wurde am 22.8.2016 gezahlt; am gleichen Tag erfolgte die Übergabe der beiden Wohnungen. Zu Wohnungseigentümergeinschaften am 19.1., 9.5. und 13.7.2017 wurde der Geschäftsführer der Erwerberin eingeladen. Auf einer dieser Versammlungen wurde er auch zum Mitglied des Verwaltungsbeirats der Anlage gewählt.

3 An der Eigentümerversammlung vom 6.11.2017 wollte der Geschäftsführer der Erwerberin ebenfalls teilnehmen. Ein Vertreter der damaligen Verwalterin schloss ihn von der Teilnahme mit der Begründung aus, die Erwerberin sei noch nicht im Grundbuch eingetragen. Auf der Versammlung beschlossen die Wohnungseigentümer unter TOP 4 mit einer Mehrheit von 9.308,468/10.000 die Ermächtigung des Verwaltungsbeirats, mit der bisherigen Verwalterin einen Aufhebungsvertrag zu schließen, demzufolge deren Verwalteramt ebenso wie der Verwaltervertrag mit dem 31.12.2017 enden und wechselseitige Ansprüche nach näherer Maßgabe ausgeschlossen sein sollten.

4 Die Klägerinnen stützen die Beschlussanfechtungsklage u. a. darauf, dass die Erwerberin als werdende Wohnungseigentümerin nicht von der Eigentümerversammlung, insbesondere von der Aussprache und der Abstimmung zu TOP 4 habe ausgeschlossen werden dürfen. Das AG hat die Klage abgewiesen. Das LG hat die Berufung der Klägerin zu 1 zurückgewiesen. Mit der von dem LG zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, möchte die Klägerin zu 1 weiterhin erreichen, dass der Beschluss zu TOP 4 über die Ermächtigung des Verwaltungsbeirats zum Abschluss des Aufhebungsvertrages mit der früheren Verwalterin für ungültig erklärt wird.

AUS DEN GRÜNDEN:

5 I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts entspricht der angefochtene Beschluss ordnungsmäßiger Verwaltung. Er leide nicht an formellen Mängeln. Die Erwerberin sei nicht zur Teilnahme an der Versammlung berechtigt gewesen; ihr Ausschluss entspreche deshalb ordnungsmäßiger Verwaltung. Zwar sei anerkannt, dass ein sog. werdender Wohnungseigentümer wie ein Wohnungseigentümer zu behandeln sei und demzufolge sein Stimmrecht in der Versammlung ausüben könne. Die Erwerberin sei im Zeitpunkt der Eigentümerversammlung aber keine werdende Wohnungseigentümerin gewesen. Sie habe den Erwerbsvertrag erst nach Invollzugsetzung der Wohnungseigentümergeinschaft durch Eintragung der ersten Käuferin in das Grundbuch geschlossen. Sie sei deshalb wie ein Zweiterwerber zu behandeln, der seine Stellung als Wohnungseigentümer erst mit der Eintragung im Grundbuch erlange. Der BGH habe das Rechtsinstitut des werdenden Wohnungseigentümers aus Gründen der Gleichbehandlung zwar auf jene Ersterwerber ausgedehnt, die den Erwerbsvertrag vor Entstehung des Verbandes abgeschlossen, die gesicherte Erwerbsposition indessen erst nach Invollzugsetzung des Verbandes erworben hätten. Die Frage, ob dies auch für einen Ersterwerber gelte, der sein Wohnungseigentum erst nach Entstehung der Wohnungseigentümergeinschaft vom teilenden Eigentümer erwerbe, habe der BGH aber offengelassen. Solche Erwerber seien als Zweiterwerber zu behandeln. Auf sie könne das WEG schon mangels Regelungslücke nicht vorgelagert analog angewendet werden. Auch bereite die Abgrenzung solcher Erwerber von Zweiterwerbern Schwierigkeiten, weil sich ein zeitlicher „Endtermin“ nicht sachgerecht bestimmen lasse.

6 II. Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Prüfung nicht stand. Auf die Revision der Klägerin zu 1 ist der Beschluss für ungültig zu erklären.

7 1. Das Rechtsmittel ist zulässig. Insbesondere ist das Rechtsschutzinteresse gegeben. Eine Aufhebung des Beschlusses zu TOP 4 der Eigentümerversammlung vom 6.11.2017 hat allerdings keine Auswirkungen auf den Bestand des Aufhebungsvertrages. Mit der Aufhebung des Ermächtigungsbeschlusses entfielen zwar rückwirkend die Vollmacht der zum Abschluss des Vertrages ermächtigten Wohnungseigentümer; der abgeschlossene Vertrag bliebe hiervon aber analog § 47 FamFG unberührt (vgl. dazu Senat, Urteil vom 5.7.2019, V ZR 278/17, ZfIR 2020, 142). Das Rechtsschutzinteresse der Klägerin zu 1 entfielen damit jedoch nur, wenn ein Erfolg der Klage den Wohnungseigentümern oder der Gemeinschaft ausnahmsweise keinen Nutzen mehr bringen könnte. Diese Gewissheit besteht hier nicht. Denn ein bestandskräftiger Beschluss schließt in etwaigen Folgeprozessen jedenfalls den Einwand aus, die Beschlussfassung habe nicht ordnungsmäßiger Verwaltung entsprochen. Nach einer erfolgreichen Beschlussanfechtungsklage steht unter den Wohnungseigentümern als Folge der Rechtskraft fest, dass der Beschluss nicht ordnungsgemäßer Verwaltung entsprach. Das gilt insbesondere im Verhältnis zu der Verwalterin (vgl. Senat, Urteile vom 13.5.2011, V ZR 202/10, ZfIR 2011, 567 Rdnr. 16 und vom 23.2.2018, V ZR 101/16, NJW 2018, 2550 Rdnr. 29).

8 2. Die Revision ist auch begründet. Der Beschluss der Wohnungseigentümer zu TOP 4 der Eigentümerversammlung vom 6.11.2017 ist für ungültig zu erklären, weil die Erwerberin werdende Wohnungseigentümerin war und von der Teilnahme an der Versammlung nicht ausgeschlossen werden durfte.

9 a) Richtig ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Nach der Rechtsprechung des Senats erlangt derjenige, der von dem teilenden Eigentümer Wohnungseigentum erwirbt, mit der Eintragung einer Auflassungsvormerkung und der Übergabe der Wohnung (zu den Anforderungen an die

Übergabe: Senat, Urteil vom 11.12.2015, V ZR 80/15, ZfIR 2016, 237 Rdnr. 13) eine besondere Rechtsstellung als werdender Wohnungseigentümer. Er ist während der Übergangsphase bis zu seiner Eintragung als Eigentümer in vorgelagerter analoger Anwendung des WEG wie ein Wohnungseigentümer zu behandeln und deshalb auch berechtigt, an der Eigentümerversammlung teilzunehmen und abzustimmen. Diese Rechtsstellung verliert ein werdender Wohnungseigentümer nicht dadurch, dass mit der Eintragung des ersten Erwerbers in das Wohnungsgrundbuch die Wohnungseigentümergeinschaft im Rechtssinne entsteht. Damit wandelt sich die werdende Wohnungseigentümergeinschaft in eine Wohnungseigentümergeinschaft im Rechtssinne um. Diese setzt sich nun für eine Übergangszeit aus den Volleigentümern und den übrigen Mitgliedern der früheren (beendeten) werdenden Gemeinschaft zusammen (vgl. Senat, Beschluss vom 5.6.2008, V ZB 85/07, BGHZ 177, 53 Rdnr. 16).

10 b) Entgegen der Auffassung der Beklagten setzt die Anwendung der Grundsätze über die werdende Wohnungseigentümergeinschaft nicht voraus, dass es sich bei dem Ersterwerb von dem teilenden Eigentümer um einen Bauträgervertrag handelt. Diese Grundsätze gelten vielmehr unabhängig davon, ob der Erwerbsvertrag eine Errichtungs-, Herstellungs- oder Sanierungsverpflichtung umfasst, für jeden Ersterwerb vom teilenden Eigentümer. Der Senat hat sie zwar in einem Fall entwickelt, dem der Erwerb einer Eigentumswohnung aufgrund eines Bauträgervertrags zugrunde lag (vgl. den dem Beschluss des Senats vom 5.6.2008, V ZB 85/07, BGHZ 177, 53 zugrunde liegenden Beschluss des OLG Stuttgart vom 16.7.2007, 8 W 225/07, juris Rdnr. 2). Damit soll aber nicht Besonderheiten des Bauträgervertrages Rechnung getragen werden, sondern dem Umstand, dass Vorschriften für die von dem WEG nicht erfasste Gründungsphase einer Wohnungseigentümergeinschaft fehlen (Senat, Beschluss vom 5.6.2008, V ZB 85/07, BGHZ 177, 53 Rdnr. 18). Das WEG kennt keine „VorWohnungseigentümergeinschaft“. Es sieht auch keine Regeln darüber vor, wie die nach und nach hinzutretenden Erwerber, die nach der Übergabe die Kosten und Lasten der erworbenen Einheiten zu tragen haben, an der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums beteiligt sind, dessen Miteigentümer sie am Ende werden sollen. Dieses Problem stellt sich nicht nur in der Gründungsphase von Wohnungseigentümergeinschaften, bei denen das gemeinschaftliche Gebäude erst errichtet oder im Wege von Ausbau und Sanierung aus einem Bestandsbau entwickelt werden soll, sondern auch, wenn die Sondereinheiten in einem erstmals in Wohnungseigentum aufgeteilten Bestandsgebäude ohne solche Verpflichtungen an Ersterwerber verkauft werden. Der Senat hat die Grundsätze der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft deshalb, allerdings ohne auf die Frage näher einzugehen, auch auf solche Fälle angewandt (vgl. Urteil vom 11.5.2012, V ZR 196/11, BGHZ 193, 219).

11 c) Die Rechtsstellung als werdender Wohnungseigentümer erlangt ein Ersterwerber, anders als das Berufungsgericht und die Beklagten meinen, mit der Eintragung einer Auflassungsvormerkung und der Übergabe der Sache unabhängig davon, ob der Erwerbsvertrag vor oder nach der Eintragung des ersten Erwerbers in das Grundbuch geschlossen wird.

12 aa) Der Senat hat bislang ausdrücklich nur entschieden, dass werdender Wohnungseigentümer auch ein Ersterwerber ist, der den Erwerbsvertrag vor der Eintragung des ersten Ersterwerbers in das Grundbuch geschlossen und die gesicherte Rechtsstellung erst danach erlangt hat. Er hat aber schon in dieser Entscheidung zu erkennen gegeben, dass er eine zeitliche Begrenzung für die Anwendung der Grundsätze der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft auf die Ersterwerber nicht generell, sondern nur für den Fall erwäge, dass der teilende Eigentümer nach einer längeren Vorratshaltung einem Eigenerwerber gleichzustellen sein könnte (Urteil vom 11.5.2012, V ZR 196/11, BGHZ 193, 219 Rdnr. 12). Eine Differenzierung zwischen den Ersterwerbern vom teilenden Eigentümer in Abhängigkeit nach dem Zeitpunkt der Eintragung des ersten Ersterwerbers in das Grundbuch hat der Senat dagegen von Anfang an verworfen (vgl. Senat, Beschluss vom 5.6.2008, V ZB 85/07, BGHZ 177, 53 Rdnr. 19 f.).

13 bb) Richtigerweise ist werdender Wohnungseigentümer auch derjenige, der nach Entstehen der Wohnungseigentümergeinschaft im Rechtssinne von dem teilenden Eigentümer Wohnungseigentum erwirbt und durch Eintragung einer Auflassungsvormerkung und Übergabe der Wohnung eine gesicherte Rechtsposition erlangt. Das Entstehen der Wohnungseigentümergeinschaft führt nämlich nicht dazu, dass die Regelungslücke entfällt, die Voraussetzung für eine vorgelagerte entsprechende Anwendung der Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes auf die werdenden Wohnungseigentümer ist.

14 (1) Das wird allerdings teilweise anders gesehen. Mit dem Entstehen der Wohnungseigentümergeinschaft seien die Regelungen des WEG über die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums anwendbar. Damit entfielen die in dem Fehlen solcher Vorschriften zu sehende Regelungslücke und das Bedürfnis für eine vorgelagerte analoge Anwendung der Vorschriften des WEG über die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums nach dem Entstehen der Wohnungseigentümergeinschaft im Rechtssinne. Wer nach diesem Zeitpunkt den Erwerbsvertrag schließt, sei als Zweiterwerber zu behandeln (Riecke/Schmid/Lehmann-Richter, WEG, 5. Aufl., § 10 Rdnr. 57; Drabek, ZWE 2015, 198, 199 f.). Diese Sichtweise kann nicht überzeugen.

15 (2) Die Regelungslücke, die nach der Rechtsprechung des Senats mit einer vorgelagerten analogen Anwendung der genannten Vorschriften des WEG zu schließen ist, besteht zwar auch in dem Umstand, dass bei der Aufteilung eines Grundstücks in Wohnungseigentum durch den teilenden Eigentümer eines Grundstücks nach § 8 WEG selbst nach Eintragung der Aufteilung in das Grundbuch zunächst keine Wohnungseigentümergeinschaft entsteht. Sie setzt nämlich als Personengemeinschaft nach geltendem Recht mindestens zwei Mitglieder und damit jedenfalls die Eintragung eines weiteren Wohnungseigentümers in das Grundbuch voraus. Die entscheidende Lücke besteht aber darin, dass die Regelungen des WEG dem „Demokratisierungsinteresse“ der Erwerber mit gesicherter Rechtsposition nicht Rechnung tragen. Die Wohnanlage muss schon ab Bezugsfertigkeit und Übergabe der verkauften Wohnungen bewirtschaftet und verwaltet

werden, was sinnvollerweise nicht allein dem Veräußerer überlassen bleiben, sondern unter Mitwirkung der künftigen Eigentümer nach den Regeln erfolgen sollte, deren Geltung die Beteiligten ohnehin anstreben (Senat, Beschluss vom 5.6.2008, V ZB 85/07, BGHZ 177, 53 Rdnr. 12 a. E., 20).

16 (3) Diese Lücke schließt sich mit der Eintragung des ersten Erwerbers in das Grundbuch nicht. Zwar entsteht dann die Wohnungseigentümergeinschaft im Rechtssinne. Deren Entstehen trägt aber dem „Demokratisierungsinteresse“ der Erwerber mit gesicherter Rechtsposition nicht Rechnung. Die übrigen Erwerber könnten im Gegensatz zu dem neu eingetragenen Erwerber nach wie vor mangels Eintragung in das Grundbuch und Erlangung der formellen Stellung als Wohnungseigentümer nicht, wie aber geboten, aus eigenem Recht an der Bewirtschaftung und Verwaltung der Wohnanlage mitwirken (Senat, Beschluss vom 5.6.2008, V ZB 85/07, BGHZ 177, 53 Rdnr. 19 f. und Urteil vom 11.5.2012, V ZR 196/11, BGHZ 193, 219 Rdnr. 10). Diese Lücke schließt sich regelmäßig erst mit der Eintragung des letzten werdenden Wohnungseigentümers in das Grundbuch (vgl. Senat, Urteil vom 11.5.2012, V ZR 196/11, a. a. O. Rdnr. 10; AG München, ZMR 2015, 631, 632; Bärmann/Suilmann, WEG, 14. Aufl., § 10 Rdnr. 18 a. E.).

17 (4) Hierbei macht es keinen Unterschied, ob ein solcher Ersterwerb von dem teilenden Eigentümer während der eigentlichen Vermarktungsphase oder erst längere Zeit nach deren Abschluss erfolgt. Der Senat hat zwar erwogen, die Anwendung der Grundsätze der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft auf die Ersterwerber in dem Sonderfall einzuschränken, dass der teilende Eigentümer nach längerer Vorratshaltung Wohnungen verkauft. Dem lag die Überlegung zugrunde, dass die längere Vorratshaltung durch den teilenden Eigentümer als Ersterwerb durch den teilenden Eigentümer zu bewerten und dementsprechend ein anschließender Erwerb als Zweiterwerb anzusehen sein könnte, auf den die Grundsätze der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft nicht anzuwenden sind (vgl. Senat, Urteil vom 11.5.2012, V ZR 196/11, BGHZ 193, 219 Rdnr. 12). Der Senat entscheidet sich nunmehr aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit gegen eine solche Einschränkung. Sie würde kaum sicher vorzunehmende Abgrenzungen erfordern. Insbesondere erlaubte eine Vermietung keinen sicheren Rückschluss auf eine Beendigung der Erwerbsbemühungen.

18 c) Der rechtsfehlerhafte Ausschluss der Erwerberin schlägt auf die nachfolgend gefassten Beschlüsse durch. Zwar scheidet eine Ungültigerklärung in der Regel aus, wenn – wozu hier Feststellungen fehlen – feststeht, dass sich der Beschlussmangel auf das Abstimmungsergebnis nicht ausgewirkt hat. Anders verhält es sich jedoch bei schwerwiegenden Verstößen, die dazu führen, dass das Teilnahme- und Mitwirkungsrecht eines Mitgliedes in gravierender Weise unterlaufen wird. Ein solcher Fall wird nicht schon angenommen werden können, wenn ein Wohnungseigentümer unbeabsichtigt – etwa, weil seine Einladung auf dem Postweg verlorengegangen ist – an der Eigentümerversammlung nicht teilnehmen oder nicht vertreten sein kann. Anders liegt es aber, wenn – wie hier – ein Wohnungseigentümer, der schon an mehreren Eigentümerversammlungen teilgenommen hat, zum Mitglied des Beirats gewählt worden ist und zur anstehenden Eigentümerver-

sammlung erschienen ist, bei unveränderter Sachlage von der Teilnahme ausgeschlossen wird. Eine solche Maßnahme stellt einen schwerwiegenden Eingriff in den Kernbereich elementarer Mitgliedschaftsrechte dar, bei dem es nicht darauf ankommt, ob die gefassten Beschlüsse auch bei einer Mitwirkung des (ausgeschlossenen) Mitgliedes die erforderliche Mehrheit gefunden hätten (vgl. zum Ganzen Senat, Urteil vom 10.12.2010, V ZR 60/10, ZfIR 2011, 321 Rdnr. 10 und Beschluss vom 7.7.2016, V ZB 15/14, ZfIR 2016, 846 Rdnr. 17). Es ist deshalb unerheblich, dass der Beschluss mit einer großen Mehrheit zustande gekommen ist. Aus dem gleichen Grund kommt es auch nicht darauf an, ob die auf einen solchen Eingriff gestützte Beschlussmängelklage (auch) von dem ausgeschlossenen Wohnungseigentümer oder – wie hier – von anderen Wohnungseigentümern erhoben wird.

19 III. 1. Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben. Es ist aufzuheben. Die Sache ist zur Endentscheidung reif. Der Beschluss der Wohnungseigentümer zu TOP 4 der Eigentümerversammlung vom 6.11.2017 ist unter entsprechender Abänderung des Urteils des AG schon deswegen für ungültig zu erklären, weil die Erwerberin zu Unrecht von der Teilnahme an der Versammlung ausgeschlossen worden ist. Auf die weiteren Rügen, nämlich ob der Geschäftsführer der Käuferin auch in seiner Eigenschaft als Mitglied des Verwaltungsbeirats aus eigenem Recht an der Eigentümerversammlung teilnehmen durfte und ob der Beschluss in der Sache ordnungsmäßiger Verwaltung entsprach, und auf die Frage, ob die Zulassung der Revision diese Rüge umfasste, kommt es nicht an.

20 2. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

7. Ordnungsmäßige Benutzung eines Gewerbegrundstücks – Wegerecht nach dem BGB außerhalb des Grundbuchs

BGH, Urteil vom 24.1.2020, V ZR 155/18 (Vorinstanz: OLG Köln, Entscheidung vom 1.6.2018, 16 U 149/17)

ABGB §§ 480, 481 Abs. 1

BauGB § 30 Abs. 2

BGB §§ 328, 598, 873 Abs. 1, § 917 Abs. 1, §§ 1004, 1018, 1027, 1090

EGBGB Art. 184, 187

ZPO § 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1

LEITSÄTZE:

- 1. Gewohnheitsrecht kann als dem Gesetz gleichwertige Rechtsquelle allgemeiner Art nur zwischen einer Vielzahl von Rechtsindividuen und in Bezug auf eine Vielzahl von Rechtsverhältnissen entstehen, nicht aber beschränkt auf ein konkretes Rechtsverhältnis zwischen einzelnen Grundstücksnachbarn.**
- 2. In einem konkreten Rechtsverhältnis zwischen einzelnen Grundstücksnachbarn kann ein Wegerecht nach dem BGB außerhalb des Grundbuchs nur**

aufgrund schuldrechtlicher Vereinbarung oder als Notwegrecht unter den Voraussetzungen des § 917 BGB entstehen.

- 3. Die im Sinne von § 917 Abs. 1 Satz 1 BGB ordnungsmäßige Benutzung eines Gewerbegrundstücks kann es nach den Umständen des Einzelfalls erfordern, dass auf dem verbindungslosen Grundstücksteil Kraftfahrzeuge be- und entladen sowie ggf. auch abgestellt werden, sodass eine Zufahrt erforderlich ist; dies setzt aber in der Regel voraus, dass das Grundstück nach seinen konkreten Verhältnissen eine gewerbliche Nutzung größeren Umfangs erlaubt.**

SACHVERHALT:

1 Die Kläger sind die Eigentümer dreier nebeneinander an einer öffentlichen Straße liegender Grundstücke. Die Grundstücke sind mit drei aneinandergrenzenden Häusern bebaut. Im rückwärtigen Teil dieser Grundstücke befinden sich Garagen, die baurechtlich nicht genehmigt sind. Die Beklagte ist Eigentümerin von Grundstücken, auf denen sich ein Weg befindet, über den die Kläger die Garagen und die rückwärtigen Bereiche ihrer vorne über die Straße erschlossenen Grundstücke erreichen. Eine entsprechende Nutzung des Weges wurde seit Jahrzehnten durch frühere Eigentümer und nach dem Eigentumsübergang auf die Beklagte durch diese selbst geduldet. Mit Wirkung zum 31.12.2016 erklärte die Beklagte gegenüber den Klägern die „Kündigung des Leihvertrages über das zu Ihren Gunsten vor über 30 Jahren bestellte, schuldrechtliche Wegerecht“. Sie kündigte an, den Weg mit Wirkung zum 1.1.2017 zu sperren und begann im Dezember 2016 mit dem Bau einer Toranlage. Die Kläger, die sich auf ein zu ihren Gunsten bestehendes Wegerecht, hilfsweise auf ein Notwegrecht, berufen, verlangen von der Beklagten, die Sperrung des Weges zu unterlassen.

2 Das LG hat die Beklagte verurteilt, es zu unterlassen, die Kläger an der Nutzung des Weges zu hindern, insbesondere durch das Anbringen eines Tores mit Schließanlage. Das OLG hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Kläger beantragen, möchte die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage erreichen.

AUS DEN GRÜNDEN:

3 I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts haben die Kläger gegen die Beklagte jeweils einen Unterlassungsanspruch in entsprechender Anwendung von §§ 1027, 1004 BGB. Unter dem Gesichtspunkt eines zumindest zu ihren Gunsten bestehenden Wohnheitsrechts seien sie zur Nutzung des Zuwegs zum rückwärtigen Bereich ihrer Grundstücke zum Erreichen der dort gelegenen Garagen, zum Transport von Mülltonnen sowie zur Ausübung eines Gewerbebetriebes auf einem der Grundstücke berechtigt. Unter der Voraussetzung einer lang andauernden tatsächlichen Übung und der Überzeugung der beteiligten Verkehrskreise, durch die Einhaltung dieser Übung bestehendes Recht zu befolgen, sei Wohnheitsrecht auch im privaten und öffentlichen Wegerecht zur Begründung von historisch entstandenen Überwegungsrechten anzuerkennen. Soweit Wohnheitsrecht nur als Rechtsquelle allgemeiner Art verstanden und deshalb als Rechtsgrund einer Verpflichtung zwischen Privatpersonen nicht anerkannt werde, sei dem nicht zu folgen.

4 Vorliegend bestehe eine langjährige tatsächliche Übung der jeweiligen Eigentümer oder berechtigten Nutzer der in Rede

stehenden Grundstücke dahin gehend, dass die straßenabgewandte Seite der – heute – klägerischen Grundstücke über eine Zufahrt auf Grundstücken erreicht werden könne, die – heute – im Eigentum der Beklagten stünden. Dies ergebe sich sowohl aus einem Lageplan der Grundstücke aus dem Jahr 1940 als auch aus einem Schreiben aus dem Jahre 1969 des damaligen Eigentümers der Grundstücke der Beklagten an den damaligen Eigentümer des Grundstücks der Klägerin zu 1, in dem das Bestehen eines „nicht dinglich gesicherten Wegerechts für die Bewohner der Häuser“ der Kläger vorausgesetzt werde. Anhaltspunkte dafür, dass die jeweiligen Grundstückseigentümer oder Nutzer oder die heutigen Parteien nicht von einer rechtlichen Verpflichtung bzw. Berechtigung hinsichtlich eines Wegerechts ausgegangen seien, bestünden nicht. Ein das Wohnheitsrecht ablösendes Leihvertragsverhältnis sei nicht feststellbar.

5 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht verkennt den Begriff des Wohnheitsrechts und die Voraussetzungen für dessen Entstehen.

6 1. Im Ausgangspunkt zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Möglichkeit des Entstehens von Wohnheitsrecht in der Rechtsprechung allgemein anerkannt ist und dass unter bestimmten Voraussetzungen auch Wegerechte gewohnheitsrechtlich entstehen können (vgl. Senat, Urteil vom 21.11.2008, V ZR 35/08, NJW-RR 2009, 311 zum Inwiekenrecht in Ostfriesland).

7 2. Rechtsfehlerhaft ist aber seine Annahme, ein gewohnheitsrechtliches Wegerecht könne auch im Verhältnis zwischen einzelnen Grundstücksnachbarn durch eine jahrelange Übung in der Annahme einer entsprechenden rechtlichen Berechtigung bzw. Verpflichtung entstehen. Zwar wird in der Rechtsprechung vereinzelt die Ansicht vertreten, dass die lang andauernde Nutzung eines über ein Privatgrundstück führenden Weges als Zuweg zwischen der öffentlichen Straße und einem Hinterliegergrundstück zur Bildung eines örtlich geltenden Wohnheitsrechts führen könne, das objektives Recht darstelle und an das die Anwohner gebunden seien (vgl. OLG Schleswig 2006, 894, 895; OLG Stuttgart, Urteil vom 30.9.2014, 12 U 81/14, juris Rdnr. 50). Diese Ansicht ist aber unzutreffend.

8 a) Wohnheitsrecht entsteht durch längere tatsächliche Übung, die eine dauernde und ständige, gleichmäßige und allgemeine ist und von den Beteiligten als verbindliche Rechtsnorm anerkannt wird (BVerfGE 22, 114, 121; 28, 21, 28 f.; 34, 293, 303; 122, 248, 269; Senat, Urteil vom 16.2.2001, V ZR 422/99, NJW-RR 2001, 1208, 1209; Urteil vom 21.11.2008, V ZR 35/08, NJW-RR 2009, 311 Rdnr. 12; Urteil vom 18.11.2016, V ZR 266/14, BGHZ 213, 30 Rdnr. 23; BGH, Urteil vom 19.3.2013, VI ZR 56/12, BGHZ 197, 1 Rdnr. 29; Beschluss vom 4.4.2017, II ZB 10/16, WM 2017, 1011 Rdnr. 24; VGH Mannheim, VBIBW 2019, 207 Rdnr. 55). Als ungeschriebenes Recht enthält es eine generell-abstrakte Regelung; diese muss über den Einzelfall hinausweisen.

9 Zwar muss Wohnheitsrecht kein „Jedermann/Recht“ sein. In dem Unterfall der sog. Observanz, bei der es sich um ein örtlich begrenztes Wohnheitsrecht handelt (vgl. RGZ 102, 9, 12; OLG Frankfurt a. M., RdL 2019, 98 Rdnr. 29), kann dieses

auch im Verhältnis einer begrenzten Zahl von Eigentümern und Pächtern zueinander entstehen (Senat, Urteil vom 21.11.2008, V ZR 35/08, a. a. O. Rdnr. 13 m. w. N.), etwa nur für eine Gemeinde oder die Mitglieder einer öffentlichrechtlichen Körperschaft (Palandt/*Grüneberg*, 79. Aufl., Einleitung Rdnr. 22). Voraussetzung ist aber auch in diesem Fall, dass die ungeschriebene Rechtsnorm, die die Beteiligten als verbindlich anerkennen, alle Rechtsverhältnisse einer bestimmten Art beherrscht (Senat, Urteil vom 21.11.2008, V ZR 35/08, a. a. O. Rdnr. 13; *Dehner*, Nachbarrecht, Stand: August 2019, A § 4 IV). Gewohnheitsrecht kann als dem Gesetz gleichwertige Rechtsquelle allgemeiner Art (vgl. OLG Hamm, NJW-RR 1987, 137, 138 unter 2.; Palandt/*Grüneberg*, Einleitung Rdnr. 22) nur zwischen einer Vielzahl von Rechtsindividuen und in Bezug auf eine Vielzahl von Rechtsverhältnissen entstehen, nicht aber beschränkt auf ein konkretes Rechtsverhältnis zwischen einzelnen Grundstücksnachbarn (vgl. OLG Hamm, NJW-RR 1987, 137, 138 unter 2.; ZfIR 2017, 786, 788; OLG Naumburg, Urteil vom 14.11.2018, 12 U 59/18, juris Rdnr. 37 f.; *Dehner*, Nachbarrecht, A § 4 IV; *Horst*, Rechtshandbuch Nachbarrecht, 2. Aufl., Rdnr. 418).

10 In einem konkreten Rechtsverhältnis zwischen einzelnen Grundstücksnachbarn kann ein Wegerecht nach dem BGB außerhalb des Grundbuchs nur aufgrund schuldrechtlicher Vereinbarung oder als Notwegrecht unter den Voraussetzungen des § 917 BGB entstehen, nicht aber durch eine – sei es auch jahrzehntelange – Übung unter Grundstücksnachbarn, die in der Annahme erfolgt, hierzu schuldrechtlich oder nach § 917 BGB berechtigt bzw. verpflichtet zu sein.

11 b) Der von dem Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegte weite Begriff des Gewohnheitsrechts führte im Ergebnis zum Erwerb einer nicht im Grundbuch eingetragenen Grunddienstbarkeit. Das sieht das BGB nicht vor.

12 aa) Allerdings können bzw. konnten in anderen Rechtsordnungen Grunddienstbarkeiten auch außerhalb des Grundbuchs erworben werden.

13 (1) So ist etwa in Österreich der auch dort geltende Grundsatz, dass eine dingliche Dienstbarkeit nur durch Eintragung in die öffentlichen Bücher erworben werden kann (§ 481 Abs. 1 ABGB), mehrfach durchbrochen. Insbesondere besteht nach § 480 ABGB die Möglichkeit, eine Dienstbarkeit kraft Ersitzung (gesetzlich bezeichnet als „Verjährung“) zu erwerben (vgl. Schwimann/*Kodek/Spath*, ABGB, 4. Aufl., § 481 Rdnr. 4 und § 480 Rdnr. 2 ff.), etwa indem ein Waldweg durch bestimmte Personen (bzw. ihre Rechtsvorgänger) über mehr als 30 Jahre hinweg zu forstwirtschaftlichen Zwecken befahren worden ist, wenn die Ausübung dieses Wegerechts für den Grundstückseigentümer (bzw. seine Rechtsvorgänger) wegen der regelmäßig vorhandenen Fahrspuren erkennbar war (vgl. OGH, Entscheidung vom 24.10.2011, 8 Ob 67/11 b, abrufbar unter www.ris.bka.gv.at).

14 (2) Auch nach Teil I Titel 22 § 13 des Preußischen Allgemeinen Landrechts (ALR) konnte eine Grunddienstbarkeit (Grundgerechtigkeit) durch Ersitzung (Verjährung) erworben werden, wenn das Recht durch eine wenigstens 30 Jahre lange (Teil I Titel 22 § 14 in Verbindung mit Teil I Titel 9 § 625 ALR) ununterbrochene Ausübung in Anspruch genommen wurde (vgl.

Senat, Urteil vom 12.12.2008, V ZR 106/07, NJW-RR 2009, 515 Rdnr. 12; siehe für eine ausführlichere Darstellung OLG Hamm, NJW-RR 1987, 137, 138, sowie *Dehner*, Nachbarrecht, B § 36 II 3).

15 bb) Der Gesetzgeber des BGB hat sich hingegen mit § 873 Abs. 1 BGB bewusst für eine Anwendung des Eintragungsprinzips auf die Grunddienstbarkeit entschieden, das Ausnahmen nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen zulässt (siehe zur Fortgeltung altrechtlicher Grunddienstbarkeiten allerdings Art. 184, 187 EGBGB). Hiermit wollte er gerade den Erwerb von Grunddienstbarkeiten im Wege der Ersitzung ausschließen und der damit verbundenen Gefahr vorbeugen, dass „durch fortgesetzten Missbrauch einer Gefälligkeit ein Recht erschlichen werde“ (Motive III, S. 165), und dass „verwickelte und kostspielige Rechtsstreitigkeiten [entstehen] zwischen demjenigen, welcher eine Dienstbarkeit in Anspruch nimmt, und dem Erwerber des Grundstücks, der von derselben keine Kenntnis erhalten hat, bzw. zwischen dem Erwerber und dem Veräußerer“ (Motive III, S. 165 f.). Die Eintragung des Rechts stelle die Beziehungen der Beteiligten zueinander der Regel nach vollständig klar (Motive III, S. 166). Diesem ausdrücklich erklärten Willen des Gesetzgebers widerspräche es, wenn Grunddienstbarkeiten zwischen Grundstücksnachbarn ohne Eintragung in das Grundbuch allein durch eine langjährige Übung entstehen könnten.

16 c) Nach diesen Maßstäben haben die Kläger nicht aufgrund Gewohnheitsrechts ein Wegerecht an den Grundstücken der Beklagten erworben. Eine allgemeine, über das Verhältnis der Parteien untereinander hinausgehende Übung, die Grundstücke der Beklagten als Zufahrt zu anderen Grundstücken zu nutzen, steht nicht in Rede. Die Kläger behaupten auch nicht, dass die Nutzung des Zuwegs von der Überzeugung der Beteiligten getragen sei, hiermit eine allgemeine, objektive und gesetzesgleiche Rechtsnorm zu befolgen, die über das konkrete Rechtsverhältnis der Parteien untereinander hinaus Geltung beanspruchen kann.

17 3. Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

18 a) Eine Duldungspflicht der Beklagten ergibt sich nicht aus einem zwischen den Parteien bestehenden schuldrechtlichen Verhältnis. Als solches käme allenfalls ein Leihvertrag nach § 598 BGB in Betracht, dessen Zustandekommen das Berufungsgericht indes nicht feststellen vermochte. Im Übrigen könnte ein solcher Leihvertrag, wenn er denn auf die Kläger und die Beklagten übergegangen wäre, jederzeit gekündigt werden (vgl. Senat, Urteil vom 16.5.2014, V ZR 181/13, NJW-RR 2014, 1043 Rdnr. 21; MünchKomm-BGB/*Brückner*, 8. Aufl., § 917 Rdnr. 60); er wäre daher durch die von der Beklagten im Jahre 2016 erklärte Kündigung beendet worden.

19 b) Ein Nutzungsrecht lässt sich auch nicht aus dem nachbarlichem Gemeinschaftsverhältnis ableiten. Dieses wird durch die Regelung des Notwegerechts in § 917 BGB spezialgesetzlich ausgestaltet; die Norm enthält im Hinblick auf die nicht durch dingliche Rechte oder schuldrechtliche Verträge begründeten Wegerechte eine abschließende Regelung. Sind ihre tatbestandlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, können sie nicht mithilfe des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses

umgangen oder erweitert werden (vgl. Senat, Urteil vom 15.11.2013, V ZR 24/13, NJW 2014, 311 Rdnr. 26; Urteil vom 22.1.2016, V ZR 116/15, ZMR 2016, 382 Rdnr. 14).

20 III. Das angefochtene Urteil kann daher keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, weil noch weitere Feststellungen zu treffen sind. Mangels Entscheidungsreife ist die Sache daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Der Senat weist für die weitere Sachbehandlung auf Folgendes hin:

21 1. Das Berufungsgericht wird zu prüfen haben, ob den Klägern gemäß § 917 Abs. 1 BGB ein Notwegrecht zusteht.

22 a) Diese Vorschrift gestattet die Inanspruchnahme benachbarten, im fremden Eigentum stehenden Grund und Bodens als Notweg dann, wenn dem betreffenden Grundstück die zur ordnungsmäßigen Benutzung notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Weg fehlt. Der Notweganspruch setzt also eine durch das Fehlen einer Verbindung nach außen hervorgerufene Notlage des Grundstücks voraus. Hinsichtlich dieser Notlage sind strenge Anforderungen zu stellen; sie besteht nicht, wenn eine andere Verbindungsmöglichkeit vorhanden ist, die ebenfalls ordnungsmäßige Grundstücksbenutzung gewährleistet (Senat, Urteil vom 15.4.1964, V ZR 134/62, NJW 1964, 1321, 1322). Welche Art der Benutzung eines Grundstücks im Sinne von § 917 Abs. 1 BGB ordnungsmäßig ist, bestimmt sich nicht nach den persönlichen Bedürfnissen des Eigentümers des verbindungslosen Grundstücks, sondern danach, was nach objektiven Gesichtspunkten diesem Grundstück angemessen ist und den wirtschaftlichen Verhältnissen entspricht (vgl. Senat, Urteil vom 15.4.1964, V ZR 134/62, a. a. O.; Urteil vom 26.5.1978, V ZR 72/77, WM 1978, 1293, 1294; Urteil vom 5.6.2009, V ZR 117/08, NJW-RR 2010, 445 Rdnr. 15). Zu berücksichtigen sind dabei die Benutzungsart und Größe des Grundstücks, seine Umgebung und die sonstigen Umstände des Einzelfalls (Senat, Urteil vom 15.4.1964, V ZR 134/62, a. a. O.; Urteil vom 28.5.1976, V ZR 195/74, WM 1976, 1061, 1063; Urteil vom 5.6.2009, V ZR 117/08, a. a. O.).

23 Handelt es sich bei dem Grundstück nach objektiven Kriterien um ein Gewerbegrundstück, so kann dessen ordnungsmäßige Benutzung es nach den Umständen des Einzelfalls erfordern, dass auf dem verbindungslosen Grundstücksteil Kraftfahrzeuge be- und entladen sowie ggf. auch abgestellt werden, sodass eine Zufahrt notwendig ist (vgl. Senat, Urteil vom 16.4.1958, V ZR 170/56, MDR 1958, 592; Urteil vom 11.11.1959, V ZR 98/58, BGHZ 31, 159, 161; Urteil vom 21.12.1965, V ZR 35/63, WM 1966, 346 ff.; siehe auch MünchKomm-BGB/*Brückner*, § 917 Rdnr. 27; *Staudinger/Roth*, Neub. 2016, § 917 Rdnr. 28; *Palandt/Herrler*, § 917 Rdnr. 6). Dies setzt aber in der Regel voraus, dass das Grundstück nach seinen konkreten Verhältnissen eine gewerbliche Nutzung größeren Umfangs erlaubt, namentlich eine solche, bei der Waren eingelagert werden (müssen), die aufgrund ihrer Art, ihrer Größe oder ihres Gewichts nicht auf dem mit dem öffentlichen Weg verbundenen Grundstücksteil gelagert oder über diesen hinweg auf den verbindungslosen Grundstücksteil verbracht werden können.

24 Die ordnungsmäßige Benutzung des Grundstücks kann das Notwegrecht zudem nur begründen, wenn sie tatsächlich in einem Umfang erfolgt, der die Zufahrt erforderlich macht. Bleibt die konkret ausgeübte Nutzung dahinter zurück, entsteht das Notwegrecht nicht schon dadurch, dass objektiv nach den Gegebenheiten des Grundstücks eine umfanglichere Nutzung möglich wäre. Ebenso wenig begründet eine konkret ausgeübte Nutzung, die über das hinaus geht, was nach Art, Größe und wirtschaftlichen Verhältnissen des Grundstücks angemessen ist, eine Notlage, die die Inanspruchnahme des Nachbargrundstücks für die Zufahrt zu dem verbindungslosen Grundstücksteil rechtfertigen könnte.

25 b) Das Berufungsgericht hat bislang – aus seiner Sicht folgerichtig – keine Feststellungen dazu getroffen, wie die klägerischen Grundstücke genutzt werden und ob diese Nutzung sich bei objektiver Betrachtung nach den genannten Kriterien als ordnungsmäßig im Sinne von § 917 Abs. 1 Satz 1 BGB darstellt. Dies wird nunmehr nachzuholen sein.

26 aa) Sollten die Grundstücke der Klägerin allein zu Wohnzwecken genutzt werden, wird ein Notwegrecht allerdings ausscheiden.

27 (1) (a) Die Nutzung der im hinteren Bereich der Grundstücke der Kläger befindlichen Garagen zum Abstellen von Kraftfahrzeugen stellt sich nicht als ordnungsmäßige Benutzung im Sinne von § 917 Abs. 1 Satz 1 BGB dar, weil die Garagen baurechtlich nicht genehmigt und mangels Erschließung auch nicht genehmigungsfähig sind. Die für die Zulässigkeit eines Bauvorhabens notwendige Erschließung ist nämlich nur dann im Sinne von § 30 Abs. 2 BauGB „gesichert“, wenn für die Zuwegung eine Baulast oder eine Grunddienstbarkeit besteht; ein Notweg nach § 917 BGB genügt nicht (vgl. Senat, Urteil vom 23.1.2015, V ZR 318/13, NJW-RR 2015, 852 Rdnr. 21 m. w. N.). Ist eine Bebauung nach öffentlichem Recht mangels Erschließung unzulässig, kann die bauliche Nutzung nicht gleichwohl eine ordnungsmäßige Benutzung im Sinne des § 917 Abs. 1 BGB deshalb sein, weil sie praktischen Bedürfnissen entspricht; was nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts unzulässig ist, kann nicht von der Privatrechtsordnung als „ordnungsmäßig“ gebilligt werden (BVerwGE 50, 282 = NJW 1976, 1987, 1989).

28 (b) Nichts anderes gilt, soweit die Kläger ihre Kraftfahrzeuge anderweit auf den verbindungslosen Grundstücksteilen abstellen möchten. Liegt ein Grundstück – wie hier – mit seiner Vorderseite an einem öffentlichen Weg, ist die Erreichbarkeit mit Kraftfahrzeugen, die für die ordnungsmäßige Benutzung eines Wohngrundstücks in der Regel notwendig ist (vgl. Senat, Urteil vom 12.12.2008, V ZR 106/07, NJW-RR 2009, 515 Rdnr. 24), gewährleistet. Zwar schließt dieser Umstand allein ein Notwegrecht nicht von vornherein aus (vgl. Senat, Urteil vom 18.10.2013, V ZR 278/12, NJW-RR 2014, 398 Rdnr. 10 f. m. w. N.; Urteil vom 22.1.2016, V ZR 116/15, ZMR 2016, 382 Rdnr. 7). Eine Zufahrt über das Nachbargrundstück, um das Fahrzeug aus Gründen der Bequemlichkeit oder Zweckmäßigkeit auf dem eigenen Wohngrundstück abstellen zu können, ist dem Eigentümer aus dem Notwegrecht nach § 917 BGB aber nicht zuzubilligen (st. Rspr., vgl. Senat, Urteil vom 9.11.1979, V ZR 85/78, BGHZ 75, 315, 318 f.; Urteil vom 12.12.2008, V ZR 106/07, NJW-RR 2009, 515 Rdnr. 19; Urteil

vom 18.10.2013, V ZR 278/12, NJW-RR 2014, 398 Rdnr. 12; Urteil vom 15.11.2013, V ZR 24/13, NJW 2014, 311 Rdnr. 23).

29 (2) Nachteile, die für die Kläger damit verbunden sind, dass sie die in den hinteren Bereichen ihrer Grundstücke abgestellten Mülltonnen zu den jeweiligen Abfuhrzeiten durch ihre Wohnhäuser hindurch an die öffentliche Straße verbringen müssen, könnten ein Notwegrecht ebenso wenig rechtfertigen. Dies gilt auch für die etwaige Notwendigkeit, sich angesichts zu schmaler Hausflure bzw. anderer Räumlichkeiten kleinere Mülltonnen zu beschaffen, um den Transport durch das Haus hindurch zu ermöglichen.

30 bb) Sollten die klägerischen Grundstücke hingegen gewerblich genutzt werden, kommt ein Notwegrecht grundsätzlich in Betracht.

31 (1) Allerdings deuten die von dem Berufungsgericht in Bezug genommenen Lagepläne und Lichtbilder darauf hin, dass die Grundstücke ihrer Art und Größe nach allenfalls eine Nutzung für kleinere Gewerbebetriebe, nicht aber für größere Produktions-, Lager- oder Handelsbetriebe erlauben. Sollte dies zutreffen, dürfte ein Notwegrecht im Hinblick darauf ausscheiden, dass die Grundstücke an einem öffentlichen Weg gelegen sind, die für kleinere Gewerbebetriebe erforderlichen Waren also dort angeliefert und – soweit erforderlich – durch die Geschäfts- bzw. Ladenräume auf den hinteren Grundstücksteil verbracht werden können. Eine konkrete Nutzung, die über ein Kleingewerbe und die typischerweise damit verbundene Nutzung hinausginge, könnte in diesem Fall das Notwegrecht nicht begründen.

32 (2) Im Übrigen gilt auch insoweit, dass die nach objektivem Maßstab notwendige und der ordnungsmäßigen Grundstücksnutzung entsprechende Einlagerung von Waren in Gebäuden auf den verbindungslosen Grundstücksteilen nur zu einem Notwegrecht nach § 917 BGB führen kann, wenn die entsprechenden Gebäude baurechtlich genehmigt bzw. zumindest genehmigungsfähig sind.

33 2. Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht zu dem Gelegenheit, sich mit der im Revisionsverfahren von den Klägern vertretenen Auffassung auseinanderzusetzen, der Rechtsvorgänger der Beklagten habe ein den jeweiligen Eigentümern ihrer Grundstücke von der Voreigentümerin eingeräumtes Wegerecht kaufvertraglich im Sinne eines Vertrages zugunsten Dritter (§ 328 BGB) übernommen; hieran sei auch die Beklagte gebunden.

8. Keine gestreckte Begründung von Sondernutzungsrechten nach dem Ausscheiden des aufteilenden Eigentümers

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.10.2019, I-3 Wx 69/19

BGB §§ 133, 876, 877

GBO § 18 Abs. 1, § 19

WEG § 5 Abs. 4 Satz 2, § 10 Abs. 3

LEITSÄTZE:

- 1. Berechtigt die Teilungserklärung den teilenden Eigentümer, bei Beurkundung der Verträge über die erstmalige rechtsgeschäftliche Veräußerung einer Wohnungs- und Teileigentumseinheit festzulegen, ob und ggf. welche der bezifferten Pkw-Abstellplätze dem betreffenden Erwerber und künftigen Eigentümer eines Wohnungs- oder Teileigentumsrechts zur alleinigen unentgeltlichen und ausschließlichen Nutzung zustehen, verbunden mit der Ermächtigung, eine solche Bestimmung auch ohne Veräußerung durch eine notariell beglaubigte Erklärung zu treffen und soll dies zur Folge haben, dass unter der aufschiebenden Bedingung, dass der zur jeweiligen Sondernutzung eines der vorgenannten Stellplätze allein berechnete Sondereigentümer in vorstehender Form bestimmt wird, die jeweils anderen Sondereigentümer von der Nutzung der Stellplätze ausgeschlossen sind und die unentgeltliche Sondernutzung zu dulden haben („gestreckte Begründung von Sondernutzungsrechten durch Zuordnungsvorbehalt“), so legt dies die Auslegung nahe, dass eine Zuweisungsbefugnis des teilenden Eigentümers nach seinem Ausscheiden aus der Gemeinschaft nicht mehr besteht.**
- 2. Das Grundbuchamt darf dem Antragsteller nicht im Wege der Zwischenverfügung den Abschluss eines Rechtsgeschäfts oder die Vorlage einer Bewilligung des unmittelbar Betroffenen aufgeben (hier: Vorlage einer Bewilligung aller zur Eigentümergemeinschaft gehörenden Miteigentümer mit Blick auf deren vom Grundbuchamt für erforderlich gehaltenen Mitwirkung zur Begründung der Sondernutzungsrechte an den Stellplätzen).**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die A erwarb im Jahr 1991 das Eigentum an den im Grundbuch von B Blatt (...) Flur (...) verzeichneten Parzellen (...), (...) und (...) sowie an der auf Blatt (...) Flur (...) verzeichneten Parzelle (...). Nach Aufteilung in Teilflächen entstanden insgesamt fünf neu vermessene Parzellen (Flur (...), Nrn. (...), (...), (...), (...) und (...). Mit notariell beurkundeter Erklärung vom 2.4.1991 bewilligte die A die Vereinigung der drei neuen Parzellen (...), (...) und (...) zu einer Parzelle. Auf dieser durch Vereinigung entstandenen Parzelle wollte die A ein Wohngebäude mit sieben Wohnungen, zwei gewerbliche Einheiten und fünf Garagen errichten; auf den zum Gemeinschaftseigentum gehörenden Außenflächen sollten sieben Stellplätze unter Begründung von Sondernutzungsrechten geschaffen werden.

Mit weiterer notarieller Urkunde vom 2.4.1991 erklärte die A die Teilung in Wohnungseigentum bzw. Teileigentum und legte in Abschnitt V. die Gemeinschaftsordnung fest. § 3 Ziffer 4 Buchstabe e) sieht Folgendes vor:

„Auf dem Grundbesitz befinden sich sieben PKW-Abstellplätze, die in dem als Anlage 4 beigefügten Plan mit den Nummern ST 1, ST 2, ST 3, ST 4, ST 5, ST 6, ST 7 gekennzeichnet sind. Der aufteilende Eigentümer ist berechtigt, bei Beurkundung der Verträge über die erstmalige rechtsgeschäftliche Veräußerung der Wohnungs- und Teileigentumseinheit zu bestimmen, ob und ggf. welche der vorgenannten PKW-Abstellplätze dem betreffenden Erwerber und künftigen Eigentümer eines Wohnungs- oder Teileigentumsrechts zur alleinigen, unentgeltlichen und ausschließlichen Nutzung zusteht. Der aufteilende Eigentümer ist berechtigt, eine solche Bestimmung auch ohne Veräußerung durch eine notariell beglaubigte Erklärung zu treffen.

Unter der aufschiebenden Bedingung, dass der zur jeweiligen Sondernutzung eines der vorgenannten Stellplätze allein berechnete Sondereigentümer in vorstehender Form bestimmt wird, sind die jeweils anderen Sondereigentümer von der Nutzung der Stellplätze ausgeschlossen und haben die unentgeltliche Sondernutzung zu dulden.“

2 Am 25.7.1991 wurde die A im Grundbuch als Eigentümerin sämtlicher zur Wohnungseigentümergeinschaft gehörenden Einheiten, Blätter 5558 bis 5571, eingetragen. Die A firmiert seit dem 23.7.1998 unter der Firma der Beteiligten zu 2.

3 In der Folgezeit veräußerte die A bzw. die Beteiligte zu 2 sämtliche der ihr gehörenden Einheiten; als Eigentümerin der beiden verfahrensgegenständlichen Einheiten wurde die C am 12.5.2003 im Grundbuch eingetragen.

4 Rechtsnachfolgerin der C ist die Beteiligte zu 1; deren persönlich haftende Gesellschafterin ist die Beteiligte zu 2.

5 Mit notarieller Urkunde vom 20.11.2018 erklärten die Beteiligten zu 1 und 2, in Ausübung des in der notariellen Teilungserklärung vom 2.4.1991 in Abschnitt V., § 3 Ziffer 4 Buchstabe e) enthaltenen Vorbehalts, die Stellplätze mit den Nrn. ST 2, ST 3, und ST 7 dem jeweiligen Eigentümer der auf Blatt 5559 eingetragenen Eigentumseinheit und die Stellplätze mit den Nrn. ST 1, ST 4, ST 5 und ST 6 dem jeweiligen Eigentümer der auf Blatt 5558 eingetragenen Eigentumseinheit zur alleinigen und ausschließlichen Nutzung auf Dauer zuzuweisen. Mit weiterer notarieller Urkunde vom 5.12.2018 berichtigte sie die Lage der Stellplätze ST 1 und ST 3.

6 Mit Schrift ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 21.12.2018 beantragten die Beteiligten zu 1 und 2 die Eintragung der Zuordnung der Sondernutzungsrechte im Grundbuch.

7 Mit Zwischenverfügung vom 25.1.2019 wies das Grundbuchamt darauf hin, dass dem teilenden Eigentümer mit der Veräußerung der letzten Wohn- und Teileigentumseinheit ein Recht zur Zuordnung der PKW-Stellplätze nicht mehr zustehe. Erforderlich sei eine Mitwirkung aller in den Blättern 5558 bis 5571 eingetragenen Miteigentümer.

8 Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2 vom 15.2.2019. Sie meinen, die Teilungserklärung vom 2.4.1991 enthalte eine aufschiebend bedingte Zuordnung, so dass der alte Eigentümer die Zuordnung nachträglich wirksam vornehmen könne.

9 Das Grundbuchamt hat unter dem 4.4.2019 einen Nichtabhilfebeschluss erlassen. Es liege zwar eine aufschiebend bedingte Zuordnung der Sondernutzungsrechte an den Stellplätzen vor. Die Teilungserklärung enthalte indes keine ausdrückliche Regelung, die dem damaligen, teilenden Eigentümer das Recht zur Zuweisung auch noch nach dem Abverkauf der letzten Einheit einräume; überdies könne ein dahingehendes Recht dem teilenden Eigentümer allenfalls bis zur Veräußerung der letzten Wohnungseigentumseinheit vorbehalten werden.

(...)

11 II. Die Beschwerde der Beteiligten ist gemäß § 18 Abs. 1, § 71 Abs. 1, §§ 72, 73 GBO zulässig und dem Senat nach der vom Grundbuchamt ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe zur Entscheidung angefallen, § 75 GBO.

12 Die Beschwerde hat in der Sache deshalb Erfolg, weil eine Zwischenverfügung nicht hätte ergehen dürfen.

13 Die Zwischenverfügung ist ein Mittel, einer beantragten Eintragung den nach dem Eingang des Antrages bestimmten Rang zu sichern, der bei sofortiger Zurückweisung nicht gewahrt würde. Sie darf daher nur ergehen, wenn der Eintragung ein mit Rückwirkung behebbares Hindernis entgegensteht. Dagegen ist es nach ganz überwiegend – auch vom Senat – vertretener Auffassung, unzulässig, einem Antragsteller im Wege einer Zwischenverfügung den Abschluss eines Rechtsgeschäfts oder die Vorlage einer Bewilligung des unmittelbar Betroffenen aufzugeben (Senat, BeckRS 2012, 19323 für die Bewilligung eines Erben; für die Bewilligung der übrigen Wohnungseigentümer: OLG Frankfurt a. M., ZWE 2016, 171 f. m. w. N.; vgl. *Demharter*, GBO, 31. Aufl. 2018, § 18 Rdnr. 12 und 32).

14 Mit der angefochtenen Zwischenverfügung gibt das Grundbuchamt den Beteiligten jedoch die Vorlage einer Bewilligung aller zur Eigentümergeinschaft gehörenden Miteigentümer auf, wenn es deren Mitwirkung zur Begründung der Sondernutzungsrechte an den Stellplätzen ST 1 bis ST 7 für erforderlich hält. Diese Mitwirkung erfolgt im grundbuchrechtlichen Verfahren in Form der Bewilligung nach § 19 GBO, denn die Eintragung eines Sondernutzungsrechtes im Grundbuch setzt – wie es sich aus § 7 Abs. 3 WEG ergibt – eine entsprechende Eintragungsbewilligung voraus (OLG München, BeckRS 2017, 137367; vgl. *Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger/Lafontaine*, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 13 WEG Rdnr. 141).

15 Vorsorglich sei in der Sache – ohne Bindungswirkung – bemerkt:

16 Es spricht nach Auffassung des Senats einiges dafür, dass hier eine Zuweisungsbefugnis des teilenden Eigentümers – das ist die Beteiligte zu 2 als Rechtsnachfolgerin der A – nicht mehr besteht; die Beteiligte zu 1 als gegenwärtige Eigentümerin der verfahrensgegenständlichen Einheiten ist ersichtlich nicht zuweisungsbefugt.

17 Sollen – wie hier – als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch einzutragende Sondernutzungsrechte nachträglich begründet werden, ist hierzu materiellrechtlich die Einigung sämtlicher Wohnungseigentümer und im Hinblick auf § 10 Abs. 3 WEG die Eintragung in das Grundbuch erforderlich. Außerdem muss ggf. nach § 5 Abs. 4 Satz 2 WEG, §§ 877, 876 BGB die Zustimmung der nachteilig dinglich Berechtigten und der Berechtigten einer Auflassungsvormerkung erteilt werden. Verfahrensrechtlich ist die Bewilligung derjenigen erforderlich, deren Recht durch die Eintragung im Sinne des § 19 GBO betroffen wird; das sind hier alle Miteigentümer, denn die Begründung von Sondereigentum führt zu einer inhaltlichen Änderung des Sondereigentums aller Wohnungs- bzw. Miteigentümer (OLG München, BeckRS 2017, 137367) bzw. zu einer Beeinträchtigung des Gemeinschaftseigentums. Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn die nachträgliche Begründung von Sondernutzungsrechten bereits in der ursprünglichen, im Grundbuch eingetragenen Teilungserklärung vorgesehen ist.

18 Abweichend von vorstehendem Grundsatz gibt es zwei als zulässig anerkannte Möglichkeiten der Gestaltung einer Teilungserklärung, die dem teilenden Eigentümer die nachträgliche Begründung von Sondereigentumsrechten ohne Mitwirkung der übrigen Wohnungs- bzw. Teileigentümer und ohne Zustimmung der dinglich Berechtigten vorbehält:

19 Zum einen kann der teilende, sich ein Zuordnungsrecht vorbehaltende Eigentümer bereits in der Teilungserklärung alle künftigen Erwerber von dem gemeinschaftlichen Gebrauch der für die künftigen Sondernutzungsrechte vorgesehenen Flächen ausschließen mit der Folge, dass die Sondernutzungsrechte zunächst keiner Wohnung bzw. keinem Teileigentum zugeordnet werden und der teilende Eigentümer allein im Rahmen eines persönlichen Sondernutzungsrechts zur Nutzung dieser Flächen berechtigt bleibt. Es handelt sich um eine sog. „gestreckte Begründung von Sondernutzungsrechten durch Zuordnungsvorbehalt“. Da aber die Zuweisungsmöglichkeit einschließlich der Bewilligungsberechtigung des teilenden Eigentümers in dieser Gestaltungsvariante gerade auf dessen persönlicher Sondernutzungsberechtigung beruht, besteht diese jedoch auch nur bis zu seinem Ausscheiden aus der Gemeinschaft. Nach ganz überwiegend vertretener Auffassung kann der aus der Gemeinschaft ausscheidende teilende Eigentümer die Restnutzungsbefugnis als Grundlage eines Zuweisungsrechts nicht „mitnehmen“ (vgl. jeweils mit weiteren Nachweisen: OLG Frankfurt a. M., ZWE 2016, 171 f. und ZWE 2017, 87 ff.; BeckOK-WEG/Müller, Maximilian A., Stand: 1.8.2019, § 15 Rdnr. 339 ff.; Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger/Lafontaine, a. a. O., § 13 WEG Rdnr. 144; Francastel, RNotZ 2015, 385, 408 f.).

20 Zum anderen kann der teilende Eigentümer alle künftigen Erwerber unter der aufschiebenden Bedingung (§ 158 BGB) einer Zuweisung der Sondernutzungsrechte von der Mitbenutzung der betreffenden Flächen ausschließen. Bis zum Bedingungseintritt, nämlich der Ausübung des Zuweisungsvorbehalts, steht den Erwerbern bei dieser Form der Ausgestaltung der Teilungserklärung, sog. „gestreckte Begründung von Sondernutzungsrechten durch aufschiebend bedingte Zuordnung“, zunächst ein Mitbenutzungsrecht zu. Das Mitbenut-

zungsrecht besteht nicht mehr, wenn der teilende Eigentümer von seinem Zuweisungsrecht Gebrauch macht. Gestützt auf die Erwägung, dass der teilende Eigentümer in dieser Gestaltungsvariante gerade nicht persönlich sondernutzungsbe-rechtigt, sondern nur zuweisungsberechtigt ist, wird teilweise die Auffassung vertreten, dass die Zuweisungsbefugnis unabhängig von der Stellung als Eigentümer besteht und deshalb auch noch nach dem Ausscheiden aus der Gemeinschaft oder von einem bevollmächtigten Verwalter wahrgenommen werden kann (für den ausgeschiedenen Eigentümer: OLG Frankfurt a. M., ZWE 2016, 171 f.; OLG Stuttgart, ZWE 2012, 488 f.; für den Verwalter: OLG Frankfurt a. M., ZWE 2017, 87 ff. für den Verwalter; vgl. zum Streit auch OLG Hamm, ZWE 2017, 445; BeckOK-WEG/Müller, Maximilian A., § 15 Rdnr. 344 ff.; Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger/Lafontaine, a. a. O., § 13 WEG Rdnr. 145; Francastel, RNotZ 2015, 385, 410).

21 Im vorliegenden Fall wurde die Gestaltungsvariante der sog. „gestreckten Begründung von Sondernutzungsrechten durch aufschiebend bedingte Zuordnung“ gewählt: im ersten Absatz von § 3 Ziffer 4 Buchstabe e), Abschnitt V. der Teilungserklärung vom 2.4.1991 wird die Berechtigung zur nachträglichen Zuweisung von Sondernutzungsrechten an den Pkw-Abstellplätzen geregelt; im zweiten Absatz der Bestimmung wird das aufschiebend bedingt bestehende Mitbenutzungsrecht der anderen Miteigentümer festgelegt.

22 Ob sich der Senat der vorstehend dargestellten Sichtweise anschließt, die eine Zuweisungsbefugnis des teilenden, nicht mehr zur Eigentümergemeinschaft gehörenden Eigentümers bejaht, wenn eine sog. „gestreckte Begründung von Sondernutzungsrechten durch aufschiebend bedingte Zuordnung“ gegeben ist, kann hier offen bleiben. Denn vorrangig durchzuführen ist eine Auslegung der hier zugrunde liegenden Teilungserklärung, und danach liegen gute Gründe für die Annahme vor, dass eine Zuweisungsbefugnis des teilenden Eigentümers nach seinem Ausscheiden aus der Gemeinschaft nicht mehr besteht.

23 Die Teilungserklärung vom 2.4.1991 ist als Grundlage des gestellten Eintragungsantrages vom Grundbuchamt selbst auszulegen; § 133 BGB gilt entsprechend (vgl. zur Auslegung einer Gemeinschaftsordnung als Anhang einer Teilungserklärung OLG München, BeckRS 2017, 137367). Nach den allgemein für Grundbucheintragungen geltenden Grenzen ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (statt aller: Demharter, GBO, § 19 Rdnr. 28 m. w. N.).

24 Davon ausgehend liegt nach Auffassung des Senats ein Verständnis von Abschnitt V. § 3 Ziffer 4 lit e) der Teilungserklärung dahin gehend nahe, dass der teilende Eigentümer nach seinem Ausscheiden aus der Eigentümergemeinschaft nicht mehr zur Zuweisung von Sondernutzungsrechten an den Stellplätzen berechtigt ist.

25 Der Zuweisungsvorbehalt des teilenden Eigentümers besteht nach dem ausdrücklichen Wortlaut von Satz 2 des ersten Absatzes der Erklärung „bei Beurkundung der Verträge über die erstmalige rechtsgeschäftliche Veräußerung der

Wohnungs- und Teileigentumseinheit“. Dies wird in Satz 3 dahin ergänzt, dass der aufteilende Eigentümer berechtigt ist, „eine solche Bestimmung auch ohne Veräußerung“ durch notariell beglaubigte Erklärung zu treffen. Eine ausdrückliche Regelung dazu, was dann gelten soll, wenn der aufteilende Eigentümer nicht mehr zur Gemeinschaft gehört, ist in der Teilungserklärung nicht enthalten.

26 Besteht die Zuweisungsbefugnis des teilenden Eigentümers gemäß Satz 2 der Erklärung im Zusammenhang mit der erstmaligen rechtsgeschäftlichen Veräußerung, regelt dies also ersichtlich den Fall einer Zuweisung, solange der teilende Eigentümer noch zu der Gemeinschaft der Miteigentümer gehört, denn nur der teilende Eigentümer kann die einzelnen Miteigentumsanteile erstmals veräußern. Soweit in Satz 3 der Erklärung dann weiter festgehalten ist, dass die Bestimmung auch ohne Veräußerung getroffen werden kann, stellt dies eine Erweiterung der Befugnisse des teilenden Eigentümers dar. Mit Blick auf den unmittelbaren Zusammenhang der in Satz 3 getroffenen Bestimmung zu der Regelung in Satz 2 und wegen der Verwendung der Formulierungen „erstmalige rechtsgeschäftliche Veräußerung“ einerseits und „ohne Veräußerung“ andererseits ist es naheliegend, die getroffenen Regelungen dahin zu verstehen, dass eine Erweiterung der Zuweisungsbefugnis des teilenden Eigentümers nur für die Fälle gewollt ist, in denen es entweder zu einem Eigentumsübergang unabhängig von einem rechtsgeschäftlichen und notariell beurkundeten Veräußerungsgeschäft kommt oder wenn die Zuweisung eines Sondernutzungsrechts an einen Erwerber vorgezogen bzw. nachgeholt werden soll, etwa weil zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses schon bzw. noch nicht absehbar war, dass ein Sondernutzungsrecht an einem der Stellplätze gewollt ist. Dass eine Erweiterung der Zuweisungsbefugnis des teilenden Eigentümers dahin gehend festgelegt werden sollte, dass der teilende Eigentümer auch nach seinem Ausscheiden aus der Gemeinschaft und ohne jeglichen zeitlichen Zusammenhang mit einem erstmaligen Eigentumsübergang an den jeweiligen Wohnungs- bzw. Teileigentumseinheiten bestehen soll, sieht der Wortlaut der Teilungserklärung nicht vor und legt Entsprechendes auch nicht nahe. Vielmehr ist das Gegenteil der Fall, denn auf den in Satz 2 verwendeten Begriff „erstmalige“ bezieht sich die Erweiterung in Satz 3 gerade nicht.

27 Eine entsprechende, eindeutige Formulierung wäre im vorliegenden Fall jedoch zu erwarten gewesen, wenn dem teilenden Eigentümer die Befugnis zur Zuweisung von Sondernutzungsrechten auch für die Zeit nach seinem Ausscheiden aus der Eigentümergemeinschaft, mithin dauerhaft, hätte vorbehalten werden sollen.

28 Zweck eines Begründungsvorbehaltes in der Form der sog. „gestreckten Begründung von Sondernutzungsrechten durch aufschiebend bedingte Zuordnung“ ist es im Allgemeinen, einem Bauherrn eine größere Flexibilität beim Verkauf der Einheiten zu ermöglichen (so für einen Bauträger: OLG München, BeckRS 2013, 378; *Francastel*, RNotZ 2015, 385, 405). Das dürfte auch hier der Fall gewesen sein, denn die teilende Eigentümerin ist eine zu einem Kreditinstitut gehörende Immobiliengesellschaft. Eine solche verfolgt – ebenso wie ein Bauträger – bei einem Bauvorhaben zur Errichtung eines Gebäudes mit Wohn- und Geschäftseinheiten regelmäßig die Absicht

der Veräußerung sämtlicher Eigentumseinheiten. Ist aber das spätere – regelmäßig alsbald nach Errichtung des Objektes – Ausscheiden aus der Gemeinschaft von vornherein geplant, liegt es nahe, in der Teilungserklärung eine Regelung in Bezug auf das Recht zur Zuweisung von Sondernutzungsflächen zu treffen, wenn die endgültige Zuweisung noch nicht hinreichend verlässlich absehbar ist und sie auch künftig und trotz des Ausscheidens noch durch den teilenden Eigentümer erfolgen soll. Das gilt insbesondere deshalb, da eine Immobiliengesellschaft mit dem Abverkauf sämtlicher Einheiten die von ihr verfolgten wirtschaftlichen Interessen erreicht hat, sonstige Interessen am Schicksal des Objektes regelmäßig aber nicht mehr hat. Gerade der Umstand, dass ein entsprechender Begründungsvorbehalt auch für die Zeit nach dem Ausscheiden des teilenden Eigentümers in der hier maßgeblichen Teilungserklärung nicht enthalten ist, ohne Weiteres aber hätte aufgenommen werden können, lässt es als fernliegend erscheinen, dass mit der in § 3 Ziffer 4 lit. e) der Gemeinschaftsordnung getroffenen Regelung ein Zuweisungsrecht des teilenden Eigentümers auch für die Zeit nach dem Ausscheiden aus der Gemeinschaft gemeint ist.

29 Wird ferner in die Erwägungen einbezogen, dass es sich bei der „gestreckten Begründung von Sondernutzungsrechten durch aufschiebend bedingte Zuordnung“ um eine Ausnahme von dem Regelfall, dass die nachträgliche Zuweisung von Sondernutzungsrechten eine Einigung sämtlicher Wohnungseigentümer voraussetzt, handelt, scheint es geboten, im Zweifelsfall – ähnlich wie bei Grundbuchvollmachten – vom (zeitlich) geringeren Umfang der Zuweisungsbefugnis auszugehen (vgl. OLG München, MittBayNot 2013, 378; siehe auch BeckOK-WEG/Müller, Maximilian A., § 15 Rdnr. 343 für den Fall der gestreckten Begründung von Sondernutzungsrechten mit anfänglichem Ausschluss aller Miteigentümer).

30 Ist also nach einer Auslegung der hier maßgeblichen Teilungserklärung nicht festzustellen, dass der Beteiligten zu 2 als Rechtsnachfolgerin der teilenden, nicht mehr zur Eigentümergemeinschaft gehörenden Eigentümerin ein Recht zur Zuweisung von Sondernutzungsrechten noch zusteht, hat das zur Folge, dass das ursprünglich dem teilenden Eigentümer vorbehaltene Zuweisungsrecht mit dem Ausscheiden aus der Gemeinschaft erloschen ist (siehe zur Rechtsfolge auch *Francastel*, RNotZ 2015, 385, 410). Die für die Begründung von Sondernutzungsrechten vorgesehenen Außenflächen gehören also nach wie vor zum Gemeinschaftseigentum und für die Begründung von im Grundbuch einzutragendem Sondereigentum bedarf es nunmehr der Bewilligung sämtlicher Miteigentümer nach § 19 GBO.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar **Markus Müller**, Greding

1. Einführung

Bei der Beurkundung von Teilungserklärungen mit Gemeinschaftsordnung wird nicht selten der Wunsch des aufteilenden Eigentümers an den Notar herangetragen, dass eine Zuordnung von Sondernutzungsrechten zu bestimmten Sondereigentumseinheiten erst zu einem späteren Zeit-

punkt erfolgen soll. Diesem Ansinnen liegen meist praktische Erwägungen zugrunde. Der aufteilende Eigentümer möchte bei einem späteren schrittweisen Abverkauf der einzelnen Sondereigentumseinheiten flexibel sein, um den Kundenwünschen der Käufer hinsichtlich der mitzuerwerbenden Sondernutzungsflächen (meist in Form von Pkw-Stellplätzen, Kellerabteilen oder Ähnlichem) Rechnung tragen zu können. Hierbei kommen rechtskonstruktiv im Wesentlichen drei verschiedene Gestaltungsoptionen in Frage:¹

a) Sog. Parklösung

Hierbei werden die Sondernutzungsrechte, welche in der Gemeinschaftsordnung bereits sowohl mit ihrer negativen Komponente als auch mit ihrer positiven Komponente vollständig begründet wurden, von dem aufteilenden Eigentümer mit einer Sondereigentumseinheit verbunden („geparkt“); sinnvollerweise mit derjenigen Einheit, welche voraussichtlich als letzte veräußert wird. Bei den nachfolgenden Erwerbverträgen kann das „geparkte“ Sondernutzungsrecht auf die mit dem jeweiligen Vertrag erworbene Sondereigentumseinheit übertragen² werden.

b) Persönliches Sondernutzungsrecht

Bei dieser Gestaltungsvariante werden alle anderen Eigentümer in der Gemeinschaftsordnung vom Gebrauch der Sondernutzungsrechtsflächen ausgeschlossen (negative Komponente) und der aufteilende Eigentümer (Bauträger) behält sich ein persönliches Sondernutzungsrecht vor mit der Befugnis der späteren Zuweisung an künftige Erwerber einer Sondereigentumseinheit.³ Der Unterschied dieser Gestaltung zur vorstehenden „Parklösung“ liegt darin, dass das Sondernutzungsrecht nicht mit einer bestimmten Sondereigentumseinheit verbunden ist, sondern dem aufteilenden Eigentümer als Eigentümer der Wohnungseigentumseinheiten zusteht.

c) Sog. Bedingungslösung

Hierbei behält sich der teilende Eigentümer in der Gemeinschaftsordnung das Recht vor, Sondernutzungsrechte zu begründen und diese einzelnen Eigentümern zur Ausübung zuzuweisen. Sämtliche Wohnungs- und Teileigentümer sind vom Gebrauch der Sondernutzungsrechtsflächen unter der

aufschiebenden Bedingung der Begründung und Zuweisung des Sondernutzungsrechtes ausgeschlossen.

2. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf befasst sich mit der Auslegung einer Teilungserklärung (genauer gesagt mit der Gemeinschaftsordnung), bei welcher sich der teilende Eigentümer die Begründung von Sondernutzungsrechten nach der vorstehend als „Bedingungslösung“ dargestellten Gestaltungsoption⁴ vorbehalten hat. Die zu beurteilende Klausel enthielt keine ausdrückliche Regelung zur zeitlichen Dauer der Zuweisungsbefugnis des teilenden Eigentümers. Durch Auslegung kam das Gericht zu dem Ergebnis, dass das Zuweisungsrecht mit dem Ausscheiden aus der Wohnungseigentümergeinschaft erloschen ist.

Dem ist meines Erachtens zuzustimmen. Nach ständiger Rechtsprechung ist bei der Auslegung auf Wortlaut und Sinn der Grundbucheintragung abzustellen, wie er sich für einen unabhängigen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt.⁵ Es mag zwar bezweifelt werden, ob das Auslegungsergebnis darauf gestützt werden kann, dass der aufteilende Eigentümer im konkreten Fall eine Immobiliengesellschaft war, bei welchem die Absicht der Veräußerung sämtlicher Einheiten vermutet werden kann.⁶ Ausschlaggebend dürfte letztlich jedoch sein, dass bei verbleibenden Zweifeln über den Umfang der Reichweite der Zuweisungsbefugnis – ebenso wie bei Vollmachten für das Grundbuchverfahren – vom geringeren Umfang auszugehen ist.⁷ Im vorliegenden Fall also davon, dass die Zuweisungsbefugnis bereits mit dem Ausscheiden aus der Wohnungseigentümergeinschaft erloschen ist. Die grundsätzliche Frage, inwieweit der aufteilende Eigentümer bei der sog. Bedingungslösung zum Zeitpunkt der Zuweisung noch Eigentümer zumindest einer Sondereigentumseinheit und damit Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft sein muss, ließ das OLG bewusst offen.⁸

3. Folgerungen für die Praxis

Über den konkreten Einzelfall hinaus wird die Entscheidung keine großen Auswirkungen auf die Praxis haben. Sie mag jedoch als Anlass dafür genommen werden, bisher verwandte Formulierungen kritisch zu prüfen und im Bedarfsfall durch ausdrückliche und klare Regelungen zu ergänzen, sodass eine Auslegung durch die Gerichte erst gar nicht er-

1 Zu den verschiedenen Gestaltungsoptionen im Einzelnen mit den entsprechenden Vor- und Nachteilen siehe *Francastel*, RNotZ 2015, 385, 407 ff. und Würzburger Notarhandbuch/*Weber*, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 4 Rdnr. 173 ff.

2 Vielfach wird von einer Übertragung und Abtretung des Sondernutzungsrechtes gesprochen, wobei es sich dogmatisch um eine Abänderung einer Vereinbarung nach § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG und Inhaltsänderung des Sondereigentums nach § 5 Abs. 4 Satz 1 WEG, § 877 BGB handelt, vgl. hierzu ausführlich *Falkner*, ZNotP, 2017, 251, 252 ff.

3 Dogmatisch handelt es sich bei der vorbehaltenen Zuweisung dann wohl um eine Abänderung einer Vereinbarung mit Inhaltsänderung des Sondereigentums (siehe Fn. 2), wobei das persönliche Sondernutzungsrecht in ein subjektiv-dingliches Sondernutzungsrecht geändert wird. Siehe hierzu BeckOK-WEG/*Müller*, Stand: 1.5.2020, § 15 Rdnr. 341 und *Francastel*, RNotZ 2015, 385, 409 m. w. N.

4 In dem Beschluss als sog. „gestreckte Begründung von Sondernutzungsrechten durch aufschiebend bedingte Zuordnung“ bezeichnet in Abgrenzung zur „gestreckten Begründung von Sondernutzungsrechten durch Zuordnungsvorbehalt“; in dem ersten amtlichen Leitsatz der Entscheidung müsste es daher im Klammerzusatz auch richtigerweise „gestreckte Begründung von Sondernutzungsrechten durch aufschiebend bedingte Zuordnung“ heißen.

5 Vgl. die Nachweise bei *Bauer/Schaub/Kössinger*, GBO, 4. Aufl. 2018, § 19 Rdnr. 86.

6 So das OLG in Rdnr. 28 der besprochenen Entscheidung.

7 Ähnlich OLG München, Beschluss vom 10.4.2013, 34 Wx 31/13, MittBayNot 2013, 378.

8 Siehe hierzu Rdnr. 22 der besprochenen Entscheidung.

forderlich wird. Regelungsbedürftig erscheinen mir insbesondere folgende Punkte:

a) Bedingungseintritt

Wesen der Bedingungslösung ist, dass mit Eintritt der aufschiebenden Bedingung und Zuweisung⁹ sämtliche Wohnungseigentümer (mit Ausnahme des Eigentümers der zugewiesenen Einheit) von ihrem Gebrauchsrecht ausgeschlossen sind. Daher sollte der Vertragsgestalter sich genau überlegen, welches Ereignis den Bedingungseintritt herbeiführt. So könnte zum Beispiel auf die Abgabe einer notariell beglaubigten oder beurkundeten Erklärung der Zuweisung abgestellt werden,¹⁰ auf den Eingang des Eintragungsantrages der Zuweisung zum Grundbuchblatt des begünstigten Sondereigentums¹¹ oder mit Eintragung der Zuweisung im Grundbuch.¹²

Der Charme, die aufschiebende Bedingung erst mit tatsächlicher Eintragung der Zuweisung des Sondernutzungsrecht im Grundbuch eintreten zu lassen, liegt darin, dass die Entstehung eines zeitweisen schuldrechtlichen Sondernutzungsrechtes von dem Zeitpunkt des Eintritts der aufschiebenden Bedingung bis zur Eintragung des Sondernutzungsrechtes (genauer gesagt der positiven Komponente des Sondernutzungsrechtes im Grundbuch) vermieden wird, da diese Zeitpunkte zusammenfallen. Die jüngst zahlreich ergangenen Entscheidungen¹³ zu der Thematik der nachträglichen Eintragung bereits zugewiesener Sondernutzungsrechte und die von den Grundbuchämtern teilweise geforderten Bewilligungen aller Wohnungseigentümer und Zustimmungen sämtlicher beeinträchtigter dinglich Berechtigter müssten nicht beachtet werden.¹⁴

Kehrseite der gewonnenen Rechtsicherheit ist jedoch, dass Vollzugsfehler bei vergessener Eintragung zu erhöhten Haftungsgefahren führen und sich nachträglich nur schwerlich korrigieren lassen.

- 9 Der Eintritt der aufschiebenden Bedingung, durch welche die Wohnungseigentümer vom Mitgebrauch ausgeschlossen werden (sog. negative Komponente), und die Zuweisung, d. h. die Zuordnung des Rechts auf Gebrauch an mindestens einen Wohnungseigentümer (sog. positive Komponente), müssen uno actu verwirklicht werden, da es mit dinglicher Wirkung nicht möglich ist, dass sämtliche Wohnungseigentümer (also weder vor noch nach Eintritt der Bedingung) von der ihnen kraft Gesetzes zustehenden Befugnis zum Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums ausgeschlossen sind; vgl. hierzu bereits BayObLG, Beschluss vom 4.4.1985, BReg. 2 Z 50/80, DNotZ 1986, 87.
- 10 So das Formulierungsbeispiel bei Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, § 2 Rdnr. 2839.
- 11 So das Formulierungsbeispiel bei Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 9. Aufl. 2020, Rdnr. 1276 und ähnlich bei Kölner Formularbuch Grundstücksrecht/Stöhr, 2. Aufl. 2016, Kap. 2 Rdnr. 287.
- 12 So das Formulierungsbeispiel bei Würzburger Notarhandbuch/Weber, Teil 2 Kap. 4 Rdnr. 4.
- 13 OLG Hamm, Beschluss vom 16.6.2017, 15 W 474/16, MittBayNot 2018, 340; OLG München, Beschluss vom 22.12.2017, 34 Wx 139/17, MittBayNot 2019, 567; weitere Nachweise bei Rieger, DNotZ 2020, 431.
- 14 Siehe hierzu Ott, NZM 2017, 1,3.

b) Person des Zuweisungsberechtigten

Üblicherweise steht die Zuweisungsbefugnis dem aufteilenden Eigentümer als Leistungsbestimmungsrecht (§ 315 BGB) zu. Zumindest eine rechtsgeschäftliche Vertretung ist nach der Rechtsprechung zulässig.¹⁵ Möglich dürfte es jedoch auch sein, dass einem Dritten (etwa einem anderen Wohnungseigentümer oder einer nicht zur Wohnungseigentümergeinschaft gehörenden Person) eine originäre nicht vom teilenden Eigentümer abgeleitete Zuweisungsbefugnis zusteht.¹⁶ Freilich dürfte der die Aufteilung vornehmende Eigentümer hieran in der Praxis kein gesteigertes Interesse haben.

c) Zeitliche Dauer der Zuweisungsbefugnis

Nach überwiegender Ansicht ist eine Zuweisungsbefugnis des aufteilenden Eigentümers unabhängig davon, ob dieser noch Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft ist.¹⁷ Dies ergibt sich daraus, dass es bei der sog. Bedingungslösung in Abgrenzung zu der unter Nr. 1. lit. b) beschriebenen Variante gerade nicht um die Übertragung eines persönlichen Sondernutzungsrechtes geht. Folgt man der herrschenden Meinung so stellt sich dann zumindest die Frage, ob es eine zeitliche Höchstgrenze für die Dauer der Zuweisungsbefugnis nach dem Ausscheiden aus der Wohnungseigentümergeinschaft gibt. Hier muss die Rechtslage als ungesichert bezeichnet werden. In der Rechtsprechung¹⁸ und Literatur¹⁹ werden Begrenzungen der zeitlichen Dauer von Zuweisungsrechten nach den Verjährungsvorschriften oder unter dem Aspekt der Verwirkung diskutiert.

4. Ausblick

Zumindest hinsichtlich Stellplatzflächen wird die Bedeutung der Begründung von Sondernutzungsrechten durch den aufteilenden Eigentümer in Zukunft voraussichtlich an Bedeutung verlieren. So sieht der Referentenentwurf des BMJV „Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Elektromobilität und zur Modernisierung des Wohnungseigentumsgesetzes (Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz – WEModG)“²⁰ in § 3 Abs. 1 Satz 2 des Entwurfes vor, dass

- 15 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 18.8.1997, 20 W 71/96, MittBayNot 1998, 193; KG, Beschluss vom 14.10.2014, 1 W 358/14, NJW-RR 2015, 202.
- 16 DNotI-Report 1996, 37; Schmenger, BWNotZ 2003, 73, 90; Ertl, DNotz 1986, 485; Häublein, MittBayNot 2012, 382; LG München II, Beschluss vom 11.3.2004, 6 T 4956/03, MittBayNot 2004, 366; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 18.8.1997, 20 W 71/96, MittBayNot 1998, 193; a. A. Würzburger Notarhandbuch/Weber, Teil 2 Kap. 4 Rdnr. 176.
- 17 Vgl. Rdnr. 20 der besprochenen Entscheidung m. w. N.; siehe auch Würzburger Notarhandbuch/Weber, Teil 2 Kap. 4 Rdnr. 176 m. w. N., a. A. Beck'sches Notar-Handbuch/Rapp, 7. Aufl. 2019, Kap. 1 § 3 Rdnr. 62c.
- 18 LG Köln, Beschluss vom 10.7.2001, 11 T 136/01 und 11 T 137/01, RNotZ 2001, 393.
- 19 Kreuzer, MittBayNot 2013, 208.
- 20 Abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_WEG-Reform.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (Stand: 30.6.2020).

Stellplätze als Räume gelten und damit sondereigentumsfähig sind. Jeder einzelne Stellplatz könnte daher als eigenständiges Teileigentum im Grundbuch eingetragen werden und beliebig abverkauft werden. Hinsichtlich anderen Sondernutzungsflächen wird der beschriebene Gestaltungsbedarf wohl weiter fortbestehen.

9. Zur Bestandteilszuschreibung eines mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstücks zu dem auf ihm lastenden Erbbaurecht

OLG Hamm, Beschluss vom 30.1.2019, I-15 W 320/18, I-15 W 321/18, mitgeteilt von **Stefan Tegenthoff**, Richter am OLG Hamm

BGB §§ 890, 890 Abs. 1, §§ 925, 928

Erbbaurechtsgesetz § 11 Abs. 1

Erbbaurechtsverordnung § 11

LEITSATZ:

Die Bestandteilszuschreibung des mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstücks zu dem auf ihm lastenden Erbbaurecht ist unzulässig (Abweichung von OLG Jena, FG-Prax 2018, 58 f.; Anschluss an KG, DNotZ 2011, 283 ff.).

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Im Grundbuch von G2 Blatt (...) sind unter der laufenden Nr. 2 das Grundstück Gemarkung G2, Flur X, Flurstück X, und unter der laufenden Nr. 4 das Grundstück Gemarkung G2, Flur X, Flurstück X, verzeichnet. Für diese Grundstücke ist ein Erbbaurecht durch die Bewilligungen vom 1.12.1966 und vom 7.5.1968 begründet worden. Das Erbbaurecht ist eingetragen im Erbbaugrundbuch von G2 Blatt (...). Im Grundbuch von G2 Blatt (...) ist weiterhin unter der laufenden Nr. 3 das Grundstück Gemarkung G2, Flur X, Flurstück X, verzeichnet. Für dieses Grundstück ist ein Erbbaurecht durch die Bewilligungen vom 1.12.1966 und vom 7.5.1968 begründet worden. Das Erbbaurecht ist eingetragen im Erbbaugrundbuch von G2 Blatt (...). Im Grundbuch von G2 Blatt (...) sind unter der laufenden Nr. 3 das Grundstück Gemarkung G2, Flur X, Flurstück X, und unter der laufenden Nr. 4 das Grundstück Gemarkung G2 Flur X, Flurstück X, verzeichnet. Für diese Grundstücke ist ein Erbbaurecht durch die Bewilligungen vom 1.12.1966 und vom 7.5.1968 begründet worden. Das Erbbaurecht ist eingetragen im Erbbaugrundbuch von G2 Blatt (...). Die vorgenannten Erbbaurechte sind für die Rechtsvorgängerin der Beteiligten bestellt worden. Seit Februar 2017 ist die Beteiligte auch die Eigentümerin der Erbbaurechtsgrundstücke.

2 Mit Schriftsätzen jeweils vom 26.4.2018 hat die Beteiligte beantragt, die oben bezeichneten Erbbaurechtsgrundstücke jeweils dem auf ihnen lastenden Erbbaurecht als Bestandteil zuzuschreiben. Danach sollen die im Grundbuch von G2 Blatt (...) unter den laufenden Nr. 2 und 4 verzeichneten Grundstücke Bestandteil des im Erbbaugrundbuch von G2 Blatt (...) verzeichneten Erbbaurechts werden, das im Grundbuch von G2 Blatt (...) unter der laufenden Nr. 3 verzeichnete Grund-

stück soll Bestandteil des im Erbbaugrundbuch von G2 Blatt (...) verzeichneten Grundstücks werden und die im Grundbuch von G2 Blatt (...) unter den laufenden Nummern 3 und 4 verzeichneten Grundstücke sollen Bestandteil des im Erbbaugrundbuch von G2 Blatt (...) werden.

3 Den vom Grundbuchamt geäußerten Bedenken an der rechtlichen Zulässigkeit, das Erbbaurechtsgrundstück zum Bestandteil des auf ihm lastenden Erbbaurechts zu machen, ist die Beteiligte unter Hinweis auf die Rechtsprechung des OLG Thüringen (Beschluss vom 6.11.2017, 3 W 344/17, MDR 2018, 22) entgegen getreten. Die Beteiligte möchte nach ihren Angaben durch die Bestandteilszuschreibungen der Erbbaurechtsgrundstücke zum Erbbaurecht erreichen, dass sich die auf den Erbbaurechten lastende Gesamtgrundschuld nach § 1131 BGB auf die Erbbaurechtsgrundstücke erstreckt. Im Anschluss daran sollen die Erbbaurechte aufgehoben und gelöscht werden; die Grundpfandrechte würden dann als Belastung des Grundstücks fortbestehen. Würde man die von ihr beabsichtigten Bestandteilszuschreibungen nicht zulassen, müsste die auf den Erbbaurechten lastende Gesamtgrundschuld für die Grundstücke neu begründet/nachverpfändet werden. Die dafür entstehenden Kosten möchte die Beteiligte sparen.

4 Mit Beschlüssen vom 5.9.2018 und 20.09.2018 hat das Grundbuchamt die Anträge zurückgewiesen.

5 Gegen diese Beschlüsse richten sich die Beschwerden der Beteiligten vom 25.9.2018, denen das Grundbuchamt nicht abgeholfen und die es dem Senat zur Entscheidung vorgelegt hat.

6 II. Die zulässigen Beschwerden der Beteiligten sind in der Sache nicht begründet.

7 Das Grundbuchamt hat die Anträge der Beteiligten, das jeweilige Erbbaurechtsgrundstück durch Zuschreibung zum Bestandteil des auf ihm lastenden Erbbaurechts zu machen, im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen. Dass ein Erbbaurechtsgrundstück im Wege der Zuschreibung nach § 890 Abs. 2 BGB zu einem Bestandteil des auf ihm lastenden Erbbaurechts wird, ist aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen.

8 Die Zulässigkeit der Zuschreibung des Erbbaurechtsgrundstücks zu dem auf ihm lastenden Erbbaurecht nach § 11 Abs. 1 Erbbaurechtsgesetz i. V. m. § 890 Abs. 2 BGB ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Während eine Rechtsmeinung diese Zuschreibung für unbedenklich und aus Gründen der Praktikabilität und Kostenersparnis für geboten hält (OLG Thüringen, a. a. O.; Staudinger/Rapp, Neub. 2017, § 11 Erbbaurechtsgesetz Rdnr. 14; Bauer/Schaub/Waldner, GBO, 4. Aufl., §§ 5,6 Rdnr. 15; RGRK-BGB/Räfele, 12. Aufl., § 11 Erbbaurechtsverordnung Rdnr. 21; Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer, Erbbaurechtsgesetz, 11. Aufl., § 11 Rdnr. 27; BeckOK-BGB/Maaß, § 11 Erbbaurechtsgesetz Rdnr. 17), lehnt eine andere Rechtsmeinung diese Form der Zuschreibung aus dogmatischen Gründen ab (KG, DNotZ 2011, 283; Staudinger/Gursky, Neub. 2013, § 890 Rdnr. 19; MünchKomm-BGB/Heinemann, 7. Aufl., § 11 Erbbaurechtsgesetz Rdnr. 33; MünchKomm-BGB/Kohler, § 890 Rdnr. 6; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 1845; Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl., § 6 Rdnr. 8; Demharter, GBO, § 6 Rdnr. 6; Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, 6. Aufl., Rdnr. 179).

9 Der Senat schließt sich aus den nachfolgend ausgeführten Gründen der letztgenannten Rechtsmeinung an.

10 Entgegen der von der Beteiligten vertretenen Rechtsmeinung ergibt sich die rechtliche Zulässigkeit der hier in Frage stehenden Zuschreibung nicht bereits aus dem Gesetzeswortlaut. Zwar verweist der § 11 Abs. 1 ErbbauRG auch auf die Vorschrift des § 890 BGB. § 890 Abs. 2 BGB regelt aber nur, dass ein Grundstück zum Bestandteil eines anderen Grundstücks gemacht werden kann. In direkter Anwendung des § 890 Abs. 2 BGB auf das Erbbaurecht lässt sich daraus nur ableiten, dass ein Erbbaurecht zum Bestandteil eines anderen Erbbaurechts gemacht werden kann. Der Wortlaut des § 890 Abs. 2 BGB spricht daher zunächst einmal dafür, dass die Rechte, die im Wege der Zuschreibung zum Bestandteil eines anderen Rechts werden sollen, gleichartig sein müssen. Die Auslegung des § 890 Abs. 2 BGB dahin gehend, dass das Grundstück oder ein ihm gleichgestelltes dingliches Recht zum Bestandteil eines anderen dinglichen Rechts gemacht werden kann, geht daher über den Wortlaut hinaus. Es bedarf daher einer besonderen Begründung/Rechtfertigung für diese erweiternde Auslegung.

11 Aus den Motiven zum BGB lässt sich nicht ableiten, dass der Gesetzgeber die Vereinigung/Zuschreibung von nicht gleichartigen dinglichen Rechten vorausgesetzt hat. Erst recht finden sich in den Motiven zum BGB keine Anhaltspunkte dafür, dass ein Grundstück durch Zuschreibung zum Bestandteil eines auf ihm lastenden dinglichen Rechts werden könnte.

12 Entgegen der zum Teil vertretenen Auffassung (OLG Thüringen, a. a. O.; Bauer/Schaub/Waldner, GBO, §§ 5, 6 Rdnr. 15) kann auch aus der Existenz des § 143 Abs. 3 GBO nicht gefolgert werden, dass der Gesetzgeber von der uneingeschränkten Zulässigkeit der Vereinigung/Zuschreibung von nicht gleichartigen Rechten ausgeht. Nach dieser Vorschrift sollen Vereinigungen und Zuschreibungen zwischen Grundstücken und Rechten, für die nach Landesrecht die Vorschriften über Grundstücke gelten, nicht vorgenommen werden. Die Vorschrift ist mithin auf dingliche Rechte zugeschnitten, für die nach Landesrecht die Vorschriften über Grundstücke gelten sollen. Eine Aussage zur Zulässigkeit der Vereinigung und Zuschreibung von nach den Rechtsvorschriften des BGB und anderer bundesgesetzlich begründeter dinglicher Rechte wird damit gerade nicht getroffen. Diese kann nach § 890 BGB auch über dessen Wortlaut hinausgehend im Verhältnis nicht gleichartiger dinglicher Rechte und im Verhältnis Grundstück und dinglichem Recht zulässig sein, falls sich für die Art der angestrebten Vereinigung/Zuschreibung eine besondere Rechtfertigung anführen lässt.

13 Für den hier zu beurteilenden Fall, dass das Erbbaurecht zum Bestandteil des auf ihm lastenden Erbbaurechts gemacht werden soll, finden sich keine diese erweiternde Auslegung rechtfertigenden Gründe. Entgegen der Auffassung des OLG Thüringen kann das Motiv der Kostenersparnis für den betroffenen Antragsteller eine erweiternde Auslegung einer Gesetzesnorm nicht rechtfertigen. Nach einhelliger Auffassung schafft § 890 BGB die Voraussetzungen dafür, die rechtliche Zersplitterung einer wirtschaftlichen Einheit in mehrere Einheiten zu beseitigen (Staudinger/Gursky, § 890 Rdnr. 1; MünchKomm-BGB/Heinemann, § 11 ErbbauRG

Rdnr. 33). Wenn aber die Intention des § 890 BGB die Schaffung von wirtschaftlichen Einheiten durch die Vereinigung (Abs. 1) oder Zuschreibung (Abs. 2) ist, dann zielt diese Vorschrift darauf ab, dass die dadurch geschaffene Einheit von Dauer oder zumindest auf eine gewisse Dauer angelegt ist. Damit lässt es sich nicht vereinbaren, dass das Grundstück – wie im vorliegenden Fall beabsichtigt – nur kurzfristig dem Erbbaurecht zugeschrieben wird, umso mit einem juristischen „Trick“ eine möglichst kostengünstige Variante für die Erstreckung der Belastungen (§ 1131 BGB) bei nachfolgend geplanter Aufhebung des Erbbaurechts zu finden.

14 Letztlich sprechen auch dogmatische Gründe aus Sicht des Senats zwingend gegen die Zuschreibung des Erbbaurechtsgrundstücks zu dem auf ihm lastenden Erbbaurecht.

15 Wie oben dargelegt, dient § 890 BGB der Schaffung einer Rechtseinheit. Diese auf Dauer angelegte Rechtseinheit kann im Falle eines Erbbaurechtsgrundstücks und eines auf ihm lastenden Erbbaurechts aber nicht erreicht werden und soll es in den meisten Fällen in der Praxis auch gar nicht.

16 Eine auf Dauer angelegte Rechtseinheit kann nicht geschaffen werden, da sich die für die Übertragung anzuwendenden Vorschriften unterscheiden: § 925 BGB ist nicht auf das Erbbaurecht anwendbar. Das Eigentum kann nach § 928 BGB aufgegeben werden, während diese Vorschrift auf das Erbbaurecht nicht anwendbar ist. Das Erbbaurecht ist in der Praxis – so auch hier – in der Regel zeitlich begrenzt (MünchKomm-BGB/Heinemann, § 11 ErbbauRG Rdnr. 33; Winkler/Schlögel, a. a. O.), sodass kaum handhabbare Probleme auftreten, wenn das Erbbaurecht, dem das Erbbaurechtsgrundstück als Bestandteil zugeschrieben worden wäre, durch Zeitablauf endet.

17 Gegen die Zuschreibung des Erbbaurechtsgrundstücks zu dem auf ihm lastenden Erbbaurecht spricht auch die Zweckwidrigkeit der Konstruktion (Staudinger/Gursky, a. a. O.). Das Erbbaurecht braucht begrifflich ein Grundstück, auf dem es lastet und in dessen Grundbuchabteilung II es eingetragen ist. Das Rechtsverhältnis, das in der Belastung besteht, steht auch hier der Behandlung als eine Sache entgegen. Soll das Erbbaurecht bestehen bleiben, muss es bei einer Veräußerung gemäß § 925 BGB doch als Grundstück behandelt werden. Soll es aufgehoben werden, so kann es nicht mehr – wie in § 890 Abs. 1 BGB, § 1 Abs. 2 ErbbauRG vorausgesetzt – wirtschaftlicher Hauptbestandteil einer einheitlichen Sache sein (KG, a. a. O.).

18 Letztlich würde durch die Zuschreibung des Erbbaurechtsgrundstücks zu dem auf ihm lastenden Erbbaurecht auch ein subjektiv-dingliches Erbbaurecht entstehen und der numerus clausus der Realrechte de facto gesprengt (Staudinger/Gursky, a. a. O.; Winkler/Schlögel, a. a. O.). Inhaber des Erbbaurechts wäre bei dieser Konstruktion zwingend der jeweilige Eigentümer des Erbbaurechtsgrundstücks. Als subjektiv-dingliches Recht kann ein Erbbaurecht nach einhelliger Meinung aber nicht begründet werden (statt vieler vgl. nur MünchKomm-BGB/Heinemann, § 1 ErbbauRG Rdnr. 60). Das Argument der Gegenmeinung, die Konstruktion sei ja gerade nicht auf Dauer angelegt, vermag nicht zu überzeugen. Zum

einen ist auch die nur vorübergehende Schaffung eines im numerus clausus der Realrechte nicht vorgesehenen Rechts ein Verstoß gegen diesen. Zum anderen würde mit der entsprechenden Eintragung dieses subjektiv-dingliche Recht geschaffen, ohne dass das Grundbuchamt auf dessen zeitnahe Aufhebung hinwirken könnte. Es könnte daher gerade zur Perpetuierung des nicht vorgesehenen subjektiv-dinglichen Erbbaurechts kommen.

19 Eine Festsetzung des Geschäftswerts für das Beschwerdeverfahren ist entbehrlich, da nach dem Kostenverzeichnis zum GNotKG lediglich eine Festgebühr für die Zurückweisung der Beschwerden anzusetzen ist (KV Nr. 14160 Ziffer 3, KV Nr. 14400, Abschnitt 5 Vorbemerkung 1.4.5, KV Nr. 19116).

20 Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

21 Allerdings bestehen nicht die von der Beteiligten angeführten Abweichungen der Entscheidung zu den Entscheidungen des Senats vom 7.9.1973 (15 W 195/72, NJW 1974, 280) und des BayObLG vom 2.11.1995 (2 Z BR 58/95, BayObLGZ 1995, 379). In beiden Entscheidungen ging es um die Vereinigung bzw. Zuschreibung gleichartiger Rechte – in der Entscheidung des BayObLG um die Vereinigung zweier Erbbaurechte und in der Entscheidung des Senats um die Zuschreibung eines Grundstücks zu einem anderen, mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstück.

22 Jedoch weicht der Senat mit seiner Entscheidung von der oben angeführten Entscheidung des OLG Thüringen ab, das die Zuschreibung des Erbbaurechtsgrundstücks als Bestandteil zu dem auf ihm lastenden Erbbaurecht gerade für zulässig erachtet hat. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde ist daher zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung geboten (§ 78 Abs. 2 Nr. 2 GBO).

ANMERKUNG:

Von Notar a. D. Dr. **Wolfram Waldner**, Lauf an der Pegnitz

Die vorstehende Entscheidung ist ein gutes Beispiel für Rechtsanwendung, wie sie nicht sein soll: Vermeintliche Dogmatik nicht als Begründung eines stimmigen, konsensfähigen Ergebnisses, sondern als Selbstzweck und das – bei näherem Hinsehen – nicht einmal überzeugend. Denn selbst ohne jede Berücksichtigung der Praktikabilität: keines der Argumente des OLG Hamm erweist sich als dogmatisch stichhaltig.

1. Ziel des Antragstellers

Es geht um einen nicht häufigen, aber auch nicht ganz seltenen Fall der notariellen Praxis: Ein Erbbauberechtigter hat das Erbbaugrundstück erworben und möchte das Eigentum am Grundstück und am Gebäude wieder rechtlich zusammenführen. Dafür bietet sich zunächst die Löschung des Erbbaurechts an. Die am Erbbaurecht für den Grundstückseigentümer eingetragenen Rechte kann dieser auf eigene Bewilligung löschen lassen, für fremde Rechte braucht er die Bewilligung des Berechtigten. Insbesondere bei einer noch valuierten Grundschuld auf dem Erbbaurecht ist diese nur zu erreichen, wenn diese (durch Neube-

gründung oder Pfanderstreckung) auch auf dem Grundstück eingetragen wird. Die Kautelarpraxis¹ empfiehlt – zur Erleichterung der Abwicklung ebenso wie zur Kostenersparnis – den Weg, den auch die Beteiligten im Ausgangsfall des OLG Hamm gegangen sind: Bestandteilszuschreibung (§ 890 Abs. 2 BGB) des Erbbaugrundstücks zum Erbbaurecht und sodann Aufhebung des Erbbaurechts. Die Bestandteilszuschreibung bedarf – wie auch sonst – keiner Zustimmung Drittberechtigter, die Aufhebung des Erbbaurechts nicht der Zustimmung des Grundschuldgläubigers, weil sein Recht auch am Grundstück lastet (§ 1131 BGB). Erforderlich ist zur Aufhebung allenfalls die Zustimmung Berechtigter in Abteilung II des Erbbaugrundbuchs, falls ein solches Recht nicht auch am Grundstück lastet, weil hier § 1131 BGB nicht gilt. Voraussetzung ist, dass das Grundstück nicht mit einer (anderen) Grundschuld belastet ist (§ 6 Abs. 2, § 5 Abs. 1 Satz 1 GBO), was aber praktisch kaum vorkommt. Damit ist eine praktikable und kostensparende Lösung für den Grundstückseigentümer eröffnet.

2. Argumente des OLG Hamm

Die besprochene Entscheidung nennt insbesondere drei Gründe, warum dieser Weg nicht gangbar sein soll:

- Die Intention des § 890 BGB sei die Verbindung wirtschaftlich zusammengehöriger Immobilien für eine gewisse Dauer.
- Die Verbindung scheitere daran, dass § 925 BGB auf das Erbbaurecht nicht anwendbar ist.
- Durch die Zulassung der Verbindung werde ein „subjektiv-dingliches Erbbaurecht“ geschaffen.

Keines dieser Argumente ist tragfähig.

a) Verbindung ungleichartiger Grundstücksrechte

§ 890 BGB bezweckt, wie auch das OLG Hamm anerkennt, die Beseitigung der rechtlichen Zersplitterung einer wirtschaftlichen Einheit, indem eine einheitliche Immobilie geschaffen wird. So ist es auch beim klassischen Fall des § 890 Abs. 2 BGB, wenn beispielsweise einem als solchem nicht bebaubaren Grundstück ein anderes mit der Folge als Bestandteil zugeschrieben wird, dass nun dort gebaut werden kann. Dass es dabei nicht nur um die Verbindung gleichartiger Grundstücksrechte geht, ergibt sich entgegen der Meinung des OLG Hamm durchaus im Umkehrschluss aus § 143 Abs. 3 GBO: Wenn dort eine Verbindung von Grundstücken mit grundstücksgleichen Rechten des Landesrechts ausgeschlossen wird, bedeutet das, dass andere grundstücksgleiche Rechte sehr wohl untereinander und mit Grundstücken verbunden werden können, soweit nicht andere Gründe eine solche Verbindung ausschließen. Ein derartiger Grund ist beispielsweise der Rechtsinhalt, der verbietet, dass ein Erbbaurecht dem Grundstück als Bestandteil zugeschrieben werden kann, an dem es lastet – also gewissermaßen der umgekehrte Fall zur hier besprochenen Gestaltung. Wäre das Erbbaurecht Bestandteil

¹ Anfängen von *Kehrer*, BWNNotZ 1954, 86, bis zum DNotl-Gutachten, DNotl-Report 2006, 111.

„seines“ Grundstücks, wäre es kein grundstücksgleiches Recht mehr; deshalb scheidet nach einhelliger Auffassung diese Verbindung aus.²

Dass eine solche Verbindung auf Dauer angelegt sein müsse, ist aber eine durch keinerlei sachliche Gründe belegte Behauptung. Selbstverständlich können aus baurechtlichen Gründen verbundene, aber nicht verschmolzene Grundstücke wieder geteilt werden (§ 7 GBO), wenn die baurechtlichen Gründe weggefallen sind, ebenso zwei miteinander verbundene Wohnungseigentumsrechte,³ wenn die Wohnungen wieder getrennt genutzt oder veräußert werden sollen. Abgesehen davon stimmt es nicht, dass die Verbindung nicht auf Dauer bestehen bleiben könne. Das OLG Hamm hat die beabsichtigte Löschung des Erbbaurechts im nächsten Schritt aus dem eigenen Vortrag der Antragsteller entnommen; sie ist sicher auch die Regel. Es würde aber nichts entgegenstehen, etwa bei einem Erbbaurecht mit überschaubarer Restlaufzeit nach der Bestandteilszuschreibung nichts mehr zu unternehmen und abzuwarten, bis das Erbbaurecht durch Zeitablauf ohnehin erlischt.⁴ Welche „praktisch kaum handhabbare[n] Probleme“ dadurch entstehen sollen, bleibt unklar.

b) Unterschiedliche Vorschriften für die Übertragung von Grundstück und Erbbaurecht

Dass die §§ 925, 928 BGB für das Erbbaurecht nicht gelten, ist richtig. Aber was ergibt sich daraus? Die Geltung des § 928 BGB ist für das Erbbaurecht deshalb entbehrlich, weil es bereits nach der allgemeinen Vorschrift des § 875 BGB aufgegeben werden kann. Und dass § 925 BGB nicht anwendbar ist, erspart eine Beurkundung für das Verfügungsgeschäft; da aber § 311b Abs. 1 BGB bekanntlich auch für das Erbbaurecht gilt (§ 11 Abs. 2 Erbbaurechtsgesetz), bleibt der Unterschied überschaubar. Sollte es einmal isoliert auf das dingliche Geschäft ankommen, wird nicht das Erbbaurecht „doch als Grundstück behandelt“, wie das OLG Hamm meint, sondern führt die teleologische Reduktion des § 11 Abs. 1 Satz 1 Erbbaurechtsgesetz zwanglos dazu, in diesem Fall die Form des § 925 Abs. 1 BGB zu beachten; das Bedingungsverbot des § 925 Abs. 2 BGB gilt ohnehin für jedes Erbbaurecht (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Erbbaurechtsgesetz).

c) Entstehung eines subjektiv-dinglichen Erbbaurechts

Am wenigsten überzeugen die Ausführungen zum Schreckgespenst eines subjektiv-dinglichen Erbbaurechts. Zum einen: Dass ein subjektiv-dingliches Erbbaurecht nicht durch Rechtsgeschäft begründet werden kann, heißt nicht, dass es nicht durch ein anderes Rechtsgeschäft kraft Ge-

setzes entstehen kann. Auch eine Eigentümerhypothek lässt sich durch Rechtsgeschäft nicht begründen, entsteht aber automatisch, wenn der Eigentümer die Hypothek und die Forderung gegen den mit ihm personenverschiedenen Schuldner erwirbt (§ 1177 Abs. 2 BGB). Das postulierte Verbot eines subjektiv-dinglichen Erbbaurechts ist also ein Zirkelschluss: Wenn § 890 BGB, § 11 Erbbaurechtsgesetz die Entstehung eines solchen ermöglichen, widerspricht es zwangsläufig nicht dem *numerus clausus* der Sachenrechte. Zum anderen: Es wird doch nicht das Erbbaurecht dem Eigentum, sondern das Eigentum dem Erbbaurecht zugeschrieben; deshalb könnte allenfalls das Eigentum ein subjektiv-dingliches Recht sein – nämlich das des Berechtigten der Immobilie, dem es zugeschrieben wird. Nichts anderes ist in § 890 Abs. 2 BGB bestimmt.

Die Überlegungen des OLG Hamm sind aber nicht nur dogmatisch, sondern auch inhaltlich unzutreffend: Subjektiv-dingliche Rechte sind bekanntlich solche, die nicht von dem Eigentum an einem Grundstück getrennt werden können (vgl. beispielsweise § 1110 BGB für die Reallast). Bei dem mit seinem Grundstück verbundenen Erbbaurecht ist dies durchaus nicht der Fall. Die verbundenen Immobilien können jederzeit wieder getrennt und das Erbbaurecht auf einen anderen Berechtigten übertragen werden, wenn der Eigentümer seine Pläne ändert.

3. Unterbliebene Einlegung der Rechtsbeschwerde

Wegen der Abweichung von einem sorgfältig begründeten Beschluss des OLG Jena,⁵ der die vom OLG Hamm abgelehnte Bestandteilszuschreibung bei gleicher Sachlage ausdrücklich zulässt, wurde korrekterweise die Rechtsbeschwerde zugelassen, aber nicht eingelegt. Aus der Sicht des Beschwerdeführers ist das verständlich: Das Beschwerdeverfahren konnte er selbst, also in der Regel durch den Notar betreiben, der für ihn auch den Grundbuchantrag gestellt hat. Wollte er nun Rechtsbeschwerde einlegen, müsste er einen beim BGH zugelassenen Rechtsanwalt (im Folgenden: „BGH-Anwalt“) beauftragen (§ 10 Abs. 4 FamFG).⁶ Vorausgesetzt, er findet einen,⁷ muss er dessen Kosten auch dann selber tragen, wenn die Rechtsbeschwerde Erfolg hat: Zwar ist das Rechtsbeschwerdeverfahren in diesem Fall mangels Kostenschuldner kostenfrei (§ 25 Abs. 1 GNotKG); es gibt aber keine Vorschrift, die es erlauben würde, der Staatskasse die zwangsläufig entstehenden Kos-

2 Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer, Erbbaurechtsgesetz, 11. Aufl. 2018, § 11 Rdnr. 28; Bauer/Schaub/Waldner, GBO, 4. Aufl. 2018, §§ 5, 6 Rdnr. 15.

3 Fall BGH, Beschluss vom 26.9.2013, V ZB 152/12, NJW 2014, 1002 = NotBZ 2014, 97.

4 Entgegen Giesen, ZfIR 2018, 445, 446, bleibt das Grundstück auch nach dem Erlöschen des Erbbaurechts mit einer Grundschuld belastet, der es gemäß § 1131 BGB gesetzlich nachverpfändet wurde.

5 OLG Jena, Beschluss vom 6.11.2017, 3 W 344/17, DNotZ 2018, 455.

6 Ohne BGH-Anwalt können nur von Amts wegen zu treffende Entscheidungen angeregt werden, was aber durchaus vorkommt, vgl. etwa den von einem Notar für seine Urkundsbeteiligten erstrittenen BGH-Beschluss vom 13.3.2014, V ZB 152/12, n. v. (die gleiche Sache wie oben Fn. 3).

7 Falls nicht, muss er sich nach §§ 78b, 78c ZPO, auf die § 10 Abs. 4 FamFG verweist, beim BGH einen Notanwalt erbetteln, was – wie 418 BGH-Entscheidungen zum Notanwalt bei juris zeigen – kein ganz theoretischer Fall ist, denn das formelle Grundbuchrecht ist nicht gerade das Steckenpferd der BGH-Anwälte; vor allem sind sie andere Gegenstandswerte gewöhnt als die in FamFG-Sachen üblichen.

ten des BGH-Anwalts aufzuerlegen, denn die Beschwerde ist gegnerlos⁸ und § 81 Abs. 1 FamFG damit unanwendbar. Bei wirtschaftlicher Betrachtung muss der Beschwerdeführer also die Kosten des BGH-Anwalts mit den Kosten vergleichen, die ihm dadurch entstehen, dass er der unrichtigen Rechtsauffassung des Grundbuchamts nachgibt – und dieser Vergleich führt oft dazu, von der Einlegung der Rechtsbeschwerde auch bei guten Erfolgsaussichten Abstand zu nehmen.

Bis zum 30.9.2009 war bekanntlich alles anders: Über die Beschwerde entschied das LG, für die weitere Beschwerde zum OLG bedienten sich die Beteiligten regelmäßig des Notars, der für sie beim Grundbuchamt den Antrag gestellt hatte (§ 29 Abs. 1 Satz 3 FGG), und eine einheitliche Rechtsprechung war durch die Divergenzvorlage nach § 28 Abs. 2 FGG zum BGH garantiert, vor dem die Beteiligten (selbstverständlich ohne BGH-Anwalt) Anspruch auf rechtliches Gehör hatten, und davon sicher nicht weniger sachgerecht Gebrauch machten als nach neuem Recht. Denn ohne den BGH-Anwälten zu nahe treten zu wollen: Dass sie zur Klärung grundsätzlicher Fragen in der Spezialmaterie des formellen Grundbuchrechts mehr beitragen könnten als der die Beteiligten vertretende Notar, würden sie vermutlich selbst verneinen. Für effektiven Rechtsschutz, aber auch für die Fortbildung des Rechts ist es jedenfalls alles andere als wünschenswert, wenn allein die Kostenlast verhindert, durch den BGH grundsätzlich bedeutsame Fragen der freiwilligen Gerichtsbarkeit klären zu lassen und zwar solche, die – wie die Zulassung der Rechtsbeschwerde zeigt – sogar das Gericht für klärungsbedürftig hält, das die Entscheidung erlassen hat.

4. Ergebnis

Den fehlenden effektiven Rechtsschutz im Rechtsbeschwerdeverfahren kann nur der Gesetzgeber schaffen. Solange er dies nicht tut, bleibt die Praxis in den einzelnen OLG-Bezirken unterschiedlich. Es besteht deshalb kein Anlass, bei Beurkundungen in Bayern der Entscheidung des OLG Hamm zu folgen, denn weder das BayObLG⁹ noch ein bayerisches OLG hat bisher – soweit ich sehe – in einer auch nur annähernd vergleichbaren Sache zur Bestandteilszuschreibung entschieden.

⁸ Der eigentliche Gegner, das Grundbuchamt, ist rechtlich kein solcher (OLG Köln, Beschluss vom 5.8.2019, 2 Wx 220/19, 2 Wx 227-229/19, MittBayNot 2020, 40 Rdnr. 6), ja nicht einmal Beteiligter des Beschwerdeverfahrens.

⁹ Die besprochene Entscheidung meint, es handle sich dabei um das „Bayerische OLG“ (Rdnr. 24).

BÜRGERLICHES RECHT – FAMILIENRECHT

10. Bestellung eines Kontrollbetreuers zwecks Widerrufs einer Vorsorgevollmacht

BGH, Beschluss vom 8.1.2020, XII ZB 368/19 (Vorinstanz: LG Aachen, Beschluss vom 2.7.2019, 3 T 265/18)

BGB § 1896 Abs. 3

LEITSÄTZE:

- Zu den Voraussetzungen einer Kontrollbetreuung und der Übertragung des Aufgabenkreises des Widerrufs einer Vorsorgevollmacht.**
- Die Einrichtung einer Kontrollbetreuung ist erforderlich, wenn Anzeichen dafür sprechen, dass der Bevollmächtigte mit dem Umfang und der Schwierigkeit der vorzunehmenden Geschäfte überfordert ist, oder wenn gegen die Redlichkeit oder die Tauglichkeit des Bevollmächtigten Bedenken bestehen. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- Die Ermächtigung eines Kontrollbetreuers zum Widerruf einer Vorsorgevollmacht stellt die ultima ratio dar und ist nur verhältnismäßig, wenn sonstige Maßnahmen zur Beseitigung von Mängeln bei der Ausübung der Vollmacht fehlschlagen oder als ungeeignet erscheinen, drohende Schäden abzuwenden. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Gegenstand des Verfahrens ist die Bestellung eines Kontrollbetreuers.

2 Die Betroffene, die an einer mittelschweren Demenz mit erheblichen mnesticen Einbußen leidet, erteilte ihrer Tochter, der Beteiligten zu 3 (nachfolgend: Bevollmächtigte), am 13.11.2013 eine umfassende Vorsorgevollmacht, die auch die Berechtigung des Bevollmächtigten umfasst, Schenkungen in dem Rahmen vorzunehmen, die auch einem Betreuer gestattet sind.

3 Auf Antrag der Beteiligten zu 4, einer weiteren Tochter der Betroffenen, hat das AG ein Verfahren zur Prüfung der Erforderlichkeit einer Kontrollbetreuung eingeleitet. Mit Beschluss vom 13.6.2018 hat das AG die Bestellung eines Kontrollbetreuers mit dem Aufgabenbereich „Vermögensangelegenheiten“ abgelehnt. Hiergegen hat die Beteiligte zu 4 Beschwerde eingelegt. Das LG hat nach Einholung eines Sachverständigengutachtens und Anhörung der Betroffenen und der weiteren Beteiligten die amtsgerichtliche Entscheidung aufgehoben und die Beteiligte zu 1 zur Kontrollbetreuerin mit dem Aufgabenkreis Überwachung der Bevollmächtigten, Geltendmachung von Rechten der Betreuten gegenüber ihrer Bevollmächtigten und ggf. Widerruf der erteilten Vollmacht, jeweils bezogen auf den Aufgabenkreis der Vermögenssorge, bestellt.

4 Gegen diese Entscheidung richtet sich die Rechtsbeschwerde der Betroffenen, mit der sie die Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Entscheidung begehrt.

5 II. Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das LG.

6 1. Das LG hat die Voraussetzungen für die Bestellung eines Kontrollbetreuers bejaht und dies wie folgt begründet:

7 Die Betroffene sei krankheitsbedingt nicht in der Lage, die Ausübung der Vollmacht durch die Bevollmächtigte sachgerecht zu überwachen. Dass sie die Bestellung eines Kontrollbetreuers ablehne, stehe der Anordnung der Kontrollbetreuung nicht entgegen, weil die Ablehnung nach den Feststellungen des Sachverständigen nicht auf einem freien Willen der Betroffenen beruhe. Der erforderliche Überwachungsbedarf ergebe sich daraus, dass die Bevollmächtigte Zuwendungen an sich und ihre Familie aus dem Vermögen der Betroffenen getätigt habe. So sei es zur Zahlung eines Reisegelds i. H. v. 3.000 € und zu einer einmaligen Sonderzahlung i. H. v. 1.500 € gekommen. Der Kontrolle bedürfe zudem die Gewährung eines vergleichsweise hohen Taschengelds an die Betroffene i. H. v. 500 € monatlich, weil der Verdacht, dass Teile hiervon in Form von Essenseinladungen und ähnlichem wieder der Bevollmächtigten oder ihrer Familie zugeflossen seien, nicht ausgeräumt worden sei. Zudem habe sich das Barvermögen der Betroffenen in der Zeit vom 2.1.2017 bis zum 19.9.2018 von ca. 92.620 € auf ca. 45.533 € verringert. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass der Bevollmächtigten in der erteilten Vorsorgevollmacht keine Befreiung vom Verbot des Insichgeschäfts (§ 181 BGB) erteilt worden sei und deshalb die Bevollmächtigte bei Vertragsschlüssen mit sich selbst die Betroffene nicht wirksam vertreten könne. Da die Betroffene keinen Betreuerwunsch geäußert habe und geeignete Verwandte oder sonstige vertraute Personen als Betreuer nicht in Betracht kämen, sei die Beteiligte zu 1 als Berufsbetreuerin zu bestellen.

8 2. Dies hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

9 a) Nach § 1896 Abs. 3 BGB kann ein Betreuer auch zur Geltendmachung von Rechten des Betreuten gegenüber seinem Bevollmächtigten bestellt werden. Mit dieser sog. Kontrollbetreuung kann im Falle einer wirksam erteilten Vorsorgevollmacht für eine Kontrolle des Bevollmächtigten gesorgt werden, wenn der Vollmachtgeber aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung nicht mehr in der Lage ist, den Bevollmächtigten zu überwachen und ggf. die Vollmacht zu widerrufen (Senatsbeschlüsse vom 9.5.2018, XII ZB 413/17, FamRZ 2018, 1188 Rdnr. 23 und vom 23.9.2015, XII ZB 624/14, FamRZ 2015, 2163 Rdnr. 14 m. w. N.).

10 Eine Kontrollbetreuung darf jedoch wie jede andere Betreuung (vgl. § 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB) nur dann eingerichtet werden, wenn sie erforderlich ist. Da der Vollmachtgeber die Vorsorgevollmacht gerade für den Fall bestellt hat, dass er seine Angelegenheiten nicht mehr selbst regeln kann, um eine gerichtlich angeordnete Betreuung zu vermeiden, kann das Bedürfnis nach einer Kontrollbetreuung nicht allein damit begründet werden, dass der Vollmachtgeber aufgrund seiner

Erkrankung nicht mehr selbst in der Lage ist, den Bevollmächtigten zu überwachen. Denn der Wille des Vollmachtgebers ist auch bei der Frage der Errichtung einer Kontrollbetreuung zu beachten (vgl. § 1896 Abs. 1a BGB). Daher müssen weitere Umstände hinzutreten, die die Errichtung einer Kontrollbetreuung erforderlich machen. Notwendig ist der konkrete, d. h. durch hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte untermauerte Verdacht, dass mit der Vollmacht dem Betreuungsbedarf nicht Genüge getan wird (Senatsbeschlüsse vom 9.5.2018, XII ZB 413/17, FamRZ 2018, 1188 Rdnr. 24 m. w. N. und vom 23.9.2015, XII ZB 624/14, FamRZ 2015, 2163 Rdnr. 15 m. w. N.).

11 Dies kann der Fall sein, wenn nach den üblichen Maßstäben aus der Sicht eines vernünftigen Vollmachtgebers unter Berücksichtigung des in den Bevollmächtigten gesetzten Vertrauens eine ständige Kontrolle schon deshalb geboten ist, weil Anzeichen dafür sprechen, dass der Bevollmächtigte mit dem Umfang und der Schwierigkeit der vorzunehmenden Geschäfte überfordert ist, oder wenn gegen die Redlichkeit oder die Tauglichkeit des Bevollmächtigten Bedenken bestehen. Ein Missbrauch der Vollmacht oder ein entsprechender Verdacht ist nicht erforderlich. Ausreichend sind konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der Bevollmächtigte nicht mehr entsprechend der Vereinbarung und dem Interesse des Vollmachtgebers handelt (vgl. Senatsbeschluss vom 9.5.2018, XII ZB 413/17, FamRZ 2018, 1188 Rdnr. 25 m. w. N.).

12 b) Soll dem Kontrollbetreuer auch der Aufgabenkreis Vollmachtwiderruf übertragen werden, setzt dies zusätzlich tragfähige Feststellungen voraus, dass das Festhalten an der erteilten Vorsorgevollmacht eine künftige Verletzung des Wohls des Betroffenen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit und in erheblicher Schwere befürchten lässt. Sind behebbare Mängel bei der Vollmächtausübung festzustellen, erfordert der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz grundsätzlich zunächst den Versuch, durch einen zu bestellenden (Kontroll-)Betreuer auf den Bevollmächtigten positiv einzuwirken, insbesondere durch Verlangen nach Auskunft und Rechenschaftslegung (§ 666 BGB) sowie die Ausübung bestehender Weisungsrechte. Nur wenn diese Maßnahmen fehlschlagen oder es aufgrund feststehender Tatsachen mit hinreichender Sicherheit als ungeeignet erscheint, drohende Schäden auf diese Weise abzuwenden, ist die Ermächtigung zum Vollmachtwiderruf, der die ultima ratio darstellt, verhältnismäßig (Senatsbeschluss vom 23.9.2015, XII ZB 624/14, FamRZ 2015, 2163 Rdnr. 17 m. w. N.).

13 c) Ausgehend von diesen rechtlichen Grundsätzen kommt jedenfalls eine Ermächtigung zum Widerruf der Vorsorgevollmacht gegenwärtig nicht in Betracht. Die vom LG zur Begründung der Erforderlichkeit einer Kontrollbetreuung herangezogenen Umstände tragen nicht den Schluss, dass die Bevollmächtigte die ihr erteilte Vorsorgevollmacht zukünftig in einer Weise ausüben wird, die eine erhebliche Verletzung des Wohls der Betroffenen befürchten lässt. Weitere Feststellungen, die die Annahme stützen könnten, den vom LG angenommenen Mängeln der Vollmächtausübung könne nur durch einen Widerruf der Vollmacht begegnet werden, hat das LG nicht getroffen.

14 d) Das LG hat aber auch zu Unrecht die Voraussetzungen für die Errichtung einer Kontrollbetreuung bejaht. Denn die bis-

lang getroffenen Feststellungen tragen die Annahme nicht, dass mit der Vollmacht dem Betreuungsbedarf der Betroffenen nicht Genüge getan wird oder die Bevollmächtigte die Vollmacht nicht zum Wohle der Betroffenen ausübt.

15 aa) Das LG begründet die Erforderlichkeit einer Kontrollbetreuung im Wesentlichen damit, dass die Bevollmächtigte in der Vergangenheit Schenkungen und Zuwendungen aus dem Vermögen der Betroffenen vorgenommen habe, die – jedenfalls teilweise – auch ihr und ihrer Familie zugutegekommen seien. Insoweit weist die Rechtsbeschwerde zu Recht darauf hin, dass der Bevollmächtigten in der Vorsorgevollmacht Schenkungen in diesem Umfang ausdrücklich erlaubt werden.

16 In der von der Betroffenen erstellten Vorsorgevollmacht ist geregelt, dass die Bevollmächtigten Schenkungen vornehmen kann, soweit sie auch einem Betreuer rechtlich gestattet sind. Nach § 1908i Abs. 2 Satz 1 BGB kann ein Betreuer, obwohl er grundsätzlich dem betreuungsrechtlichen Schenkungsverbot der § 1908i Abs. 1 Satz 1, § 1804 BGB unterliegt, neben Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird (vgl. § 1804 Satz 2 BGB), in Vertretung des Betreuten Gelegenheitsgeschenke machen, wenn dies dem Wunsch des Betreuten entspricht und nach seinen Lebensverhältnissen üblich ist. Diese Voraussetzungen sind bei den von der Bevollmächtigten getätigten Schenkungen erfüllt.

17 Nach dem Ergebnis der Anhörung sind die Schenkungen und Zuwendungen auf Wunsch der Betroffenen und in deren Einverständnis erfolgt. Ob die Betroffene aufgrund ihrer Erkrankung zu diesem Zeitpunkt noch geschäftsfähig war, ist insoweit ohne Bedeutung. Denn der „Wunsch“ des Betreuten ist dabei nicht als Willenserklärung zu verstehen, weshalb die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen hierfür nicht erforderlich ist (vgl. MünchKomm-BGB/Schwab, 7. Aufl., § 1908i Rdnr. 42; Staudinger/Bienwald, Neub. 2017, § 1908i Rdnr. 182; Jurgel/Meier, Betreuungsrecht, 4. Aufl., § 1908i BGB Rdnr. 7). Zudem entsprechen die vom LG beanstandeten Schenkungen nach den getroffenen Feststellungen auch im Umfang den Schenkungen, die die Betroffene und ihr verstorbener Ehemann bereits früher in gleicher Weise durchgeführt haben. Im Übrigen bewegt sich die Höhe der Zuwendungen im Rahmen der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Betroffenen, zumal das Barvermögen der Betroffenen mittlerweile durch den erfolgreichen Verkauf eines Anwesens in Belgien angewachsen ist. Hat sich die Bevollmächtigte aber mit den Zuwendungen im Rahmen der ihr erteilten Vollmacht gehalten, insbesondere weil sie dem Wunsch der Betroffenen entsprechen, ihren Familienangehörigen auch weiterhin Geschenke machen zu können, sind diese Zuwendungen keine taugliche Grundlage für die Annahme, die Bevollmächtigte übe die Vollmacht nicht im Interesse der Betroffenen aus. Entgegen der Auffassung des LG gilt dies auch dann, wenn dabei die Bevollmächtigte oder ihre Familienmitglieder selbst Geschenke erhalten. Die erteilten Weisungen und das wohlverstandene Interesse eines Betroffenen können auch Zuwendungen an Personen aus dem Umfeld seines Bevollmächtigten einschließen, namentlich wenn dies – wie hier – in Kontinuität zu der vom Vollmachtgeber in gesunden Zeiten geübten Praxis steht und keinen selbstschädigenden Umfang einnimmt. Eine Vorsorgevoll-

macht ist deshalb nicht schon dann zweckwidrig verwendet, wenn ein Bevollmächtigter Maßnahmen ergreift, die auch ihm selbst oder seinen Angehörigen einen Vorteil verschaffen. Beurteilungsmaßstab für das Vertreterhandeln ist vielmehr stets, ob es sich im Rahmen dessen hält, was sein Auftrag ist (vgl. Senatsbeschluss vom 9.5.2018, XII ZB 413/17, FamRZ 2018, 1188 Rdnr. 20).

18 bb) Entgegen der Auffassung des LG lässt sich die Bestellung eines Kontrollbetreuers auch nicht damit rechtfertigen, dass die von der Betroffenen erstellte Vorsorgevollmacht keine Befreiung von dem Verbot des Inschlaggeschäfts (§ 181 BGB) enthält. Denn das LG hat bislang keine tragfähigen Feststellungen getroffen, dass die Beteiligte zu 1 im Namen der Betroffenen Rechtsgeschäfte mit sich selbst geschlossen hat und der Betroffenen hierdurch Rückforderungsansprüche gegen die Beteiligte zu 1 zustehen, bei deren Durchsetzung sich die Beteiligte zu 1 in einem Interessenkonflikt befinden könnte. Das Fehlen einer Befreiung von dem Verbot des Inschlaggeschäfts in einer Vorsorgevollmacht für sich genommen kann die Notwendigkeit einer Kontrollbetreuung nicht begründen.

19 cc) Die Erforderlichkeit einer Kontrollbetreuung kann vorliegend auch nicht darauf gestützt werden, dass die Bevollmächtigte der Betroffenen ein monatliches Taschengeld i. H. v. 500 € überlässt. Inwiefern die Bevollmächtigte dadurch dem Wohl der Betroffenen zuwiderhandeln soll, erschließt sich aus der angegriffenen Entscheidung nicht. Dass die Betroffene das Taschengeld teilweise auch dazu verwendet, ihren Familienmitgliedern Geschenke zu machen oder die Bevollmächtigte und ihre Familie bei Besuchen zum Essen einzuladen, ändert daran nichts. Durch die Überlassung des Taschengelds verschafft die Bevollmächtigte der Betroffenen einerseits die Möglichkeit, sich in der Pflegeeinrichtung zusätzliche Annehmlichkeiten zu verschaffen, und andererseits an der bereits zu Lebzeiten ihres Ehemanns praktizierten Übung festzuhalten, Familienangehörigen zu bestimmten Anlässen Geldgeschenke zu machen. Ein monatliches Taschengeld i. H. v. 500 € steht auch nicht außer Verhältnis zu den festgestellten wirtschaftlichen Verhältnissen der Betroffenen. Die Betroffene verfügt über ein monatliches Einkommen von 2.254,24 €. Unter Berücksichtigung des Pflegegelds bleibt ihr nach Abzug des Eigenanteils für die Pflegeeinrichtung ein Betrag i. H. v. 296,49 € zur freien Verfügung. Dass die Bevollmächtigte im Hinblick auf die sonstigen Vermögensverhältnisse der Betroffenen diesen Betrag auf 500 € erhöht, lässt auf kein Fehlverhalten der Bevollmächtigten schließen, das eine Überprüfung durch einen Kontrollbetreuer erfordert.

20 dd) Schließlich trägt auch die vom LG getroffene Feststellung, wonach sich das Barvermögen der Betroffenen im Zeitraum von Januar 2017 bis September 2018 von ca. 92.620 € auf 45.533 € verringert habe, bislang die Anordnung einer Kontrollbetreuung nicht. Die Beteiligte zu 1 hat bereits im erstinstanzlichen Verfahren die Entwicklung des Vermögens der Betroffenen in dem Zeitraum vom 1.7.2017 bis zum 19.9.2018 detailliert dargelegt und dabei ausgeführt, dass zu dem Barvermögen der Betroffenen von 45.533 € noch der Wert des hälftigen Hausanteils in Belgien sowie der Wert der Nutznießung dieses Hauses hinzuzurechnen seien. Mit diesem Vortrag hat sich das LG nicht befasst. Konkrete Feststellungen zu

der Vermögensentwicklung in dem Zeitraum vom 1.1.2017 bis zum 30.6.2017 hat das LG nicht getroffen. Ebenso wenig lässt sich der angefochtenen Entscheidung entnehmen, auf welcher tatsächlichen Grundlage das LG zu der Feststellung gelangt ist, dass das Vermögen der Betroffenen zum 1.7.2017 ca. 92.620 € betragen hat, obwohl das AG in seiner Entscheidung von einem Barvermögen der Betroffenen von ca. 70.000 € ausgegangen ist. Insgesamt fehlt es daher bislang an tragfähigen Feststellungen dazu, aus welchen Gründen sich das Vermögen der Betroffenen verringert hat und ob hierfür ein Verhalten der Bevollmächtigten ursächlich war, das die Vermögensinteressen der Betroffenen nicht gewahrt hat.

21 3. Danach kann die angegriffene Entscheidung keinen Bestand haben. Sie ist gemäß § 74 Abs. 5 FamFG aufzuheben und die Sache ist nach § 74 Abs. 6 Satz 2 FamFG an das LG zurückzuverweisen, weil noch weitere Feststellungen zur Erforderlichkeit einer Kontrollbetreuung zu treffen sind.

22 4. Von einer weiteren Begründung der Entscheidung wird abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung von Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung, zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung beizutragen (§ 74 Abs. 7 FamFG).

11. Keine Pflicht zum Abschluss einer Verrechnungsvereinbarung über Versorgungsausgleich

BGH, Beschluss vom 30.10.2019, XII ZB 537/17 (Vorinstanz: OLG Schleswig, Beschluss vom 20.9.2017, (a) 13 UF 116/17)

BGB §§ 242, 1353 Abs. 1 Satz 2

VersAusglG § 6 Abs. 1, §§ 16, 27, 35, 47 Abs. 3

LEITSATZ:

Ein gesetzlich rentenversicherter Ehegatte kann nicht zum Abschluss einer Vereinbarung über den Versorgungsausgleich verpflichtet werden, die eine Verrechnung seines Anrechts in der gesetzlichen Rentenversicherung mit dem Anrecht seines verbeamteten Ehegatten auf landesrechtliche Beamtenversorgung vorsieht.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 A. Die beteiligten Eheleute streiten um den Versorgungsausgleich und dabei insbesondere über die Verpflichtung zum Abschluss einer Verrechnungsvereinbarung.

2 Die am 13.5.2011 geschlossene Ehe des 1960 geborenen Antragstellers (im Folgenden: Ehemann) und der 1974 geborenen Antragsgegnerin (im Folgenden: Ehefrau) wurde auf den am 14.12.2015 zugestellten Scheidungsantrag mit Beschluss des AG vom 2.6.2017 geschieden und der Versorgungsausgleich geregelt.

3 Während der gesetzlichen Ehezeit vom 1.5.2011 bis zum 30.11.2015 hat der Ehemann ein Anrecht auf landesrechtliche

Beamtenversorgung mit einem Ausgleichswert von monatlich 151,52 € und einem korrespondierenden Kapitalwert von 33.949,91 € erworben. Die Ehefrau hat in der Ehezeit ein Anrecht in der gesetzlichen Rentenversicherung mit einem Ausgleichswert von 1,9402 Entgeltpunkten (zum Ende der Ehezeit entsprechend einer Monatsrente von 56,67 €) und einem korrespondierenden Kapitalwert i. H. v. 12.698,25 €, ein Anrecht aus einer berufsständischen Versorgung mit einem Ausgleichswert von monatlich 39,50 € und einem korrespondierenden Kapitalwert von 5.057,59 € sowie ein privates Anrecht mit einem geringen Ausgleichswert erlangt.

4 Das AG hat im Wege externer Teilung zugunsten der Beamtenversorgung des Ehemanns ein Anrecht in Höhe von monatlich 151,52 € zugunsten der Ehefrau in der gesetzlichen Rentenversicherung begründet. Ferner hat es das gesetzliche sowie das berufsständische Anrecht der Ehefrau unter Zugrundelegung der vorgeschlagenen Ausgleichswerte intern geteilt und von einem Ausgleich ihres privaten Anrechts wegen Geringfügigkeit abgesehen.

5 Hiergegen hat der Ehemann mit seiner Beschwerde geltend gemacht, die Ehefrau sei zur Zustimmung zu einer Saldierungsabrede verpflichtet. Es solle eine Verrechnung der wechselseitigen Anrechte der Ehegatten dergestalt erfolgen, dass die dem Ehemann rechnerisch zustehende Hälfte der ehezeitlichen Anrechte der Ehefrau mit dem Anspruch der Ehefrau auf wertmäßig hälftige Beteiligung an der Beamtenpension des Ehemanns saldiert werde. Nur in Höhe des nach der Verrechnung verbleibenden Rentenbetrags solle im Wege der externen Teilung des Beamtenanrechts ein Anrecht zugunsten der Ehefrau in der gesetzlichen Rentenversicherung begründet werden. Das OLG hat die Beschwerde zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Ehemann sein Begehren weiter.

6 B. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

7 I. Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, der Ehemann habe gegen die Ehefrau keinen Anspruch auf Abschluss einer Verrechnungsvereinbarung. Es bestehe keine Kontrahierungspflicht eines Ehegatten zum Abschluss einer Scheidungsfolgenvereinbarung zu vom anderen Ehegatten einseitig vorgegebenen Bedingungen. Auch die naheheliche Solidarität verpflichte einen Ehegatten nicht, den anderen vor den gesetzlich gewollten Scheidungsfolgen zu bewahren. Der Umstand, dass Ehegatten durch den Versorgungsausgleich Anrechte in einem Versorgungssystem einbüßen und in einem für sie neuen Versorgungssystem erlangen, sei strukturelle Folge und zudem ein zentrales Element des reformierten Versorgungsausgleichsrechts. Der Gesetzgeber habe den Wegfall der Notwendigkeit einer Vergleichsbarmachung der verschiedenen Anrechte als wesentliche Errungenschaft erachtet. Der gesetzlich bezweckte Entlastungseffekt würde durch einen Kontrahierungszwang konterkariert, weil dann eine vielfach weit in die Zukunft reichende und tief in versorgungsrechtliche Verästelungen führende Günstigkeitsprüfung erforderlich wäre, die oft mit erheblichen prognostischen Unsicherheiten verbunden sei.

8 Soweit ein unterhaltspflichtiger Ehegatte die Zustimmung des anderen zum begrenzten Realsplitting gegen Freistellung

von daraus resultierenden Steuernachteilen verlangen könne, sei dies eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Rahmen eines bestehenden Unterhaltsverhältnisses und könne nicht auf den Versorgungsausgleich übertragen werden. Anders als beim begrenzten Realsplitting gebe es gerade keine gesetzliche Regelung, welche die hier vom Ehemann angestrebte Rechtsfolge der Saldierung – jenseits von Vereinbarungen – anordne. Das Gesetz sehe vielmehr ausdrücklich eine Teilung jedes einzelnen Versorgungsanspruchs vor.

9 II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand. Der geltend gemachte Anspruch auf Abschluss einer Verrechnungsvereinbarung steht dem Ehemann materiellrechtlich nicht zu.

10 1. Ein solcher Anspruch ist von vornherein ausgeschlossen, soweit der Ehemann (auch) das berufsständische Anrecht der Ehefrau in eine Zwangsvereinbarung zur Anrechtsaldierung einbeziehen möchte. Dies hätte nämlich zur Folge, dass die berufsständische Versorgung der Ehefrau nicht intern geteilt würde, sondern ihr in voller Höhe verbliebe, im Gegenzug jedoch die Höhe des für sie nach § 16 VersAusglG im Wege externer Teilung zu begründenden Anrechts der gesetzlichen Rentenversicherung geringer ausfiele. Wegen der Verschiedenartigkeit der im gesetzlichen Wertausgleich abgegebenen und erworbenen Anrechte stellt sich eine diesbezügliche Verrechnungsvereinbarung für die Ehefrau nicht als ergebnisneutral dar, zumal diese ein Interesse daran haben kann, auf Kosten ihrer berufsständischen Anrechte zusätzliche Anrechte in der gesetzlichen Rentenversicherung zu erwerben. Die Ansicht, dass der verbeamtete Ehegatte selbst in solchen Fällen einen Anspruch auf Abschluss einer Verrechnungsvereinbarung haben könnte, wird – soweit ersichtlich – nirgends vertreten.

11 2. Auch bezüglich der gesetzlichen Rentenansprüche der Ehefrau steht dem Ehemann kein Anspruch auf Abschluss einer (Teil-)Verrechnungsvereinbarung zu.

12 a) Es ist allerdings umstritten, ob ein Landesbeamter den Abschluss einer solchen Verrechnungsvereinbarung von seinem gesetzlich rentenversicherten Ehegatten verlangen kann.

13 Dies wird teilweise bejaht. Ähnlich wie in den Fällen der Erteilung steuerrechtlicher Zustimmungen müsse ein Ehegatte infolge der nahehehlichen Solidarität einer Saldierung von Versorgungsansprüchen zustimmen, weil ihm hierdurch keine Nachteile entstünden und sich die Position des verbeamteten Ehegatten ohne die Verrechnung verschlechtern würde (vgl. AG Oranienburg, Beschluss vom 24.4.2015, 38 F 3/15, juris Rdnr. 16 ff.; Wick, Der Versorgungsausgleich, 4. Aufl., Rdnr. 532; Götsche/Rehbein/Breuers, Versorgungsausgleichsrecht, 3. Aufl., § 6 Rdnr. 67; Götsche, NJW 2017, 123, 125 ff. und FamRB 2015, 341; Adamus, FamRB 2016, 222, 223).

14 Von der wohl überwiegenden Ansicht wird die Verpflichtung eines Ehegatten zum Abschluss einer Verrechnungsvereinbarung auch in Bezug auf die Anrechte der gesetzlichen Rentenversicherung jedoch verneint. Die Rechtsprechung zum begrenzten Realsplitting sei auf den Versorgungsausgleich nicht übertragbar und der Verlust von Verhandlungsspielräu-

men für umfassendere Scheidungsfolgenvereinbarungen beinträchtigt die Interessen des in Anspruch genommenen Ehegatten nachhaltig (vgl. OLG Brandenburg, FamRZ 2017, 876, 877; KG, FamRZ 2016, 1166; MünchKomm-BGB/Siede, 8. Aufl., § 16 VersAusglG Rdnr. 30; Erman/Norpoth/Sasse, BGB, 15. Aufl., § 8 Rdnr. 21; jurisPK-BGB/Breuers, Stand: 15.10.2019, § 6 VersAusglG Rdnr. 32; Zöller/Lorenz, ZPO, 32. Aufl., § 224 FamFG Rdnr. 14; Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG, 12. Aufl., § 227 Rdnr. 10; Bergschneider, MittBayNot 2017, 67; vgl. auch 21. Deutscher Familiengerichtstag, These A. 3. des Arbeitskreises 17, Brühler Schriften zum Familienrecht Band 19 S. 174).

15 b) Die zuletzt genannte Auffassung trifft zu.

16 aa) Dies folgt allerdings nicht schon daraus, dass der vom Ausgleichspflichtigen nicht erwünschte Hin-und-Her-Ausgleich vom Gesetzgeber bewusst so angeordnet worden ist und es – anders als zum Beispiel im Steuerrecht (§ 10 Abs. 1a Nr. 1 Satz 1, § 26 Abs. 2 Satz 2, § 32 Abs. 6 Satz 6, § 33a Abs. 2 Satz 5 EStG) – keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für die von dem Landesbeamten begehrte Rechtsfolge der Anrechtsaldierung gibt (so aber KG, FamRZ 2016, 1166).

17 Zum einen folgt aus § 6 Abs. 1 VersAusglG die generelle Zulässigkeit einer Verrechnungsvereinbarung, die nach der Rechtsprechung des Senats auch unter Einbeziehung beamtenrechtlicher Anrechte keinen grundsätzlichen Wirksamkeitsbedenken begegnet (vgl. Senatsbeschluss vom 30.4.2014, XII ZB 668/12, FamRZ 2014, 1179 Rdnr. 21 ff.). Zum anderen normieren auch die steuerrechtlichen Vorschriften lediglich Gestaltungsmöglichkeiten, über deren Nutzung jeder Ehegatte grundsätzlich frei entscheiden kann. Nicht aus dem Steuerrecht, sondern allenfalls aus dem Familienrecht kann die Verpflichtung eines Ehegatten folgen, einer bestimmten steuerlichen Gestaltung zuzustimmen (vgl. BGH, Urteil vom 13.10.1976, IV ZR 104/74, FamRZ 1977, 38, 40). Eine solche Verpflichtung hat ihre Grundlage mangels ausdrücklicher Regelung allein in §§ 242, 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB (Senatsurteile vom 3.11.2004, XII ZR 128/02, FamRZ 2005, 182, 183 m. w. N. und vom 26.9.1984, IVb ZR 30/83, FamRZ 1984, 1211, 1212) und ergibt sich aus dem Wesen der Ehe, die den Ehegatten – auch nachwirkend – aufgibt, die finanziellen Lasten des anderen Teils nach Möglichkeit zu vermindern, soweit dies ohne Verletzung eigener Interessen möglich ist (Senatsurteile vom 29.4.1998, XII ZR 266/96, FamRZ 1998, 953, 954 m. w. N. und vom 24.2.1988, IVb ZR 29/87, FamRZ 1988, 607, 608 m. w. N.). Ein solcher, aus der nahehehlichen Solidarität hergeleiteter Zustimmungsanspruch vermag sich – unabhängig davon, ob er sich auf steuerliche oder sonstige Gestaltungsmöglichkeiten bezieht – naturgemäß nicht auf eine speziellere Anspruchsnorm zu stützen (vgl. Götsche, NJW 2017, 123, 127; Adamus, FamRB 2016, 222, 223; Schwamb, NZFam 2016, 421).

18 bb) Allerdings liegen die Voraussetzungen nicht vor, unter denen aufgrund nahehehlicher Solidarität die Verpflichtung zum Abschluss einer vom anderen Ehegatten geforderten Verrechnungsvereinbarung bejaht werden könnte.

19 (1) Es erscheint bereits zweifelhaft, ob dem ausgleichspflichtigen Landesbeamten bei Durchführung des Versor-

gungsausgleichs nach den gesetzlichen Regelungen ein finanzieller Nachteil entsteht oder droht, zu dessen Abwendung der andere Ehegatte aus Gründen der nahehelichen Solidarität verpflichtet sein könnte.

20 (a) Ein solcher Nachteil ergibt sich nicht schon daraus, dass der Ausgleichspflichtige infolge des Versorgungsausgleichs Teile seiner Beamtenversorgung, insbesondere seiner Dienstunfähigkeitsabsicherung, verlieren würde. Zum einen ist dies eine strukturelle Folge des Hin-und-Her-Ausgleichs im reformierten Versorgungsausgleich und daher regelmäßig hinzunehmen (vgl. OLG Brandenburg, FamRZ 2017, 876, 877; *Götsche*, NJW 2017, 123, 124). Zum anderen könnte ein Landesbeamter im Falle seiner Dienstunfähigkeit durch einen Antrag nach § 35 VersAusglG eine Aussetzung der Ruhegehaltskürzung erreichen, wenn und soweit er aus dem ihm übertragenen gesetzlichen Rentenrecht wegen Nichterfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Voraussetzungen (sog. Dreifünftelbelegung, § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 SGB VI) keine Erwerbsminderungsrente zu erlangen vermag.

21 (b) Die Rechtsbeschwerde wendet demgegenüber ein, dass die Möglichkeit einer Aussetzung der Ruhegehaltskürzung dann nicht gegeben sei, wenn der Landesbeamte auf eigenen Antrag unter Inkaufnahme eines Versorgungsabschlags vor dem Erreichen der Regelaltersgrenze in den Ruhestand tritt und er zu diesem Zeitpunkt aus dem übertragenen Anrecht noch keine Altersrente beziehen kann.

22 Tatsächlich hat der Senat in einer früheren Entscheidung in einem obiter dictum angedeutet, dass der Beamte in einem solchen Fall nicht in den Genuss der Vergünstigung des § 35 VersAusglG kommen kann, weil er seine Beamtenversorgung nicht wegen Invalidität oder Erreichens einer besonderen Altersgrenze, sondern aufgrund einer in Anspruch genommenen Frühpensionierungsregelung bezieht (vgl. Senatsbeschluss vom 13.2.2013, XII ZB 527/12, FamRZ 2013, 690 Rdnr. 21 zur Altersteilzeit; ebenso *Johannsen/Henrich/Holzwarth*, Familienrecht, 6. Aufl., § 35 VersAusglG Rdnr. 4; *Borth*, FamRZ 2014, 1245, 1246; dagegen *MünchKomm-BGB/Siede*, 8. Aufl., § 35 VersAusglG Rdnr. 11; *Erman/Norpoth/Sasse*, BGB, § 35 VersAusglG Rdnr. 2; vgl. auch VG Düsseldorf, Urteil vom 13.1.2014, 23 K 3480/12, BeckRS 2014, 48251 und OVG Münster Beschluss vom 22.9.2015, 3 A 489/14, juris Rdnr. 9 f.). Ob an dieser Ansicht festzuhalten ist, bedarf an dieser Stelle keiner näheren Erörterung. Denn die mit der späteren Inanspruchnahme einer vorgezogenen Altersrente einhergehenden finanziellen Nachteile würden auf eine eigene Entscheidung des Landesbeamten zurückgehen, mithin auf individuelle Umstände, die sich der andere Ehegatte im Versorgungsausgleich auch aus Billigkeitsgründen grundsätzlich nicht entgegenhalten lassen muss (vgl. Senatsbeschluss vom 11.5.2016, XII ZB 480/13, FamRZ 2016, 1343 Rdnr. 13 ff. zur Anwendung des § 27 VersAusglG bei vorzeitigem Rentenbezug in der gesetzlichen Rentenversicherung). Vor diesem Hintergrund dürfte die Annahme gerechtfertigt sein, dass der Landesbeamte finanzielle Nachteile bei einer – auf eigener EntschlieÙung beruhenden – vorruhestandsbedingten Minderung seiner Versorgungsbezüge grundsätzlich hinzunehmen hat, ohne vom anderen Ehegatten aus dem Gesichtspunkt der

nachehelichen Solidarität Mitwirkungshandlungen zum Zwecke der Vermeidung dieser Nachteile verlangen zu können.

23 (2) Jedenfalls aber ginge der zwangsweise Abschluss einer von einem Landesbeamten geforderten Verrechnungsvereinbarung in der Regel mit einer Verletzung der geschützten Interessen des anderen Ehegatten einher.

24 (a) Richtig ist zwar, dass der Hin-und-Her-Ausgleich nach den gesetzlichen Regelungen für den gesetzlich rentenversicherten Ehegatten eines Landesbeamten zu dem gleichen Ausgleichsergebnis führen würde, wie wenn lediglich der überschießende Teil des Beamtenanrechts, der nach der abredemäßigen Verrechnung mit dem gesetzlichen Rentenrecht verbliebe, durch externe Teilung nach § 16 VersAusglG ausgeglichen werden würde („echtes Nullsummenspiel“; vgl. *Götsche*, NJW 2017, 123, 126).

25 (b) Andererseits hat der Senat mehrfach darauf hingewiesen, dass sich Anrechte der gesetzlichen Rentenversicherung und Anrechte der Beamtenversorgung sowohl in der Struktur und Finanzierung als auch im Leistungsspektrum und in der Wertentwicklung wesentlich voneinander unterscheiden (Senatsbeschlüsse vom 8.1.2014, XII ZB 366/13, FamRZ 2014, 549 Rdnr. 12 und vom 7.8.2013, XII ZB 211/13, FamRZ 2013, 1636 Rdnr. 12 ff.). Dies wirkt sich zwangsläufig auf die Bewertung dieser Anrechte aus. Zwar bestimmt § 47 Abs. 3 VersAusglG, dass der korrespondierende Kapitalwert eines Beamtenanrechts unter entsprechender Anwendung der Berechnungsgrundlagen der gesetzlichen Rentenversicherung zu berechnen ist. Dies beruht aber auf der Erwägung, dass ein Anrecht der Beamtenversorgung nicht durch freiwillige Beitragszahlung erworben werden kann und ein für die Bewertung maßgeblicher „Einkaufspreis“ des beamtenrechtlichen Anrechts daher nicht zur Verfügung steht. Der diesbezügliche Rückgriff auf die Berechnungsgrößen der gesetzlichen Rentenversicherung folgt reinen Zweckmäßigkeitserwägungen, um zusätzlichen Bewertungsaufwand zu vermeiden. Der Gesetzgeber hielt diese Herangehensweise für akzeptabel, weil die beiden Versicherungen „durchaus vergleichbar“ seien und „Wert- sowie Strukturveränderungen in der gesetzlichen Rentenversicherung in der Regel in der Beamtenversorgung nachvollzogen“ würden (BT-Drucks. 16/10144, S. 85).

26 Das ändert aber nichts daran, dass die korrespondierenden Kapitalwerte – auch nach der Vorstellung des Gesetzgebers (vgl. § 47 Abs. 1 VersAusglG) – lediglich Hilfsgrößen darstellen, die in erster Linie einem unabweisbaren praktischen Bedürfnis Rechnung tragen, bei der Rechtsanwendung Anrechte im Rahmen einer Bagatellprüfung oder bei einer ausnahmsweise notwendigen Anrechtssaldierung ohne größeren Berechnungsaufwand anhand eines Kapitalbetrags bewerten und ggf. miteinander vergleichen zu können. In diesem Zusammenhang hat es der Senat im Grundsatz gebilligt, wenn der Tatrichter bei der Anwendung von Billigkeitsvorschriften aus verfahrensökonomischen Gründen trotz der Verschiedenartigkeit der darin einbezogenen Versicherungen einen Wertvergleich auf eine nominale Gegenüberstellung der ihm von den Versorgungsträgern mitgeteilten Kapitalwerte bzw. korrespondierenden Kapitalwerte stützt (Senatsbeschlüsse vom 21.9.2016, XII ZB 264/13, FamRZ 2017, 26 Rdnr. 34 und vom 16.12.2015, XII ZB 450/13, FamRZ 2016, 697 Rdnr. 20 zu

§ 27 VersAusglG sowie Senatsbeschluss vom 10.5.2017, XII ZB 310/13, FamRZ 2017, 1303 Rdnr. 37 zu § 31 Abs. 2 Satz 1 VersAusglG).

27 (c) Auf derartige Praktikabilitätserwägungen braucht sich ein Ehegatte im Rahmen von Verhandlungen über den Abschluss einer Saldierungsabrede aber nicht einzulassen. Angesichts der Verschiedenartigkeit der Anrechte muss es dem gesetzlich versicherten Ehegatten im Rahmen seiner verfassungsrechtlich geschützten Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) vor dem Abschluss einer Vereinbarung nach § 6 VersAusglG grundsätzlich unbenommen bleiben, seine eigenen Vorstellungen davon zur Geltung zu bringen, wie ein Anrecht der Beamtenversorgung mit einem solchen der gesetzlichen Rentenversicherung angemessen verrechnet werden kann. Würde die Ehefrau im vorliegenden Fall zum Abschluss einer Verrechnungsvereinbarung mit dem vom Ehemann gewünschten Inhalt auf der Grundlage übereinstimmender Rentenbeträge – und damit gleichzeitig auf der Grundlage übereinstimmender korrespondierender Kapitalwerte – verpflichtet werden, so würde ihr dadurch faktisch die auf bloßen Zweckmäßigkeitserwägungen beruhende Bewertungsregel des § 47 Abs. 3 VersAusglG aufgezwungen werden, wonach beamtenrechtliche Anrechte anhand der Berechnungsgrundlagen für die gesetzliche Rentenversicherung zu bewerten sind. Dies entspricht gerade nicht den in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gekommenen Vorstellungen des Gesetzgebers, wonach korrespondierende Kapitalwerte den Beteiligten – auch im Rahmen eines Vergleichsschlusses – lediglich eine bessere Vorstellung von der wirtschaftlichen Bedeutung verschiedenartiger Anrechte vermitteln (BT-Drucks. 16/10144, S. 84 f.) und mit Bedacht anzuwenden sein sollen (BR-Drucks. 16/11903, S. 56). Die korrespondierenden Kapitalwerte können deshalb im wechselseitigen Einvernehmen der Ehegatten durchaus als brauchbare Grundlage für eine Verrechnungsvereinbarung herangezogen werden. Ein Zwang hierzu kann aber nicht aufgestellt werden.

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Christof Münch**, Kitzingen

Vorstehender Beschluss des BGH hat seinen Grund in der Strukturreform des Versorgungsausgleichs, die statt eines Ausgleichs der zu einem Saldo umgewerteten Versorgungsanrechte nunmehr einen Hin- und Herausgleich jedes einzelnen Anrechts vorsieht.

Für die Pensionsansprüche der Beamten hat dies unterschiedliche Folgen. Während bei Bundesbeamten die interne Teilung der Anrechte nach dem Bundesversorgungsteilungsgesetz¹ möglich ist, muss die Beamtenversorgung der Landes- und Kommunalbeamten extern geteilt werden, da es an einer solchen Regelung fehlt. Besonders misslich ist dies beim Versorgungsausgleich zweier Landesbeamter, da hier die Hälfte beider ehezeitlicher Beamtenversorgungsansprüche aus dem System der beamtenrechtlichen Versorgung heraus- und nach § 16 Abs. 1 VersAusglG zwingend in die gesetzliche Rentenversicherung hineinfällt. Dies wird von den beamteten Ehegatten als großer Verlust emp-

funden, zumal sie insoweit auch etwa Möglichkeiten eines früheren Pensionseintritts oder einer Frühpensionierung mit Abschlag oder auch die Absicherung bei Dienstunfähigkeit verlieren. Die Literatur weist darauf hin, dass sich für Beamte allerdings auch Vorteile aus der Überführung in die gesetzliche Rente ergeben können.² Aber die steuerlichen Vorteile laufen aus und der genannte Zuschuss zur gesetzlichen Krankenversicherung vermag die beihilferechtlichen Vorteile kaum zu kompensieren. Die Beamtenversorgung stellt die „hochwertigste Grundversorgung in Deutschland“ dar.³ Auch der zu besprechende Beschluss des BGH kann dies nicht entkräften, denn er beginnt zwar in Rdnr. 19 mit der Feststellung, es sei zweifelhaft, ob dem Beamten ein finanzieller Nachteil entstehe, endet aber nach aller Argumentation nur mit dem Diktum, ein etwaiger Nachteil sei eben hinzunehmen.

Der Versorgungsausgleich bei zwei Landesbeamten „schreit nach einem Ausgleich durch eine Vereinbarung“.⁴ Daher wurden schon früh solche Verrechnungsvereinbarungen vorgeschlagen.⁵ Umso größer die Verwunderung, als das OLG Schleswig⁶ mit einer verfehlten Berufung auf § 8 Abs. 2 VersAusglG und § 3 Abs. 2 BeamtVG solche Vereinbarungen für unwirksam hielt. Dagegen war an anderer Stelle bereits ausführlich Stellung genommen worden.⁷ Der BGH hat sich der Kritik angeschlossen und die Verrechnungsvereinbarung für möglich gehalten, die seitdem anerkannte Praxis ist.⁸

Bei der Scheidung eines Landesbeamten und eines gesetzlich versicherten Ehegatten kann ebenfalls eine Verrechnung in Betracht kommen, um das Abwandern von Ansprüchen aus der Beamtenversorgung zu vermeiden. Für den gesetzlich versicherten Ehegatten sei dies ein „Nullsummenspiel“, weil er genauso viele Anteile abgibt wie er wieder erhalte.⁹ Da er so nichts verliere, sei er nach §§ 242, 1353 BGB sogar zum Abschluss einer solchen Verrechnungsabrede verpflichtet, so eine Ansicht in der Literatur.¹⁰ Demgegenüber sind zahlreiche Autoren sowie das KG und das OLG Brandenburg der Ansicht, dass ein Anspruch auf Abschluss einer Verrechnungsabrede nicht besteht.¹¹ Der BGH hat sich nun der letztgenannten Ansicht angeschlossen und einen

- 2 So Göppinger/Rakete-Dombek/Schwamb, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 11. Aufl. 2018, 3. Teil Rdnr. 32.
- 3 Götsche, NJW 2017, 123.
- 4 So Bergner, Kommentar zum reformierten Versorgungsausgleich, 2009, Teil C, Fall 7, Tz. 5.
- 5 Vgl. etwa Münch, Vereinbarungen zum neuen Versorgungsausgleich, 1. Aufl. 2010, Rdnr. 233 f.
- 6 OLG Schleswig, Urteil vom 18.11.2011, 13 UF 72/11, NJW 2012, 1891.
- 7 Münch, FamRB 2012, 320 f.
- 8 Formulierungsvorschlag bei Münch, Vereinbarungen zum reformierten Versorgungsausgleich, 2. Aufl. 2015, Rdnr. 273 und Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 5. Aufl. 2020 (im Erscheinen), Teil 7, D VII. 5.
- 9 Götsche, NJW 2017, 123, 126.
- 10 Götsche, NJW 2017, 123, 126, weitere Nachweise im zu besprechenden Beschluss.
- 11 Auch hier sei auf die ausführliche Zitation im Besprechungsbeschluss verwiesen.

¹ BGBl. 2009 I, S. 700, 716.

Anspruch des Beamten gegen den gesetzlich versicherten Ehegatten auf Abschluss einer Verrechnungsvereinbarung, mit welcher allenfalls noch ein Spitzenausgleich durchgeführt wird, abgelehnt.

Dies durchaus zu Recht. Vergegenwärtigt man sich, wie notarielle Verrechnungsvereinbarungen im Rahmen der Scheidungsvereinbarung zustande kommen, so ist zunächst festzustellen, dass jeder Ehegatte in die Verhandlungen mit einem bestimmten Ziel hineingeht und zur Erreichung dieses Ziels an anderer Stelle Kompromisse eingehen muss. Hier einen Teilbereich durch Kontrahierungszwang herauszunehmen, würde das Verhandlungsgleichgewicht empfindlich stören.

Zudem hat die Reform des Versorgungsausgleichs eine gesetzliche Umrechnung der verschiedenen Versorgungssysteme in vergleichbare Werte abgeschafft.

Geblichen ist die Pflicht des Versorgungsträgers, einen sog. korrespondierenden Kapitalwert anzugeben. Schon die Bestimmung des § 47 VersAusglG zeigt, dass es sich nur um eine Hilfsgröße handelt. Der ursprüngliche Gesetzentwurf war noch ohne die bisherigen Absätze 1 und 6 ausgekommen.¹² Mit diesen Zusätzen stellte der Gesetzgeber dann jedoch klar, dass er die Ermittlung des korrespondierenden Kapitalwertes verschiedener Versorgungssysteme als erheblich korrekturbedürftig ansieht. Ein solcher Wert kann gleichwohl einer Vereinbarung zugrunde gelegt werden, wenn dieser Charakter den Beteiligten durch die notarielle Belehrung erläutert wurde und diese auf eine weitere Berechnung etwa durch Rentenberater verzichten, weil ihnen die alsbaldige Durchführung wertvoll ist oder weil die Ehegatten insgesamt eine Kompromisslinie gefunden haben. Eine solche notarielle Belehrung kann etwa lauten:

Der Notar hat darüber belehrt, dass es sich bei dem korrespondierenden Kapitalwert nicht um einen versicherungsmathematisch exakt berechneten Wert handelt, sondern um eine Hilfsgröße zur Erstellung einer Vorsorgevermögensbilanz, die möglicherweise vom wirklichen, nur sachverständig festzustellenden Wert abweichen kann und die keine Dynamik auf den Leistungszeitpunkt enthält.

Schon diese Belehrung zeigt, dass man zum Abschluss einer materiellen Vereinbarung auf dieser Grundlage nicht gezwungen werden kann.

Mit der gleichen Berechtigung könnte ein anderer Scheidungswilliger eine Verrechnung mit dem Zugewinn verlangen. Schließlich stehen hier ggf. auch Geldwerte nach einer Berechnung und Bewertung aller Vermögensgegenstände fest.¹³

Dort wo die Rechtsprechung bisher Zustimmungspflichten mit Rücksicht auf §§ 242, 1353 BGB herleitet, liegt dem die auf dem Wesen der Ehe beruhende Verpflichtung zugrunde, finanzielle Lasten des anderen zu mindern, wenn dies keine

nachteiligen Auswirkungen hat. Die Rechtsprechung hat solches bei bestehender gesetzlicher oder vertraglicher Hauptpflicht im Hinblick auf die steuerlichen Auswirkungen etwa beim Realsplitting¹⁴ oder bei der Zusammenveranlagung¹⁵ angenommen. Neuerdings soll dies auch für den steuerlichen Sonderausgabenabzug bei Zahlungen zur Vermeidung eines Versorgungsausgleichs nach § 10 Abs. 1a Nr. 3 EStG gelten,¹⁶ jeweils mit entsprechendem Vorbehalt eines Nachteilsausgleichs – soweit man nicht schon zur Verfügungstellung der Liquidität verpflichtet war.¹⁷ Das ist mit einem Kontrahierungszwang im Hinblick auf die Hauptpflicht nicht vergleichbar.

Hat der BGH den fehlenden Anspruch auf eine Verrechnungsvereinbarung nun für die Praxis maßgeblich festgestellt, so rückt eine Gestaltung in den Blick, die darauf abzielt, eine Verpflichtung zur Zustimmung zu einer Verrechnungsabrede im Scheidungsfall schon im vorsorgenden Ehevertrag zu verankern.¹⁸ Allerdings ist dies nur sehr schwer möglich, da die Parameter für die spätere Verrechnungsvereinbarung kaum bekannt sind und wiederum auf die korrespondierenden Kapitalwerte abgestellt werden müsste.

Der Beschluss des BGH schafft also Klarheit in einem umstrittenen Punkt und setzt zu Recht auf die Verhandlungsfreiheit der Vertragsteile und nicht auf einen Kontrahierungszwang.

14 BGH, Urteil vom 29.4.1998, XII ZR 266/96, NJW-RR 1998, 1153.

15 Schon BGH, Urteil vom 8.2.1984, IVb ZR 42/82, NJW 1984, 2040.

16 So AG Würzburg, Endbeschluss vom 8.11.2018, 5 F 876/18, BeckRS 201829185 besprochen in NJW-Spezial 2019, 101.

17 BGH, Urteil vom 18.11.2009, XII ZR 173/06, DStR 2010, 266.

18 Reetz, NotarFormulare Versorgungsausgleich, 2013, § 9, Rdnr. 143 Muster 9.56.

12. Rückabwicklung einer Grundeigentumszuwendung nach dem Scheitern der Ehe

OLG Stuttgart, Beschluss vom 5.6.2019, 18 UF 67/19

BGB § 138 Abs. 1, § 346 Abs. 1, §§ 516, 1378

LEITSÄTZE:

1. Die Zuwendung von Grundeigentum stellt keine Schenkung nach § 516 BGB dar, wenn ein Rücktrittsrecht vorbehalten wird. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Eine Schenkung liegt nur vor, wenn die Zuwendung unentgeltlich zur freien Verfügbarkeit des Empfängers geleistet wird; wird die Zuwendung des Eigentums an die Eheschließung und an den Bestand der Ehe geknüpft, stellt dies eine ehebezogene Zuwendung dar. (Leitsatz der Schriftleitung)

12 BT-Drucks. 16/10144.

13 Bei allen Werten ist jeweils noch zu vergleichen, ob sie brutto oder netto zu verstehen sind, welche steuerlichen Folgen sich also ergeben.

- 2. Nur wenn der Zugewinnausgleich zu einem schlechthin unangemessenen Ergebnis führt, kommt ein ergänzender Ausgleichsanspruch des Zuwenders nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht, der in der Regel aber auch auf Zahlung eines Geldbetrages gerichtet ist, nicht auf eine dingliche Herausgabe der Zuwendung. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. 1. Die Beteiligten haben am 16.9.1994 die Ehe geschlossen. Aus der Ehe sind zwei mittlerweile volljährige Kinder hervorgegangen.

2 Die Trennung der Beteiligten erfolgte im Februar 2015. Der Scheidungsantrag wurde der Antragsgegnerin am 12.11.2015 gestellt. Zwischenzeitlich hat das AG Hechingen die Ehe der Beteiligten mit Beschluss vom 26.2.2019 geschieden (...). Im Scheidungsverband geltend gemacht wurde u. a. auch die Folgesache Güterrecht. Mit Beschluss vom 4.12.2018 hat das AG die Zugewinngemeinschaft der Beteiligten vorzeitig aufgehoben (...).

3 2. Bereits vor der Eheschließung war der Antragsteller Alleineigentümer des Grundstücks Flst. (...)/(...), Gebäude- und Freifläche, H-Straße in B, 3,99 ar.

4 Durch notariellen Kaufvertrag vom 16.4.1993 hat der Antragsteller eine Teilfläche des benachbarten Grundstücks Flst. (...) erworben. Im notariellen Vertrag wurde u. a. bestimmt, dass das zu bildende Trennstück später mit dem Flst. (...)/(...) vereinigt werden soll. Der Kaufpreis betrug 100 DM / qm (Notariat H, Urkundenrolle Nr. [...]/[...]).

5 Am 10.05.1993 haben die Beteiligten einen notariellen Schenkungsvertrag geschlossen, in dem u. a. folgende Regelungen getroffen wurden (Notariat H, Urkundenrolle Nr. [...]):

„II. Schenkung

6 Herr K M R – nachstehend ‚der Schenker‘ genannt – verschenkt den hälftigen Miteigentumsanteil an den in Abs. I. näher bezeichneten Grundstücks, nämlich dem auf Gemarkung B liegenden Flst. (...)/(...) und des nach dem unter I. näher bezeichneten Vertrag zu erwerbenden Trennstücks an Frau M H – nachstehend ‚die Beschenkte‘ genannt –. Diese nimmt die Schenkung an.

III. Auflagen und Bestimmungen

7 1. Die Übereignung erfolgt deshalb, weil die Vertragschließenden beabsichtigen, auf dem erworbenen Grundeigentum ein Wohnhaus zu errichten und darin Wohnung zu nehmen. Sie beabsichtigen auch, die Ehe zu schließen.

8 2. Vom Zeitpunkt der Eheschließung an ist Geschäftsgrundlage der Bestand der zwischen den Vertragsschließenden bestehenden Ehe.

9 4. Die Beschenkte verpflichtet sich, das geschenkte Grundeigentum nicht ohne Zustimmung des Schenkers zu dessen Lebzeiten zu veräußern oder zu belasten. Bei einem Verstoß gegen diese Auflage ist der Schenker berechtigt, von diesem Verträge zurückzutreten (...).

10 5. Der Schenker behält sich auch den Rücktritt vom Schenkungsverträge für den Fall vor, dass

a) es nicht binnen zwei Jahren zu einer Eheschließung kommt,

b) danach etwa die Ehe zwischen den Vertragsschließenden zu Lebzeiten beider Ehegatten aufgelöst ist oder

c) die Ehegatten dauernd getrennt leben; wann das der Fall ist, bestimmt der Schenker nach seinem billigen Ermessen.

11 6. Das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, ist ausgeschlossen, solange einer der Beteiligten lebt. (...)

VI. Schlusserklärungen

12 Nach Hinweis des Notars auf die unsichere Rechtslage für einen Ausgleich oder eine Rückgewähr im Scheidungsfall verzichten wir auf Motivangaben zur Beweissicherung und die Vereinbarung einer Scheidungsklausel.“

13 Zum Zwecke der Kostenberechnung wurde der Wert der Schenkung mit 17.500 DM angegeben.

14 Zum damaligen Zeitpunkt lebten die Beteiligten bereits zusammen.

15 Durch notariellen Vertrag vom 21.9.1993 haben die Beteiligten sodann nach Abmessung des Teilgrundstücks erklärt, dass das neue Grundstück Flst. (...), 0,86 ar, im jeweils hälftigen Miteigentum stehen und dem Grundstück Flst. (...)/(...) zugeschrieben werden soll. Die Beteiligten erklärten ferner, dass das hälftige Miteigentum an dem neu gebildeten Grundstück Flst. (...)/(...), H-Straße, Gebäude- und Freifläche, 4,85 ar, auf die Beteiligten zu hälftigem Miteigentum übergehen soll (Notariat H, Urkundenrolle Nr. [...]).

16 Die Beteiligten wurden sodann als hälftige Miteigentümer des Grundstücks H-Straße, B, Flst. (...)/(...), 4,85 ar, im Grundbuch eingetragen.

17 Die Beteiligten errichteten auf dem Grundstück wie geplant ein Einfamilienhaus mit Garage.

18 Der Baubeginn war bereits vor der Eheschließung. Die Bebauung finanzierten die Beteiligten u. a. durch Darlehen, für die sie die gesamtschuldnerische Haftung übernahmen. Ab dem Jahr 2002 wurde das Dachgeschoss ausgebaut. Bis zum Auszug der Antragsgegnerin im April 2015 bewohnten die Beteiligten und ihre Kinder das Wohnhaus. Nach dem vom AG mit Beweisbeschluss vom 19.4.2018 eingeholten Sachverständigengutachten beträgt der Verkehrswert des Gebäudegrundstücks zum Stichtag 7.8.2018 rund 300.000 €.

19 3. Mit Schreiben vom 18.12.2015 hat der Antragsteller den Rücktritt von dem Vertrag vom 10.5.1993 erklärt und von der Antragsgegnerin die Rückübertragung ihres hälftigen Miteigentumsanteils an dem Grundstück Flst. (...)/(...), 4,85 ar, verlangt. Die Rücktrittserklärung wurde der Antragsgegnerin am 29.12.2015 gestellt.

20 Die Antragsgegnerin kam dieser Aufforderung nicht nach. Die Antragsgegnerin nahm Bezug auf die Rechtsprechung des BGH zu den ehebezogenen Zuwendungen unter Ehe-

gatten und trug vor, dass zunächst zu prüfen sei, ob nicht bereits der Zugewinn zu einem angemessenen Vermögensausgleich für den zuwendenden Ehegatten führe.

21 Die Antragsgegnerin wies im Übrigen darauf hin, dass sie schenkweise einen Hälfteanteil an einem nicht bebauten Grundstück im Wert von 17.500 DM erhalten habe und nun ihr hälftiges Miteigentum an einem mit einem Wohnhaus bebauten Grundstück im Wert von 150.000 € zurückübertragen solle, obwohl auch sie zur Finanzierung des Hausbaus beigetragen habe. So habe sie vor der Eheschließung 35.344 DM für das gemeinsame Grundstück aufgewendet, nach der Heirat bis zur Trennung weitere 29.690 €. Zudem habe sie zur Finanzierung des Teilgrundstücks von ihrem Vater im Jahr 1993 einen Betrag von 8.600 DM geschenkt erhalten. Durch die Rücktrittsklausel müsse sie die Vermögenswerte zurückgeben, die sie selbst oder zusammen mit dem Antragsteller geschaffen habe. Eine Rückgewähr des hälftigen Miteigentumsanteils könne daher nur Zug-um-Zug gegen Zahlung eines finanziellen Ausgleichs erfolgen.

22 Die Rücktrittsklausel sei jedoch sittenwidrig, da Regularien für einen entsprechenden Ausgleich oder eine Rückgewähr im Scheidungsfall nicht aufgenommen worden seien, der Notar auf die unsichere Rechtslage hingewiesen habe, sie sich über die Tragweite und Folgen des Rücktritts nicht im Klaren gewesen sei und sich insbesondere aus Ziffer 5 c des Vertrages eine unangemessene Benachteiligung ergebe.

23 4. Das AG Hechingen hat mit dem angegriffenen Beschluss vom 19.2.2019 die Antragsgegnerin antragsgemäß verpflichtet, eine Willenserklärung dahin gehend abzugeben, dass sie mit dem Antragsteller einig ist, dass das hälftige Miteigentum an dem Grundstück H-Straße, B, auf den Antragsteller übergeht. Darüber hinaus wurde die Antragsgegnerin antragsgemäß verpflichtet, die Eintragung des Antragstellers im Grundbuch als Alleineigentümer des Grundstücks H-Straße, B, zu bewilligen.

24 Das AG ordnete zudem an, dass diese Verpflichtungen jeweils Zug-um-Zug gegen Zahlung eines Betrages von 131.941 € zu erfüllen sind.

25 Das AG führte aus, dass das Rücktrittsrecht des Antragstellers wirksam vereinbart worden sei. Für eine Sittenwidrigkeit gebe es weder in objektiver noch in subjektiver Hinsicht Anhaltspunkte. Die zwischenzeitliche Bebauung des Grundstücks stehe einer Rückübertragung nicht im Wege, sondern löse lediglich die Folgen des § 347 Abs. 2 BGB aus. Aufgrund der Gleichwertigkeit von Erwerbsarbeit und Haushaltsführung stehe der Antragsgegnerin die hälftige Wertsteigerung des Grundstücks zu, da diese aufgrund der gemeinschaftlichen Leistung der Beteiligten entstanden sei. Der Vertrag vom 10.5.1993 stehe dieser Betrachtungsweise nicht entgegen, da dieser keine Regelung zu den Aufwendungen der Beteiligten für den Hausbau enthalte, so dass die gesetzlichen Vorschriften der §§ 346 ff. BGB eingreifen würden.

26 5. Der Antragsteller wendet mit der Beschwerde ein, dass die Antragsgegnerin eine Gegenleistung für die Übertragung ihres hälftigen Miteigentumsanteils nicht beanspruchen könne. Hätten die Beteiligten eine Gegenleistung für den Fall der Ausübung des Rücktrittsrechts gewollt, hätte ein solcher Parteilike im Vertrag Erwähnung gefunden. Eine Lücke oder ein

ungeregelter Tatbestand liege deshalb nicht vor. Im Übrigen habe er im Wesentlichen das Haus finanziert, da sich die Antragsgegnerin über einen Zeitraum von 17 Jahren geweigert habe, einer Beschäftigung nachzugehen. Die Wertsteigerung des Gebäudegrundstücks beruhe darüber hinaus auf seinen Eigenleistungen, sodass ein finanzieller Ausgleich zugunsten der Antragsgegnerin nicht der Billigkeit entsprechen würde. Im Übrigen habe das AG unbeachtet gelassen, dass die Antragsgegnerin Nutzungen durch das unentgeltliche Wohnen gezogen habe. Das AG habe zudem den Begriff der notwendigen Verwendungen verkannt und diese rechtsirrig auf 131.941 € beziffert.

27 Die Antragsgegnerin verteidigt im Beschwerdeverfahren die erstinstanzliche Entscheidung – unter Aufrechterhaltung ihres Vortrages zur Sittenwidrigkeit des Vertrages vom 10.5.1993 – und beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen.
(...)

29 I. Die Beschwerde des Antragstellers ist gemäß §§ 58 ff. FamFG zulässig und hat in der Sache auch Erfolg.

30 Der Antragsteller ist aufgrund der notariell vereinbarten Rücktrittsklausel berechtigt, von dem Vertrag mit der Antragsgegnerin zurückzutreten. Der sich danach aus § 346 Abs. 1 BGB ergebende Rückgewähranspruch ist – wie beantragt und vom AG zuerkannt – auf Erklärung der Auflassung und Bewilligung der Eigentumsumschreibung gerichtet. Eine Erfüllung Zug-um-Zug nach § 348 BGB kann die Antragsgegnerin nicht verlangen.

31 1. Das AG geht zu Recht davon aus, dass der notarielle Vertrag vom 10.5.1993 nicht sittenwidrig im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB ist.

32 Bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit ist auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts abzustellen (BGH, NJW 2012, 1570; 2014, 2177).

33 a) Die Beteiligten haben am 10.5.1993 vereinbart, dass dem Antragsteller ein vertragliches Rücktrittsrecht u. a. bei Scheitern der Ehe zustehen soll. Verbunden hiermit ist das Recht des Antragstellers, bei Ausübung des Rücktrittsrechts nach § 346 Abs. 1 BGB dingliche Rückgewähr des übereigneten hälftigen Miteigentumsanteils an dem Grundstück verlangen zu können.

34 Die Zuwendung des hälftigen Miteigentumsanteils an dem Grundstück stellt aufgrund des vorbehaltenen Rücktrittsrechts keine Schenkung nach § 516 BGB dar. Eine Schenkung liegt nur vor, wenn die Zuwendung unentgeltlich zur freien Verfügbarkeit des Empfängers geleistet wird (BGH, FamRZ 1998, 669; 1995, 1060; 1990, 600; *Wever*, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 7. Aufl., Rdnr. 911). Die Zuwendung des hälftigen Miteigentumsanteils an die Antragsgegnerin ist jedoch ausdrücklich an die Eheschließung und an den Bestand der Ehe geknüpft, stellt also eine ehebezogene Zuwendung dar (siehe BGH, FamRZ 2012, 1789; 1999, 1580; 1992, 300; 1990, 600).

35 Mit dem Vertrag vom 10.5.1993 haben die Beteiligten den mit Eheschließung eintretenden gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft modifiziert, der nach § 1378 BGB

lediglich einen finanziellen Ausgleich der unterschiedlichen Zugewinne beider Ehegatten vorsieht und grundsätzlich keine Korrektur der dinglichen Vermögenslage zulässt. Dass die Antragsgegnerin das hälftige Miteigentum an dem Grundstück vorehelich erhalten hat, ist hierbei unbeachtlich, da auch voreheliche Zuwendungen vorrangig über den Zugewinn ausgeglichen werden (BGH, FamRZ 1992, 160; *Schulz/Hauß*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 6. Aufl. 2015, Rdnr. 1722 ff.). Nur wenn der Zugewinnausgleich zu einem schlechthin unangemessenen Ergebnis führt, kommt nach der Rechtsprechung des BGH ein ergänzender Ausgleichsanspruch des Zuwenders nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht, der in der Regel aber auch auf Zahlung eines Geldbetrages gerichtet ist, nicht auf eine dingliche Herausgabe der Zuwendung (BGH, FamRZ 2003, 230; 1993, 289; 1991, 1169).

36 b) Nach der Grundsatzentscheidung des BGH vom 11.2.2004 („Kernbereichslehre“, FamRZ 2004, 601) darf die grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen wird. Die Belastungen des einen Ehegatten wiegen dabei umso schwerer und die Belange des anderen Ehegatten bedürfen umso genauerer Prüfung, je unmittelbarer die vertragliche Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift. Der BGH ordnet den Zugewinnausgleich dabei auf der untersten Stufe dieser Rangordnung ein.

37 c) Insofern begegnet der notarielle Vertrag vom 10.5.1993 keinen Bedenken.

38 Zwar enthält der Vertrag vom 10.5.1993 keine Vereinbarung für den Fall des Rücktritts des Antragstellers, insbesondere ist nicht geregelt, wie im Falle des Rücktritts die durch den Hausbau eingetretene Wertsteigerung des Grundstücks zwischen den Beteiligten auszugleichen ist. Dass eine Wertsteigerung des Grundstücks eintreten wird, war bei Vertragsabschluss im Mai 1993 auch absehbar, da die Beteiligten bereits damals beabsichtigt hatten, auf dem noch unbebauten Grundstück ein Wohnhaus zu errichten. Auf Ziffer III Nr. 1 des notariellen Vertrages vom 10.5.1993 wird verwiesen.

39 Eine sittenwidrige Übervorteilung der Antragsgegnerin durch diese Vertragsgestaltung sieht das Beschwerdegericht in Übereinstimmung mit dem AG jedoch nicht.

40 Die Beteiligten haben – trotz Hinweises des Notars auf die unsichere Rechtslage für einen Ausgleich oder eine Rückgewähr im Scheidungsfall – ausdrücklich auf die Vereinbarung einer Scheidungsklausel verzichtet.

41 Zu Recht weist das AG darauf hin, dass mangels vertraglicher Regelungen die gesetzlichen Ansprüche der Antragsgegnerin eingreifen, die die Beteiligten nicht ausgeschlossen oder modifiziert haben. Durch den Rücktritt gestaltet sich das Vertragsverhältnis nach den gesetzlichen Regelungen der §§ 346 ff. BGB in ein Abwicklungsverhältnis um, ohne dass es einer diesbezüglichen Vereinbarung der Beteiligten bedarf. Im Falle des Rücktritts steht dem Herausgabepflichtigen der Anspruch auf Ersatz seiner Verwendungen nach § 347 Abs. 2 BGB zu. Zudem nimmt die Antragsgegnerin am Vermögens-

zuwachs des Antragstellers während der Ehe im Rahmen des Zugewinns teil, §§ 1373 ff. BGB.

42 Selbst wenn der Verweis auf die verbleibenden gesetzlichen Ansprüche zu einer Schlechterstellung der Antragsgegnerin führen sollte, folgt hieraus alleine noch keine Sittenwidrigkeit. Aus einseitig belastenden Regelungen kann nur dann auf die für das Verdikt der Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB weiter erforderliche verwerfliche Gesinnung des begünstigten Ehegatten geschlossen werden, wenn die Annahme gerechtfertigt ist, dass sich in dem unausgewogenen Vertragsinhalt eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehegatten und damit eine Störung der subjektiven Vertragsparität widerspiegelt, insbesondere infolge der Ausnutzung einer Zwangslage, sozialer oder wirtschaftlicher Abhängigkeit oder intellektueller Unterlegenheit (BGH, Beschluss vom 17.1.2018, XII ZB 20/17, juris; BGH, FamRZ 2013, 269).

43 Nach diesen Maßstäben liegen keine Anhaltspunkte für eine subjektive Imparität vor.

44 Die Antragsgegnerin war bei Abschluss des Vertrages am 10.5.1993 ausweislich des Beschwerdeverfahrens zum nachehelichen Unterhalt (...) seit nahezu neun Jahren berufstätig. Die Antragsgegnerin bezifferte ihr Einkommen bei Eheschließung im Jahr 1994 auf 42.153 DM und das Einkommen des Antragstellers auf 60.765 DM. Zudem trug sie vor, der Antragsteller habe vor Eheschließung über Jahre hinweg mietfrei bei ihr gelebt und sie sei darüber hinaus für sämtliche verbrauchsabhängigen Kosten aufgekommen.

45 Eine wirtschaftliche Abhängigkeit der Antragsgegnerin vom Antragsteller zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Mai 1993 ist daher nicht zu erkennen. Auch bestehen keine Anhaltspunkte für die Annahme, dass die Antragsgegnerin bei Vertragsabschluss nicht in der Lage war, die Vor- und Nachteile des Rechtsgeschäfts sachgerecht zu bewerten. Unbeachtlich ist daher, dass sich die Antragsgegnerin bei Vertragsabschluss nicht im Klaren war, welche Folgen und Tragweite das Rücktrittsrecht des Antragstellers bei Ausübung hat. Dieser Umstand fällt allein in die Risikosphäre der Antragsgegnerin und kann nicht dem Antragsteller angelastet werden, zumal der Notar – wie oben erwähnt – auf die unsichere Rechtslage für einen Ausgleich oder eine Rückgewähr im Scheidungsfall hingewiesen hat.

46 Nach alledem lässt sich nicht feststellen, dass die Antragsgegnerin bei Abschluss des Vertrages am 10.5.1993 in ihrer Selbstbestimmung eingeschränkt war. Für ein verwerfliches Verhalten des Antragstellers gibt es keinen Anhalt.

47 2. Der Antragsteller hat den Rücktritt vom Vertrag durch Schreiben vom 18.12.2015 an die Antragsgegnerin – gestellt am 29.12.2015, erklärt, § 349 BGB. Die Voraussetzungen für die Ausübung des Rücktrittsrechts lagen zum damaligen Zeitpunkt nach Ziffer III Nr. 5c des Vertrages aufgrund des dauernden Getrenntlebens der Beteiligten vor.

48 3. Entgegen der Auffassung des AG begründet die Wertsteigerung des Grundstücks durch den Hausbau keinen Verwendungsersatzanspruch der Antragsgegnerin gemäß § 347 Abs. 2, § 994 Abs. 1 BGB.

49 Verwendungen sind Vermögensaufwendungen, die der Sache zugute kommen, indem sie ihrer Wiederherstellung, Erhaltung oder Verbesserung dienen (BeckOK-BGB/H. Schmidt, Stand: 1.5.2019, § 347 Rdnr. 4; MünchKomm-BGB/Gaier, 8. Aufl. 2019, § 347 Rdnr. 18; BGH, NJW 1996, 921).

50 Umgestaltungs aufwendungen (sachändernde Verwendungen) fallen nach der Rechtsprechung des BGH nicht unter den Begriff der notwendigen Verwendung im Sinne der § 347 Abs. 2, § 994 Abs. 1 BGB. Die Bebauung eines bisher unbebauten Grundstücks ist nach Auffassung des BGH keine Bestandsverbesserung, sondern eine Zustandsveränderung, sodass die Kosten für die Bebauung keine Verwendungen darstellen (BGH 41, 157; BGH, NJW 2001, 3118).

51 Sofern die Antragsgegnerin Aufwendungen für den Hausbau geltend macht, dringt sie hiermit nach § 347 Abs. 2 BGB nicht durch.

52 4. An der Wertsteigerung des Grundstücks nimmt die Antragsgegnerin allein im Rahmen des Zugewinns nach §§ 1373 ff. BGB teil. Hierbei kommt es nicht darauf an, wer in welchem Umfang zum Vermögenserwerb während der Ehe beigetragen hat (MünchKomm-BGB/Koch, Vor § 1363 Rdnr. 12; Schulz/Hauß, a. a. O., Rdnr. 6).

53 Insoweit ist nach dem Dafürhalten des Beschwerdegerichts im Aktiv-Endvermögen des Antragstellers neben seinem hälftigen Miteigentumsanteil an dem Grundstück H-Straße auch der Anspruch gegen die Antragsgegnerin aus dem Vertrag vom 10.5.1993 auf Rückgewähr des zugewendeten hälftigen Miteigentumsanteils zu berücksichtigen (siehe BGH, NJW 2007, 1744). Dass der Antragsteller den Rücktritt erst nach Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags – somit nach dem Stichtag für das Endvermögen, § 1384 BGB – erklärt hat, ist unbeachtlich. Die Tatbestandsvoraussetzungen des Rücktrittsrechts waren spätestens im April 2015 durch den Auszug der Antragsgegnerin aus der Ehwohnung gegeben. Zumindest seit diesem Zeitpunkt leben die Beteiligten dauernd getrennt im Sinne von Ziffer III Nr. 5c des Vertrages vom 10.05.1993. Der Antragsteller wird also im Rahmen seines Endvermögens so gestellt, als wäre er Alleineigentümer des Grundstücks H-Straße.

54 Im Aktiv-Endvermögen der Antragsgegnerin ist zwar auch ihr hälftiger Miteigentumsanteil an dem Grundstück H-Straße zu berücksichtigen. In das Passiv-Endvermögen ist aber spiegelbildlich die Rückgewährverpflichtung aus dem Vertrag vom 10.5.1993 einzustellen, sodass sich im Hinblick auf den hälftigen Miteigentumsanteil rechnerisch kein einzusetzender Wert ergibt. Im Anfangsvermögen der Antragsgegnerin ist der Rückforderungsanspruch des Antragstellers aus dem Vertrag vom 10.5.1993 ebenfalls als Passivposten einzustellen, da die Antragsgegnerin das hälftige Miteigentum an dem Grundstück mit der Belastung erworben hat, die Zuwendung im Falle des Eintritts der vertraglich normierten Rücktrittsgründe an den Antragsteller zurückübertragen zu müssen (siehe BGH, NJW 2010, 2884). Wie diese am Stichtag „Eheschließung“ ungewisse Forderung im Einzelnen zu bewerten ist, obliegt dem erstinstanzlichen Tatrichter.

55 Bei der Bewertung des jeweiligen Anfangsvermögens ist zudem die Regelung in Ziffer 6 des Vertrages vom 10.5.1993

einzu beziehen, wonach das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, ausgeschlossen ist, solange einer der Beteiligten lebt.

56 Die vorehelichen Aufwendungen der Antragsgegnerin für das Grundstück H-Straße bleiben bei dem Ausgleich über das Güterrecht nicht unberücksichtigt, da sich diese zumindest hälftig in ihrem Anfangsvermögen widerspiegeln und so ihren Zugewinn vermindern.

57 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO, § 113 Abs. 1 FamFG.

58 Der Beschwerdewert wurde gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 FamGKG, § 3 ZPO festgesetzt. Die Beschwerde des Antragstellers wendet sich ausschließlich gegen die Zug-um-Zug-Verschuldung.

59 Gründe für die Zulassung der Rechtsbeschwerde gemäß § 70 Abs. 2 FamFG liegen nicht vor.

ANMERKUNG:

Von Notarassessorin **Franziska Osterholzer**, Amberg

Das OLG Stuttgart hatte über die dingliche Rückgewähr einer Grundstückszuwendung unter Ehegatten nach deren Scheidung und mögliche Ersatzansprüche wegen Aufwendungen für den Hausbau zu entscheiden. Dem Beschluss des OLG Stuttgart ist nur teilweise zuzustimmen.

1. Ehebedingte Zuwendung

Die unentgeltliche Zuwendung ist mit dem OLG als ehebedingte (ehebezogene, unbenannte) Zuwendung einzuordnen. Solche Zuwendungen sind dadurch gekennzeichnet, dass sie „um der Ehe willen“ als Beitrag zu deren Verwirklichung, Ausgestaltung, Erhaltung und Sicherung erfolgen, getragen von der Erwartung, die Ehe werde Bestand haben und der Zuwendende so im Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft weiter an Vermögenswert und Früchten der Zuwendung partizipieren.¹ Demgegenüber erfolgt die Schenkung unentgeltlich zur freien Verfügbarkeit des Empfängers und uneigennützig, wird also nicht an die Erwartung des Fortbestands der Ehe geknüpft.² Zwar spricht die notarielle Urkunde von „Schenkung“, „Schenker“ und „Beschenker“. Dem Wortlaut der Urkunde kommt bei der Qualifizierung des Vertragstyps eine gewisse indizielle Bedeutung zu, zumindest bei Urkunden, die nach der Etablierung des Rechtsinstituts datieren.³ Die Vertragsbezeichnung ist letztlich aber nicht entscheidend, sofern die innere

1 BGH, Urteil vom 24.3.1980, II ZR 191/79, FamRZ 1980, 664; Urteil vom 8.7.1982, IX ZR 99/80, FamRZ 1981, 910; Urteil vom 17.1.1990, XII ZR 1/89, MittBayNot 1990, 178; Urteil vom 13.7.1994, XII ZR 1/93, NJW 1994, 2545; Urteil vom 28.3.2006, X ZR 85/04, ZNotP 2006, 303.

2 BGH, Urteil vom 4.2.1998, XII ZR 160/96, FamRZ 1998, 669; Urteil vom 12.4.1995, XII ZR 58/94, FamRZ 1995, 1060; Urteil vom 17.1.1990, XII ZR 1/89, FamRZ 1990, 600.

3 Münch, Ehebedingte Rechtsgeschäfte, 4. Aufl. 2015, Rdnr. 1319 mit Fn. 2312 u. w. N., wonach die Bezeichnung „unbenannte Zuwendung“ bis in die Siebziger Jahre noch nicht verbreitet gebräuchlich war.

Abhängigkeit zwischen Zuwendung und Ehe sonst klar zum Ausdruck kommt.

Das OLG konstatiert insoweit, die Zuwendung des hälftigen Miteigentumsanteils an dem Grundstück stelle aufgrund des vorbehaltenen Rücktrittsrechts keine Schenkung nach § 516 BGB dar (Rdnr. 34; redaktioneller Leitsatz Nr. 1). In dieser Allgemeinheit ist diese Aussage jedoch anzuzweifeln. Betrachtet man zum Beispiel Grundstücksüberlassungen von Eltern an ihre Kinder mit Rückforderungsklauseln, mindert die vorbehaltene „Gegenleistung“ in der zivilrechtlichen Bewertung zwar die Unentgeltlichkeit des Rechtsgeschäfts. Eine Schenkung als Rechtsgrund wird dadurch im Übrigen aber nicht ausgeschlossen.⁴

Für die dogmatische Einordnung bei Grundstückszuwendungen unter Ehegatten ist entsprechend nicht die Tatsache der Vereinbarung eines Rücktrittsrechts an sich entscheidend, sondern dessen inhaltliche Ausgestaltung (Rücktrittsgründe) und die daraus zu ziehenden Rückschlüsse für die Rechtsnatur der Zuwendung. Im Ergebnis ist dem OLG freilich zuzustimmen. Als Rücktrittsgründe wurden unter anderem vereinbart der Fall des dauernden Getrenntlebens und der Scheidung. Zugleich wurde in der notariellen Urkunde der Bestand der Ehe als Geschäftsgrundlage der Zuwendung explizit bestimmt.⁵ Das Rücktrittsrecht besteht damit gerade für den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Die Grundstückszuwendung ist deshalb als ehebedingte Zuwendung zu charakterisieren. Am Merkmal echter Freigiebigkeit als Wesensmerkmal der Schenkung mangelt es.

Ohne notarielle Vereinbarung gilt im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft für ehebedingte Zuwendungen bei Scheitern der Ehe der Grundsatz des Vorrangs des Güterrechts. Die Zugewinnausgleichsregelungen schließen regelmäßig sonstige (nebenbürgerrechtliche) Ansprüche aus, insbesondere die Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB. Nur ausnahmsweise, wenn das Ergebnis des Zugewinnausgleichs zu einem schlechthin unangemessenen und unerträglichen Ergebnis führt, kommt eine Korrektur nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht. Dieser ergänzende Ausgleichsanspruch ist in der Regel auf Zahlung eines Geldbetrages beschränkt. Nur in extremen Ausnahmefällen ist er auf dingliche Herausgabe der Zuwendung gerichtet. Diese dingliche Rückgewähr kann wiederum in aller Regel nur Zug-um-Zug gegen Zahlung eines angemessenen Ausgleichsbetrags verlangt werden.⁶ Aus diesen Grundsätzen folgt, wie vom beurkundenden Notar beherrigt: Möchte der Zuwendende den Zuwendungsgegen-

stand bei Scheitern der Ehe rechtssicher zurückverlangen können, muss dies vertraglich vereinbart werden. Letztendlich handelt es sich dabei um eine ehevertragliche Regelung, weil das gesetzliche Güterrecht für die Zugewinnsgemeinschaft modifiziert wird.⁷

2. Voreheliche Zuwendung

Der Sachverhalt weist eine zusätzliche Besonderheit auf. Sowohl die Zuwendung des Miteigentumsanteils als auch der Baubeginn (Leistungen beider Seiten) lagen bereits vor Eheschließung. Erfolgen familienheimbezogene voreheliche Zuwendungen ungeregelt, führen sie bekanntlich zu Verschiebungen im Anfangsvermögen und häufig zu Ungerechtigkeiten bei einer späteren Zugewinnberechnung.⁸ Nach Ansicht des OLG sei dies jedoch unbeachtlich und die oben genannten Grundsätze anzuwenden, da auch voreheliche Zuwendungen vorrangig über den Zugewinn ausgeglichen würden (Rdnr. 35). Diese Aussage bedarf näherer Erläuterung.

Das OLG verweist auf ein Urteil des BGH.⁹ Der BGH hatte über die Klage einer geschiedenen Ehefrau auf Aufwändungsersatz wegen vorehelicher Aufwendungen während der Zeit der Verlobung¹⁰ für den Hausbau auf das im Alleineigentum des Ehemannes befindliche Grundstück zu entscheiden. Tatsächlich hat der BGH einen Ausgleichsanspruch nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (aufgrund der Vergleichbarkeit der Interessenlage mit unbenannten Zuwendungen unter Ehegatten im Güterstand der Gütertrennung) bejaht, sofern keine besonderen Abreden getroffen worden sind oder die Leistungen bei Scheitern der Ehe durch den Zugewinnausgleich ausgeglichen werden.¹¹ Der Ausgleichsanspruch hat ergänzenden Charakter und kann nur Werte zum Gegenstand haben, die nicht dem eigentlichen Zugewinnausgleich unterfallen. Leistungen für den Hausbau, die nach Eheschließung erfolgen, unterliegen demnach dem Zugewinnausgleich. Gleiches gilt für die allgemeine Wertsteigerung des Grundstücks ab diesem Zeitpunkt. Umgekehrt unterfallen wertsteigernde Leistungen vor Eheschließung dem Ausgleichsanspruch.¹² Die gleichen Grundsätze müssen für die Leistung des Ehemannes (Miteigentum am Grundstück) im Fall des OLG gelten. Der BGH hat jedoch weiter entschieden, dass letztlich durch den Ausgleichsanspruch keine Besserstellung gegenüber der Konstellation eintreten darf, dass die Leistungen gänzlich erst nach Eheschließung erfol-

4 Vgl. *Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Kap. 1 C Rdnr. 49 f., 56, 58.

5 Bei Verwendung des Begriffs „Schenkungen“ in der Urkunde im Ergebnis auch erforderlich nach BGH, Urteil vom 28.3.2006, X ZR 85/04, ZNotP 2006, 303 f. = FamRZ 2006, 1022 m. Anm. *Wever* (Notwendigkeit tatrichterlicher Feststellung).

6 BGH, Urteil vom 7.9.2005, XII ZR 316/02, FamRZ 2006, 394, 395; Urteil vom 28.11.2001, XII ZR 173/99, FamRZ 2003, 230; Urteil vom 21.10.1992, XII ZR 182/90, FamRZ 1993, 289; Urteil vom 10.7.1991, XII ZR 114/89, FamRZ 1991, 1169; Urteil vom 27.3.2002, XII ZR 143/00, ZNotP 2002, 361 f.

7 Zur Ehevertragskontrolle siehe Ziffer 3.

8 *Münch*, Ehebedingte Rechtsgeschäfte, Rdnr. 1342 f.; zu den (ehe-)vertraglichen Lösungen siehe Rdnr. 1348 ff. (Darlehen), Rdnr. 1358 (Gesellschaftsvertrag), Rdnr. 1359 ff. (Zugewinn: Vorverlegung Stichtag/wertmäßige Festlegung des Anfangsvermögens).

9 BGH, Urteil vom 2.10.1991, XII ZR 145/90, FamRZ 1992, 160 = NJW 1992, 427 = DNotZ 1993, 515.

10 Von einem Verlöbnis im Fall des OLG wird aufgrund des Sachverhalts ausgegangen. Für andere Zeiten nichtehelichen Zusammenlebens vgl. *Münch*, Ehebedingte Rechtsgeschäfte, Rdnr. 1345.

11 BGH, a. a. O., Rdnr. 8.

12 BGH, a. a. O., Rdnr. 11.

gen. Der Ausgleichsanspruch ist danach anhand eines hypothetischen Zugewinnausgleichs zu bemessen.¹³ Insofern wird die Aussage des OLG verständlich. Allerdings muss angemerkt werden, dass „besondere Abreden“ im Sinne der BGH-Rechtsprechung durch die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts (mit gesetzlichem Rücktrittsfolgenrecht) tatsächlich getroffen wurden. Diese überlagern die vorstehende Handhabung vorehelicher Zuwendungen (Ziffer 4.).

3. Sittenwidrigkeit, § 138 BGB

Das OLG hat im Rahmen der ehevertraglichen Wirksamkeitskontrolle den Einwand der Unwirksamkeit der Rücktrittsklausel aufgrund Sittenwidrigkeit abgelehnt. Das OLG legt lehrbuchgemäß dar, dass das Güterrecht nach der Kernbereichslehre weitestgehenden Modifikationen zugänglich ist. Schon eine objektiv sittenwidrige Benachteiligung durch das Fehlen eines vertraglichen Verwendungersatzanspruchs¹⁴ sieht das OLG daher nicht, erfolgt letztlich eine Teilhabe doch über den Zugewinnausgleich. Selbst bei anderer Beurteilung mangle es an der subjektiven Imparität der Vertragsteile, die auf eine verwerfliche Gesinnung schließen lassen könne. Einmal mehr wird deutlich, dass auf das subjektive Element bei der Feststellung der Sittenwidrigkeit im Rahmen der richterlichen Inhaltskontrolle verstärkt Wert gelegt wird.¹⁵

Zum Vorbringen der Ehefrau, aus der Klausel Ziffer 5c (Rücktrittsgrund dauernde Trennung; „wann das der Fall ist, bestimmt der Schenker nach seinem billigem Ermessen“) ergebe sich eine unangemessene Benachteiligung, sei kurz angemerkt: Keinerlei Angriffsfläche dürfte eher die Vereinbarung der §§ 1565-1567 BGB als gesetzliche Kriterien bieten. Eine objektiv unangemessene Benachteiligung folgt aus dem Kriterium „billiges Ermessen“ gleichwohl nicht, handelt es sich doch nicht um ein „freies Belieben“ des Berechtigten. Letztlich sind bei der Ausübung maßgeblich die gesetzlichen Anforderungen und richterrechtlichen Ausfüllungen einer dauerhaften Trennung zu berücksichtigen.

4. Rücktritt, Ver- bzw. Aufwendungsersatz

Sowohl das AG Hechingen als auch das OLG Stuttgart gehen von einem wirksamen Rücktritt vom Zuwendungsvertrag aus. In der Rechtsfolge divergieren die Entscheidungen jedoch. Mangels weiterer vertraglicher Regelungen ist für das Rückgewährverhältnis das gesetzliche Rücktrittsfolgenrecht maßgeblich. Anwendbar ist damit insbesondere auch § 347 Abs. 2 BGB. Während die Vorinstanz die dingliche Rückgewähr nur Zug-um-Zug gegen Zahlung eines Verwendungersatzanspruchs gemäß § 347 Abs. 2 BGB in Höhe der hälftigen Wertsteigerung des Grundstücks infolge der Bebauung zusprach, verneint das OLG einen solchen Ersatzanspruch entsprechend dem engen Verwendungsbegriff des BGH. Danach ist die Gebäudeerrichtung als Umgestaltungsaufwendung (sachändernde Verwendung) nicht als

Verwendung anzusehen.¹⁶ Ein Ersatzanspruch ist damit aber lediglich nach § 347 Abs. 2 Satz 1 BGB (notwendige Verwendungen) ausgeschlossen.

Warum das OLG auch einen Aufwendungsersatzanspruch gemäß § 347 Abs. 2 Satz 2 BGB für nicht gegeben hält, wird nicht ersichtlich.¹⁷ Danach sind andere Aufwendungen zu ersetzen, soweit der Gläubiger durch sie bereichert ist. Der Aufwendungsbegriff ist gesetzlich nicht definiert. Allgemein werden darunter alle zweckbestimmten freiwilligen Vermögensopfer im Interesse eines anderen verstanden. „Verwendungen“ (im Sinne der Rechtsprechung) kennzeichnen eine Untergruppe der Aufwendungen. Der Oberbegriff erfasst dagegen auch freiwillige Vermögensopfer auf die Sache, die nicht der bloßen Erhaltung, Verbesserung oder Wiederherstellung dienen. Insbesondere fallen Umgestaltungsaufwendungen darunter. Schon der Wortlaut der Norm lässt also einen Aufwendungsersatzanspruch für die Kosten einer Bebauung eines Grundstücks unproblematisch zu.¹⁸

Dies entspricht infolge der bewussten Änderung der Rechtslage im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung auch dem Willen des Reformgesetzgebers.¹⁹ Auch nach Sinn und Zweck der Norm wird der enge Verwendungsbegriff des BGH und die Ersatzfähigkeit solcher notwendiger Verwendungen gemäß Satz 1 nicht unterlaufen, wenn man Umgestaltungsaufwendungen unter Satz 2 subsumiert. Denn dort wird als zusätzliche Anspruchsvoraussetzung die (subjektive) Bereicherung des Rückgewährgläubigers verlangt. Nicht nur in der Literatur wird daher ein Aufwendungsersatzanspruch für Umgestaltungsaufwendungen aus § 347 Abs. 2 Satz 2 BGB befürwortet.²⁰ Selbst der BGH sieht diesen Anspruch in einer jüngeren Entscheidung (Aufwendungsersatz für Rohbau) als gegeben an.²¹ Der Ehemann ist im vorliegenden Fall durch die Aufwendungen seiner Frau auch weiter subjektiv bereichert. Auf ein Wegnahmerecht nach den Grundsätzen zur aufgedrängten Bereicherung kann er seine Frau jedenfalls nicht verweisen. Nicht nur ist die Wegnahme eines Gebäudeteils schon in der Natur ausgeschlossen. Die Bebauung erfolgte auch nicht gegen seinen Willen. Sie war vielmehr von Anfang an von beiden Ehegatten beabsichtigt und wurde dementsprechend zur weiteren Geschäftsgrundlage in der notariellen Urkunde erhoben.²² Sofern angenommen werden kann, dass der Ehemann das Haus weiter bewohnt, ist durch die Wohnnutzung auch im Übrigen eine Bereicherung gegeben.

¹³ BGH, a. a. O., Rdnr. 11.

¹⁴ Zu dessen „Fehlen“ noch in Ziffer 4.

¹⁵ Zu dieser Rechtsprechungstendenz m. w. N. Würzburger Notarhandbuch/Mayer/Reetz, 5. Aufl. 2017, Teil 3 Kap. 1 Rdnr. 38.

¹⁶ BGH, Urteil vom 26.2.1964, V ZR 105/61, BGHZ 41, 157; Urteil vom 22.6.2001, V ZR 128/00, NJW 2001, 3118.

¹⁷ Vgl. Rdnr. 51 der besprochenen Entscheidung.

¹⁸ MünchKomm-BGB/Gaier, 8. Aufl. 2019, § 347 Rdnr. 21.

¹⁹ So zu verstehen Bamberger/Roth/Grothe, BGB, 1. Aufl. 2003, § 347 Rdnr. 1, 6 (zuvor: Verwendungersatz nur teilweise nach § 327 Satz 2 BGB a. F. bzw. nach Rechtshängigkeit gemäß EBV-Grundsätzen; kein Ersatz nützlicher Verwendungen, z. T. str.).

²⁰ MünchKomm-BGB/Gaier, § 347 Rdnr. 18, 21 m. w. N. in Fn. 95; Erman/A. Röthel, BGB, 12. Aufl. 2008, § 347 Rdnr. 9.

²¹ BGH, Urteil vom 15.3.2013, V ZR 201/11, Rdnr. 24, NJW-RR 2013, 1318.

²² Vgl. auch BGH, Urteil vom 15.3.2013, V ZR 201/11, NJW-RR 2013, 1318 Rdnr. 25 (dort sogar Rechtspflicht zum Bau).

Die Höhe der Ersatzpflicht wird durch zwei Schranken bestimmt. Einerseits ist Obergrenze die eingetretene objektive Wertsteigerung des Grundstücks im Zeitpunkt der Rückgewähr. Andererseits ist der Anspruch durch die Höhe der tatsächlich geleisteten Aufwendungen begrenzt.²³ Entgegen der Ansicht des AG ist damit nicht die hälftige Wertsteigerung des Grundstücks über § 347 Abs. 2 Satz 2 BGB als Aufwendungsersatz geschuldet, da die finanziellen Leistungen der Ehefrau nach Vortrag dahinter zurückbleiben. Auch in Hinblick auf eine Gleichwertigkeit von Erwerbsarbeit und Haushaltsführung ist dies nicht unbillig, partizipiert die Ehefrau an der Wertsteigerung des Grundstücks doch über den Zugewinnausgleich.²⁴

5. Zugewinnausgleich

Mangels ausdrücklichen vertraglichen Ausschlusses ist die sich nach Vollzug der Rückforderung ergebende Vermögenslage bzw. sind der Rückforderungsanspruch und die korrespondierende Rückübertragungsverpflichtung im Zugewinnausgleich zu berücksichtigen. Wie das OLG feststellt, ist die Ausübung des Rücktrittsrechts erst nach Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags und damit nach dem gemäß § 1384 BGB maßgeblichen Stichtag für das Endvermögen unerheblich. Man kann insofern gewisse Zweifel haben, wenn ehevertragliche Klauseln die Rückforderung erst mit (im Sinne von nach Rechtskraft) der Scheidung gestatten, eine Ausübung vor dem Zeitpunkt des § 1384 BGB also unmöglich ist und ungewiss bleibt.²⁵ Im vorliegenden Fall knüpft das Rücktrittsrecht aber schon an die Trennung der Ehegatten an. Der Rücktrittsgrund war damit vor Rechtshängigkeit der Scheidung gegeben, die Ausübung stand zumindest im Zeitpunkt der Entscheidung über die Folgesache Güterrecht bereits fest. Die Berücksichtigung im Zugewinnausgleich ist damit angebracht.

Einzustellen sind wie nach Darstellung des OLG aufseiten des Ehemanns in dessen Anfangsvermögen der eigene Miteigentumsanteil sowie der Rückgewähranspruch im Zeitpunkt der Eheschließung (Bewertung fraglich), im Endvermögen wiederum beide Positionen mit der dann maßgeblichen Bewertung. Aufseiten der Ehefrau sind korrespondierend ebenfalls im Anfangs- und Endvermögen der zugewendete Miteigentumsanteil jeweils abzüglich der Rückgewährverpflichtung einzustellen, letztere mit identischem Bewertungsproblem im Rahmen des Anfangsvermögens. Über die Feststellungen des OLG hinaus ist zusätzlich der Aufwendungsersatzanspruch der Ehefrau gemäß § 347 Abs. 2 Satz 2 BGB im Endvermögen beider Ehegatten (Höhe der tatsächlichen Aufwendungen) und in deren Anfangsvermögen (entsprechende Bewertungsfrage) als Aktiv- bzw. Passivposten zu berücksichtigen.

²³ BGH, Urteil vom 15.3.2013, V ZR 201/11, NJW-RR 2013, 1318 Rdnr. 26; Palandt/Grüneberg, 78. Aufl. 2019, § 347 Rdnr. 3.

²⁴ Vgl. oben Ziffer 2. mit Verweis auf BGH, Urteil vom 2.10.1991, XII ZR 145/90, FamRZ 1992, 160 Rdnr. 11.

²⁵ Würzburger Notarhandbuch/Mayer/Reetz, Teil 3 Kap. 1 Rdnr. 417 m. w. N.

BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

13. Auslegung eines gemeinschaftlichen Testaments im Hinblick auf den ersten Erbfall

OLG München, Beschluss vom 12.11.2019, 31 Wx 183/19

BGB § 125 Satz 1, §§ 133, 2084

LEITSÄTZE:

1. **Bedenken die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament die gemeinsamen Kinder als Schlusserben und fehlt eine Erbeinsetzung des überlebenden Ehegatten für den ersten Erbfall, bildet die Verwendung der Begriffe „nach unserem Tod“ und „wir“ keine hinreichende Andeutung für einen entsprechenden Willen der Ehegatten für eine Erbeinsetzung des überlebenden Ehegatten (Anschluss an BGHZ 80, 242; OLG München, FG Prax 2013, 72).**
2. **Das Nachlassgericht kann einen entsprechenden Willen der Ehegatten bei der Errichtung der Verfügung unterstellen, ohne diesen zuvor im Wege der Beweisaufnahme zu ermitteln, wenn es für den unterstellten Willen im Testament keine hinreichende Andeutung zu erkennen vermag (Anschluss an BGH, NJW 2019, 2317, 2319).**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die verheiratete Erblasserin ist am 22.8.2018 verstorben. Sie hinterlässt ihren Ehemann (Beteiligter zu 1) und die beiden gemeinsamen Kinder (Beteiligte zu 2 und 3).

2 Die Ehegatten errichteten am 10.8.2002 ein von ihnen eigenhändig ge- und unterschriebenes Testament, in dem es auszugsweise heißt:

„Wir (Ehemann) geb. am (...) und (Ehefrau) geb. am (...) wollen dass nach unserem Tod das Haus unser Sohn (Beteiligter zu 2) ... bekommt.

Er muss aber unserer Tochter 35 % ausbezahlen. Wenn noch Geld vorhanden ist, bekommt jedes die Hälfte.

(Beteiligter zu 2) bekommt die Münzen und Vaters Sachen.

(Beteiligte zu 3) bekommt Schmuck, Puppen, Handarbeiten, Kaffee- und Speiseservice, Silber-Besteck.

(Unterschriften)“

3 Auf der Grundlage dieses Testaments beantragte der Ehemann beim Nachlassgericht einen Alleinerbschein.

4 Das Nachlassgericht lehnt die Erteilung eines entsprechenden Erbscheins ab. Es ist der Ansicht, dass das fragliche Testament keine Regelung für den ersten Erbfall enthalte.

5 Dagegen richtet sich die Beschwerde.

6 Die zulässige Beschwerde bleibt im Ergebnis ohne Erfolg.

7 Zutreffend ist das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass der Beschwerdeführer die Erblasserin nicht aufgrund Testaments vom 10.8.2002 allein beerbt hat.

8 Die dagegen vom Beschwerdeführer vorgebrachten Einwände greifen nicht durch.

9 1. Das Testament vom 10.8.2002 enthält – was auch vom Beschwerdeführer nicht angezweifelt wird – keine ausdrückliche Erbeinsetzung des Beschwerdeführers für den ersten Erbfall.

10 2. Soweit der Beschwerdeführer meint, eine Erbeinsetzung des überlebenden Ehegatten für den ersten Erbfall ergebe sich durch Auslegung der Verfügung, trifft dies nicht zu.

11 a) Bei einer Testamentsauslegung gemäß § 133 BGB kommt es auf den wirklichen Willen des Erblassers an, ohne am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften (BGH, ZEV 1997, 376; FamRZ 2012, 26; MünchKomm-BGB/Leipold, 7. Aufl. 2017, § 2084 Rdnr. 1; Burandt/Rojahn/Czubayko, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 2084 Rdnr. 9; Firsching/Graf/KrätzscheI, Nachlassrecht, 11. Aufl. 2019, § 9 Rdnr. 11; NK-Erbrecht/Fleindl, 5. Aufl. 2018, § 2084 Rdnr. 3).

12 Eine Erbeinsetzung, die in dem Testament nicht enthalten und nicht einmal angedeutet ist, kann den aufgeführten Formzwecken nicht gerecht werden. Sie ermangelt der gesetzlich vorgeschriebenen Form und ist daher gemäß § 125 Satz 1 BGB nichtig (BGH, NJW 1981, 1737; OLG München, FGPrax 2013, 72).

13 Auch wenn Ehegatten sich üblicherweise gegenseitig selbst bedenken, stellt diese Tatsache keinen ausreichenden Anhalt für eine gegenseitige Erbeinsetzung dar. Die gegenseitige Erbeinsetzung kann daher nicht allein aufgrund der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes angenommen werden (BGH, a. a. O., 1738; Horn/Kroiß/Horn, Testamentsauslegung, 2. Aufl. 2019, § 24 Rdnr. 62; Firsching/Graf/KrätzscheI, Nachlassrecht, § 9 Rdnr. 17 „Fehlende Alleinerbeinsetzung“).

14 b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze teilt der Senat die Ansicht des Nachlassgerichts, wonach das verfahrensgegenständliche Testament für den ersten Erbfall keine Erbeinsetzung des Beschwerdeführers enthält.

15 aa) Dabei bedurfte es auch nicht zunächst einer Beweisaufnahme durch das Nachlassgericht zur Klärung der Frage klärt, ob die Ehegatten den überlebenden als Alleinerben einsetzen wollten oder nicht. Das Nachlassgericht durfte einen entsprechenden Willen unterstellen und zugleich im Wege der Testamentsauslegung ermitteln, ob ein entsprechender Wille im Testament angedeutet ist oder nicht (BGH, NJW 2019, 2317, 2319).

16 bb) Auch nach Auffassung des Senats findet sich für eine Erbeinsetzung des überlebenden Ehegatten keine hinreichende Andeutung in der Verfügung.

17 Soweit der Beschwerdeführer vorträgt, eine solche Auslegung ergebe sich aus dem Wortlaut, da die Ehegatten von „unserem Tod“ gesprochen haben, trägt dieser Einwand nicht.

Die Formulierung kann ebenso gut zur Begründung dafür herangezogen werden, dass die Eheleute (gerade nur) den Tod des Letztversterbenden regeln wollten, denn dann wäre die Formulierung „nach unserem Tod“ im Sinne von „wenn wir beide tot sind (...)“ passend für die Formulierung eines entsprechenden Willens.

18 Gleiches gilt für den Umstand, dass die Ehegatten von „unserem Haus“ sprechen. Die Formulierung selbst ist für sich genommen wenig aussagekräftig, da es durchaus naheliegender ist, dass die Eheleute zu Lebzeiten das gemeinsam erwirtschaftete Vermögen als Einheit betrachtet haben. Dass nach dem Tode des Letztversterbenden das Pronomen „unser“ unzutreffend wäre, weil dann der überlebende Ehepartner Alleineigentümer geworden wäre, reicht nach Ansicht des Senats jedenfalls nicht aus, um darin die Erbeinsetzung des überlebenden Ehegatten für den ersten Erbfall zu sehen.

19 Soweit die Beschwerde schließlich vorträgt, der überlebende Ehegatte habe das gemeinsame Haus bis zum Tode des Längerlebenden bewohnen sollen, findet sich dafür im Testament ebenfalls keine Stütze, sodass nicht entschieden werden muss, ob dies ein ausreichender Anhaltspunkt für eine entsprechende Auslegung wäre.

20 Dass die Abwicklung des ersten Erbfalls dadurch schwierig ist, rechtfertigt ebenfalls keine andere Entscheidung. Es ist weder die Aufgabe der Nachlassgerichte, noch der diesen nachfolgenden Beschwerdegerichte, im Wege der Auslegung unterbliebene Verfügungen zu kreieren, um eine praktisch erscheinende Abwicklung von Erbfällen zu ermöglichen.

(...)

23 IV. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar **Stefan Braun**, LL.M. (London),
Maître en droit (Paris), Erlangen

Jeder, der sich etwas intensiver mit Erbrecht befasst, dürfte schon einmal in der einen oder anderen Form mit einem Phänomen zu tun gehabt haben, dass sich plakativ als „vergessene gegenseitige Erbeinsetzung“ bezeichnen lässt. Diese Phänomen zeigt sich in zweierlei Weise: sei es in der erbrechtlichen Beratung, in der beteiligte Ehegatten nicht selten detailliert davon berichten, wer nach „ihrem“ Tode „ihre“ Vermögenswerte erhalten soll, aber erst auf Nachfrage mitteilen, dass „natürlich“ beim Tod des Erstversterbenden zunächst der andere Ehegatte Erben soll; sei es im Rahmen der Nachlassabwicklung, wenn es darum geht, festzustellen, ob ein bezüglich des ersten Erbfalles zunächst unergiebige Testament nicht vielleicht doch zumindest die Andeutung einer gegenseitigen Erbeinsetzung enthält. Während sich das Problem in der ersten Fallgruppe leicht durch eine entsprechende Beratung und Testamentsgestaltung beheben lässt, bereitet die zweite Fallgruppe, zu der auch der hier behandelte Fall des OLG München zählt, deutlich größere Probleme: Der erste Erbfall ist bereits eingetreten: Eine vergessene gegenseitige Erbeinsetzung kann daher

nicht mehr nachgeholt werden. Falls alle potenziellen Erben über die „richtige“ Erbfolge einig sind, kommt unter Umständen eine Lösung über einen Erbschaftsvergleich und (vorsorgliche) Ausschlagungserklärungen in Betracht. Ist dies nicht möglich, bleibt nur die Auslegung des Testaments.

Wie die vorliegende Entscheidung eindrucksvoll zeigt, gerät das Bemühen, ein missglücktes Testament durch interessengerechte Auslegung zu retten, allerdings dort an seine Grenzen, wo das gewünschte Ergebnis im Testament selbst nicht wenigstens andeutungsweise erklärt wurde. Im Kern geht es hierbei um eine seit mehr als zwei Jahrtausenden (vgl. etwa Cicero, *De Oratore*, 1.180) bekannte Problemstellung, nämlich darum, ob der Wortlaut des Testaments (verba) oder der (vermeintliche) Erblasserwille (voluntas) für die Auslegung maßgeblich sein soll. Die herrschende Meinung zum geltenden Recht des BGB löst diese Fragestellung – bei der Wille und Wortlaut keineswegs immer im Gegensatz zueinander stehen müssen – auf Basis der Andeutungstheorie.¹ Danach ist zweistufig vorzugehen: Zunächst ist unter Berücksichtigung aller Umstände und ohne Einschränkung durch den Testamentwortlaut der wirkliche Wille des bzw. der Testatoren zu ermitteln. Im Anschluss ist zu fragen, ob dieser Wille auch formgerecht erklärt wurde, wozu er in der Testamentsurkunde „irgendwie“, wenn auch nur andeutungsweise oder versteckt, zum Ausdruck gekommen sein muss.²

Im vom OLG München entschiedenen Fall hatten sich die Ehegatten offensichtlich genaue Gedanken darüber gemacht, wie ihr Vermögen nach dem Tode beider Testatoren zwischen Sohn und Tochter verteilt werden soll, es jedoch unterlassen, eine ausdrückliche Regelung für den ersten bei ihnen eintretenden Todesfall zu treffen. Darüber, was die Ehegatten für diesen Fall regeln wollten, lässt sich angesichts dessen, dass eine Beweisaufnahme hierzu nicht stattfand, nur spekulieren. Es ist meines Erachtens naheliegend, dass die Beteiligten einen tatsächlichen Regelungswillen bezüglich des ersten Erbfalls gar nicht gebildet haben. Entweder, weil sie diesen Fall in der irrigen Annahme, sich kraft Gesetzes gegenseitig zu beerben, nicht für regelungsbedürftig ansahen oder weil sie schlicht vergessen haben, sich über den ersten Erbfall Gedanken zu machen. Ziemlich sicher entsprach es jedoch der Interessenlage der Ehegatten und ihrem hypothetischen Willen, sich zunächst gegenseitig zu beerben. Zwar geht es zu weit, zu behaupten, das vorliegende Testament ergebe nur dann einen Sinn, wenn das gemeinsame Vermögen sich zunächst in der Hand des längerlebenden Ehegatten vereinigt.³ Denn das

von den Ehegatten gewünschte Endergebnis ließe sich durchaus auch durch die Annahme einer unmittelbaren Erbeinsetzung des Sohnes durch jeden Erblasser oder von Vermächtnissen, welche erst mit dem zweiten Todesfall anfallen, erreichen. Nichtsdestotrotz stellt eine gegenseitige Erbeinsetzung die auf Basis des mitgeteilten Sachverhalts naheliegendste Ergänzung der von den Ehegatten ausdrücklich getroffenen Regelung dar.

Das OLG München sah die Frage, ob die Ehegatten eine Erbeinsetzung gewollt haben (bzw. gewollt haben würden) letztlich als nicht entscheidungserheblich an. Denn auch wenn eine gegenseitige Erbeinsetzung dem (hypothetischen) Erblasserwillen entsprach, sah das Gericht im Testament selbst keine ausreichende Grundlage dafür, dass ein solcher Wille auch formgerecht erklärt wurde. Dies ist, so bedauerlich das angesichts der hiermit verbundenen praktischen Probleme erscheinen mag, letztlich nicht zu beanstanden. Unmittelbar enthält der Wortlaut des Testaments lediglich Verfügungen zugunsten der gemeinsamen Kinder. Allerdings ist anerkannt, dass sich trotz Fehlens einer unmittelbar hierauf gerichteten Anordnung einer Erbeinsetzung auch aufgrund einer Gesamtwürdigung des Urkundentextes ergeben kann.⁴ Aber worin könnte im hiesigen Fall eine Andeutung einer gegenseitigen Erbeinsetzung liegen? Darin, dass die Beteiligten von „unserem Tod“ gesprochen haben? Darin, dass der Sohn „das Haus“ bekommen soll und/oder darin, dass das sonstige Vermögen zwischen den Kindern verteilt wird? All diese Aspekte sind sowohl einzeln betrachtet als auch in Kombination für die Frage einer gegenseitigen Erbeinsetzung gänzlich unergiebig. Die Wendung „nach unserem Tod“ könnte, wie das Gericht richtig anmerkt, darauf abzielen, dass gerade nur eine Regelung für den Tod des Letztversterbenden getroffen wird. Sie könnte allerdings auch im Sinne von „nach unserem *jeweiligen* Tod“ verstanden werden, was freilich bedeuten würde, dass der Sohn „das Haus“ schon zu diesem Zeitpunkt erhalten soll. Eine Zuwendung des Erstversterbenden an den Längerlebenden enthält sie jedoch nicht. Auch die angeordnete Verteilung der Vermögenswerte unter den Kindern enthält noch nicht einmal andeutungsweise eine Zuwendung an den jeweils anderen Ehegatten. Die diesbezüglichen Anordnungen sprechen zwar – wie das OLG München zu Recht feststellt – dafür, dass sie ihr Vermögen als Einheit betrachten (wobei sich freilich im mitgeteilten Sachverhalt die in der Begründung zitierte Formulierung „unser Haus“ nicht findet). Es mag auch sein, dass die Beteiligten davon ausgingen, der Längerlebende bleibe im Genuss dieses Vermögens und es werde erst mit ihrem beidseitigen Tod an die Kinder weitergegeben.

Dass die Testatoren mit hoher Wahrscheinlichkeit eine gegenseitige Erbeinsetzung getroffen hätten, wenn ihnen die Unvollständigkeit ihrer Regelung bewusst gewesen wäre, dass die tatsächlich angeordnete Gestaltung der Interessenlage der Erblasser nur unzureichend entspricht, und dass die Gestaltung bei Ergänzung einer gegenseitigen Erbeinsetzung deutlich gelungener wäre, ändert jedoch nichts daran, dass eine solche gegenseitige Erbeinsetzung fehlt.

1 St. Rspr., vgl. etwa BGH, Beschluss vom 9.4.1981, IVa ZB 4/80, NJW 1981, 1737 ff., Beschluss vom 19.6.2019, IV ZB 30/18, NJW 2019, 2317 ff., jeweils m. w. N.; siehe aus der Literatur etwa Lange, *Erbrecht*, 2. Aufl. 2017, Kapitel 9 Rdnr. 16; BeckOGK-BGB/Gierl, Stand: 1.6.2020, § 2084 Rdnr. 17-18, BeckOGK-BGB/Braun, Stand: 15.4.2020, § 2269 Rdnr. 61 ff., jeweils m. w. N.

2 Vgl. zuletzt BGH, Beschluss vom 19.6.2019, IV ZB 30/18, NJW 2019, 2317, 2318.

3 So aber für den Fall, dass der erstverstorbene Ehegatte (Mit-)Eigentümer des Hauses war *Riemer*, *ErbR* 2020, 112 f.; *Bestelmeyer*, *FGPrax* 2019, 281 f.

4 BeckOGK-BGB/Gierl, § 2084 Rdnr. 62.

Denn aus dem Urkundentext selbst lassen sich ausschließlich Verfügungen zugunsten der Kinder entnehmen.

Natürlich sind diese Verfügungen ohne eine Regelung des ersten Erbfalles nur schwer zu verwirklichen und natürlich erscheint es verlockend, die unvollständige Regelung durch eine gegenseitige Erbeinsetzung zu einem sinnhaften Ganzen zu ergänzen.⁵ In der erkennbaren Unvollständigkeit und fehlenden Praktikabilität einer testamentarischen Anordnung liegt allerdings keine Andeutung einer bestimmten vom Rechtsanwender erwünschten Ergänzung des Erblasserwillens. Nicht nur angesichts der Zielsetzung des gesetzlichen Formzwanges und der sonst drohenden Rechtsunsicherheit, sondern auch wegen des Risikos einen weder tatsächlich noch hypothetisch vorliegenden Erblasserwillen zu fingieren, gilt es daher, der Versuchung zu widerstehen *ex post* eine vergessene Verfügung in ein Testament hineinzu lesen.⁶ Mit anderen Worten: Dass etwas fehlt, gibt keinen Aufschluss darüber, was fehlt; eine offensichtlich fehlende Regelung ist gerade keine versteckte oder sonst wie ange deutete Regelung!

5 Vgl. hierzu *Bestelmeyer*, FGPrax 2019, 281 f.; *Riemer*, ErbR 2020, 112 f.

6 BeckOGK-BGB/Braun, § 2269 Rdnr. 61.1; vgl. auch BeckOGK-BGB/Gierl, § 2084 Rdnr. 61.

14. Keine Verfügungsbefugnis der Erben bei Anordnung der Testamentsvollstreckung

OLG Köln, Urteil vom 30.10.2019, 16 U 59/19

BGB §§ 894, 1922, 1925 Abs. 1 und 3, §§ 1937, 2032 Abs. 1, § 2039 Satz 1, § 2087 Abs. 1, § 2197 Abs. 1, § 2202 Abs. 1, §§ 2203, 2204, 2205, 2211, 2212, 2229 Abs. 1, § 2247 Abs. 1, §§ 2267, 2368 Satz 2, § 2365

LEITSÄTZE:

1. Durch die Anordnung von Testamentsvollstreckung wird das Recht eines Miterben auf Geltendmachung von zum Nachlass gehörenden Ansprüchen verdrängt. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Die Verfügungsbefugnis des Erben entfällt bei Anordnung von Testamentsvollstreckung bereits vom Erbfall an und nicht erst mit Annahme des Amtes als Testamentsvollstrecker. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Die Entscheidung über die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses erwächst nicht in materielle Rechtskraft. Deshalb ist sie nicht vorgreiflich für die Geltendmachung eines Anspruchs auf Grundbuchberichtigung durch die Erben. (Leitsatz der Schriftleitung)

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

15. Geschäftsführereignung nach Beihilfe zum Bankrott

BGH, Beschluss vom 3.12.2019, II ZB 18/19 (Vorinstanz: OLG Köln, Beschluss vom 7.8.2019, 18 Wx 17/19)

FamFG § 395 Abs. 1 Satz 1

GmbHG § 6 Abs. 2

StGB §§ 25, 26, 27, 283 Abs. 1 Nr. 1, § 283d

LEITSÄTZE:

1. Das Registergericht hat die Eintragung eines Geschäftsführers einer GmbH von Amts wegen im Handelsregister zu löschen, wenn eine persönliche Voraussetzung für dieses Amt gemäß § 6 Abs. 2 GmbHG nach der Eintragung entfällt.
2. Auch wer nicht als Täter (§ 25 StGB), sondern als Teilnehmer (§§ 26, 27 StGB) wegen einer vorsätzlich begangenen Straftat nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GmbHG rechtskräftig verurteilt worden ist, kann nicht Geschäftsführer einer GmbH sein.

16. Anforderungen an die Neufassung einer Vereinssatzung

OLG München, Beschluss vom 30.1.2020, 31 Wx 371/19, mitgeteilt von **Holger Krätzschele**, Richter am OLG München

BGB § 33 Abs. 1, § 40

LEITSÄTZE:

1. Bestimmungen in Vereinssatzungen, die die Voraussetzungen für eine Satzungsänderung erhöhen, sind dann unbeachtlich, wenn die tatsächlichen Verhältnisse des Vereinslebens dazu führen, dass die Satzung faktisch dauerhaft unabänderlich ist. An deren Stelle treten die gesetzlichen Vorschriften.
2. Das gilt jedoch dann nicht, wenn eine Satzungsänderung auch daran scheitert, dass eine durch die noch geltenden Satzungsbestimmungen geschützte Minderheit der Vereinsmitglieder eine Satzungsänderung ablehnt.
3. Die Eintragung der Neufassung einer Satzung in das Vereinsregister ist insgesamt zurückzuweisen, wenn die Neufassung nicht mit der für die Änderung einzelner Satzungsbestimmungen erforderlichen Mehrheit beschlossen worden ist.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Beschwerdeführer ist ein eingetragener Turn- und Sportverein, der 13 Abteilungen, 28 aktive Mannschaften und über 2600 Mitglieder umfasst.

2 Die aktuell geltende Fassung der Satzung stammt aus dem Jahr 1964. Hinsichtlich einer Satzungsänderung sieht sie folgende Regelungen vor:

„§ 18 Ziffer 7

Die Abänderung der Satzung mit Ausnahme der §§ 1, 2, 3, 4, 18/7 kann durch eine Mehrheit von 3/4 der erschienenen Mitglieder (jedoch bei mindestens 51 %iger Anwesenheit aller stimmberechtigten Mitglieder), die Auflösung nur durch eine Mehrheit von 3/4 der sämtlichen Mitglieder beschlossen werden.

§ 18 Ziffer 8

Die Abänderung der §§ 1, 2, 3, 4 und 18/7 ist nur mit Zustimmung aller stimmberechtigten Vereinsmitglieder möglich und diese muss nötigenfalls schriftlich eingeholt werden. (§§ 32 und 33 des BGB).“

3 Der Beschwerdeführer erachtet die Satzung in diesen und anderen Regelungen, die tatsächlich nicht praktiziert werden, als nicht mehr zeitgemäß. Um eine Neufassung der Satzung zu beschließen, berief der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 26.9.2018 eine außerordentliche Mitgliederversammlung ein. Dieser Einladung war ein Entwurf der neuen Satzung beigefügt, die in allen Punkten zumindest sprachlich von der vorherigen Satzung abweicht. Die geplante Satzungsänderung hatte der Beschwerdeführer bereits bei der Jahreshauptversammlung 2017 sowie in zwei an alle Mitglieder versendeten Rundschreiben im Juli und September 2018, ferner auf einem eigens hierfür anberaumten Informationsabend angekündigt, wobei jeweils auf die besondere Wichtigkeit einer großen Beteiligung an der außerordentlichen Mitgliederversammlung hingewiesen wurde. Zum Zeitpunkt der außerordentlichen Hauptversammlung hatte der Beschwerdeführer 1420 stimmberechtigte Mitglieder. An den jährlichen Hauptversammlungen 2014 – 2017 hatten jeweils höchstens 79 Mitglieder teilgenommen.

4 Auf der außerordentlichen Hauptversammlung vom 10.10.2018 waren 260 stimmberechtigte Mitglieder anwesend. Nachdem festgestellt worden war, dass das satzungsgemäße Quorum von 51 % der stimmberechtigten Mitglieder nicht gegeben ist, wurde über die neue Satzung abgestimmt. Hierbei stimmten 259 Mitglieder für und ein Mitglied gegen die Satzungsänderung.

5 Die beschlossene Neufassung enthält auch folgende Bestimmung:

„§ 11 Ziffer 3

[...] Eine Änderung des Vereinszwecks erfordert die Zustimmung von 9/10 (in Worten: neun Zehntel) der abgegebenen gültigen Stimmen.“

6 Einen erneuten Versuch, die schriftliche Zustimmung aller Mitglieder zu dem Satzungsneufassungsbeschluss einzuholen, unternahm der Beschwerdeführer nicht.

7 Mit notarieller Urkunde vom 2.11.2018 meldete der Vorstand des Beschwerdeführers die Neufassung zur Eintragung beim AG München an. Nachdem das Registergericht die Antragsrücknahme erfolglos angeregt hatte, wies es die Anmeldung mit Beschluss vom 24.4.2019, dem Beschwerdeführer bekanntgegeben am 26.4.2019 zurück. Zur Begründung führte es aus, dass der Beschluss über die Satzungsneufassung nichtig sei, da die Voraussetzungen des § 18 Ziffer 7 und 8 der Satzung nicht vorgelegen hätten. Diese seien auch nicht wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben unbeachtlich, weil die Willensbildung durch die Vereinsmitglieder hierdurch nicht grundsätzlich und dauerhaft außer Kraft gesetzt sei.

8 Mit der Beschwerde vom 21.5.2019 verfolgt der Beschwerdeführer die Eintragung der Satzungsneufassung weiter. Er macht geltend, dass wegen der hohen Hürden, die die Satzung für eine Satzungsänderung aufstellt, eine Änderung angesichts der heutigen Mitgliederzahlen faktisch ausgeschlossen sei. Ein erfolgloser Versuch aus dem Jahr 1980, die Zustimmung aller Mitglieder zu einer Satzungsänderung einzuholen, zeige, dass die Voraussetzungen für eine Satzungsneufassung nicht geschaffen werden können. Die statutarischen Regelungen verstießen deshalb gegen Treu und Glauben, sodass auf die gesetzlichen Regelungen zurückzugreifen sei. Nach diesen sei der Beschluss der Satzungsneufassung wirksam gefasst worden.

9 II. Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Das Registergericht hat die Anmeldung im Ergebnis zu Recht nach § 71 Abs. 2, § 60 BGB zurückgewiesen.

10 Der Beschluss der Mitgliederversammlung zur Neufassung der Satzung ist unwirksam. Er verstößt nämlich gegen die Bestimmungen der bis zur Eintragung der Neufassung (§ 71 Abs. 1 Satz 1 BGB) noch geltenden Satzung.

11 1. Die Nichtigkeit des Beschlusses ergibt sich hierbei aber nicht aus einem Verstoß gegen § 18 Ziffer 7 der Satzung.

12 Diese Vorschrift ist nämlich angesichts der tatsächlichen Verhältnisse nicht anzuwenden. An ihre Stelle treten die gemäß § 40 Satz 1 BGB grundsätzlich dispositiven Regelungen der § 33 Abs. 1 Satz 1, § 32 Abs. 2 BGB.

13 a) Satzungsbestimmungen, die die Voraussetzungen für eine Satzungsänderung erhöhen, sind dann unbeachtlich, wenn die tatsächlichen Verhältnisse des Vereins ergeben, dass die Satzung faktisch dauerhaft unabänderlich ist (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.11.1978, 20 W 228/78, juris Rdnr. 8; Staudinger/Schwennicke, Neub. 2019, § 33 Rdnr. 32 f.; BeckOGK-BGB/Notz, Stand: 15.9.2018, § 32 Rdnr. 180; Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger/Otto, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 33 Rdnr. 12; Baumann/Sikora/Göbl, Hand- und Formularbuch des Vereinsrechts, 2. Aufl. 2017, Rdnr. 180; Lissner, notar 12/2013, 415, 420). Ebenso wenig, wie sich ein Verein durch eine sog. „Ewigkeitsklausel“ der Möglichkeit einer Satzungsänderung begeben kann (Flume in FS Coing, 1982 II, S. 97, 102; BeckOGK-BGB/Notz, § 33 Rdnr. 45; Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger/Otto, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 33 BGB, Rdnr. 12; Reichert/Wagner, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 14. Aufl. 2018, Rdnr. 532; Sauter/Schweyer/

Waldner, Der eingetragene Verein, 20. Aufl. 2016, Rdnr. 137; a. A.: MünchKomm-BGB/Leuschner, 8. Aufl. 2018, § 33 Rdnr. 26), darf nämlich ein unauflösbarer Widerspruch der praktischen Wirklichkeit des Vereins und seiner gelebten Struktur zur Regelungsintention der Satzung dazu führen, dass eine Satzungsänderung nicht herbeigeführt werden kann (BeckOGK-BGB/Notz, § 33 Rdnr. 46). Eine solche unabwendbare Perpetuierung des ursprünglichen Regelungsgehalts der Satzung widerspricht nämlich nicht nur der durch Art. 9 Abs. 1 GG geschützten (BVerfG, NJW 1979, 699, 706) und aus der Privatautonomie (Staudinger/Schwennicke, § 25 Rdnr. 5) resultierenden Vereinsautonomie, die zur Erhaltung des Selbstverwaltungsrechts (Staudinger/Schwennicke, § 25 Rdnr. 11) auch die Möglichkeit der Mitgliederversammlung einschließt, die Vereinssatzung an veränderte Umstände anzupassen (vgl. BeckOK-BGB/Schöpflin, Stand: 1.11.2019, § 21 Rdnr. 57). Sie entspräche darüber hinaus neben praktischen Anforderungen des Vereinslebens auch nicht dem in den ursprünglichen Satzungsbestimmungen zum Ausdruck kommenden Willen, die Satzung – wenn auch unter strengen Anforderungen – veränderlich zu gestalten.

14 b) Ob sich in einem solchen Fall die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften aus einem Verstoß der Satzungsbestimmungen gegen den Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB, an dem auch Satzungen zu messen sind (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 13.3.1981, 20 W 658/80, juris Rdnr. 7; BeckOK-BGB/Schöpflin, § 25 Rdnr. 28; MünchKomm-BGB/Leuschner, § 25 Rdnr. 36; Staudinger/Schwennicke, § 25 Rdnr. 122; Soergel/Hadding, BGB, 13. Aufl. 2000, § 33 Rdnr. 7), oder aber aus einer Auslegung der Satzung dahin gehend ergibt, dass eine Satzungsänderung auch bei Veränderung der tatsächlichen Umstände – wie insbesondere eine stark gewachsene Mitgliederanzahl oder mangelndes Mitgliederinteresse an der Verwaltung des Vereins – nicht ausgeschlossen sein soll, kann hierbei dahinstehen.

15 c) Denn jedenfalls kommt eine Nichtbeachtung der satzungsmäßigen Anforderungen an eine Satzungsänderung nur bei einem Sachverhalt in Betracht, der eine Satzungsänderung nach den geltenden Satzungsbestimmungen aus tatsächlichen Gründen ausschließt. Da § 33 Abs. 1 BGB Minderheitenschutz vor einer Satzungsänderung verwirklicht (MünchKomm-BGB/Leuschner, § 33 Rdnr. 1; Staudinger/Schwennicke, § 33 Rdnr. 1) und somit eine Erhöhung der Voraussetzungen im Rahmen der durch § 40 Satz 1 BGB gewährten Privatautonomie eine Entscheidung für einen erhöhten Minderheitenschutz ist, ist bei der Annahme eines solchen Sachverhalts größtmögliche Zurückhaltung geboten. So muss feststehen, dass eine satzungskonforme Satzungsänderung ausschließlich daran scheitert, dass die satzungsgemäßen Anforderungen aus tatsächlichen Gegebenheiten nicht erfüllt werden können. Hierfür hat der Anmeldende insbesondere darzulegen, dass er alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, um die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Satzungsänderung herbeizuführen. Kommt ein satzungsgemäßer Änderungsbeschluss aber etwa deshalb nicht zustande, weil die Vereinsmitglieder der Mitgliederversammlung bewusst fernbleiben, um die für eine Satzungsänderung erforderliche Anwesenheitsquote zu verhindern, oder weil bei Ein-

stimmigkeitserfordernis auch nur ein Mitglied gegen die Satzungsänderung stimmt, realisiert sich der satzungsgemäß vorgesehene Minderheitenschutz, der allein durch Praktikabilitätserwägungen nicht umgangen werden darf.

16 d) Ein solcher Sachverhalt liegt hinsichtlich der Anforderungen des § 18 Ziffer 7 der gültigen Satzung vor. Bei lebensnaher Betrachtungsweise kann eine Mitgliederversammlung, an der über 700 Mitglieder teilnehmen müssten, um diese Anforderungen zu erfüllen, aus tatsächlichen Gründen nicht zustande kommen. Dies schließt der Senat u. a. daraus, dass sich an vergangenen Mitgliederversammlungen höchstens rund 5 % der stimmberechtigten Mitglieder beteiligt haben und auch auf wiederholten Hinweis des Beschwerdeführers an seine Mitglieder, dass eine hohe Beteiligungsquote bei der außerordentlichen Hauptversammlung von dringender Bedeutung sei, nicht einmal 1/5 der Stimmberechtigten anwesend waren. Der Beschwerdeführer hat damit alles ihm Zumutbare unternommen, um die Bestimmungen der geltenden Satzung zu erfüllen. Seine Bemühungen sind offensichtlich am mangelnden Interesse des Großteils seiner Mitglieder gescheitert, sich neben der Inanspruchnahme der Möglichkeiten zur sportlichen Betätigung aktiv an der Organisation des Vereinslebens zu beteiligen.

17 2. Der Beschluss zur Neufassung der Satzung vom 10.10.2018 ist jedoch unwirksam, weil er gegen § 18 Ziffer 8 der geltenden Satzung verstößt.

18 a) Die am 10.10.2018 beschlossene Neufassung der Satzung ändert nämlich auch die §§ 1, 2, 3, 4 und 18 Ziffer 7 der geltenden Satzung. Eine Zustimmung aller Mitglieder liegt aber nicht vor.

19 b) § 18 Ziffer 8 der Satzung kann nicht nach den oben dargestellten Grundsätzen unangewendet bleiben, weil eine Erfüllung der Voraussetzungen dieser Regelung nicht allein aus tatsächlichen Gründen scheitert. So hat der Beschwerdeführer zwar mit Schreiben vom 20.9.1980 schon einmal versucht, die schriftliche Zustimmung aller stimmberechtigten Mitglieder zu einer Änderung des § 18 Ziffer 7 der Satzung einzuholen, was damals scheiterte. Jedoch kann daraus zum einen nicht der Schluss gezogen werden, dass eine Zustimmung aller stimmberechtigten Mitglieder auch heute nicht erreicht werden kann. Zum anderen aber hat in der außerordentlichen Mitgliederversammlung ein Mitglied gegen die Änderung der Satzung gestimmt. Selbst wenn sich also im Einklang mit § 18 Ziffer 8 der Satzung alle stimmberechtigten Mitglieder (ggf. durch schriftliche Zustimmung) an der Beschlussfassung beteiligt hätten, wäre eine Änderung der §§ 1, 2, 3, 4 und 18 Ziffer 7 der Satzung an der Ablehnung durch nur ein Mitglied gescheitert. Somit sind aber nicht tatsächliche Gegebenheiten, sondern allein die Entscheidung des einzelnen Mitglieds, deren Schutz die Bestimmung des § 18 Ziffer 8 der Satzung gerade bezweckt, kausal für das Scheitern der Satzungsänderung geworden.

20 c) Eine vollumfängliche Änderung der Satzung ist ohne das Vorliegen der Voraussetzungen des § 18 Ziffer 8 nach diesen Grundsätzen nur dann möglich, wenn der Beschwerdeführer alle zumutbaren Anstrengungen unternimmt, um die Zustimmung aller stimmberechtigten Mitglieder einzuholen, und

diese ihre Zustimmung erklären. Gelingt dies dem Beschwerdeführer nicht, weil auch nur eines der sich beteiligenden Mitglieder die Satzungsänderung ablehnt, so kommt die Satzungsänderung nicht zustande. Es bliebe dann nur der kollektive Austritt aller Mitglieder, um sich des strengen Minderheitenschutzes der Satzung zu entledigen (in diese Richtung auch MünchKomm-BGB/Leuschner, § 33 Rdnr. 26).

21 d) Darüber hinaus bedürften Satzungsänderungen im angemeldeten Umfang selbst dann der Zustimmung aller Mitglieder, wenn § 18 Ziffer 8 der geltenden Satzung unangewendet bliebe. Denn nach § 11 Ziffer 3 der neuen Satzung soll eine Änderung des Vereinszwecks mit Zustimmung von 9/10 der in einer Mitgliederversammlung abgegebenen gültigen Stimmen möglich sein. Soll damit aber im Wege der Satzungsänderung bestimmt werden, dass es zur Änderung des Vereinszwecks in Abweichung von § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht der Zustimmung aller Mitglieder bedarf, so kann diese Satzungsänderung ebenso wie eine solche, die unmittelbar eine Zweckänderung enthält, nur mit Zustimmung aller Mitglieder beschlossen werden, da andernfalls die Notwendigkeit der Einstimmigkeit für Zweckänderungen leicht umgangen werden könnte (Senat, Beschluss vom 21.6.2011, 31 Wx 168/11, NZG 2011, 994).

22 3. Auch wenn somit der Beschluss der Mitgliederversammlung nur insoweit gegen die geltenden Satzungsregelungen verstößt, als er auf eine Änderung der §§ 1, 2, 3, 4 und 18 Ziffer 7 gerichtet ist, hat dies die Unwirksamkeit des ganzen Satzungsneufassungsbeschlusses zur Folge, sodass der Beschwerdeführer darauf verwiesen ist, die geänderte Satzung im Einklang mit dem materiellen Vereinsrecht insgesamt neu zu beschließen und in einer neuen Anmeldung zur Eintragung vorzulegen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.5.2013, I-3 Wx 43/13, npoR 2013, 157; vgl. auch Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger/Otto, jurisPK-BGB, § 60 Rdnr. 4).

23 a) Werden nämlich in einem Beschluss mehrere Satzungsänderungen zusammengefasst und ist eine der Satzungsänderungen nichtig, sind die weiteren Satzungsänderungen ebenfalls nichtig, wenn ein innerer Zusammenhang zwischen den Änderungen gegeben ist (BeckOGK-BGB/Notz, § 32 Rdnr. 228; vgl. auch BGH, NZG 2015, 867, 870 [zur AG]). In entsprechender Anwendung des § 139 BGB besteht ein solcher Zusammenhang, wenn nicht anzunehmen ist, dass der Beschluss auch ohne den nichtigen Teil gefasst worden wäre. Hier wurde die neue Satzung der Mitgliederversammlung in ihrer Gesamtheit zur Abstimmung vorgelegt. Nach dem Beschlussinhalt wurde ein innerer Zusammenhang zwischen den Änderungen der einzelnen Satzungsbestimmungen insbesondere dadurch hergestellt, dass in der Sitzung vom 10.10.2018 Beschluss über die Satzungsänderung insgesamt gefasst worden ist, nachdem die neue Satzung als umfassende Neuordnung vorgestellt worden war. Es kann deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass nach dem Willen der Mitgliederversammlung das Votum für die neue Satzung in ihrer Gesamtheit auch die Änderung nur einzelner Regelungen der Satzung unter Beibehaltung der alten Fassung im Übrigen umfasst.

24 b) Darüber hinaus verböte sich wie auch bei der Erstanmeldung (Stöber/Otto, Handbuch zum Vereinsrecht, 10. Aufl.

2012, Rdnr. 1315) ein registerrechtlicher Teilvollzug der Neufassung der gesamten Satzung in Form teilweiser Ablehnung und Eintragung im Übrigen ohnehin schon verfahrensrechtlich.

25 III. Gemäß § 22 GNotKG trägt der Beschwerdeführer die Gerichtskosten seiner erfolglosen Beschwerde. Den Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren hat der Senat gemäß § 36 Abs. 3 GNotKG auf 5.000 € festgesetzt.

26 IV. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 70 FamFG) liegen nicht vor.

17. Anwendung von § 160 HGB auf Herabsetzung des Haftkapitals

OLG Hamburg, Urteil vom 31.1.2020, 11 U 90/19

HGB §§ 160, 171, 172 Abs. 4, § 174

LEITSÄTZE:

- 1. Im Falle der Herabsetzung des Haftkapitals ist eine vormals begründete Außenhaftung des Kommanditisten für Altverbindlichkeiten analog § 160 HGB auf fünf Jahre begrenzt.**
- 2. Für den Fristbeginn des § 160 HGB ist nicht erst auf die spätere Eintragung der Herabminderung der Haftsumme in das Handelsregister abzustellen, wenn die Gläubiger bereits zuvor positive Kenntnis von der Herabsetzung des Haftkapitals hatten (Anschluss an OLG Dresden, Beschluss vom 8.7.2019, 8 U 925/19; OLG Stuttgart, Urteil vom 30.10.2019, 20 U 8/19; Abgrenzung zu OLG Düsseldorf, Urteil vom 1.8.2019, I-6 U 156/18).**

INTERNATIONALES PRIVATRECHT

18. Grenzüberschreitender „Heraus-Formwechsel“ einer GmbH

OLG Saarbrücken, Beschluss vom 7.1.2020, 5 W 79/19

RL (EU) 2019/2121 Art. 3 Abs. 1

UmwG § 1 Abs. 1 Nr. 4, §§ 122d, 122e, 190

LEITSÄTZE:

1. **Zur Notwendigkeit, auf den gesetzlich (noch) nicht geregelten, aus Gründen der Freizügigkeit anzuerkennenden grenzüberschreitenden „Herausformwechsel“ einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung auch gläubigerschützende Vorschriften über die grenzüberschreitende Verschmelzung entsprechend anzuwenden.**
2. **Die Niederlassungsfreiheit umfasst den Anspruch einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft auf Umwandlung in eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegende Gesellschaft, soweit die Voraussetzungen des Rechts jenes anderen Mitgliedstaats eingehalten sind und insbesondere das Kriterium erfüllt ist, das in diesem anderen Mitgliedstaat für die Verbundenheit einer Gesellschaft mit seiner nationalen Rechtsordnung erforderlich ist (Anschluss an EuGH, BeckRS 2017, 128964). (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Antragstellerin ist im Handelsregister des AG Saarbrücken unter HRB (...) als Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in L eingetragen. Mit Schreiben vom 2.8.2019 meldete ihr Verfahrensbevollmächtigter als beurkundender Notar gemäß § 378 Abs. 2 FamFG unter Vorlage eines notariellen Protokolls vom 1.8.2019 über einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss (UR. Nr. [...] des Notars [...]) pp Folgendes zur Eintragung in das Handelsregister an:

„(1) Die außerordentliche Gesellschafterversammlung vom 1.8.2019 hat die formwechselnde Umwandlung und grenzüberschreitende Sitzverlegung der (...) pp GmbH mit dem Sitz in L. in die Rechtsform einer französischen Société par actions simplifiée (Aktiengesellschaft) unter Annahme französischen Rechtsstatus beschlossen.

Die Firma der Zielrechtsträgerin lautet: (...) pp SARL.

Sie wird ihren Sitz in Frankreich haben.

Im Innenverhältnis unter den Gesellschaftern bzw. zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft soll der Formwechsel zum 31.12.2018, 24.00 Uhr/1.1.2019, 0.00 Uhr als erfolgt gelten.

(2) Die neue Geschäftsanschrift lautet sodann: (...) pp, Frankreich.

(3) Es wird beantragt, die Sitzverlegung vorbehaltlich der Eintragung im französischen Register T vorzunehmen.

(4) Der Unterzeichner erklärt,

a) dass sämtliche Gesellschafter der formwechselnden GmbH auf Klageerhebung gegen die Wirksamkeit des Sitzverlegungsbeschlusses nach deutschem, GmbHR verzichtet haben und daher eine Klageerhebung nicht mehr statthaft ist (§§ 198 Abs. 3, 16 Abs. 2 UmwG);

b) die (...) pp. GmbH keine Arbeitnehmer zum Umwandlungsstichtag und auch heute keine Arbeitnehmer hat und dass keine Vereinbarung über die Arbeitnehmermitbestimmung geschlossen wurde sowie auch kein Betriebsrat besteht;

c) am Sitzungssitz in T, Frankreich eine wirtschaftliche Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung auf unbestimmte Zeit tatsächlich ausgeübt werden wird;

d) dass gegen die (...) pp GmbH bis zum Sitzverlegungsstichtag und auch heute kein Verfahren wegen Auflösung, Liquidation, Zahlungsunfähigkeit oder vorläufiger Zahlungseinstellung, Insolvenz oder ein ähnliches Verfahren eröffnet worden ist.“

2 Mit Schreiben vom 16.8.2019 teilte das AG – Registergericht – dem Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin mit, dass die Eintragung des – mangels Bekanntmachung analog § 122d UmwG nichtigen – Formwechsels nicht vollzogen werden könne. Darüber hinaus sei analog § 122e UmwG der Verzicht auf die Erstellung eines Verschmelzungsberichtes nicht möglich. In seiner hierzu abgegebenen Stellungnahme vom 19.9.2019 wies der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin u. a. darauf hin, dass eine analoge Anwendung der §§ 122a ff. UmwG auf den vorliegenden Fall des Herausformwechsels in der Literatur abgelehnt werde, weil die in den vorgenannten Normen getroffenen Regelungen große Unterschiede zum Formwechsel aufwiesen. Da nur ein Rechtsträger beteiligt sei, der auch den Gläubigern nach dem Formwechsel weiter zur Verfügung stehe, gehe die Schutzvorschrift des § 122d UmwG ins Leere. Da die Gesellschaft kaum Verbindlichkeiten gegenüber Dritten aufweise und abgesehen von dem Geschäftsführer hier keine Arbeitnehmer für diese tätig seien, könne auch ein möglicher Umwandlungsbericht im Sinne des § 122e UmwG zur Information der Gläubiger und Arbeitnehmer über die Auswirkungen des grenzüberschreitenden Formwechsels auf sie seine Funktion nicht erfüllen.

3 Mit dem angefochtenen Beschluss hat das AG die Handelsregisteranmeldung vom 2.8.2019 zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass in Ermangelung derzeit existierender nationaler Vorschriften zur Behandlung des grenzüberschreitenden Formwechsels eine analoge Anwendung der §§ 122a ff. UmwG in Verbindung mit den §§ 190 ff. UmwG angezeigt sei, um die Regelungslücke bezüglich des Schutzes von Arbeitnehmern, Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern zu schließen. Gestützt werde diese Auffassung auch dadurch, dass der Entwurf für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen für Fälle wie den vorliegenden die Einführung einer dem § 122d UmwG vergleichbaren Regelung vorsehe. Gegen diesen ausweislich des zur Akte gereichten Empfangsbekanntnisses am 16.10.2019

als zugestellt angenommenen Beschluss richtet sich die am 6.11.2019 durch die amtlich bestellte Vertreterin des beurkundenden Notars „namens des Beschwerdeführers zur vorgeannten Registersache“ eingelegte Beschwerde, zu deren Begründung im Wesentlichen auf die früheren Rechtsausführungen aus dem Schreiben vom 19.9.2019 verwiesen wurde, und der das AG mit Beschluss vom 11.11.2019 nicht abgeholfen hat.

4 II. Die gemäß § 374 Nr. 1, § 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige (§§ 58 ff. FamFG) Beschwerde der Antragstellerin, die – unbeschadet der missverständlichen Ausführungen in der Beschwerdeschrift – angesichts der Bezugnahme auf § 378 Abs. 2 FamFG in der Anmeldung als im Namen der Antragstellerin eingelegt anzusehen ist (vgl. OLG Bamberg, ZIP 2012, 2058; Keidel/*Heinemann*, FamFG, 19. Aufl., § 378 Rdnr. 14), bleibt in der Sache ohne Erfolg. Das AG hat die Vornahme des zur Eintragung angemeldeten grenzüberschreitenden Formwechsels zu Recht abgelehnt, weil wesentliche, bei zutreffender europarechtskonformer Auslegung anwendbare nationale Schutzvorschriften unbeachtet geblieben sind und dies einem Vollzug des Eintragungsantrages entgegensteht.

5 1. Der zur Eintragung angemeldete grenzüberschreitende Formwechsel einer in Deutschland ansässigen Gesellschaft mit beschränkter Haftung in eine Kapitalgesellschaft nach französischem Recht – die genaue Rechtsform erscheint klärungsbedürftig, weil im Antrag einerseits von einer „Société par actions simplifiée“ (SAS = vereinfachte Aktiengesellschaft) und andererseits von einer „SARL“ (Société à responsabilité limitée = Gesellschaft mit beschränkter Haftung) die Rede ist – ist grundsätzlich möglich. Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 4 UmwG können zwar nur Rechtsträger mit Sitz im Inland durch Formwechsel umgewandelt werden. Für den hier in Rede stehenden grenzüberschreitenden Formwechsel hält das nationale Recht – bislang – keine Regelungen vor; die zwischenzeitlich beschlossenen Änderungen der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen durch die Richtlinie (EU) 2019/2121 vom 27.11.2019 (Abl. EU L 321/1 vom 12.12.2019) werden vom deutschen Gesetzgeber bis zum 31.1.2023 in das nationale Recht umzusetzen sein (Artikel 3 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2019/2121). Es entspricht aber mittlerweile allgemeiner Ansicht, dass ein Formwechsel aus bzw. in das EU-Ausland auch schon gegenwärtig aus Gründen der Freizügigkeit möglich sein muss (u. a. BeckOGK-UmwG/*Schürnbrand/Forster*, Stand: 1.10.2019, § 190 Rdnr. 6 ff.; Böttcher/Harbigorst/Schulte/*Althoff/Narr*, Umwandlungsrecht, 2. Aufl., § 190 UmwG Rdnr. 16 ff.; Henssler/Strohn/Drinhausen/*Keinaht*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 190 UmwG Rdnr. 17 f.; Lutter/*Hoger*, Umwandlungsgesetz, 6. Aufl., Einf. Rdnr. 38 ff.; aus der obergerichtlichen Rechtsprechung bislang: OLG Frankfurt a. M., ZIP 2017, 611, Herausformwechsel; OLG Düsseldorf, ZIP 2017, 2057; KG, ZIP 2016, 1223; OLG Nürnberg, ZIP 2014, 128, jeweils: Hineinformwechsel). Denn nach der Rechtsprechung des EuGH verpflichten die Art. 49 AEUV und 54 AEUV, die die Niederlassungsfreiheit regeln, einen Mitgliedstaat, der für inländische Gesellschaften die Möglichkeit der Umwandlung vorsieht, dieselbe Möglichkeit auch Gesellschaften zu geben, die dem Recht eines ande-

ren Mitgliedstaats unterliegen und sich in Gesellschaften nach dem Recht des erstgenannten Mitgliedstaats umwandeln möchten (EuGH, Urteil vom 12.7.2012, C-378/10, NJW 2012, 2715; vgl. auch schon Urteil vom 16.12.2008, C-210/06, NJW 2009, 569). Verallgemeinernd gesprochen, umfasst die Niederlassungsfreiheit damit den Anspruch einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft auf Umwandlung in eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegende Gesellschaft, soweit die Voraussetzungen des Rechts jenes anderen Mitgliedstaats eingehalten sind und insbesondere das Kriterium erfüllt ist, das in diesem anderen Mitgliedstaat für die Verbundenheit einer Gesellschaft mit seiner nationalen Rechtsordnung erforderlich ist (EuGH, Urteil vom 25.10.2017, C-106/16, NJW 2017, 3639). Dass die Möglichkeit eines grenzüberschreitenden „Herausformwechsels“ in unionskonformer Auslegung des geltenden Rechts grundsätzlich auch für die Antragstellerin gegeben sein kann, hat das AG seiner Entscheidung dementsprechend auch richtigerweise zugrunde gelegt.

6 2. Die zum Vollzug des grenzüberschreitenden Formwechsels erforderliche Anpassung des geltenden deutschen Sachrechts hat vorrangig anhand der für den inländischen Formwechsel geltenden gesetzlichen Vorschriften der §§ 190 ff. UmwG zu erfolgen, die insoweit richtlinienkonform ausgelegt werden müssen (vgl. OLG Frankfurt a. M., ZIP 2017, 611; OLG Düsseldorf, ZIP 2017, 2057; KG, ZIP 2016, 1226; OLG Nürnberg, ZIP 2014, 128; Böttcher/Harbigorst/Schulte/*Althoff/Narr*, Umwandlungsrecht, § 190 UmwG Rdnr. 22a; Lutter/*Hoger*, Umwandlungsgesetz, Einf. Rdnr. 39); darüber hinausgehend hat das AG mit zutreffenden Erwägungen für den vorliegenden Fall eines „Herausformwechsels“ auch die unmittelbar für grenzüberschreitende Verschmelzungen geschaffenen drittschützenden Bestimmungen der §§ 122d, 122e UmwG analog zur Anwendung gebracht und insbesondere das Fehlen der dort vorgesehenen Bekanntmachungen mit Recht als Eintragungshindernis angesehen:

7 a) Konkrete Vorgaben dazu, wie die nationalen Vorschriften für den Formwechsel bei grenzüberschreitenden Sachverhalten analog anzuwenden bzw. auszulegen sind, hat der EuGH in seinen oben erwähnten Urteilen nicht gemacht. Insoweit entspricht es aber allgemeiner Auffassung, dass die bei richtlinienkonformer Auslegung anwendbaren §§ 190 ff. UmwG nicht ausnahmslos auf grenzüberschreitende Sachverhalte passen und daher einer Ergänzung durch andere Rechtsvorschriften bedürfen, soweit es um die besonderen Anforderungen an eine Verbindung unterschiedlicher beteiligter nationaler Rechtsordnungen geht. Für die rechtliche Behandlung des grenzüberschreitenden Herausformwechsels werden vornehmlich zwei Lösungsansätze diskutiert: Soweit aufgrund der Heranziehung der §§ 190 ff. UmwG Schutzlücken verbleiben, sollen diese entweder durch einen Rückgriff auf die in den §§ 122a ff. UmwG oder die in Art. 8 SE-VO, §§ 12 ff. SEAG getroffenen Regelungen gefüllt werden können (vgl. OLG Frankfurt a. M., ZIP 2017, 611; Böttcher/Harbigorst/Schulte/*Althoff/Narr*, Umwandlungsrecht, § 190 UmwG Rdnr. 22a; Lutter/*Hoger*, Umwandlungsgesetz, Einf. Rdnr. 40; Maulbetsch/Klump/Rose, Umwandlungsgesetz, 2. Aufl., § 190 Rdnr. 14; *Winter/Marx/De Decker*, DStR 2017, 1664, 1665 ff.; *Seibold*, ZIP 2017, 456, 458 ff.; *Heckschen/Strnad*, notar

2018, 83, 87; *Heckschen*, ZIP 2015, 2049, 2060; *Hushahn*, RNotZ 2014, 137, 139). Beide Regelungskomplexe betreffen Sachverhalte mit Auslandsbezug und enthalten besondere Regelungen zur Bekanntmachung und Offenlegung, die dem besonderen Schutzbedürfnis Außenstehender, insbesondere Gläubigern und Arbeitnehmern, Rechnung tragen sollen. Die von der Beschwerde offenbar erstrebte Beurteilung der grenzüberschreitenden Sitzverlegung ins EU-Ausland – nur – auf Grundlage der §§ 190 ff. UmwG ließe diese zwingenden Notwendigkeiten vollkommen außer Acht und vermag auch vor diesem Hintergrund nicht zu überzeugen (vgl. *Heckschen/Strnad*, notar 2018, 83, 86). Gerade in Ansehung der hier in Rede stehenden Belange des Gläubiger- und des Arbeitnehmerschutzes wird dies – soweit ersichtlich – auch von niemandem vertreten.

8 b) Der Senat hält es mit gewichtigen Stimmen in der Literatur, denen die bislang zur Thematik ergangene obergerichtliche Rechtsprechung nicht entgegensteht, und im Vorgriff auf die bevorstehende Neuregelung des grenzüberschreitenden Formwechsels nach der mittlerweile geänderten Richtlinie (EU) 2017/1132 für angezeigt, den hier in Rede stehenden grenzüberschreitenden Herausformwechsel im Ausgangspunkt nach den §§ 190 ff. UmwG zu beurteilen und ergänzend die Bestimmungen über grenzüberschreitende Verschmelzungen (§§ 122a ff. UmwG) entsprechend heranzuziehen, soweit dies zum Schutze Außenstehender, insbesondere von Gläubigern und Arbeitnehmern, erforderlich ist (so auch *Winter/Marx/de Decker*, DStR 2017, 1664, 1666; *Teichmann*, ZIP 2017, 1190, 1191; *Wicke*, DStR 2012, 1756, 1758; vgl. auch OLG Frankfurt a. M., ZIP 2017, 611; *Heckschen/Strnad*, notar 2018, 83, 87, die dies zumindest für denkbar halten; speziell in Bezug auf § 122d UmwG – entgegen der Darstellung der Antragstellerin – auch *Hushahn*, RNotZ 2014, 137, 140). Einen alternativ diskutierten Rückgriff auf die – auf Großunternehmen zugeschnittenen – Vorschriften über den grenzüberschreitenden Sitzwechsel bei der Europäischen Aktiengesellschaft (so etwa *Seibold*, ZIP 2017, 456, 459; *Bayer/Schmidt*, ZIP 2012, 1481, 1488 und im Grundsatz auch *Hushahn*, RNotZ 2014, 137, 140 ff.) hat das KG in seinem Beschluss vom 21.3.2016 (ZIP 2016, 1223) für den – hier gegebenen – Fall des Formwechsels einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit überzeugenden, vom Senat geteilten Erwägungen abgelehnt. Die anstelle dessen zur Verfügung stehenden §§ 122a ff. UmwG betreffen demgegenüber alle in § 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG genannten Kapitalgesellschaften; sie regeln die grenzüberschreitende Verschmelzung in Umsetzung der Richtlinie (EU) 2017/1132 und erscheinen von daher geeignet, den besonderen Belangen grenzüberschreitender Sachverhalte angemessen Rechnung zu tragen (vgl. *Winter/Marx/de Decker*, DStR 2017, 1664, 1665 ff.; *Teichmann*, ZIP 2017, 1190, 1194). Soweit dies zur Anwendung von Regelungen führt, die über das nationale Formwechselregime der §§ 190 ff. UmwG hinausgehen, ist dies unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 12.7.2012, C-378/10, NJW 2012, 2715) jedenfalls insoweit gerechtfertigt, als dadurch zwingenden Gründen des Allgemeinwohls Rechnung getragen wird, wie sie hier in Gestalt des Schutzes von Gläubigern oder Arbeitnehmern in Rede stehen (vgl. OLG Frankfurt a. M., ZIP 2017, 611; *Winter/Marx/de Decker*, DStR 2017, 1664, 1666; *Wicke*,

DStR 2012, 1756, 1758; *Heckschen/Strnad*, notar 2018, 83, 87). Dass dafür ein dringendes Bedürfnis besteht, wird – soweit ersichtlich – von niemandem in Zweifel gezogen. Die vorliegend in Rede stehenden Berichtspflichten (§§ 122d, 122e UmwG analog) zählen grundsätzlich dazu, weil sie geeignet sind, die damit angestrebten Ziele einer frühzeitigen Information und Beteiligung der betroffenen Kreise zu erreichen und angesichts der geringen Eingriffsintensität nicht über das hierzu Erforderliche hinausgehen (vgl. EuGH, Urteil vom 12.7.2012, C-378/10, NJW 2012, 2715; Urteil vom 25.10.2017, C-106/16, NJW 2017, 3639). Im Übrigen macht das AG völlig zu Recht darauf aufmerksam, dass – de lege ferenda – auch für das Verfahren des grenzüberschreitenden Formwechsels vergleichbare Regelungen vorgesehen werden müssen, weil die mittlerweile beschlossenen Änderungen der Richtlinie (EU) 2017/1132 dies in den Art. 86a ff. ausdrücklich vorschreiben (vgl. Art. 86g Abs. 1 der Richtlinie, wonach sichergestellt werden muss, dass die Gesellschaft bestimmte Unterlagen, insbesondere den Plan für die grenzüberschreitende Umwandlung, spätestens fünf Arbeitstage vor dem Tag der Gesellschafterversammlung offenlegt und im Register des Wegzugsmitgliedstaats öffentlich zugänglich macht). Auch darin sowie dem Umstand, dass diese neuerlichen Änderungen im Rahmen derselben Richtlinie vollzogen wurden, auf deren Grundlage die geltenden Schutzbestimmungen für grenzüberschreitende Verschmelzungen (§§ 122a ff. UmwG) geschaffen wurden, zeigt sich, dass diese auf allgemeinen Grundgedanken des Unionsrechts beruhen und deshalb für Altfälle wie den vorliegenden im Rahmen des Zulässigen und des Gebotenen durch analoge Anwendung auf den vorliegenden Fall des Herausformwandels analog herangezogen werden müssen.

9 c) Dies berücksichtigend, hat das AG zu Recht darauf abgestellt, dass zwingende drittschützende Vorgaben, die in entsprechender Anwendung des § 122d UmwG im vorliegenden Fall eines Herausformwechsels zu beachten gewesen wären, bislang nicht erfüllt sind und dass dies der beantragten Eintragung derzeit entgegensteht. Die Bekanntmachung, die sich nach dem Gesetzeswortlaut auf den „Verschmelzungsplan“ bezieht und bei der hier gebotenen entsprechenden Anwendung auf einen grenzüberschreitenden Formwechsel den Entwurf des Umwandlungsbeschlusses meint (*Winter/Marx/de Decker*, DStR 2017, 1664, 1668; *Hushahn*, RNotZ 2014, 137, 144), bezweckt den Schutz von Gesellschaftern und Dritten durch eine möglichst frühe Information. Die grundsätzliche Notwendigkeit einer entsprechenden Anwendung des § 122d UmwG auf den vorliegenden Herausformwechsel folgt aus dem vergleichbaren Informationsbedürfnis der geschützten Personen, das unbeschadet des Hinweises der Antragstellerin auf die auch nach dem Formwechsel fortbestehende Existenz des Rechtsträgers schon wegen des grenzüberschreitenden Bezuges und des damit verbundenen Wechsels der Rechtsordnung anzuerkennen ist. Soweit dadurch die Voraussetzungen gegenüber reinen Inlandssachverhalten (§§ 190 ff. UmwG) – geringfügig – erschwert werden, erscheint dies aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt, weil nur auf diese Weise mittels eines moderaten formalen Erfordernisses die mit grenzüberschreitenden Sachverhalten verbundene Gefährdung von Interessen besonders schützenswerter Be-

troffener eingeschränkt und alle berechtigten Belange der Beteiligten ausreichend berücksichtigt werden können (vgl. *Winter/Marx/de Decker*, DStR 2017, 1664, 1668; *Hushahn*, RNotZ 2014, 137, 144; vgl. auch die Art. 86g und 86j der Richtlinie (EU) 2017/1132 in der Fassung der Richtlinie (EU) 2019/2121 und den 12. Erwägungsgrund der Änderungsrichtlinie, Abl. (EU) L 321/1, S. 3). Die unterlassene Einreichung des Umwandlungsbeschlusses durch die Antragstellerin stellt deshalb auch nach Auffassung des Senats im vorliegenden Fall ein von Amts wegen zu beachtendes Eintragungshindernis dar (vgl. *Henssler/Strohn/Polley*, Gesellschaftsrecht, § 122d UmwG Rdnr. 1 f., 14; *Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Hörtnagl*, Umwandlungsgesetz, 8. Aufl., § 122d Rdnr. 40, § 122i Rdnr. 14 f.; *Widmann/Mayer/Mayer*, Umwandlungsrecht, Stand: 2019, § 122d Rdnr. 42). Daran ändert es auch nichts, dass – so der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin in seiner Stellungnahme vom 19.9.2019 – die Gesellschaft „kaum Verbindlichkeiten gegenüber Dritten“ aufweise. Soweit in der Literatur teilweise angenommen wird, dass die Voraussetzungen des § 122d UmwG entbehrlich sein können, wenn sämtliche Gläubiger bekannt und verzichtsbereit sind (vgl. *BeckOGK-UmwG/Klett*, § 122d Rdnr. 18; a. A. *Semler/Stengel/Drinhausen*, Umwandlungsgesetz, 4. Aufl., § 122d Rdnr. 13), ist dafür hier nichts ersichtlich. Inwieweit darüber hinaus auch dem in § 122e UmwG geregelten Berichtserfordernis zu genügen gewesen wäre, das in grenzüberschreitenden Sachverhalten auch dem Schutze der Arbeitnehmer dient und das sich bei entsprechender Anwendung der Bestimmung auf den Herausformwechsel auf den Umwandlungsbericht beziehen soll (so *Winter/Marx/de Decker*, DStR 2017, 1664, 1668; *Hushahn*, RNotZ 2014, 137, 145; zur etwaigen Verzichtbarkeit in Fällen, in denen keine Arbeitnehmerinteressen betroffen sind, *BeckOGK-UmwG/Klett*, § 122e Rdnr. 23 m. w. N.), kann hiernach dahinstehen.

(...)

11 Anlass, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, bestand mangels Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen (§ 70 Abs. 2 FamFG) nicht. Nach dem Inkrafttreten der Richtlinie (EU) 2019/2121 wird eine Änderung der Rechtslage im vorbeschriebenen Sinne erfolgen müssen. Eine Rechtsfrage, die – wie mithin hier – auslaufendes Recht betrifft, hat jedoch in aller Regel keine grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 70 Abs. 2 Nr. 1 FamFG, sofern nicht – wofür jedoch nichts ersichtlich ist – die Klärung für einen nicht überschaubaren Personenkreis in nicht absehbarer Zukunft von Bedeutung ist (BGH, Beschluss vom 12.7.2006, X ZR 22/05, NJW-RR 2006, 1719; *Keidel/Meyer-Holz*, FamFG, § 70 Rdnr. 23). Auch § 70 Abs. 2 Nr. 2 FamFG ist nicht einschlägig; denn mangels erkennbarer Relevanz für eine Vielzahl von anhängigen Altverfahren ist eine Zulassung zum Zwecke der Fortbildung des Rechts nicht erforderlich (BGH, Beschluss vom 13.8.2003, XII ZR 303/02, BGHZ 156, 97; *Keidel/Meyer-Holz*, FamFG, § 70 Rdnr. 27), und ein Fall der Divergenz, der die Zulassung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung rechtfertigen könnte (vgl. BGH, Beschluss vom 1.10.2002, XI ZR 71/02, BGHZ 152, 182), liegt mangels abweichender Rechtsprechung zur vorliegenden Fallgestaltung nicht vor.

BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

19. Erteilung einer Ausfertigung der Urkunde mit Auflassungserklärung – Auslegung einer gemeinsamen Anweisung der Urkundsbeteiligten an den Notar

BGH, Beschluss vom 26.9.2019, V ZB 41/19 (Vorinstanz: LG Berlin, Beschluss vom 22.1.2019, 84 T 143/18)

BeurkG § 51 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, § 53 Abs. 1

BGB § 925

GBO §§ 28, 29

LEITSÄTZE:

- 1. In erster Linie ist für den Inhalt einer gemeinsamen Anweisung der Urkundsbeteiligten an den Notar deren Wortlaut maßgeblich. Ergibt die Regelung bei wortlautgetreuer Auslegung keinen Sinn, müssen der Notar und in einem Notarbeschwerdeverfahren auch das mit der Prüfung des Inhalts einer Anweisung befasste Beschwerdegericht das von den Urkundsbeteiligten Gewollte aus den übrigen dem Notar bekannten Umständen, insbesondere aus dem von den Urkundsbeteiligten mit einer Klausel erkennbar verfolgten Zweck, erschließen und die Klausel auslegen. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 2. Haben die Urkundsbeteiligten die Erteilung von Ausfertigungen der Urkunde, welche die Auflassung enthält, von der vollständigen Zahlung des Kaufpreises abhängig gemacht und ist die Kaufpreiszahlung teilweise statt an den Verkäufer auf ein Notaranderkonto erfolgt, steht das Notaranderkonto einem Konto des Verkäufers erst dann gleich, wenn der einzahlende Käufer seine Zustimmung zur Auszahlung an den Verkäufer erteilt. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 3. Eine abweichende Bestimmung gemäß § 51 Abs. 2 BeurkG muss nicht zwingend in der Niederschrift der Urkunde enthalten sein, deren Ausfertigung verlangt wird. Sie kann auch gesondert vor bzw. nach der Errichtung der Niederschrift getroffen und dem Notar mitgeteilt werden. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Mit notariellem Vertrag vom 14.9.1994 (UR-Nr. 568/1994), ergänzt durch notarielle Urkunde vom 18.9.1994 (UR-Nr. 577/1994), verkaufte die Beteiligte zu 2 an den Beteiligten zu 1 mehrere, aufgrund einer Umliegevereinbarung noch zu bildende Grundstücke zu einem Kaufpreis von 47.048.800 DM. Auf diesen sollten zwei zugunsten einer Bank im Grundbuch eingetragene Grundschulden über 5 Mio. DM und 25,5 Mio. DM sowie eine noch einzutragende Grundschuld über 4,1 Mio. DM unter Übernahme der zugrunde liegenden persönlichen Schulden durch den Beteiligten zu 1 angerechnet werden. Der Restkaufpreis in Höhe von ca. 12,5 Mio. DM sollte nach § 3 Abs. 4 des Vertrages nach Eintritt näher bezeichneter Fälligkeitsvoraussetzungen unmittelbar auf

ein von der Beteiligten zu 2 noch bekanntzugebendes Konto gezahlt werden. Für den Fall, dass die Bank die Schuldübernahme nicht genehmigen würde, sollte es dem Beteiligten zu 1 freistehen, entweder den Betrag zur Ablösung der Grundpfandrechte beim Notar zu hinterlegen oder vom Vertrag zurückzutreten. In § 19 des Vertrages erklärten die Beteiligten zudem die Auflassung und bewilligten und beantragten die Eintragung der Eigentumsänderung nach Eintragung der gemäß Umlegungsvertrag zu bildenden Parzellen in das Grundbuch. Weiter heißt es in § 19 Abs. 4:

„Der Notar ist gehalten, eine Ausfertigung dieser Urkunde zur vertragsgemäßen Eigentumsumschreibung erst dann dem zuständigen Grundbuchamt zu erteilen, wenn die vollständige Kaufpreiszahlung sowie die Ausgleichung der bis dahin entstandenen und nachgewiesenen Aufwendungen sowie die Freistellung von Bürgschaftsverpflichtungen erfolgt ist und die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes vorliegt.“

2 Am 14.3.1997 wurde eine weitere notarielle Urkunde errichtet (URNr. 213/1997). Unter Hinweis auf die vorangegangenen Urkunden vom 14./18.9.1994 erklärte eine Angestellte der Notarstelle aufgrund einer ihr in dem Kaufvertrag von den Beteiligten erteilten Durchführungsvollmacht, dass die grundbuchmäßige Vollziehung zwischenzeitlich erfolgt und die verkaufte Teilfläche mit den vermessenen Grundstücksteilen identisch sei. Weiter erklärte sie namens der Beteiligten erneut die Auflassung der im Einzelnen bezeichneten Flurstücke sowie die Bewilligung und die Beantragung der Eintragung der Eigentumsänderung in das Grundbuch.

3 Nachdem die Bank die Genehmigung der Schuldübernahme verweigert und der Beteiligte zu 1 weder den Kaufpreis hinterlegt noch den Rücktritt erklärt hatte, betrieb die Beteiligte zu 2 wegen des Kaufpreisanspruchs bis in das Jahr 2006 die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Kaufvertragsurkunde. Grundlage war eine Vollstreckungsklausel, nach der der Beteiligte zu 1 den gesamten Kaufpreis auf ein Notaranderkonto zu zahlen hatte. Mittlerweile hat der Beteiligte zu 1 Zahlungen in Höhe des vereinbarten Kaufpreises geleistet, wobei der zur Ablösung der Grundpfandrechte erforderliche Betrag vollständig auf ein Notaranderkonto und der verbleibende „Restkaufpreis“ von ca. 12,5 Mio. DM zum Teil direkt an die Beteiligte zu 2 und zum Teil auf ein Notaranderkonto eingezahlt wurde. Wegen der Nebenkosten sind noch mehrere Rechtsstreitigkeiten zwischen den Beteiligten anhängig.

4 Am 18.12.2017 beantragte der Beteiligte zu 1 bei dem Notariatsverwalter des beurkundenden Notars (nachfolgend: Notar) die Erteilung vollständiger Ausfertigungen der Urkunden vom 14.9.1994 (UR-Nr. 568/1994), vom 18.9.1994 (UR-Nr. 577/1994) und vom 14.3.1997 (UR-Nr. 213/1997). Der Notar übersandte daraufhin dem Beteiligten zu 1 die Ausfertigungen der Urkunden, die Urkunden vom 14.9.1994 und vom 14.3.1997 allerdings ohne die in ihnen enthaltenen Auflassungserklärungen. Mit Vorbescheiden vom 15.2.2018 und vom 27.2.2018 lehnte der Notar die Erteilung von Ausfertigungen der Urkunden mit Auflassungserklärung ab. Die hiergegen gerichteten Beschwerden hat das LG zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Beteiligte zu 1 sein Anliegen weiter.

5 II. Nach Ansicht des Beschwerdegerichts ist der Notar nicht verpflichtet, dem Beteiligten zu 1 Ausfertigungen der Urkunden vom 14./18.9.1994 mit Auflassungserklärung zu erteilen. Zwar könne gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG bei Niederschriften über Willenserklärungen jeder, der eine Erklärung im eigenen Namen abgegeben habe oder in dessen Namen eine Erklärung abgegeben worden sei, Ausfertigungen verlangen. Hier hätten die Parteien aber eine anderweitige Bestimmung im Sinne des § 51 Abs. 2 BeurkG getroffen. § 19 Abs. 4 des Kaufvertrages sei abweichend von seinem Wortlaut (Erteilung gegenüber dem Grundbuchamt) nach Sinn und Zweck dahingehend auszulegen, dass die Erteilung der Ausfertigungen im Auftrag der Beteiligten gemeint sei. Andernfalls wäre es dem Beteiligten zu 1 möglich, sich ohne Kaufpreiszahlung eine Ausfertigung erteilen zu lassen und bei dem Grundbuchamt selbst einen Antrag auf Eigentumsumschreibung zu stellen. Die Voraussetzungen des § 19 Abs. 4 des Kaufvertrages lägen nicht vor, da der Kaufpreis nicht vollständig gezahlt sei. Dass der Restkaufpreis zum Teil auf dem Notaranderkonto eingegangen sei, genüge nicht. Eine Auszahlung an die Beteiligte zu 2 sei nämlich nicht möglich, weil gemeinsame Auszahlungsanweisungen noch nicht erteilt seien. Ebenso wenig sei die Ausgleichung der bis zur Kaufpreiszahlung entstandenen nachgewiesenen Aufwendungen erfolgt.

6 Wegen der Regelung in § 19 Abs. 4 des Kaufvertrages habe der Beteiligte zu 1 auch kein Recht auf Erteilung einer Ausfertigung der Urkunde vom 14.3.1997 (UR-Nr. 213/1997) mit Auflassungserklärung. Die Beteiligten hätten die Anweisung des Kaufvertrages konkludent in diese Urkunde einbezogen. Auch ohne ausdrückliche Wiederholung der Bestimmung in § 19 Abs. 4 des Kaufvertrages habe der Notar davon ausgehen müssen, dass es dem Käufer nicht möglich sein solle, sich ohne vollständige Kaufpreiszahlung eine Ausfertigung erteilen zu lassen und mit dieser Ausfertigung die Eigentumsumschreibung auf sich herbeizuführen. Die in der Urkunde enthaltene Identitätserklärung und die Wiederholung der Auflassung hätten im Wesentlichen nur grundbuchtechnische Bedeutung.

7 III. Die infolge der Zulassung statthafte (§ 54 Abs. 2 Satz 1 BeurkG i. V. m. § 70 Abs. 1 und 2 FamFG) und auch im Übrigen zulässige (§ 71 FamFG) Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Das Beschwerdegericht hat es zu Recht abgelehnt, den Notar zur Erteilung von Ausfertigungen der Urkunden mit Auflassungserklärung an den Beteiligten zu 1 anzuweisen.

8 1. Dies gilt zunächst für die Urkunde vom 14.9.1994 (URNr. 568/1994); auf die von dem Beschwerdegericht zusätzlich angeführte Ergänzungsurkunde vom 18.9.1994 (URNr. 577/1994) kommt es insoweit nicht an, weil diese keine Auflassung enthält und der Beteiligte zu 1 hiervon bereits eine vollständige Ausfertigung erhalten hat.

9 a) Gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG kann bei Niederschriften über Willenserklärungen jeder eine Ausfertigung verlangen, der eine Erklärung im eigenen Namen abgegeben hat oder in dessen Namen eine Erklärung abgegeben worden ist. Bei der Auflassungserklärung handelt es sich um eine solche Willenserklärung. Wie das Beschwerdegericht zutreffend sieht, haben die Beteiligten hier aber in § 19 Abs. 4 des Kaufvertrages etwas anderes bestimmt im Sinne des § 51 Abs. 2 BeurkG. Die Auslegung dieser Bestimmung hält der – eingeschränkten (vgl.

Senat, Urteil vom 18.12.2015, V ZR 191/14, NJW 2016, 1242 Rdnr. 24) – Überprüfung im Rechtsbeschwerdeverfahren stand.

10 aa) Nach ihrem Wortlaut betrifft die Klausel allerdings nicht die Erteilung einer Ausfertigung an die Urkundsbeteiligten. Vielmehr wird geregelt, wann der Notar eine Ausfertigung „dem zuständigen Grundbuchamt zu erteilen“ hat. Die Rechtsbeschwerde weist im Ausgangspunkt auch zutreffend darauf hin, dass für den Inhalt einer gemeinsamen Anweisung in erster Linie deren Wortlaut maßgeblich ist und es nicht Sache des Notars oder des Beschwerdegerichts ist, den Inhalt der Anweisung abweichend vom Wortlaut auszulegen (vgl. Senat, Beschluss vom 28.10.2010, V ZB 70/10, juris Rdnr. 33; BGH, Urteil vom 10.2.2000, IX ZR 41/99, NJW 2000, 1644 juris Rdnr. 9).

11 bb) Auf den Wortlaut kann es jedoch nicht ankommen, wenn eine Regelung bei wortlautgetreuer Anwendung keinen Sinn ergibt. Dann müssen der Notar und in einem Notarbeschwerdeverfahren auch das mit der Prüfung des Inhalts einer Anweisung befasste Beschwerdegericht das von den Urkundsbeteiligten Gewollte aus den übrigen dem Notar bekannten Umständen, insbesondere aus dem von den Urkundsbeteiligten mit einer Klausel erkennbar verfolgten Zweck, erschließen und die Klausel auslegen. Vor diesem Hintergrund weist die Auslegung des Beschwerdegerichts, der Beteiligte zu 1 könne eine Ausfertigung der Urkunde vom 14.9.1994 nur bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 19 Abs. 4 des Vertrages verlangen, keinen Rechtsfehler auf.

12 (1) Die Klausel steht, wie der Hinweis auf die „vertragsgemäße Eigentumsumschreibung“ belegt, in untrennbarem Zusammenhang mit der von dem Verkäufer eines Grundstücks gemäß § 433 Abs. 1 BGB geschuldeten Verschaffung des Eigentums. Hierzu gehört nicht nur die Auflassung (§ 925 BGB), sondern auch die Eintragung des neuen Eigentümers in das Grundbuch (§ 873 Abs. 1 BGB). Grundbuchverfahrensrechtlich ist die Auflassung gegenüber dem Grundbuchamt in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachzuweisen. Eine zu diesem Nachweis geeignete öffentliche Urkunde stellt die Ausfertigung einer notariellen Urkunde dar, in der die Abgabe der Auflassungserklärungen dokumentiert ist und die dem Grundbuchamt vorgelegt wird. Dies bedeutet aber nicht, dass die Ausfertigung „dem Grundbuchamt zu erteilen“ ist, wie es in § 19 Abs. 4 der Klausel heißt. Vielmehr können Ausfertigungen nur die in § 51 Abs. 1 BeurkG aufgeführten Personen verlangen. Das Grundbuchamt gehört nicht dazu.

13 (2) Was die Vertragsbeteiligten mit § 19 Abs. 4 des Vertrages tatsächlich gewollt haben, unterliegt aber, wie das Beschwerdegericht zutreffend sieht, trotz der verfehlten Formulierung keinem Zweifel. Die Eigentumsumschreibung soll erst dann möglich sein, wenn die in der Klausel im einzelnen aufgeführten Voraussetzungen vorliegen, insbesondere der Kaufpreis vollständig gezahlt ist. Es handelt sich erkennbar um eine Schutzvorschrift zugunsten des Verkäufers, der nicht Gefahr laufen soll, sein Eigentum an dem Grundstück zu verlieren, obwohl der Käufer die ihm obliegenden Leistungen noch nicht erbracht hat. Eine solche Gefahr besteht insbesondere dann, wenn die Auflassungserklärung – wie hier – bereits in der Kaufvertragsurkunde enthalten ist. Der Notar ist nämlich gemäß

§ 53 Abs. 1 BeurkG grundsätzlich gehalten, solche Willenserklärungen bei dem Grundbuchamt einzureichen, es sei denn, dass alle Beteiligten gemeinsam etwas anderes verlangen. Vor diesem Hintergrund ist § 19 Abs. 4 des Vertrages der Beteiligten – jedenfalls auch – als Vollzugsvereinbarung zu verstehen. Ohne Erfüllung der in der Klausel aufgeführten Voraussetzungen soll der Notar die Eigentumsumschreibung bei dem Grundbuchamt nicht veranlassen. Da der Notar für die Umschreibung eine Ausfertigung der Auflassungserklärung benötigt (§ 29 Abs. 1 GBO), bitten die Urkundsbeteiligten um Erteilung einer Ausfertigung (§ 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG) nicht an das Grundbuchamt, sondern an sich und beauftragen und bevollmächtigen den Notar zugleich, mit der Urkunde zum Zwecke ihres Vollzugs entsprechend zu verfahren (vgl. BeckOGK-BeurkG/Regler, Stand: 1.3.2019, § 51 Rdnr. 45; Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 2. Aufl., Rdnr. 35; Winkler, BeurkG, 19. Aufl., § 51 Rdnr. 27). Ist insbesondere der Kaufpreis nicht gezahlt, darf der Notar die Auflassungserklärung nicht bei dem Grundbuchamt einreichen.

14 (3) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde beschränkt sich die Bedeutung von § 19 Abs. 4 des Vertrages aber nicht in einer Vollzugsvereinbarung im Sinne des § 53 Abs. 1 BeurkG. Der ohne Weiteres erkennbare Sinn der Klausel ist es, den Verkäufer vor einem Eigentumsverlust ohne Erhalt der Gegenleistung des Käufers zu schützen. Dieser Sinn würde verfehlt, wenn zwar der Notar die Grundbuchschrift ohne Nachweis der Gegenleistung des Käufers nicht herbeiführen dürfte, der Käufer selbst aber dieses Ergebnis erreichen könnte, indem er berechtigt wäre, für sich gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG eine Ausfertigung zu verlangen und unter deren Vorlage bei dem Grundbuchamt die Eintragung als Eigentümer zu erreichen. Das Beschwerdegericht legt § 19 Abs. 4 des Vertrages deshalb zu Recht (auch) als abweichende Bestimmung im Sinne des § 51 Abs. 2 BeurkG aus und behandelt die Beteiligten zutreffend so, wie wenn sie die Erteilung von Ausfertigungen der Urkunde mit der Auflassungserklärung ausdrücklich von dem Vorliegen der in § 19 Abs. 4 des Vertrages vorgesehenen Voraussetzungen abhängig gemacht hätten (vgl. zu der aktuellen notariellen Praxis BeckOGK-BeurkG/Regler, § 51 Rdnr. 41; Würzburger Notarhandbuch/Hertel, 5. Aufl., Teil 2 Kap. 2 S. 516).

15 b) Da aufgrund der abweichenden Vereinbarung der Notar nicht gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG zur Erteilung der Ausfertigung verpflichtet ist, kann sich eine solche Verpflichtung nur aus der Vereinbarung in § 19 Abs. 4 des Kaufvertrages selbst ergeben. Die Voraussetzungen dieser Bestimmung liegen jedoch nicht vor, weil es jedenfalls an der vollständigen Zahlung des Kaufpreises fehlt. Der Restkaufpreis von ca. 12,5 Mio. DM, der der Beteiligten zu 2 unmittelbar zufließen sollte, ist nämlich nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts zum Teil auf ein Notaranderkonto gezahlt worden. Er unterliegt nicht der alleinigen Verfügungsbefugnis der Beteiligten zu 2, weil der Beteiligte zu 1 bislang seine Zustimmung zur Auszahlung an die Beteiligte zu 2 nicht erteilt hat. Dass die Vollstreckungsklausel, aus der die Beteiligte zu 2 die Zwangsvollstreckung gegen den Beteiligten zu 1 betrieben hat, auf Zahlung des gesamten Kaufpreises auf ein Notaranderkonto lautete, bedeutet nicht, dass die Beteiligte zu 2 eine solche Zahlung als Erfüllung gegen sich gelten las-

sen muss. Erst wenn der Beteiligte zu 1 seine Sperrposition hinsichtlich des auf dem Notaranderkonto befindlichen Teils des Restkaufpreises aufgibt, steht das Notaranderkonto einem Konto des Verkäufers gleich, auf das der Restkaufpreis gemäß § 3 Abs. 4 des Vertrages gezahlt werden sollte.

16 2. Ebenso wenig kann der Beteiligte zu 1 eine Ausfertigung der Urkunde vom 14.3.1997 (UR-Nr. 213/1997) mit Auflassungserklärung verlangen. Auch insoweit hat der Notar die in § 19 Abs. 4 des Kaufvertrags für die Erteilung von Ausfertigungen getroffenen Vereinbarungen, deren Voraussetzungen nicht vorliegen, zu beachten. Hiervon geht das Beschwerdegericht im Ergebnis zutreffend aus.

17 a) Die Rechtsbeschwerde weist allerdings zu Recht darauf hin, dass in der Urkunde vom 14.3.1997 weder eine mit § 19 Abs. 4 des Kaufvertrags übereinstimmende Regelung enthalten ist noch auf diese Bestimmung Bezug genommen wird. In der Urkunde vom 14.3.1997 ist deshalb keine abweichende Vereinbarung im Sinne des § 51 Abs. 2 BeurkG getroffen worden. Anders als das Beschwerdegericht offenbar meint, lässt sich eine solche der Urkunde vom 14.3.1994 auch nicht im Wege der Auslegung entnehmen.

18 b) Eine abweichende Bestimmung gemäß § 51 Abs. 2 BeurkG muss jedoch nicht zwingend in der Niederschrift der Urkunde, deren Ausfertigung verlangt wird, enthalten sein. Sie kann auch gesondert vor bzw. nach der Errichtung der Niederschrift getroffen und dem Notar mitgeteilt werden (vgl. *Grziwotz/Heinemann*, BeurkG, § 51 Rdnr. 27; *Winkler*, BeurkG, § 51 Rdnr. 21; *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG, 7. Aufl., § 51 Rdnr. 20). So liegt es hier. Die Beteiligten haben nämlich bereits in der Urkunde vom 14.9.1994 festgelegt, dass die in § 19 Abs. 4 enthaltenen Beschränkungen auch für nachfolgende Urkunden wie diejenige vom 14.3.1997 gelten. Dies ergibt eine Auslegung, die der Senat selbst vornehmen kann, da es insoweit keiner weiteren Feststellungen mehr bedarf.

19 aa) Der Sinn der Urkunde vom 14.3.1997 erschließt sich vor dem Hintergrund, dass die Grundstücke, die der Beteiligte zu 1 erwerben wollte, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 14.9.1994 noch nicht vermessen waren. Es handelte sich um noch zu bildende Grundstücke. Ein solcher Teilflächenkauf ist zulässig, wenn die verkaufte Teilfläche hinreichend bestimmt bezeichnet ist (vgl. Senat, Urteil vom 8.11.1968, V ZR 58/65, NJW 1969, 131, 132). Für die Auflassung gibt es in der notariellen Praxis verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten (vgl. *Krüger/Hertel*, Der Grundstückskauf, 11. Aufl., Rdnr. 1512 ff.; *Würzburger Notarhandbuch/Hertel*, Teil 2 Kap. 2 Rdnr. 586; *Beck'schesNotar-Handbuch/Krauß*, 6. Aufl., A I Rdnr. 608 f.). Sie kann – sachenrechtliche Bestimmtheit vorausgesetzt – bereits in dem Kaufvertrag mit beurkundet werden. Für die für den Grundbuchvollzug gemäß § 28 GBO erforderliche grundbuchmäßige Bezeichnung genügt es in diesem Fall, wenn eine Ergänzungsurkunde in der Form des § 29 GBO errichtet wird, wonach das vermessene Grundstück mit der Teilfläche, hinsichtlich derer die Auflassung erklärt wurde, identisch ist (sog. Identitätserklärung). Eine andere Möglichkeit besteht darin, die Auflassung erst nach Vermessung und Neubildung der Grundstücke zu erklären. Schließlich können auch beide Möglichkeiten miteinander kombiniert werden, indem die Auflassung bereits in dem Kaufvertrag erklärt und nach Vermessung

nochmals wiederholt wird. Bei der Frage, welcher Weg vorzugswürdig ist, wird in der Literatur auf das Risiko verwiesen, das besteht, wenn die Auflassung in der Kaufvertragsurkunde erklärt wird. Diese Auflassung ist nämlich nur wirksam, wenn das vermessene Grundstück mit dem im Kaufvertrag bezeichneten und aufgelassenen genau übereinstimmt. Sonst fehlt es an einer wirksamen Einigung, der Käufer erwirbt kein Eigentum, auch die Grundbuchumschreibung heilt diese nicht nach § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB, weil der Fehler nicht in der Form des Kaufvertrags, sondern im Inhalt der Auflassung liegt (vgl. *Krüger/Hertel*, Der Grundstückskauf, Rdnr. 1515; *Beck'schesNotar-Handbuch/Krauß*, A I Rdnr. 609). Wegen dieses Risikos wird empfohlen, die Auflassung bei einem Teilflächenverkauf erst nach der Vermessung zu erklären bzw. aufgrund einer in dem Vertrag erteilten Auflassungsvollmacht erklären zu lassen (vgl. *Krüger/Hertel*, Der Grundstückskauf, Rdnr. 1516 f.; *Beck'schesNotar-Handbuch/Krauß*, A I Rdnr. 609; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 87; *Böttcher*, ZNotP 2008, 258).

20 bb) Auf dieser Grundlage stand bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages am 14.9.1994 fest, dass es nach der Vermessung der Grundstücke und der Bildung neuer Grundbuchblätter weiterer Erklärungen der Beteiligten bedurfte, um den Übergang des Eigentums an den verkauften Grundstücksflächen und den grundbuchrechtlichen Vollzug vorzubereiten. Diese Erklärungen sind in der Urkunde vom 14.3.1997 enthalten, wobei der Notar hier erkennbar den sichersten Weg gewählt hat, indem sowohl eine Identitätserklärung abgegeben als auch die Auflassung wiederholt wurde.

21 cc) Demgegenüber ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Käufer Eigentümer der verkauften Grundstücksflächen werden soll, in § 19 Abs. 4 des Vertrages vom 14.9.1994 geregelt. Hier haben die Beteiligten eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass dies nur bei Vorliegen der dort aufgestellten Voraussetzungen, insbesondere nach vollständiger Zahlung des Kaufpreises der Fall sein soll. Der Sinn der Klausel würde verfehlt, wenn der Käufer zwar – wie oben dargelegt – keinen Anspruch auf Erteilung einer Ausfertigung der Urkunde vom 14.9.1994 mit Auflassungserklärung hätte, er aber von dem Notar die Erteilung einer Ausfertigung der Urkunde vom 14.3.1997 mit Auflassungserklärung verlangen und damit den Eigentumsübergang herbeiführen könnte, obwohl die zuletzt genannte Urkunde nur wegen der neuen Grundstücksbezeichnungen errichtet wurde. Dies war den Beteiligten auch bekannt. Deshalb bezieht sich § 19 Abs. 4 der Urkunde vom 14.9.1994 auch auf die Folgeurkunde vom 14.3.1997.

22 IV. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 54 Abs. 1 BeurkG i. V. m. § 84 FamFG. Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf § 61 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 36 Abs. 1 GNotKG. Insoweit schätzt der Senat das Interesse des Beteiligten zu 1 an der Erteilung der Ausfertigungen mit Auflassung mit 1/3 des Kaufpreises.

ANMERKUNG:

Von Notarassessor **Andreas Greger**, München

1. Sachverhalt

Die Entscheidung des BGH behandelt mehrere für die notarielle Praxis interessante Fragen.

Ausgangspunkt der Entscheidung war der Antrag eines Käufers auf Erteilung von Ausfertigungen einer Grundstückskaufvertragsurkunde, welche die Auflassung sowie die Bewilligung der Eigentumsumschreibung enthielt. In der Urkunde wurde der Notar angewiesen, „eine Ausfertigung dieser Urkunde zur vertragsgemäßen Eigentumsumschreibung erst dann dem zuständigen Grundbuchamt zu erteilen, wenn die vollständige Kaufpreiszahlung (...) vorliegt“. Die Kaufpreiszahlung erfolgte indes – anders als in der Urkunde vereinbart – nur teilweise an den Verkäufer, im Übrigen auf ein Notaranderkonto.

Da der Grundstückskaufvertrag (auch) Teilflächen zum Gegenstand hatte, wurde in einer weiteren, späteren Urkunde nach Vermessung eine Identitätserklärung abgegeben und die Auflassung erneut erklärt. Auch von dieser Urkunde verlangte der Käufer eine Ausfertigung. Eine Anweisung an den Notar zur Erteilung von Ausfertigungen war in dieser Urkunde nicht enthalten. Der Notar verweigerte die Erteilung der Ausfertigungen an den Käufer.

Der BGH schloss sich dieser Ansicht an und nahm dabei zunächst zur Auslegung von Anweisungen an den Notar Stellung; diese seien in erster Linie nach ihrem Wortlaut und nur dann nach dem von den Beteiligten verfolgten Zweck auszulegen, wenn die Klausel ihrem Wortlaut nach keinen Sinn ergebe (vgl. Rdnr. 10 f., hierzu 2.).

Daneben entschied der BGH darüber, unter welchen Voraussetzungen die Zahlung auf ein Notaranderkonto der Zahlung auf ein Konto eines Beteiligten gleichsteht – dies sei der Fall, wenn der Betrag der alleinigen Verfügungsbefugnis desjenigen unterliege, dem er vertragsgemäß zufließen soll (vgl. Rdnr. 15, hierzu 3.), wenn also – allgemein gesagt – Auszahlungsreife vorliege.

Schließlich wird die praxisrelevante Frage, ob eine „abweichende Bestimmung“ im Sinne des § 51 Abs. 2 BeurkG auch außerhalb der Urkunde getroffen werden kann, vom BGH zu Recht bejaht (vgl. Rdnr. 18, hierzu 4.).¹

Inzident nimmt der BGH auch zu den Gestaltungsmöglichkeiten für die Auflassung beim sog. Teilflächenverkauf Stellung. Hierauf soll im Folgenden nicht näher eingegangen werden; dies würde den Rahmen des Beitrags sprengen.

2. Zur Auslegung von Anweisungen an den Notar

Gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 BeurkG kann bei Niederschriften über Willenserklärungen jeder, der eine Erklärung im eigenen Namen abgegeben hat, eine Ausfertigung ver-

langen. Anderen als den in § 51 Abs. 1 BeurkG genannten Personen dürfen aufgrund der notariellen Verschwiegenheitspflicht nach § 18 BNotO grundsätzlich keine Ausfertigungen erteilt werden – insofern konkretisiert § 51 BeurkG die Verschwiegenheitspflicht des Notars.² Da die Auflassungserklärung aufseiten des Veräußerers und des Erwerbers eine Willenserklärung in diesem Sinne darstellt, können im Grundsatz beide die Erteilung vollständiger Ausfertigungen der Urkunden verlangen, in denen solche Erklärungen enthalten sind.

Vorliegend haben die Beteiligten jedoch eine anderweitige Bestimmung im Sinne des § 51 Abs. 2 BeurkG getroffen; dieser eröffnet etwa die Möglichkeit, den Kreis der Berechtigten hinsichtlich der Erteilung von Ausfertigungen zu erweitern oder die Erteilung von Ausfertigungen an zusätzliche Voraussetzungen zu knüpfen,³ was vorliegend geschah.

Zwar betrifft die streitgegenständliche Anweisung ihrem Wortlaut nach lediglich die Erteilung einer Ausfertigung an das Grundbuchamt, nicht an die Beteiligten. Im Wege der Auslegung entnahm der Notar der Klausel jedoch die Anweisung, auch den Beteiligten nur bei Vorliegen der vereinbarten Voraussetzungen Ausfertigungen oder beglaubigte Abschriften zu erteilen. Hierzu führt der BGH – der sich dieser Auslegung im konkreten Fall anschloss – zutreffend aus, dass für den Inhalt einer solchen Anweisung in erster Linie deren Wortlaut maßgeblich sei; eine hiervon abweichende Auslegung komme nur ganz ausnahmsweise in Betracht.⁴ Insbesondere sei es nicht Aufgabe des Notars, eine ihm erteilte Anweisung anhand der übrigen, außerhalb dieser Anweisung liegenden Regelungen des Vertrages auszulegen; der Notar habe die Anweisung vielmehr mit „peinlicher Genauigkeit“ zu befolgen.⁵ Dies überzeugt, da besonders von dieser Genauigkeit im Vollzug das Vertrauen der Beteiligten in den Notar abhängig ist.⁶

Von diesem Grundsatz wurden bereits in der Vergangenheit insbesondere vier Fallgruppen als Ausnahmen diskutiert:⁷

- (1) Zunächst kann eine Weisung vorliegen, die von den Parteien eindeutig anders gemeint war, als sie formuliert ist.
- (2) Daneben kommt der Fall in Betracht, dass eine Weisung unklar oder lückenhaft formuliert ist.
- (3) Weiterhin kann während des Vollzugs eine Änderung der Rechts- oder Tatsachenlage eintreten, die eine Erfüllung der Weisung unmöglich macht (weil etwa eine vom Notar einzuholende Genehmigung nicht mehr erforderlich ist).

² BeckOK-BeurkG/Kleba, § 51 Rdnr. 1.

³ BeckOK-BeurkG/Kleba, § 51 Rdnr. 19.

⁴ Damit führt der BGH seine st. Rspr. fort, siehe etwa Beschluss vom 28.10.2010, V ZB 70/10, BeckRS 2010, 29183 Rdnr. 33; Urteil vom 10.2.2000, IX ZR 41/99, DNotZ 2001, 856.

⁵ BGH, Urteil vom 10.2.2000, IX ZR 41/99, DNotZ 2001, 856.

⁶ So auch die st. Rspr. des BGH, vgl. *Hertel*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.2.2000, IX ZR 41/99, DNotZ 2001, 856, 858.

⁷ Hierzu und zum Folgenden im Einzelnen *Hertel*, DNotZ 2001, 856, 860 ff.

¹ Damit folgt der BGH der h. M. in der Literatur, siehe etwa BeckOK-BeurkG/Kleba, Stand: 1.11.2019, § 51 Rdnr. 21 m. w. N.

Dass der Notar – insbesondere in diesen Fällen – die Anweisung als solche, also ohne Berücksichtigung der weiteren in der Urkunde enthaltenen Erklärungen, auslegen darf, wird – soweit ersichtlich – nicht bestritten.⁸ Umstritten ist jedoch in all diesen Fällen die Frage, ob der Notar die Anweisung anhand des übrigen Vertragsinhalts auslegen darf. Der sicherste Weg wird stets sein, in solchen Fällen eine geänderte Anweisung der Beteiligten einzuholen, sofern diese zu einer solchen bereit sind; die rechtliche Möglichkeit hierzu besteht jedenfalls, da die Parteien die Anweisung einvernehmlich, auch nachträglich und außerhalb der Urkunde (siehe dazu 4.), ändern können. Sofern eine der Parteien zur Mitwirkung an der Änderung nicht bereit ist, sollte der Notar die Parteien im Zweifel auf den Zivilrechtsweg verweisen.

(4) Die vierte, von *Hertel* genannte Fallgruppe betrifft einen etwas anders gelagerten Fall: Der Notar darf eine eindeutig formulierte Anweisung nicht befolgen, wenn er dadurch an der Verfolgung unerlaubter oder unredlicher Zwecke mitwirken würde, vgl. § 14 Abs. 2 BNotO.⁹ Weiterhin dürfen Urkunden und Anweisungen nicht vollzogen werden, wenn diese evident unwirksam sind.¹⁰ Hier geht es also nicht darum, ob der Notar etwa eine Auszahlung vornehmen oder eine Ausfertigung erteilen darf, obwohl die Voraussetzungen nach der Weisung nicht gegeben sind, sondern umgekehrt darum, ob der Notar eine Handlung, zu der er angewiesen ist, trotz Vorliegens der Voraussetzungen nicht vornehmen darf.

Vorliegend orientiert sich der BGH nicht an den eben genannten Fallgruppen, sondern führt (allgemein) aus, dass es auf den Wortlaut einer Weisung nicht ankommen könne, „wenn eine Regelung bei wortlautgetreuer Anwendung keinen Sinn“ ergebe. In diesem Fall sei der Notar gehalten, das von den Urkundsbeteiligten Gewollte aus den übrigen dem Notar bekannten Umständen, insbesondere aus dem von den Urkundsbeteiligten mit einer Klausel erkennbar verfolgten Zweck, zu erschließen und die Klausel auszulegen.

Die Entscheidung sollte – trotz Abstellens des BGH auf den Sinn einer Anweisung – nicht zu der Annahme verleiten, der Notar dürfe sämtliche Vollzugsanweisungen auf ihre Sinnhaftigkeit überprüfen und – falls er eine solche nicht erkennen kann – von den Anweisungen abweichen. Vielmehr bleibt es bei dem Grundsatz, dass der Notar sich an den Wortlaut der Anweisung zu halten hat. Für die notarielle Praxis empfiehlt sich daher eine Orientierung an den oben genannten Fallgruppen.

8 Dafür auch *Hertel*, DNotZ 2001, 856, 861.

9 Dies wird – soweit ersichtlich – nicht bestritten.

10 BGH, Beschluss vom 19.9.2019, V ZB 119/18, NJW 2020, 610 Rdnr. 43; hingegen darf der Notar nach der eben genannten (früheren Entscheidungen widersprechenden) Rechtsprechung des BGH den Vollzug einer Urkunde gemäß § 53 BeurkG nicht schon deshalb verweigern, weil ein Beteiligter die Wirksamkeit mit beachtlichen Gründen bestreitet und dem Vollzug widerspricht, solange nicht die Unwirksamkeit evident ist; der Notar muss jedoch bei Widerspruch eines Beteiligten den Vollzug zunächst in einem Vorbescheid ankündigen, um dem Beteiligten Rechtsschutzmöglichkeiten zu eröffnen (Leitsätze 3 und 4, Rdnr. 40 ff.).

Im vorliegenden Fall lässt sich die Klausel sowohl der ersten als auch der zweiten Fallgruppe zuordnen. Die Klausel ist lückenhaft formuliert und war von den Parteien zunächst (wohl übereinstimmend) anders gemeint, als sie formuliert war; nunmehr sind sie jedoch über die Auslegung nicht (mehr) einig. Ziel der Parteien war es, den Verkäufer vor dem Verlust seines Eigentums an dem Grundstück zu schützen, solange nicht der Kaufpreis vollständig bezahlt ist. Eine solche Gefahr besteht insbesondere dann, wenn die Auflassungserklärung nebst Bewilligung und der Antrag auf Eigentumsumschreibung – wie hier – bereits in der Kaufvertragsurkunde enthalten sind, da der Notar gemäß § 53 BeurkG grundsätzlich gehalten ist, diese beim Grundbuchamt einzureichen, wenn nicht die Beteiligten gemeinsam etwas anderes verlangen. Vor diesem Hintergrund ist die streitgegenständliche Anweisung – jedenfalls auch – als Vollzugsanweisung zu verstehen: Ohne Erfüllung der dort genannten Voraussetzungen soll der Notar die Eigentumsumschreibung nicht veranlassen. Richtigerweise betrifft die Klausel dabei nicht die Erteilung von Ausfertigungen an das Grundbuchamt, sondern die Anweisung an den Notar, eine den Beteiligten erteilte Ausfertigung in deren Namen nur bei Vorliegen der Voraussetzungen beim Grundbuchamt einzureichen.¹¹

Die Klausel kann allerdings ihren Zweck, den Verkäufer vor einem Eigentumsverlust ohne Erhalt der Gegenleistung zu schützen, nicht erreichen, wenn der Käufer für sich gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG eine Ausfertigung verlangen und unter deren Vorlage beim Grundbuchamt selbst die Eintragung als Eigentümer erreichen könnte.

Die Klausel ist daher nicht nur als Vollzugsanweisung, sondern zugleich als abweichende Bestimmung im Sinne des § 51 Abs. 2 BeurkG auszulegen: Ausfertigungen der Urkunde mit Auflassungserklärung dürfen den Beteiligten nur erteilt werden, wenn die in ihr vorgesehenen Voraussetzungen, insbesondere die vollständige Kaufpreiszahlung, vorliegen.

3. Zahlung auf Notaranderkonto als Kaufpreiszahlung

Vorliegend fehlt es an der vollständigen Zahlung des Kaufpreises, da dieser nicht wie vereinbart an den Verkäufer, sondern zum Teil auf ein Notaranderkonto gezahlt wurde. Er unterliegt nach zutreffender Ansicht des BGH in diesem Fall erst dann der alleinigen Verfügungsbefugnis des Verkäufers, wenn der Käufer seine Sperrposition hinsichtlich des auf dem Notaranderkonto befindlichen Kaufpreisteils aufgibt und seine Zustimmung zur Auszahlung an den Verkäufer erteilt; erst dann stehe das Notaranderkonto einem Konto des Verkäufers gleich.¹²

11 Denn Ausfertigungen können nur die in § 51 Abs. 1 BeurkG genannten Personen verlangen. Zwar kann nach § 51 Abs. 2 BeurkG etwas anderes bestimmt werden; es ist allerdings nicht anzunehmen, dass das Grundbuchamt durch die im Vertrag enthaltene Klausel ein eigenes Recht auf Erteilung von Ausfertigungen erhalten soll.

12 Im umgekehrten Fall der Zahlung auf ein Konto des Veräußerers statt – wie vereinbart – auf ein Notaranderkonto kann hingegen Erfüllungswirkung eintreten, siehe OLG Nürnberg, Beschluss vom 9.11.2017, 15 W 1859/17, MittBayNot 2018, 128 Rdnr. 14.

Die Aussage des BGH, mit Vorliegen der Auszahlungsvoraussetzungen stehe das Notaranderkonto einem Konto des Verkäufers gleich, legt nahe, dass damit auch die Erfüllungswirkung im Sinne des § 362 Abs. 1 BGB hinsichtlich der Kaufpreiszahlung eintritt. Diese Frage hatte der BGH bislang nicht allgemein, sondern nur für konkrete Einzelfälle im Wege der Vertragsauslegung beantwortet.¹³

4. Treffen einer abweichenden Bestimmung im Sinne des § 51 Abs. 2 BeurkG außerhalb der Urkunde

Der Käufer kann auch keine Ausfertigung der weiteren, späteren Urkunde mit Auflassungserklärung verlangen.

Zwar ist in der späteren Urkunde keine abweichende Vereinbarung im Sinne des § 51 Abs. 2 BeurkG getroffen worden und lässt sich eine solche dieser (späteren) Urkunde nach Auffassung des BGH auch nicht im Wege der Auslegung entnehmen – insofern tritt der BGH der Entscheidung der Vorinstanz entgegen. Jedoch hat der Notar auch bei Vollzug der späteren Urkunde die in der ursprünglichen Urkunde enthaltene Weisung, deren Voraussetzungen nicht vorliegen, zu beachten.

Die Auffassung des BGH überzeugt: Da in der späteren Urkunde keinerlei Anhaltspunkte für eine derartige Anweisung erkennbar sind, käme allenfalls eine ergänzende Vertragsauslegung als „Instrument zur Entstörung unvollkommener Verträge“¹⁴ in Betracht. Dass der BGH für die Auslegung von Weisungen an den Notar im Grundsatz streng auf deren Wortlaut abstellt, spricht schon generell dagegen, eine Urkunde im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung um eine in ihr nicht vorhandene Weisung ergänzen zu können. Einer ergänzenden Auslegung bedarf es jedenfalls im vorliegenden Fall nicht, da die spätere Urkunde nicht unvollkommen ist; denn der Notar hat vorliegend die in der ursprünglichen Urkunde enthaltene Weisung auch bei Vollzug der späteren Urkunde zu beachten. Eine abweichende Bestimmung gemäß § 51 Abs. 2 BeurkG muss nämlich nicht zwingend in der Niederschrift der Urkunde, deren Ausfertigung verlangt wird, enthalten sein, sondern kann auch gesondert (und formfrei) vor bzw. nach der Beurkundung getroffen und dem Notar mitgeteilt werden.¹⁵

Dass die in der ursprünglichen Urkunde enthaltene Weisung auch für den Vollzug der späteren Urkunde gelten soll, entnimmt der BGH der ursprünglichen Urkunde im Wege der Auslegung. Die zweite, spätere Urkunde wurde nur vor dem Hintergrund errichtet, dass beim Teilflächenkauf die Auflassung regelmäßig erst nach Vermessung der zu erwerbenden Teilflächen in einer weiteren Urkunde erklärt wird. Daher stand bereits bei Abschluss des Kaufvertrages fest, dass

später noch eine weitere Urkunde errichtet werden wird. Zweck der Weisung ist es – nach dem oben Gesagten –, zu verhindern, dass eine Eigentumsumschreibung auf den Käufer erfolgen kann, bevor der Kaufpreis vollständig bezahlt ist. Dieser Zweck würde verfehlt, wenn der Käufer schon vor Kaufpreiszahlung eine Ausfertigung der späteren Urkunde mit Auflassungserklärung verlangen und damit den Eigentumsübergang herbeiführen könnte, obwohl diese Urkunde nur wegen des Erfordernisses der Vermessung errichtet wurde, was den Beteiligten auch bekannt war.

5. Praktische Relevanz

Insgesamt handelt es sich um eine überzeugende und für die Praxis begrüßenswerte Entscheidung. Wünschenswert – da Rechtssicherheit schaffend – wäre allerdings eine konkretere Bezeichnung der Fälle gewesen, in denen der Notar Anweisungen anhand des übrigen Vertragsinhalts auslegen darf.

Die Formulierung, auf den Wortlaut einer Klausel käme es nicht an, wenn diese keinen Sinn ergebe, bringt als solche keinen großen Mehrwert, da die Frage nach der Sinnhaftigkeit einer Anweisung einerseits eher subjektiver Natur ist und sich andererseits meist nur im Zusammenhang mit den übrigen Regelungen des Vertrages beantworten lässt – die zur Auslegung der Anweisung jedoch grundsätzlich nicht herangezogen werden dürfen.

20. Planmäßige und missbräuchliche Aufspaltung von Kaufverträgen in Angebot und Annahme durch einen Notar; Gewinnsucht im Sinne des § 97 Abs. 4 Satz 2 BNotO

BGH, Beschluss vom 28.8.2019, NotSt (Brgf) 1/18 (Vorinstanz: OLG München, Entscheidung vom 17.4.2018, DS-Not 1/16)

*BNotO § 14 Abs. 2, § 67 Abs. 2, § 97 Abs. 4 Satz 2
BeurkG § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 a.F.
RL LNotK Ziff. II Nr. 1 Satz 4 lit. d)*

LEITSÄTZE:

- Zu der planmäßigen und missbräuchlichen Aufspaltung von Kaufverträgen in Angebot und Annahme. Die Auswahl eines Notars mit einem etwas weiter entfernt gelegenen Amtssitz oder die Angabe eines Bauträgers, man habe generell wenig Zeit, kann eine planmäßige Aufspaltung aller von diesem geschlossener Verträge offensichtlich nicht rechtfertigen.**
- Gewinnsucht im Sinne des § 97 Abs. 4 Satz 2 BNotO verlangt ein (anstößiges) Erwerbsstreben nach Vermögensvorteilen, die gesetzwidrig oder nach dem Standesrecht unerlaubt und unangemessen sind.**
- Erzielte Vorteile im Sinne der Vorschrift sind alle gesetzeswidrigen oder unerlaubten Vermögensvorteile, die dem Notar zugeflossen sind, nur bereinigt um sog.**

¹³ Siehe etwa BGH, Urteil vom 17.2.1994, IX ZR 158/93, NJW 1994, 1403, 1404: Erfüllungswirkung mit Auszahlungsreife; ungenau daher Beck'sches Notar-Handbuch/Trömer, 7. Aufl. 2019, § 1 Grundstückskauf Rdnr. 852; wie hier Franken, RNotZ 2010, 597, 602.

¹⁴ MünchKomm-BGB/Busche, 8. Aufl. 2018, § 157 Rdnr. 28.

¹⁵ Damit folgt der BGH der h. M. in der Literatur, siehe etwa BeckOK-BeurkG/Kleba, § 51 Rdnr. 21 m. w. N.

durchlaufende Posten wie etwa die Umsatzsteuer und verauslagte Gerichtskosten und unter Abzug der von dem Notar darauf gezahlten Einkommensteuer.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. 1. Der Beklagte (...) ist an seinem Amtssitz in X als Notar tätig. Disziplinarrechtliche Vorbelastungen bestehen nicht. Alle im Notariat des Beklagten durchgeführten regelmäßigen Geschäftsprüfungen – zuletzt die Geschäftsprüfung am 19.3.2015 – verliefen beanstandungsfrei. (...)

2 2. Der Beklagte nahm im Zeitraum von 2003 bis 2009 zahlreiche Beurkundungen von Immobiliengeschäften der sog. S-Gruppe (L I GmbH; L B GmbH; M S I GmbH; I M S I GmbH, M I und B GmbH, M W – und G GmbH, E I R GmbH & Co. KG, M S, Ch S; alle zusammen im Folgenden auch S-Gruppe) mit Verbrauchern vor.

3 3. Die zwischenzeitlich rechtskräftig wegen gewerbs- und bandenmäßigen Betrugs zu langjährigen Freiheitsstrafen verurteilten und damals im Immobilien- und Bauträgersektor tätigen M S, Ma S und Man S (im Folgenden M S, Ma S und Man S, zusammen auch S) hatten sich mit weiteren Personen zu einer Bande zusammengeschlossen, um an überwiegend bereits erheblich verschuldete und ohne Eigenkapital ausgestattete Kunden unter Täuschung über Tatsachen Eigentumswohnungen zu überhöhten Preisen zu verkaufen. Hierzu bedienten sie sich eines auf Überrumpelung und Täuschung der Kunden angelegten Strukturvertriebssystems. Die zur Begleichung der Kaufpreisforderung erforderlichen Kredite vermittelten S (BGH, Urteil vom 8.10.2014, 1 StR 359/13, BGHSt 60, 1 Rdnr. 2).

4 Die von S verkauften Eigentumswohnungen standen überwiegend im Eigentum verschiedener von ihnen beherrschter Gesellschaften. Zur Vermarktung der Wohnungen nutzten sie ein von M S geschaffenes weitverzweigtes Vertriebsnetz aus (so bezeichneten) Haupt- und Untervermittlern. Die Vermittler suchten gezielt mögliche Kunden, die über wenig Erfahrungen in finanziellen Angelegenheiten verfügten oder sich in einer schwierigen finanziellen Situation befanden, insbesondere bereits Konsumentenratenkredite in Höhe von mehreren Tausend Euro zu tilgen hatten. Diese Personen hatten in der Regel kein Interesse an dem Erwerb einer Immobilie als Wertanlage; für sie standen geringere monatliche Raten als bisher oder der Erhalt eines weiteren Darlehens im Vordergrund. Die Untervermittler unterbreiteten ihnen in einem Erstgespräch die Möglichkeit, durch eine Umschuldung die Darlehensraten zu verringern und darüber hinaus auch noch einen Barbetrag zur freien Verfügung zu erhalten. Die bestehenden Altkredite würden dabei abgelöst. Die Untervermittler hielten sich bei diesem Erstgespräch „hinsichtlich der Umstände vage“. Der Kauf einer Immobilie wurde dabei allenfalls am Rande angesprochen (BGH, Urteil vom 8.10.2014, 1 StR 359/13, BGHSt 60, 1 Rdnr. 4, 5).

5 Nach einer ersten Prüfung, ob die geworbenen Personen als Immobilienerwerber geeignet waren, fand ein zweites Gespräch der Untervermittler mit den Kunden statt. Hierbei wurde ihnen anhand falscher Rechenbeispiele dargelegt, dass sie über ein Finanzierungsmodell die Ablösung der bisherigen Kredite und die Verringerung ihrer monatlichen Belastungen

erreichen könnten. Die zukünftigen Belastungen wurden entweder als Festbetrag oder mit einer näher beschriebenen Bandbreite angegeben. Die Untervermittler spiegelten den Kunden anhand der Rechenbeispiele vor, dass sich die verringerte monatliche Belastung nur über den Kauf einer Immobilie erreichen lasse. Sie stützten sich dabei auf unzutreffende Behauptungen. Insbesondere wurden die mit dem Immobilienerwerb verbundenen Steuervorteile zu hoch dargestellt, Laufzeiten von Krediten zu kurz angegeben und anfallende Hausgeldzahlungen unerwähnt gelassen. In Wirklichkeit überstiegen für die Kunden die tatsächlichen monatlichen Belastungen die in Aussicht gestellten auch unter Berücksichtigung von Mieteinnahmen und Steuervorteilen weit. Zudem fand teilweise auch nicht die versprochene Tilgung von Altschulden statt (BGH, Urteil vom 8.10.2014, 1 StR 359/13, BGHSt 60, 1 Rdnr. 6).

6 Die Untervermittler versuchten, den Kunden den „notwendigen“ Kauf einer Immobilie möglichst spät mitzuteilen und als „bloße Formalie“ darzustellen. Einige Kunden erfuhren von der „Notwendigkeit“ eines Immobilienkaufs erst auf der Fahrt zu einem Notar. Vor dem Notar gaben die Kunden dann gegenüber einer der von den S beherrschten Immobiliengesellschaften ein bindendes Kaufangebot für eine Eigentumswohnung ab, das angenommen wurde, wenn die Finanzierungszusage einer Bank vorlag (BGH, Urteil vom 8.10.2014, 1 StR 359/13, BGHSt 60, 1 Rdnr. 7).

7 Einzelne Kunden hatten – abweichend von dem dargestellten Grundmuster – keine (nennenswerten) offenen Kreditverbindlichkeiten oder suchten sogar eine Anlagemöglichkeit. Den Kunden wurden in diesen Fällen überwiegend finanzielle Vorteile in Form von Barauszahlungen (sog. Kick-Back-Zahlungen) versprochen, zum Teil wurde der Wohnungskauf als „gute Geldanlagemöglichkeit“ oder als Möglichkeit zur „privaten Rentenabsicherung“ dargestellt. Auch in all diesen Fällen wurden die Kunden mit unzutreffenden Tatsachenbehauptungen getäuscht und zum Kauf einer Wohnung veranlasst (BGH, Urteil vom 8.10.2014, 1 StR 359/13, BGHSt 60, 1 Rdnr. 8).

8 4. Nachdem auf der Grundlage der Ergebnisse der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen gegen S der Verdacht bestand, der Beklagte habe bei den für die S-Gruppe durchgeführten Beurkundungen gegen gesetzliche Pflichten verstoßen, indem er über den Vertragsinhalt nicht aufgeklärt und belehrt sowie Beurkundungen trotz fehlender Vorabübersendung von Vertragsentwürfen an die Verbraucherseite und trotz auffälligen Missverhältnisses zwischen Kaufpreis und Wert des Kaufobjekts vorgenommen habe, fand am 23.9.2011 in den Geschäftsräumen des Notars eine unangekündigte außerordentliche Geschäftsprüfung statt. Am 20.6.2012 leitete der Präsident des LG gegen den Beklagten ein Disziplinarverfahren ein. Am 18.9.2013 legte er nach ausführlichen Ermittlungen die Ermittlungsakten dem Präsidenten des OLG vor, der das Verfahren am 13.3.2014 übernahm. Der zum Ermittlungsführer bestellte Richter erstellte nach weiterer umfangreicher Beweisaufnahme durch Vernehmung von mehr als einhundert Zeugen den abschließenden Ermittlungsbericht vom 1.6.2015 nebst Ergänzungsbericht vom 29.6.2015. Hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte in kollusiver Weise mit der S-Gruppe zum Nachteil der Käufer zusammengewirkt oder sich sonst in strafrechtlich relevanter Weise verhalten habe, ergaben sich bei den

Ermittlungen nicht. Mit Verfügung vom 13.7.2015 übernahm die Generalstaatsanwaltschaft als Disziplinarbehörde das Verfahren gegen den Notar. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das angefochtene Urteil (S. 3 bis 6) Bezug genommen.

9 5. Das klagende Land erhob mit Schriftsatz vom 28.9.2016 Disziplinaranzeige gegen den Beklagten mit dem Ziel seiner Entfernung aus dem Amt. Es legt dem Beklagten zur Last, ein einheitliches Dienstvergehen dadurch begangen zu haben, dass er im Zeitraum vom 17.10.2003 bis 23.7.2009 an seinem Amtssitz in 70 Fällen gegen § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG in der Fassung des Gesetzes vom 23.7.2002 (BGBl. I, S. 2850 ff.; diese Fassung im folgenden BeurkG a. F.) verstoßen und im Zeitraum zwischen dem 7.4.2004 und dem 12.11.2008 in 195 Fällen unter Verstoß gegen § 14 Abs. 3 BNotO in Verbindung mit Ziffer II Nr. 1 lit. d der nach § 67 Abs. 2 BNotO erlassenen Richtlinie für die Amtspflichten und sonstigen Pflichten der Mitglieder der LNotK Bayern vom 3.7.1999 (im Folgenden RL B) Kaufverträge systematisch in Angebot und Annahme aufgespalten habe.

10 Vom Erlass vorläufiger Maßnahmen wurde abgesehen. Während des gesamten Verfahrens verhielt sich der Beklagte kooperativ, indem er die angeforderten Unterlagen zur Verfügung stellte. Er hält die gegen ihn erhobenen Vorwürfe für objektiv, jedenfalls aber subjektiv nicht begründet. Keinesfalls könnten diese seine Entfernung aus dem Notaramt rechtfertigen.

11 6. Das OLG hat die erhobene Klage des Landes gemäß § 96 Abs. 1 Satz 1, § 98 Abs. 1 Satz 2 BNotO i. V. m. § 52 Abs. 1 BDG für zulässig und teilweise begründet erachtet. Es hat den beklagten Notar eines einheitlichen Dienstvergehens wegen der Verletzung von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a. F. in 19 Fällen sowie der in § 14 Abs. 3 BNotO normierten Dienstpflicht in 195 Fällen, begangen durch systematische Aufspaltung von Kaufverträgen in Angebot und Annahme, schuldig gesprochen und gegen ihn eine Geldbuße i. H. v. 30.000 € verhängt.

12 7. Hiergegen hat das klagende Land Berufung eingelegt. Es meint, bei gebotener Beweiserhebung und Berücksichtigung aller Indizien hätte das OLG zu dem Schluss kommen müssen, dass der Beklagte in den 51 Fällen, in denen es eine Dienstpflichtverletzung nicht für erwiesen angesehen habe, tatsächlich nicht auf die Einhaltung der Frist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a. F. vertraut, sondern die Nichteinhaltung dieser Frist billigend in Kauf genommen bzw. sie zumindest grob fahrlässig verkannt habe. Auch sei die getroffene Disziplinarmaßnahme nicht ausreichend. Den mit dem Urteil festgestellten Pflichtverletzungen habe das OLG nicht die gebotene Bedeutung beigemessen. Es hätte den Beklagten aus dem Amt entfernen müssen, weil er wegen der vorsätzlichen Pflichtverletzung in 214 Fällen im Kernbereich notarieller Amtsführung für das Amt des Notars untragbar geworden sei. Jedenfalls habe es verkannt, dass der Beklagte aus Gewinnsucht gehandelt habe und daher der erweiterte Bußgeldrahmen des § 97 Abs. 4 Satz 2 BNotO anzuwenden sei.

13 Das klagende Land beantragt,

das angefochtene Urteil dahin abzuändern, dass der Beklagte eines einheitlichen Dienstvergehens durch Verletzung der in § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG normierten Dienstpflicht in

70 Fällen und der in § 14 Abs. 3 BNotO normierten Dienstpflicht in 195 Fällen, begangen durch systematische Aufspaltung von Kaufverträgen in Angebot und Annahme schuldig ist und er deshalb aus dem Amt entfernt wird.

14 Der Beklagte beantragt,

die Berufung des Klägers gegen das Endurteil des OLG München vom 17.4.2018 zurückzuweisen.

15 Er verteidigt das angefochtene Urteil, soweit es in 51 Fällen nicht auf eine Dienstpflichtverletzung und nicht auf eine Entfernung aus dem Amt erkannt hat.

16 Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt.

(...)

18 II. Zur Begründung seiner Entscheidung hat das OLG ausgeführt:

19 Indem der Beklagte in 195 Fällen das bindende Kaufangebot des Verbrauchers und die von der S-Gruppe erklärte Vertragsannahme ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes getrennt beurkundet habe, habe er die Immobilienkaufverträge systematisch unter Verstoß gegen Ziffer II Nr. 1 Satz 4 lit. d RL aufgespalten und damit seine Amtspflichten aus § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO verletzt. Die getrennte Beurkundung von Angebot und Annahme sei durch die Urkunden belegt.

20 Die Aufspaltung habe nach der eigenen Einlassung des Beklagten auf einer entsprechenden Bitte des M S beruht. Nachdem anfänglich nur Kaufverträge beurkundet worden seien, sei mit steigendem Beurkundungsaufkommen die Aufspaltung gewünscht worden, weil die Beurkundung mit An- und Abreise jedes Mal einen Zeitaufwand von drei bis vier Stunden in Anspruch nehme und die Terminfindung kompliziert sei. Dem habe der Beklagte stattgegeben, wobei es sich um eine Grundsatzentscheidung gehandelt habe. Das sei als planmäßig zu beurteilen.

21 Die Gestaltung des Beurkundungsverfahrens sei auch missbräuchlich gewesen. Die Sachgründe, die eine getrennte Beurkundung bei einem Ortsnotar des Käufers einerseits und dem Zentralnotar des Verkäufers andererseits rechtfertigen könnten, kämen bei Notaridentität nicht zum Tragen. Vielmehr werde einseitig die Verkäuferseite durch dieses Vorgehen bevorzugt, denn für sie führe die Aufspaltung zu einer erheblichen Zeitersparnis. Der Käufer hingegen komme nicht in den Genuss einer Beurkundung beim wohnsitznahen Ortsnotar seines Vertrauens und erfahre auch sonst keinerlei Verfahrenserleichterung. Die räumliche Entfernung des Verkäufers zum Notarsitz und der damit verbundene Zeitaufwand für An- und Abreise könne jedenfalls dann, wenn der Notar – wie hier – von der Verkäuferseite ausgewählt und den Käufern vorgegeben werde, die Aufspaltung nicht rechtfertigen. Nichts anderes gelte, soweit der Beklagte eine geringe terminliche Verfügbarkeit auf Verkäuferseite als Sachgrund geltend mache. Erst recht stelle es keinen Sachgrund für eine Aufspaltung dar, wenn sich der Kaufinteressent wegen noch ungeklärter Finanzierung nicht binden wolle.

22 Die Gestaltung des Beurkundungsverfahrens unter einseitiger Rücksichtnahme auf den Wunsch der gewerblich tätigen Verkäufer sei geeignet, den Eindruck der Parteilichkeit

oder Abhängigkeit des Notars zu erwecken und verletze deshalb die aus § 14 Abs. 3 BNotO fließenden Verhaltenspflichten. Der Beklagte habe auch vorsätzlich gehandelt. Die Auslegung der Richtlinienbestimmung, die der Beklagte für sich in Anspruch nehme, sei nicht auf vernünftige Erwägungen gestützt, sondern unvertretbar. Dass für die hier praktizierte Verfahrensaufspaltung bei Beurkundung der beiderseitigen Vertragserklärungen durch ein und denselben Notar kein anderer Grund als ein einseitiges Zugeständnis an die wirtschaftlichen Interessen der überlegenen Vertragspartei vorgelegen habe, sei offenkundig und dem Notar bewusst gewesen.

23 Der Beklagte habe in 19 der klagegegenständlichen Fälle, sämtlich Verbrauchergeschäfte über Immobilien, teilweise mit der S.-Gruppe, die ihm gemäß § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a. F. obliegende Hinwirkungspflicht schuldhaft verletzt, indem er Kaufverträge oder Kaufangebote beurkundet habe, obwohl bei der Beurkundung die Zwei-Wochen-Frist nicht eingehalten und der gesetzlich bezweckte Übereilungs- und Überlegungsschutz auch nicht anderweitig gewährleistet gewesen sei. In diesen Fällen ergebe sich aus den Urkunden selbst, dass die Frist nicht eingehalten gewesen sei; auch der Beklagte behaupte dies nicht. Die jeweiligen Käufer hätten auch keinen anderen gleichwertigen Textentwurf, der die Frist hätte in Gang setzen können, fristgerecht erhalten. In keinem der 19 Fälle habe der Beklagte das Beurkundungsverfahren so gestaltet, dass er seiner Hinwirkungspflicht genügt hätte. Soweit in den Urkunden selbst Gründe für das Absehen von der Fristeinhaltung angegeben seien, trügen sie die Annahme eines anderweitig sichergestellten Schutzes nicht.

24 In 51 klagegegenständlichen Fällen, sämtlich Verträge mit der S-Gruppe betreffend, könne dem Beklagten dagegen ein schuldhafter Verstoß gegen Dienstpflichten wegen Verletzung des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a. F. nicht zum Vorwurf gemacht werden. Soweit dem Notar vorgeworfen werde, dass er die (Muster-)Vertragstexte und Bezugsurkunden lediglich den Verkäufern zur Weitergabe an die Verbraucher zur Verfügung gestellt und nicht selbst den Versand an den Verbraucher übernommen habe, liege objektiv kein Verstoß gegen Dienstpflichten vor. Nach damals überwiegend vertretener Meinung habe die Überlassung eines Textmusters ohne individualisierende Daten ausgereicht. Zudem sei der Notar abweichend von der aktuellen Rechtslage nicht verpflichtet gewesen, dem Verbraucher den Text des Rechtsgeschäfts selbst zu übersenden.

25 Sei nach dem Gesetz somit die Art und Weise, wie der Notar seiner Hinwirkungspflicht nachkomme, in das pflichtgemäße Ermessen des Notars gestellt, so hätten Maßnahmen des Notars allerdings dann nicht genügt, wenn sie nicht geeignet gewesen seien, effektiv darauf hinzuwirken, dass die Verbraucher vorab ausreichend Gelegenheit erhielten, sich mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen. Objektiv ungeeignet sei zwar die Überlassung von Musterentwürfen an die Verkäuferseite zur rechtzeitigen Weitergabe an den Verbraucher dann, wenn der Verkäufer oder der von ihm mit der Gewinnung von Kaufinteressenten beauftragte Vertrieb für die rechtzeitige Weitergabe an den Verbraucher nicht Sorge trage. Ein Notar, der dies erkenne und seine Praxis dennoch nicht nachbessere, habe der ihm nach dem Gesetz obliegenden Hinwirkungspflicht nicht genügt.

26 Hier bedürfe es aber keiner Aufklärung, ob die Verkäufer bzw. der von ihnen eingeschaltete Vertrieb die nicht personalisierten Entwürfe, die vom Beklagten zur Überlassung an die Verbraucher zur Verfügung gestellt worden seien, nicht rechtzeitig vor dem Beurkundungstermin an die Käufer übergeben hätten. Für die disziplinarrechtliche Beurteilung könne vielmehr zugrunde gelegt werden, dass in allen 51 Fällen die zweiwöchige Regelfrist bei der Beurkundung nicht eingehalten worden sei, weil der Vertrieb in Ausübung einer auf die Überrumpelung von Verbrauchern ausgerichteten Praxis keine Sorge für die rechtzeitige Überlassung getragen habe. Selbst wenn es sich so verhalten habe, liege eine schuldhaft Dienstpflichtverletzung des Beklagten nicht vor.

27 Weil die dem Beklagten bekannten objektiven Umstände zudem nicht den Schluss rechtfertigten, der Beklagte habe die Fristunterschreitung erkannt und billigend in Kauf genommen, scheidet auch eine mit bedingtem Vorsatz verwirklichte Dienstpflichtverletzung aus. Die dem Beklagten bekannten objektiven Umstände seien die folgenden:

28 Der Beklagte habe den jeweiligen Verkäufern der S-Gruppe den beabsichtigten Text des abzuschließenden Erwerbsgeschäfts in nicht individualisierter Form sowie beglaubigte Abschriften der Teilungserklärungen samt Plänen zur Verfügung gestellt und es den Verkäufern überlassen, diese im Verfahren als „Mustervertragstexte“ bezeichneten Unterlagen nebst Bezugsurkunden – ggf. über die Vermittler – fristgerecht weiterzugeben. Im Beurkundungstermin hätten die Käufer dem Beklagten jeweils mündlich nach Vorlesen der Urkundspassage und Nachfrage des Notars bestätigt, der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts, ggf. nebst Bezugsurkunden, sei ihnen zwei Wochen vor Beurkundung zur Verfügung gestellt worden. Das ergebe sich bereits aus den notariellen Urkunden selbst, in denen die folgende Erklärung der Käufer festgehalten sei:

„[Käufername] weiß (wissen), dass der Notar nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG eine Beurkundung nur dann vornehmen soll, wenn mindestens zwei Wochen verstrichen sind, seitdem ihm (ihnen) ein Entwurf des Kaufvertrags (Kaufangebots, und ggf. die Teilungserklärung samt etwaigen Nachträgen) übergeben wurde und dass diese Regelung ihn (sie) vor übereilten Handlungen schützen soll. Der Notar hat [Käufername] die Verlegung des Beurkundungstermins für den Fall angeboten, dass die Frist noch nicht abgelaufen ist.

[Käufername] erklärt (erklären) hierzu, dass er (sie) die genannten Unterlagen bereits vor mehr als 14 Tagen über den Verkäufer bzw. Vermittler erhalten hat“ oder „[Käufername] erklärt (erklären) hierzu, dass ihm (ihnen) ein Vorentwurf ohne persönliche Daten bereits vor mehr als 14 Tagen über den Verkäufer bzw. Vermittler übergeben wurde (wurden).“

29 Der Beklagte habe keinen Einblick in die (flache) Vertriebsstruktur der S-Gruppe gehabt, die sich selbstständiger Vertriebspartner bedient habe, die ihrerseits teilweise wiederum Untervermittler eingeschaltet hätten.

30 Die Kaufverträge der S-Gruppe seien in der Regel in Angebot und Annahme aufgespalten worden.

31 Der Beklagte sei den Käufern von der Verkäuferseite und dem Vertrieb vorgegeben worden. Beurkundungstermine seien auf Anfrage der Verkäufer bzw. des Vertriebs in der Regel kurzfristig vereinbart worden; zur Vergabe von Vorrats- oder Leerterminen sei es nicht gekommen. Die Beurkundungen seien teilweise auch an Samstagen vorgenommen worden; so seien im Zeitraum vom 24.4.2004 bis 12.7.2008 17 Kaufangebote an einem Samstag und 5 Kaufangebote am Sonntag, den 14.11.2004, beurkundet worden.

32 Im März 2005 habe der Beklagte ein von den Verbrauchern zu unterschreibendes Formblatt mit der Überschrift „Bestätigung über die Übergabe eines Entwurfs“ (im Folgenden auch „Bestätigungsformular“) entwickelt, in dem sie anzugeben hatten, wann ihnen ein Entwurf des Kaufvertrags oder Kaufangebots übergeben worden sei. Das Formblatt sei spätestens im Notariat vor Beginn der Beurkundung und in Abwesenheit des Notars ausgefüllt und sodann in die jeweilige Nebenakte gelegt worden. In der Zeit vom 23.3.2005 bis Februar 2009 sei es in insgesamt 39 Fällen bei den handschriftlichen Eintragungen in die Formblätter zu Auslassungen, Streichungen, Ausbesserungen oder inhaltlichen Ungereimtheiten gekommen, nämlich dem Fehlen eines Ausstellungsdatums- und Ortes (unter anderem Käufer K, W, Z); die sich nicht mit dem Wohnsitz deckende Ortsangabe X (Käufer H/M); eine Korrektur des Ausstellungsdatums auf den Beurkundungstag (Käufer F, Schö, St, Sche); Änderungen am handschriftlich eingetragenen Überlassungsdatum (Käufer D und He) sowie Angabe des Vorjahres (Käufer O – 2006 anstatt 2007).

33 In zwei Fällen habe eine der der S-Gruppe zugehörigen Vermittlungsgesellschaften um Vorbereitung eines Angebots und zudem darum gebeten, den Entwurf nicht an den Kunden weiterzuleiten (Käufer B [...]; Käufer Ste [...]).

34 In sechs Fällen sei es im Zeitraum vom 24.4.2004 bis zum 10.4.2008 nach der Beurkundung von Kaufangeboten zu einer Korrespondenz mit dem Beklagten gekommen, in der teilweise das Verhalten des jeweiligen Vermittlers beanstandet worden sei. Ferner sei es in einigen Fällen zu einer Korrespondenz über den Kaufpreis gekommen.

35 Diese äußeren Umstände ließen nicht den Schluss zu, der Beklagte habe eine objektive Fristunterschreitung für möglich und nicht ganz fernliegend gehalten sowie billigend in Kauf genommen oder sich wegen eines erstrebten Zieles damit abgefunden. Der Beklagte habe sich im Beurkundungstermin durch Nachfrage von der Einhaltung der gesetzlichen Regelfrist überzeugt. Darauf habe er sich verlassen dürfen.

36 Mangels Erkennbarkeit komme auch eine fahrlässige Dienstpflichtverletzung nicht in Betracht. Nach umfassender Würdigung sämtlicher Umstände habe der Beklagte trotz Einhaltung der ihm obliegenden Sorgfaltspflichten nicht erkennen können, dass die ihm gegenüber erklärte Bestätigung der Käufer über die Einhaltung der Regelfrist – beeinflusst von den Vertriebsmitarbeitern – wahrheitswidrig gewesen sei. Die Gesamtheit der dem Beklagten bekannten Umstände sei nicht geeignet gewesen, den Verdacht zu erregen, dass die Kunden der S-Gruppe durch unseriöse Vertriebspraktiken überrumpelt worden seien und die von ihnen abgegebenen Bestätigungen nicht den Tatsachen entsprochen hätten.

37 III. Der Senat entscheidet nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung mit Zustimmung der Beteiligten im Beschlusswege (§§ 59, 65 Abs. 1, § 66 BDG, § 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO). Die Berufung des klagenden Landes ist teilweise begründet. Der Beklagte hat – was der Senat nachzuprüfen hat (dazu unter 1.) – in 195 Fällen gegen § 14 Abs. 3 BNotO (dazu unter 2.) und in 48 Fällen gegen § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG a. F. (dazu unter 3 und 4) verstoßen und dadurch ein Dienstvergehen begangen (§ 95 BNotO). Gegen ihn ist deshalb die im Tenor ausgesprochene Disziplinarmaßnahme zu verhängen (dazu unter 5.).

38 1. Die Sache ist von dem Senat für Notarsachen als weiterer Tatsacheninstanz im Rahmen der Berufungsanträge (§ 129 VwGO) ohne Bindung an den Vortrag der Beteiligten grundsätzlich im selben Umfang wie durch das Gericht erster Instanz in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nachzuprüfen, § 109 BNotO, § 65 Abs. 1, § 3 BDG, § 128 VwGO (vgl. Kopp/Schenke/Schenke, VwGO, 24. Aufl., § 128 Rdnr. 1; Eylmann/Vaasen/Bormann/Hüren, BNotO, BeurkG, 4. Aufl., § 109 BNotO Rdnr. 1 ff.; vgl. auch BVerwG, Beschluss vom 27.5.2015, 2 B 16/15, juris Rdnr. 12; Beschluss vom 28.1.2015, 2 B 15/14, juris Rdnr. 17). Der erkennende Senat übt gemäß § 60 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1, Abs. 3, § 65 Abs. 1 Satz 1 BDG i. V. m. § 109 BNotO eigene Disziplinargewalt aus und hat die unter den konkreten Umständen des Einzelfalls erforderliche Disziplinarmaßnahme nach eigenem pflichtgemäßem Ermessen zu bestimmen (Diehn/Zimmer, BNotO, 2. Aufl., § 109 Rdnr. 5).

39 a) Dabei darf das Rechtsmittelgericht nach § 129 VwGO nur eine Disziplinarmaßnahme festsetzen, die sich innerhalb des Rahmens hält, der durch den Antrag des Rechtsmittelführers bestimmt wird (vgl. Eylmann/Vaasen/Bormann/Hüren, BNotO, BeurkG, § 109 BNotO Rdnr. 6). Hier hat lediglich der Kläger Berufung eingelegt. Der Beklagte hat auf eine Anschlussberufung verzichtet. Damit ist zugunsten des Klägers das gemäß § 3 BDG, § 129 VwGO geltende Verbot der reformatio in peius zu beachten.

40 b) Aus dem Verbot der reformatio in peius folgt aber nicht, dass der Senat auch an die Würdigung des OLG gebunden ist, wonach der Beklagte in 195 Fällen Dienstpflichtverletzungen durch die systematische Aufspaltung von Kaufverträgen in Angebot und Annahme und in 19 Fällen durch Verstöße gegen § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a. F. begangen habe. Zwar hat sich der Kläger gegen diese Würdigung – da ihm günstig – nicht gewendet. Er macht aber geltend, es sei (auch) wegen dieser Dienstpflichtverletzungen eine schärfere Disziplinarmaßnahme erforderlich und angemessen.

41 aa) Streitgegenstand des Disziplinarverfahrens ist der Disziplinaranspruch des Dienstherrn gegen den Beamten, d. h. der Anspruch auf die Bestimmung der angemessenen Disziplinarmaßnahme für die Handlungen, die dem Beamten in der Disziplinarakteschrift zur Last gelegt werden, § 60 Abs. 1 Satz 1 BDG, § 65 Abs. 1 Satz 1 BDG, § 109 BNotO. Der Disziplinaranspruch besteht, wenn ein Dienstvergehen festgestellt wird, d. h. der Beamte die ihm zur Last gelegten Handlungen ganz oder teilweise begangen hat und die nachgewiesenen Handlungen als Dienstvergehen zu würdigen sind, und wenn dem Ausspruch der hierfür erforderlichen

Disziplinarmaßnahme kein rechtliches Hindernis entgegensteht. Bei den Prüfungsgegenständen „Feststellung des Dienstvergehens“ und „Bestimmung der Disziplinarmaßnahme“ handelt es sich um materiellrechtliche Voraussetzungen des einheitlichen Disziplinaranspruchs, die verfahrensrechtlich nicht selbstständig geltend gemacht werden können. Die Disziplinaranzeige kann daher nicht auf die Feststellung eines Dienstvergehens beschränkt werden. Vielmehr macht der Dienstherr mit der Klageerhebung stets einen Anspruch auf Festsetzung einer Disziplinarmaßnahme geltend (BVerwGE 140, 185 Rdnr. 17). Aus diesen Gründen lässt die VwGO eine auf das Disziplinarmaß beschränkte Berufung im Disziplinaranzeigeverfahren nicht zu (BVerwGE 140, 185 Rdnr. 16; a. A. Urban/Wittkowski/Wittkowski, BDG, 2. Aufl., § 64 Rdnr. 10; Hummel/Köhler/Mayer/Baunack/Mayer, BDG, 6. Aufl., § 64 Rdnr. 5). Anders kann es nur liegen, wenn das Rechtsmittel auf einen abgrenzbaren Teil des Streitgegenstandes beschränkt ist (vgl. BVerwG, NVwZ 2018, 1064 Rdnr. 98).

42 bb) Das ist indes nicht der Fall. Anders als in der Entscheidung des BVerwG vom 17.11.2017 (NVwZ 2018, 1064) zugrunde liegenden Fallgestaltung ist eine Disziplinarmaßnahme wegen eines abgrenzbaren Anschuldigungskomplexes im vorliegenden Fall nicht bereits (teil-)rechtskräftig geworden. Vielmehr handelt es sich hier um einen einheitlichen Streitgegenstand, weil in 36 der vom Kläger weiterverfolgten 51 Fälle des Verstoßes gegen § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG a. F. dem Beklagten gleichzeitig eine systematische Aufspaltung der Kaufverträge in Angebot und Annahme vorgeworfen wird. Stellt der Kläger daher zur Überprüfung, ob weitere Dienstpflichtverletzungen vorliegen und ob insgesamt – ggf. unter Einbeziehung weiterer Dienstpflichtverletzungen – eine schärfere Disziplinarmaßnahme erforderlich und angemessen ist, darf der Senat seiner Beurteilung nach den angeführten Maßstäben die vom OLG bereits festgestellten Dienstpflichtverletzungen nicht ohne eigene Prüfung zugrunde legen.

43 2. Zutreffend hat das OLG festgestellt, dass der Beklagte in 195 Fällen durch systematische Aufspaltung von Kaufverträgen in Angebot und Annahme (§ 67 Abs. 2 BNotO in Verbindung mit Nr. II. 1. Satz 4 lit. d RL) schuldhaft gegen die aus § 14 Abs. 3 BNotO fließenden Verhaltenspflichten verstoßen hat. Dabei betreffen die 195 Fälle nach der Aufstellung des OLG (...) sämtlich Kaufangebote von Verbrauchern an die S-Gruppe.

44 a) Nach § 14 Abs. 3 BNotO hat sich der Notar durch sein Verhalten innerhalb und außerhalb seines Amtes der Achtung und des Vertrauens, die dem Notaramt entgegengebracht werden, würdig zu zeigen. Er hat jedes Verhalten zu vermeiden, das den Anschein eines Verstoßes gegen die ihm gesetzlich auferlegten Pflichten erzeugt, insbesondere den Anschein der Abhängigkeit oder Parteilichkeit. Die hier maßgeblichen, zu § 14 Abs. 3 BNotO ergangenen Berufsrichtlinien der Notarkammer (...) bestimmen dazu in Nummer II. 1. Satz 4 lit. d, dass es unzulässig ist, Verträge systematisch, also planmäßig und missbräuchlich (Senat, Urteil vom 14.3.2016, NotSt(Brfg) 6/15, DNotZ 2016, 876 Rdnr. 21), in Angebot und Annahme aufzuspalten. Zweck der sich aus § 14 Abs. 3 BNotO in Verbindung mit Nummer II. RL ergebenden Verbote ist es, Gestaltungen des Beurkundungsverfahrens zu verhindern, durch die

der Schutzzweck der notariellen Beurkundung ausgehöhlt oder die Durchsetzung bestimmter Vertragsbedingungen unter Vermeidung der Verhandlung mit dem Vertragspartner verfolgt wird und die deshalb den Eindruck entstehen lassen, dass der Notar nicht mehr unparteiisch und unabhängig ist (*Weingärtner/Wöstmann*, Richtlinienempfehlungen BNotK/Richtlinien der Notarkammern, 2004, Zweiter Teil, II. RL-E Rdnr. 3). Hiergegen hat der Kläger in 195 Fällen verstoßen.

45 aa) Das OLG hat unangegriffen festgestellt, dass die getrennte Beurkundung von Angebot und Annahme in 195 Fällen durch die Urkunden belegt sei. Auf die entsprechende Aufstellung des OLG (...) wird Bezug genommen, wobei die Urkundennummern der Annahmen in Fall Nr. 58 richtig (...)/2005 und in Fall Nr. 131 richtig (...)/2007 lauten. Auch das von dem OLG festgestellte zahlenmäßige Verhältnis der an Verkäufer der S-Gruppe gerichteten Kaufangebote zu den mit Verkäufern der S-Gruppe beurkundeten Kaufverträgen hat der Senat bestätigt gefunden; der Beklagte hat dagegen keine Einwendungen erhoben. Insoweit wird auf die Feststellungen auf Seite 121 des angefochtenen Urteils Bezug genommen. Ferner steht aufgrund der vom Senat vorgenommenen Auswertung der von dem Beklagten im Ermittlungsverfahren eingereichten Liste 1 (...) fest, dass in 29 der 195 Fälle der Termin für die Beurkundung der Kaufangebote noch am selben Tag, in 46 der Fälle am Vortag, in 28 der Fälle zwei Tage und in 27 der Fälle drei Tage vorher vergeben wurde. Dabei erfolgte die Terminvergabe in der Regel in der Weise, dass das Büro der S-Gruppe jeweils unter dem Briefkopf des jeweiligen Verkäufers bzw. der jeweiligen Verkäufergesellschaft den Mitarbeitern des Beklagten per Telefax die persönlichen Daten der Käufer mitteilte und dabei bestimmte, ob ein Kaufvertragsangebot oder ein Kaufvertrag vorzubereiten war. Das stellt der Senat aufgrund der in den Ermittlungsakten (...) befindlichen, im Wesentlichen gleichlautenden Telefaxschreiben (...) fest.

46 bb) Der Senat ist auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen davon überzeugt, dass die Aufspaltung der einzelnen Beurkundungsvorgänge durch den Beklagten systematisch, nämlich planmäßig und missbräuchlich erfolgte.

47 (1) Der Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung vor dem OLG vorgetragen, die Aufspaltung habe auf einer entsprechenden Bitte der S-Gruppe beruht. Dies sei mit der langen An- und Abreisedauer von insgesamt drei bis vier Stunden begründet worden. Nachdem eine größere räumliche Distanz und auch eine geringe zeitliche Verfügbarkeit als sachliche Gründe in der Literatur anerkannt gewesen seien, habe er dem Ansinnen mehrfach stattgegeben. Es sei keine Einzelfallentscheidung gewesen, sondern eine grundsätzliche Entscheidung, da der Sachverhalt ja immer der gleiche gewesen sei. Habe der Verkäufer erklärt, zur Beurkundung kommen zu können, sei ein Kaufvertrag beurkundet worden. Und in wenigen Einzelfällen (drei insgesamt) sei hinzugekommen, dass die Käufer erklärt hätten, keine eigene Bindung zu wollen, da die Finanzierung nicht gesichert gewesen sei. In diesen Fällen sei als Annahmebedingung geregelt worden, dass ein Grundschuldaufrag vorliege. Zuvor hatte der Beklagte schriftsätzlich ausgeführt:

„(...) als der Geschäftsumfang zunahm, erklärte [M S] dem Notar, er könne nicht mehr für jeden Kaufvertrag

nach X fahren, da die Beurkundung mit An- und Abreise jedes Mal zwischen drei und vier Stunden in Anspruch nehme und die Terminfindung kompliziert sei. Andere Notare würden da Angebote beurkunden, sogar in Y, was deutlich näher zu seinem Geschäftssitz liege als X und er bäte darum, dass auch Herr Notar ein Käuferangebot beurkunden würde, wenn sich ein gemeinsamer Termin aus in seiner Person liegenden geschäftlichen Gründen nur schwer realisieren lasse.“

48 Der Beklagte hat ferner vorgetragen, bei den einzelnen Bauträgerverträgen beschränke sich seine Tätigkeit auf das eigentliche Beurkundungsverfahren. Das gesamte übrige Verfahren, etwa die Aufnahme der Daten, die Terminvereinbarung und die Erstellung des konkreten Vertragsentwurfs werde von den Mitarbeitern selbstständig durchgeführt. Ihm seien die Terminvorlaufzeiten in der Regel nicht bekannt gewesen. Er habe seine Mitarbeiter angewiesen, die Angelegenheiten seiner Mandanten so schnell wie möglich zu bearbeiten. Wenn durch diese generelle Anweisung, Termine kurzfristig zu vergeben, den Machenschaften der S-Gruppe unbewusst Vorschub geleistet worden sei, so bedauere er das natürlich sehr.

49 (2) Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen und der Einlassung des Beklagten steht damit fest, dass es eine generelle Anweisung des Beklagten in Bezug auf die – gesamte – S-Gruppe gegeben hat, den von dort erfolgenden Aufträgen, ein Kaufvertragsangebot oder einen Kaufvertrag vorzubereiten, Folge zu leisten. Aufgespalten wurden nicht nur Verträge, bei denen M S Verkäufer war, sondern beispielsweise auch die Verträge der M S I GmbH und der I I S Ma S GmbH. Im Büro des Beklagten wurde entsprechend verfahren. Die Termine wurden letztlich auf Zuruf vereinbart und von den Mitarbeitern des Beklagten selbstständig Kaufvertragsangebote vorbereitet und sodann von dem Notar beurkundet, ohne dass im Einzelfall nochmals geprüft wurde, aus welchen Gründen die gleichzeitige Anwesenheit der Vertragsparteien nicht möglich sei. Das stellt ein planmäßiges Vorgehen dar. Soweit der Beklagte meint, eine Prüfung sei durch seine Mitarbeiter dadurch erfolgt, dass sie auf Wunsch ein Kaufvertragsangebot vorbereitet hätten, ist damit keine Prüfung vorgetragen, sondern lediglich, dass die Mitarbeiter das ausführten, was von dem jeweiligen Verkäufer der S-Gruppe gewünscht wurde. Darauf, dass die Aufspaltung nicht von dem Beklagten ausging, wie dieser vorträgt, kommt es nicht an (vgl. Senat, Urteil vom 14.3.2016, NotSt(Brfg) 6/15, DNotZ 2016, 876 Rdnr. 20).

50 (3) Dieses Vorgehen war auch missbräuchlich. Der Beklagte hat selbst eingeräumt, dass er im Einzelfall gerade nicht überprüft hat, ob es für die getrennte Beurkundung einen sachlichen Grund gab. Schon dadurch hat er den Anschein erweckt, er werde von der S-Gruppe gezielt ausgewählt, weil er bereit sei, bindende Kaufvertragsangebote der Käufer kurzfristig auch ohne Prüfung eines sachlichen Grundes im Einzelfall getrennt zu beurkunden. Die Einlassung des Notars dahin, er habe der Aufforderung des M S Folge geleistet, weil dieser ihn unter Hinweis auf die Praxis „anderer Notare“ und den durch die Beurkundung einschließlich An- und Abreise verursachten Zeitaufwand darum gebeten habe, belegt anschaulich den gesetzten Anschein der Parteilichkeit und Abhängig-

keit. Im hier vorliegenden Fall wurde aufgrund der Kurzfristigkeit der vereinbarten Termine letztlich auf Zuruf der Eindruck der Abhängigkeit und Parteilichkeit des Notars noch verstärkt. Auch wurden dadurch die Schutzinteressen der Verbraucher beeinträchtigt. Durch die Möglichkeit der kurzfristigen Terminvereinbarung jeweils im Anschluss an ein kurz vorher geplantes Gespräch mit einem Kunden wurde den S ihr auf eine Überrumpfung der Käufer angelegtes betrügerisches Vorgehen ermöglicht, jedenfalls aber erleichtert.

51 b) Der Beklagte hat auch vorsätzlich gehandelt. Er kannte alle tatsächlichen Umstände. Anders als bei der bürgerlich-rechtlichen Haftung wegen Verletzung einer dem Berechtigten gegenüber bestehenden Amtspflicht setzt im Disziplinarverfahren wegen eines Dienstvergehens der Vorsatz des Notars nicht voraus, dass er sich der Pflichtwidrigkeit seines Handelns bewusst ist (zum Beispiel Senatsurteil vom 9.12.1991, NotSt(B) 1/91, NJW 1992, 1179 m. w. N.). Ist dies nicht der Fall, entfällt die Schuld entsprechend § 17 Satz 1 StGB nur, wenn sein Irrtum unvermeidbar ist (Senat, a. a. O.). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Soweit der Beklagte sich auf die Gründe der „räumlichen Distanz“ und „geringen terminlichen Disponibilität“ des M S berufen hat, durfte er nicht davon ausgehen, dass diese die planmäßige Aufspaltung aller von der S-Gruppe geschlossenen Kaufverträge rechtfertigten.

52 Die von dem Beklagten nicht näher ausgeführte „räumliche Distanz“ „in allen Fällen“ „von mehr als 100 Kilometern“ stellte offensichtlich keinen sachlichen Grund dar, bei Beurkundungen der S-Gruppe Aufspaltungen in Angebot und Annahme auf Zuruf vorzunehmen.

53 Es liegt auf der Hand, dass allein die Auswahl eines Notars mit einem etwas weiter entfernt gelegenen Amtssitz oder die Angabe eines Bauträgers, man habe generell wenig Zeit, eine planmäßige Aufspaltung aller von diesem geschlossenen Verträge nicht rechtfertigen kann, da die Richtlinien in diesem Fall zur Disposition des Bauträgers stünden. Eine solche Auslegung von Nummer II. 1. Satz 4 lit. d RL ist – auch für den Zeitraum April 2004 bis November 2008 – im Hinblick auf den oben dargestellten Zweck der Regelung nicht mehr vertretbar, sodass sich der Beklagte auch nicht auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum berufen kann. Kann der Notar aufgrund der räumlichen Distanz zwischen seinem Amtssitz und dem Geschäftsort eines ihn in einer Vielzahl von Urkundsgeschäften beauftragenden Unternehmens Grundstückskaufvertragsbeurkundungen regelmäßig nur unter systematischer Aufspaltung von Angebot und Annahme vornehmen, muss er seine Tätigkeit versagen und seinen Auftraggeber an einen an dessen Geschäftsort ansässigen Notar verweisen.

54 Abgesehen davon beträgt – was allgemeinkundig ist – die Distanz zwischen X und H – dem Wohn- und Geschäftssitz von M S (lediglich) knapp 100 km. Zum anderen war in vielen Fällen nicht M S, sondern eine andere Gesellschaft der S-Gruppe Vertragspartner. Der Geschäftssitz der L I GmbH beispielsweise befand sich aber ausweislich der oben in Bezug genommenen Terminanforderungen in S, mithin knapp 50 km von X entfernt.

55 Dass M S generell „sehr wenig Zeit zur Wahrnehmung von Terminen zur Verfügung“ stand bzw. mit Herrn F als Geschäfts-

führer der L I GmbH „die Terminabsprache (...) wegen seiner sonstigen Termine auch nicht einfach“ gewesen sei, stellte ebenfalls keinen sachlichen Grund dar, um in allen Fällen, in denen ein Mitglied der S-Gruppe auf Verkäuferseite stand, eine Aufspaltung vorzunehmen.

56 Zutreffend hat das OLG schließlich angenommen, dass auch der dritte von dem Beklagten angegebene Grund – die Käufer hätten sich wegen noch ungeklärter Finanzierung nicht binden wollen – für die Aufspaltung in drei von dem Beklagten benannten Einzelfällen (Käufer W, H – P und B) offensichtlich keinen sachlichen Grund darstellen konnte, weil die Abgabe eines bindenden Angebots in diesem Fall im Widerspruch zu dem fehlenden Bindungswillen des Käufers steht.

57 3. Zu Recht rügt der Kläger die Beurteilung des OLG hinsichtlich der Verletzung des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a. F. in den 51 klagegegenständlichen Fällen, in denen die Käufer ausweislich der Urkunden jeweils erklärt hatten, über den Verkäufer bzw. Vermittler vor mehr als 14 Tagen einen Entwurf des Kaufvertrags oder des Kaufangebots und ggf. der Teilungserklärung erhalten zu haben. Soweit die Vorinstanz diesbezüglich eine Pflichtverletzung nicht festgestellt hat, hat sie den Umfang der aus § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a. F. folgenden Pflichten des Beklagten verkannt und den Sachverhalt nicht ausgeschöpft. Der Beklagte hat in 30 dieser Fälle seine aus § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a. F. folgende Hinwirkungspflicht nicht erfüllt und dadurch weitere vorsätzliche Dienstpflichtverletzungen begangen. Die übrigen 21 Fälle werden gemäß § 65 Abs. 1, § 56 BDG i. V. m § 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO ausgeschieden.

58 a) Der Notar soll den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben.

Dabei soll er darauf achten, dass unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden (§ 17 Abs. 1 BeurkG). Gemäß § 17 Abs. 2a BeurkG a. F. soll der Notar das Beurkundungsverfahren so gestalten, dass die Einhaltung der Pflichten nach den Absätzen 1 und 2 der Vorschrift gewährleistet ist. Bei Verbraucherverträgen soll der Notar darauf hinwirken, dass der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen; bei Verbraucherverträgen, die der Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 Satz 1 und 3 BGB unterliegen, geschieht dies in der Regel dadurch, dass dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts zwei Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung gestellt wird.

59 aa) § 17 Abs. 1 BeurkG ist eine Kernregelung des BeurkG (Senat, Urteil vom 24.11.2014, NotSt(Brfg) 1/14, BGHZ 203, 280 Rdnr. 29). Verstößen gegen die daraus folgenden Pflichten kommt besonderes Gewicht zu. Nach der Rechtsprechung des BVerfG handelt es sich bei den den Notaren übertragenen Aufgaben um Staatsaufgaben vorsorgender Rechtspflege (BVerfGE 131, 130, 141). Die in § 17 Abs. 1 BeurkG enthaltenen Pflichten dienen dazu, wichtige Rechtsgeschäfte vorab einer qualifizierten rechtlichen Überprüfung zu unterziehen und dabei die Beteiligten nicht nur über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren, sondern auch eine Benachteiligung

rechtlich ungewandter Beteiligter zu vermeiden (BVerfG, a. a. O.). Verstöße gegen die Vorschrift, die mit der Gefahr unzureichender Sorge um die Interessen zumindest eines Beteiligten verbunden sind, stellen daher die vorsorgende Rechtspflege in Frage (Senat, Urteil vom 24.11.2014, NotSt(Brfg) 1/14, BGHZ 203, 280 Rdnr. 31; Eylmann/Vaasen/Frenz, BNotO, BeurkG, § 17 BeurkG Rdnr. 1).

60 bb) Verfahrensrechtlich werden die Pflichten des § 17 Abs. 1 BeurkG abgesichert durch § 17 Abs. 2a Satz 1 BeurkG, der die Verantwortung des Notars für die Gestaltung des Beurkundungsverfahrens besonders hervorhebt (vgl. Ganter/Hertel/Wöstmann/Ganter, Handbuch der Notarhaftung, 4. Aufl., Rdnr. 1436; Eylmann/Vaasen/Frenz, BNotO, BeurkG, § 17 BeurkG Rdnr. 30; Grziwotz/Heinemann/Grziwotz, BeurkG, § 17 Rdnr. 55). Die Verfahrensgestaltung soll sicherstellen, dass die zu erteilenden Belehrungen von den Beteiligten sinnvoll wahrgenommen werden können (vgl. Hertel, ZNotP 2002, 286). Satz 2 des Abs. 2a betrifft einzelne dem Notar obliegende Verfahrenspflichten im Interesse des Verbraucherschutzes. Diese – mit Wirkung zum 1.8.2002 eingefügte – Regelung begründet für den Notar – wie auch die anderen Sollvorschriften des BeurkG – eine zwingende Amtspflicht. Durch die Ausgestaltung als Sollvorschrift wird lediglich klar gestellt, dass ein Verstoß nicht zur Unwirksamkeit der Beurkundung führt (zu § 3 BeurkG BGH, Urteil vom 25.5.1984, V ZR 13/83, NJW 1985, 2027 unter 1.; Winkler, BeurkG, § 17 Rdnr. 104; Schmucker, DNotZ 2002, 510, 518; Brambring, ZfIR 2002, 597, 602; so auch die durch Sammelrundschriften der Landesnotarkammer (...) vom 30.9.2003 jedem (...) Notar zur Kenntnis gebrachten Anwendungsempfehlungen der BNotK zur praktischen Umsetzung von § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG a. F. unter B. I., abgedruckt im Rundschreiben (...)/2003 vom (...).(....).2003, im Folgenden „Anwendungsempfehlungen“).

61 (1) Anstoß für die Einfügung des Satzes 2 der Vorschrift gab eine am 7.5.2002 erfolgte Anhörung von Verbrauchern, die durch Verträge über Immobilienanlageobjekte geschädigt worden waren. Dabei wurden Missbräuche bei der Gestaltung des Beurkundungsverfahrens durch verschiedene Notare (sog. „Mitternachtsnotare“) beklagt. Es wurde auch deutlich, dass das notarielle Beurkundungsverfahren in diesen Fällen seine (verbraucher)schützende Wirkung aus verschiedenen Gründen nicht entfalten konnte (vgl. Schmucker, DNotZ 2002, 510, 513; Mohnhaupt, NotBZ 2002, 248; Hertel, ZNotP 2002, 286; Brambring, ZfIR 2002, 597, 601). Nach der Gesetzesbegründung lag das etwa daran, dass Terminabsprachen sehr kurzfristig erfolgten und die Beurkundung dann vorgenommen werde, ohne dass sich der Verbraucher mit dem Text des beabsichtigten Rechtsgeschäfts habe vertraut machen und sich überlegen können, welche Fragen er an den Notar richten wolle. Oft erfahre der Verbraucher auch erst im Notartermin, dass der Notar einige für ihn ausschlaggebende Fragen – wirtschaftlicher oder steuerlicher Art – gar nicht zu prüfen habe. Viele Verbraucher scheuten sich dann, einen Termin „platzen zu lassen“ (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten, BT-Drucks. 14/9266, S. 50; vgl. BGH, Urteile vom 7.2.2013, III ZR 121/12, BGHZ 196, 166 Rdnr. 19

und vom 23.8.2018, III ZR 506/16, NJW-RR 2018, 1531 Rdnr. 16). Nachdem seit den 90er-Jahren des vorherigen Jahrhunderts systematisch minderwertige Immobilien (sog. „Schrottimmobilien“) unter Zugrundelegung überhöhter Kaufpreise als Vermögensanlage oder Altersvorsorge durch Strukturvertriebe an Verbraucher verkauft worden waren und zahlreiche Verbraucher dadurch existenzbedrohend hohe Verluste erlitten hatten (Gesetzesentwurf des Bundesrates, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im notariellen Beurkundungsverfahren, BT-Drucks. 17/12035, S. 1; *Rieger*, MittBayNot 2002, 325, 326), sollte die Neuregelung gewährleisten, dass Verbraucher das Aufklärungspotenzial des Beurkundungsverfahrens tatsächlich nutzen können.

62 Die in § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a. F. unter anderem in Bezug auf Grundstückskaufverträge enthaltene Regelfrist soll den Verbraucher daher zum einen vor Übereilung schützen. Der Verbraucher soll Gelegenheit haben, das beabsichtigte Rechtsgeschäft unbeeinflusst von etwaigen zuvor stattgefundenen Verkaufsgesprächen auch in wirtschaftlicher Hinsicht zu überdenken. Zum anderen soll die Frist dem Verbraucher ermöglichen, anhand des beabsichtigten Vertragstextes zu überlegen, welche Fragen er an den Notar stellen möchte (vgl. *Mohnhaupt*, NotBZ 2002, 248, 249; *Hertel*, ZNotP 2002, 286, 288; *Solveen*, RNotZ 2002, 318, 323 f.; *Rieger*, MittBayNot 2002, 325, 326).

63 (2) Vor diesem Hintergrund ist die Hinwirkungspflicht nach § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG a. F. keine bloße Hinweis- oder Belehrungspflicht, sondern geht darüber hinaus. Sie gebietet dem gemäß § 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG zur Fürsorge für unerfahrene und ungewandte Beteiligte verpflichteten und für die Verfahrensgestaltung persönlich verantwortlichen Notar, sich wirkungsvoll für eine Einhaltung des im Interesse des Übereilungsschutzes vom Gesetz vorgesehenen Verfahrens einzusetzen (B. II. der Anwendungsempfehlungen; *Huhn/von Schuckmann/Armbrüster*, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notare, 4. Aufl., § 17 Rdnr. 173; *Winkler*, BeurkG, § 17 Rdnr. 105 f.; *Staudinger/Hertel*, Neub. 2004, Vor §§ 127a, 128 BGB (BeurkG) Rdnr. 520; *Lerch*, BeurkG, 3. Aufl., § 17 Rdnr. 57; *Philippson*, NotBZ 2003, 137, 139 f.; *Solveen*, RNotZ 2002, 318, 322 f.; *Rieger*, MittBayNot 2002, 325, 329).

64 Zwar war der Notar bis zu der mit Wirkung zum 1.10.2013 erfolgten Neufassung der Vorschrift durch das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im notariellen Beurkundungsverfahren vom 15.7.2013 (BGBl. I, S. 2378) – wie das OLG zutreffend dargestellt hat – nach herrschender Meinung nicht verpflichtet, dem Verbraucher den beabsichtigten Text des Rechtsgeschäfts selbst zu übersenden. Es reichte aus, wenn der Verkäufer oder Vermittler dem Verbraucher den beabsichtigten Text des Rechtsgeschäfts rechtzeitig zur Verfügung gestellt hatte (*Huhn/von Schuckmann/Armbrüster*, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notare, § 17 Rdnr. 183; *Bohrer*, DNotZ 2002, 579, 584; *Sorge*, DNotZ 2002, 593, 595; *Philippson*, NotBZ 2003, 137, 144; *Soergel/Mayer*, BGB, 13. Aufl., § 17 BeurkG Rdnr. 48; *Staudinger/Hertel*, Vor §§ 127a, 128 BGB (BeurkG) Rdnr. 527; *Winkler*, BeurkG, § 17 Rdnr. 163; *Eylmann/Vaasen/Frenz*, BNotO, BeurkG, § 17 BeurkG Rdnr. 39g; a. *Rieger*, MittBayNot 2002, 325, 333).

65 Ein Notar erfüllt aber die ihm nach der seinerzeitigen Rechtslage obliegende Hinwirkungspflicht nicht, wenn er den beabsichtigten Text des Rechtsgeschäfts lediglich dem Vermittler oder Verkäufer zur Verfügung stellt und sich sodann auf von ihm – dem Notar – vorformulierte formelhafte Bestätigungen des Verbrauchers zur Einhaltung der Regelfrist verlässt, ohne sich selbst wirkungsvoll davon zu überzeugen, dass der Verbraucher die erforderlichen Unterlagen erhalten hat (vgl. *Rieger*, MittBayNot 2002, 325, 329; KG, Beschluss vom 23.9.2016, 9 W 129/15, NotBZ 2017, 339, 340; LG Berlin, Urteil vom 12.6.2014, 84 O 44/13, juris Rdnr. 48). Das gilt jedenfalls bei Gestaltungen, bei denen Missverständnisse oder Fehler des Verbrauchers in Bezug auf die übergebenen Unterlagen oder auch ein Missbrauch des Beurkundungsverfahrens naheliegen, wie etwa bei einem Immobilienerwerb durch unerfahrene oder ungewandte Verbraucher unter Einschaltung eines Strukturvertriebs mit (allein) von diesem gewünschter kurzfristiger Terminvergabe und Aufspaltung von Verträgen in Angebot und Annahme (vgl. *Brambring*, ZfIR 2002, 597, 602; *Solveen*, RNotZ 2002, 318, 323; *Soergel/Mayer*, BGB, § 17 BeurkG Rdnr. 51).

66 (3) Das entsprach auch zum Zeitpunkt der Vornahme der hier verfahrensgegenständlichen 51 Beurkundungen der ganz herrschenden Meinung in den Stellungnahmen der veröffentlichten Literatur. Entscheidungen von Gerichten lagen zwar noch nicht vor. So hielt aber die BNotK eine Übersendung des Entwurfs durch den Notar selbst für ratsam. Soweit dies nicht möglich sei, erscheine es empfehlenswert, dass der Notar anderweitig an den Verbraucher herantrete, um diesem ausreichend Gelegenheit zu geben, innerhalb der zweiwöchigen Frist vorbereitende Fragen oder Wünsche an ihn zu richten (D. IV. der Anwendungsempfehlungen). Ohnehin entsprach es schon vor Inkrafttreten der Neuregelung guter notarieller Praxis, den Parteien im Regelfall einen Entwurf mit der Aufforderung zu übersenden, ihn inhaltlich zu überprüfen und bei Fragen Rücksprache mit dem Notar zu nehmen bzw. ihnen Gelegenheit zu einer Besprechung vor dem Beurkundungstermin zu geben (*Brambring*, ZfIR 2002, 597, 605; *Solveen*, RNotZ 2002, 318, 322 m. w. N.; *Hertel*, ZNotP 2002, 286, 290 m. w. N.; *Lerch*, BeurkG, § 17 Rdnr. 61). Überließ es der Notar dem Unternehmer, dem Käufer einen Text zur Verfügung zu stellen, so sollte er vor der Beurkundung aber jedenfalls überprüfen, ob dieser Text mit dem zu beurkundenden Vertragsentwurf übereinstimmte (*Huhn/von Schuckmann/Armbrüster*, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notare, § 17 Rdnr. 183; *Brambring*, ZfIR 2002, 597, 606; *Bohrer*, DNotZ 2002, 579, 589; *Solveen*, RNotZ 2002, 318, 324). Die bayerischen Notare *Hantke*, *Malzer*, *Kirchner*, *Pauker* und *Schervier*, die ihre Auffassung in den allen bayerischen Notariaten zur Verfügung gestellten Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der LNotK Bayern veröffentlicht hatten (*MittBayNot* 2002, 433, 455), hielten es in diesem Fall bereits seinerzeit für nötig, dass der Käufer das ihm rechtzeitig übergebene Musterexemplar als Mitlesestück zum Termin vorlegt und gebeten wird, sich zu melden, falls der vorgelesene Text mit dem Muster nicht übereinstimmen sollte (vgl. auch *Soergel/Mayer*, BGB, § 17 BeurkG Rdnr. 51). Die bloße Versicherung des Unternehmers, den beabsichtigten Text auszuhändigen und keine Beurkundungstermine innerhalb der

Zwei-Wochen-Frist zu vereinbaren, genügte jedenfalls nicht; Aufgabe des Notars konnte es auch nicht lediglich sein, den Verbraucher bei der Beurkundung zu befragen, ob er rechtzeitig einen Entwurf erhalten habe, und die Antwort in der Urkunde zu vermerken (*Sorge*, DNotZ 2002, 593, 595) oder sonstige zweckvergessene Verfahrensgestaltungen zu praktizieren (*Rieger*, MittBayNot 2002, 325, 335). So war die Hinwirkungspflicht in Fällen, in denen der Verbraucher zu einer übereilten und unbedachten Kaufentscheidung veranlasst werden sollte, er das Kaufobjekt nicht einmal besichtigt hatte und sich keine Gedanken über die Wirtschaftlichkeit seiner Vermögensanlage machen konnte, als unbedingte Amtspflicht in dem Sinne zu sehen, dass der Notar zunächst die Beurkundung abzulehnen und darauf zu bestehen hatte, dass die Frist von zwei Wochen eingehalten wird (*Brambring*, ZfIR 2002, 597, 606; *Solveen*, RNotZ 2002, 318, 323).

67 b) Nach diesen Maßstäben hat der Beklagte jedenfalls in 30 der 51 Fälle die ihm obliegende Hinwirkungspflicht nicht erfüllt und damit gegen § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a. F. verstoßen. Die 51 Fälle betrafen nach der Aufstellung des OLG (...) sämtlich Kaufangebote oder Kaufverträge von Verbrauchern an die oder mit der S- Gruppe.

68 aa) Der Beklagte hat sich zu seinem Verfahren bei den damaligen Beurkundungen wie folgt eingelassen:

69 Die Abläufe in seinem Notariat seien stark arbeitsteilig organisiert und standardisiert gewesen. So sei er bei einem Bauträgerobjekt in der Entwurfsphase der Erstellung der Teilungserklärung und des objektbezogenen Musterbauträgervertrags in aller Regel persönlich involviert gewesen. Danach, also bei den einzelnen Bauträgerverträgen, habe sich seine Tätigkeit, genauso wie bei einem Standardkaufvertrag über eine Gebrauchtimmobilie, auf das eigentliche Beurkundungsverfahren beschränkt, also auf die Verlesung und Erläuterung der Urkunde. Das gesamte übrige Verfahren sei von Mitarbeitern selbstständig durchgeführt worden; so etwa die Aufnahme der erforderlichen Daten, die Terminvereinbarung, die Erstellung des konkreten Vertragsentwurfs und der Empfang der Vertragsparteien. Das habe sich auf die gesamte Abwicklung des Vertrags erstreckt, wobei auch die anfallende Korrespondenz praktisch ausnahmslos von den Mitarbeitern selbstständig geführt worden sei. Bei der Beurkundung habe er die Personaldaten der Beteiligten, die Grundbuchdaten anhand des vorliegenden Grundbuchauszuges und bei Grundschulden auch die richtige Übernahme der Daten aus den Auftragschreiben der Banken kontrolliert. Darüber hinaus habe er weder die Nebenakte noch die Korrespondenz überprüft.

70 Diese hochgradig arbeitsteilige Situation erkläre, warum ihm in der Regel weder die ab März 2005 verwendeten Bestätigungsformulare noch die Terminvorlaufzeiten und die Anzahl oder die Häufigkeit von fehlenden Annahmen oder Vertragsaufhebungen bekannt gewesen seien. Die Bestätigungsformulare seien den Beteiligten, wenn sie die Bestätigung nicht bereits mitgebracht hätten, beim Empfang von seinen Mitarbeitern mit der Bitte übergeben worden, sie auszufüllen und zu unterzeichnen. Sie seien vor Beginn der Beurkundung wieder bei den Mitarbeitern abgegeben worden, die sie kontrolliert und dann in die Nebenakte abgeheftet hätten. Er selber habe sie nicht überprüft, da er bei der Beurkundung ohne

hin gefragt habe, ob die Käufer den Entwurf rechtzeitig erhalten hätten. Er habe dies nicht für nötig gehalten, da zwischen dem Ausfüllen oder zumindest der Abgabe des Bestätigungsformulars und seiner Nachfrage in der Regel nur ein paar Minuten vergangen gewesen seien. Sinn und Zweck der Formblätter sei nur gewesen, über die Mitarbeiter möglichst zu verhindern, dass die Voraussetzungen für die Vornahme einer Beurkundung nicht vorgelegen hätten und dies erst bei der Beurkundung festgestellt werde.

71 Der Ablauf der Beurkundung sei ebenfalls standardisiert gewesen. Die Urkunde sei abschnittsweise verlesen worden, wobei nach den einzelnen Abschnitten Daten kontrolliert, Beteiligtenangaben verifiziert und der Urkundeninhalt erläutert worden seien. So frage der Notar nach den Angaben zur Zweiwochenfrist nach, ob die Feststellungen in der Urkunde richtig seien. Dabei sei zu bedenken, dass der zur Verfügung stehende zeitliche Rahmen für eine Kaufvertragsbeurkundung von etwa einer Stunde zwar ausreichend Zeit gegeben habe, die Urkunde abschnittsweise zu verlesen, die einzelnen Abschnitte zu erläutern und gestellte Fragen zu beantworten. Für über die eigentliche Beurkundung hinausgehende Gespräche mit den Beteiligten (zum Beispiel wie ein Käufer von dem Objekt erfahren habe, wie er es nutzen möchte) oder gar mit den Vermittlern (zum Beispiel ob ein Vermittler direkt für den Verkäufer tätig werde oder ob sich dazwischen eine Hierarchie von weiteren Vermittlern befinde), habe aus der damaligen Sicht des Notars weder Anlass noch Zeit bestanden.

72 Anlässlich der Vernehmung einer Zeugin im Ermittlungsverfahren hat der Beklagte ferner folgende Erklärung abgegeben (...):

„Es läuft immer so, dass der Bauträger auch schon vor der Beurkundung einer Teilungserklärung einen Vertragsentwurf hinsichtlich des Verkaufs einzelner Objekte erhält. Die Teilungserklärung und der Entwurf für die Verkäufe werden parallel entwickelt. Den Musterkaufvertrag erhält der Bauträger, um diesen an seine Kunden weiterzuleiten. Dies war so, als sich das Beurkundungsgesetz noch nicht geändert hatte. (...) Früher gab es die individuellen Vertragsentwürfe erst, wenn der konkrete Käufer bekanntgegeben wurde. Das Ganze wurde an den Verkäufer versandt. (...) Für den Mustervertrag gab es in der Regel auch kein Anschreiben.“ (... hier wurden vom Beklagten verschiedene Muster übergeben). „Diese Musterkaufangebote oder Kaufverträge waren dazu gedacht, dass diese weitergegeben werden und zwar von den S an ihre Kunden. (...) Es gab Musterkaufangebote und Musterkaufverträge.“

73 bb) Auf der Grundlage der eigenen Einlassung des Beklagten, der nicht angegriffenen Feststellungen des OLG zu den einzelnen Fällen (...) sowie der durch den Senat durchgeführten Auswertung der in den Ermittlungsakten befindlichen Urkunden (...) und der vom Beklagten eingereichten Liste 1 (...) steht im Tatsächlichen Folgendes fest:

74 In 30 Fällen (...) unterzeichneten die Käufer das Bestätigungsformular – jeweils am Tag der Beurkundung – wie folgt:

„bestätige/n hiermit, dass mir/uns heute/am [eingefügt jeweils ein Datum 14 Tage vor dem Tag der Beurkundung

mit Ausnahme der Fälle 15, 16 und 31, in denen der Beurkundungstag eingefügt ist) vom Verkäufer/Vermittler ein Entwurf des Kaufvertrags/Kaufangebots ohne persönliche Daten übergeben wurde“.

Auf der Grundlage dieses den Mitarbeitern des Beklagten übergebenen Formulars fassten diese die Urkunden jeweils wie folgt:

„(...) [weiß/wissen], dass der Notar [nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG] eine Beurkundung nur dann vornehmen soll, wenn mindestens zwei Wochen verstrichen sind, seitdem [ihm/ihr/ihnen] ein Entwurf des Kaufangebots [des Kaufvertrags in den Fällen 7, 9, 20, 27, 28] [und die Teilungserklärung (...) in den Fällen 1, 2, 4, 5, 7, 9, 15, 16, 21, 25, 26, 31, 34, 35, 36, 40, 41, 43] übergeben wurde [seitdem er einen Entwurf des Kaufangebots erhalten hat, in den Fällen 11, 23 und 32] und dass diese Regelung [ihn/sie] vor übereilten Handlungen schützen soll. (...) [Käufer] [erklärt/erklären] hierzu, dass [er/sie] die genannten Unterlagen [einen Vorentwurf ohne persönliche Daten in den Fällen 3 und 11] bereits vor mehr als 14 Tagen über den Verkäufer bzw. Vermittler erhalten [hat/haben] bzw. in den Fällen 19, 20, 30, 42: „dass [ihm/ihr/ihnen] die genannten Unterlagen [ein Vorentwurf ohne persönliche Daten in den Fällen 23 und 32] bereits vor mehr als 14 Tagen über den Verkäufer bzw. Vermittler übergeben wurden.“

Dabei erfolgten die Terminvereinbarungen überwiegend sehr kurzfristig wie folgt: am selben Tag (...); zwei Tage vorher (...); drei Tage vorher (...) sowie vier bis unter zwölf Tage vorher (...). Die in den Urkunden vorformulierten Erklärungen wurden von dem Beklagten im Rahmen der ohne einleitendes Gespräch sofort begonnenen Beurkundung verlesen und auf Nachfrage, ob die Feststellungen richtig seien, von dem jeweiligen Käufer bestätigt.

75 Ferner steht aufgrund der nicht angegriffenen Feststellungen des OLG fest, dass dem Beklagten zu diesem Zeitpunkt bekannt war, dass für die S-Gruppe eine Vielzahl verschiedener Vermittler/Vertriebsorganisationen auftrat, die Immobilien in den überwiegenden Fällen als Anlageobjekte erworben wurden und auf Wunsch der S-Gruppe eine systematische Aufspaltung in Angebot und Annahme erfolgte. Schließlich war dem Beklagten im Fall L im Oktober 2005 und im Fall H aufgrund des Schreibens ihres Bevollmächtigten vom 24.4.2006 bekannt geworden, dass zwei Kunden unabhängig voneinander behaupteten, von für die S-Gruppe tätigen Vermittlern überrumpelt, getäuscht und mit der Behauptung, es handele sich nur um eine Formalie bzw. ein Vorgespräch, zur Unterschrift unter das Bestätigungsformular und zur (unrichtigen) Erklärung, sie hätten den beabsichtigten Text rechtzeitig erhalten, bewegt worden zu sein. In beiden Fällen waren die Termine kurzfristig, nämlich am Vortag vereinbart worden. In beiden Fällen wurden die Kaufverträge in der Folge aufgehoben, wobei der Notar die Aufhebung im Fall H selbst beurkundete. (...)

76 cc) Nach den dargelegten Maßstäben genügte der Beklagte mit der festgestellten Verfahrensgestaltung seiner Hinwirkungspflicht insbesondere gegenüber unerfahrenen und

ungewandten Käufern nicht. Er verließ sich vollständig auf die Angaben der S bzw. der Vermittler und von ihm selbst vorformulierte Bestätigungen der Käufer, die er lediglich verlas und deren Richtigkeit er sich bestätigen ließ, ohne – was für ihn ein Leichtes gewesen wäre – dies in geeigneter Form zu überprüfen. Dass er die Abläufe in seinem Büro und auf seine Veranlassung abgegebene Erklärungen der Käufer auf den Bestätigungsformularen nicht zur Kenntnis genommen haben will, kann ihn nicht entlasten, weil er persönlich für die Verfahrensgestaltung verantwortlich ist und diese nicht auf seine Mitarbeiter übertragen kann (vgl. BGH, Urteil vom 10.11.1988, IX ZR 31/88, NJW 1989, 586 unter II. 3.; Eylmann/Vaasen/Frenz, BNotO, BeurkG, § 17 BeurkG Rdnr. 2). Seine Verfahrensgestaltung war – was sich dem Notar insbesondere nach Kenntnis der Beanstandungen der Käufer H hätte aufdrängen müssen – offensichtlich nicht geeignet, den vom Gesetz gerade zur Verhinderung von missbräuchlichen Gestaltungen durch Strukturvertriebe vorgesehenen Übereilungsschutz von unerfahrenen oder ungewandten Personen zu erreichen. Sie war lediglich darauf ausgerichtet, einen formalen Nachweis der Erfüllung der Hinwirkungspflicht zu erlangen, konnte zu Missverständnissen Anlass geben und war zum Schutz gerade unerfahrener und ungewandter Verbraucher tatsächlich wirkungslos.

77 Dabei ist im Blick zu behalten, dass – wie sich jedem Notar aufdrängt – jemand, der sich überhastet unter dem Eindruck unrichtiger Versprechungen zu einem Grundstückskauf überreden und unmittelbar die Beurkundung bei einem Notar durchführen lässt, sich auch dazu bewegen lassen wird, bei diesem ein ihm von dem Vermittler als „Formalie“ dargestelltes Bestätigungsformular zu unterzeichnen, und sich sodann bei der unmittelbar darauffolgenden Beurkundung daran gebunden hält (vgl. BGH, Urteil vom 25.6.2015, III ZR 292/14, BGHZ 206, 112 Rdnr. 16; *Weingärtner/Wöstmann*, Richtlinienempfehlungen BNotK/Richtlinien Notarkammern 2004, II. RL-E Rdnr. 29; *Rieger*, MittBayNot 2002, 325, 329, 333). Nicht ohne Grund sind im Allgemeinen Zivilrecht formularmäßige Tatsachenbestätigungen grundsätzlich unwirksam, wenn sie nicht als reines Empfangsbekanntnis besonders unterzeichnet sind (§ 309 Nr. 12b BGB).

78 Hätte der Beklagte, wie es seiner Amtspflicht entsprochen hätte, dagegen ein kurzes, von echtem Interesse für die persönliche, berufliche und wirtschaftliche Situation der Käufer und deren Absichten im Hinblick auf den Wohnungskauf getragenes Vorgespräch von einigen wenigen Minuten geführt (vgl. auch zu der Berücksichtigung der Person des Verbrauchers, seinen Fähigkeiten und Kenntnissen bei der pflichtgemäßen Ausübung des Ermessens des Notars in Bezug auf die Verfahrensgestaltung *Soergel/Mayer*, BGB, § 17 BeurkG Rdnr. 45) und die Frage gestellt, wann diese von wem Unterlagen mit welchem Inhalt erhalten hatten, hätte er den sich unmittelbar vor seinen Augen und in seinem Notariat in zahlreichen Fällen abspielenden Betrug erkennen und verhindern können. So wurden S unter anderem aufgrund der Fälle mit den laufenden Nummern (...) wegen eines zulasten der jeweiligen Käufer begangenen Betrugs rechtskräftig verurteilt. Hier hat das von dem Beklagten durchgeführte Beurkundungsverfahren vollständig versagt. Er hat sich nicht bemüht, mit den Käufern persönlich so in Kontakt zu treten, dass er ihre Uner-

fahrenheit und Überrumpfung überhaupt hätte bemerken und sie sodann mit seinen Belehrungen hätte erreichen können.

79 dd) Unabhängig davon hatte der Beklagte auch schon angesichts der unklaren Angaben in dem von ihm vorformulierten Bestätigungsformular Anlass für die Klärung, welche Unterlagen den Käufern (angeblich) fristgerecht übergeben worden waren – der Entwurf eines Kaufvertrags oder der Entwurf eines Kaufangebots (oder beides). Angesichts der von dem Beklagten im Hinblick auf die S-Gruppe praktizierten systematischen Aufspaltung von Angebot und Annahme und dem eigenen Vortrag des Beklagten hierzu (dazu oben unter 2.) konnte vor der Vereinbarung des Beurkundungstermins – die hier wie oben dargestellt kurzfristig erfolgte – nicht feststehen, ob ein Angebot oder ein Kaufvertrag beurkundet werden würde, da sich dies nach den vorliegenden Unterlagen und der eigenen Einlassung des Beklagten erst bei der Terminanforderung durch die Verkäufergesellschaften der S-Gruppe entschied. Es drängte sich daher schon aus diesem Grund die Frage auf, welche Unterlagen die Verkäufer bzw. Vermittler den Kunden jeweils übergaben oder im konkreten Fall übergeben hatten. Ferner hätte der Klärung bedurft, ob die Käufer – soweit erforderlich – auch die Teilungserklärung erhalten hatten und ob die Unterlagen auch Angaben zu der zu erwerbenden Wohnung, zu den Miteigentumsanteilen und zu dem Kaufpreis enthielten (vgl. *Sorge*, DNotZ 2002, 593, 604) bzw. ob sich diese Angaben aus einem ebenfalls rechtzeitig übergebenen Exposé ergaben (vgl. *Rieger*, MittBayNot 2002, 325, 333). Insoweit enthielt das Bestätigungsformular indes den missverständlichen Hinweis, wenn es sich bei dem angebotenen Objekt um eine Wohnung in einer größeren Anlage handele, genüge es, dass sich Kaufpreis und Wohnungsbeschreibung aus dem Exposé ergäben. Das kann ohne juristische Vorbildung auch so verstanden werden, dass in diesem Fall kein (weiterer) Vertragstext übergeben werden musste. Missverständnisse oder versehentlich unrichtige Angaben der Käufer in Bezug auf die ihnen (angeblich) übergebenen Unterlagen lagen daher nahe und hätten durch Rückfrage unmittelbar mit ihnen selbst geklärt werden müssen.

80 c) Der Beklagte hat die Pflichtverletzungen in den dargestellten Fällen zur Überzeugung des Senats auch vorsätzlich verwirklicht, § 95 BNotO. Er war sich aller Tatsachen, die die Dienstpflichtwidrigkeit begründeten, bewusst.

81 aa) Soweit der Beklagte meint, er sei weit über das hinausgegangen, was nach damaliger herrschender Meinung im Rahmen seiner Hinwirkungspflicht erforderlich gewesen sei, und habe es gerade nicht bei einer einfachen Nachfrage belassen, trifft das nicht zu.

82 (1) Zum einen hat der Beklagte – wie er selbst einräumt – letztlich nur einen vorformulierten Textbaustein verlesen und sich dessen Richtigkeit ohne weitere Nachfrage lediglich bestätigen lassen. Soweit er die Bestätigungsformulare hat verwenden lassen, hat er diese nach seiner eigenen Einlassung gar nicht zur Kenntnis genommen. Sie enthalten denn auch in einigen Fällen offensichtliche Widersprüche, aus denen sich ergibt, dass die abgegebenen Erklärungen unrichtig sein mussten, ohne dass dies für das Beurkundungsverfahren Konsequenzen hatte. So hatten die Käufer in den Fällen (...) in dem Bestätigungsformular zusätzlich zu der Angabe, (erst) am Be-

urkundungstag vom Verkäufer/Vermittler einen Entwurf erhalten zu haben, angegeben „dass mir/uns am [Datum 14 Tage vor der Beurkundung] vom Notar ein Entwurf des Kaufvertrags/Kaufangebots übersandt wurde“. Das konnte indes nicht zutreffen, da die Anforderung eines Kaufvertragsangebots und die Terminanforderung per Telefax durch das Büro der S-Gruppe im Fall H erst am Beurkundungstag, im Fall Ki 11 Tage vor der Beurkundung und im Fall P am Vortag der Beurkundung erfolgt war, dem Beklagten die Daten der Käufer also vorher gar nicht bekannt sein konnten. Gleichwohl wurde in diesen Fällen die – den Angaben im Bestätigungsformular klar widersprechende – Erklärung der Käufer beurkundet, sie hätten die genannten Unterlagen „vor mehr als 14 Tagen über den Verkäufer bzw. Vermittler“ erhalten.

83 (2) Zwar darf der Vorwurf einer schuldhaften Amtspflichtverletzung nicht bereits deshalb erhoben werden, weil ein Gericht eine andere Ansicht vertreten hat. Nach der Senatsrechtsprechung fehlt es am Verschulden eines Notars bei einer Gesetzesauslegung, die zwar unrichtig ist, die aber nach gewissenhafter Prüfung der zu Gebote stehenden Hilfsmittel auf vernünftige Erwägungen gestützt ist, wenn es sich um eine Bestimmung handelt, die für die Auslegung Zweifel in sich trägt und bei der Zweifelsfragen noch nicht ausgetragen sind (Senat, Beschluss vom 20.7.2015, NotSt(Brfg) 3/15, DNotZ 2016, 72 Rdnr. 19 m. w. N.).

84 Eine entsprechende gewissenhafte Prüfung durch den Beklagten ist aber weder vorgetragen noch glaubhaft. Im Gegenteil hat der Beklagte geltend gemacht, er habe sich im Jahr 2002 mit den Motiven des Gesetzgebers in Ermangelung von Bauträgerprojekten und geschäftsmäßigen Immobilienverkäufen in seinem Notariat nicht näher beschäftigt. Als er „mehrere Jahre später mit solchen Verträgen konfrontiert“ gewesen sei, habe er davon ausgehen dürfen, dass durch die Neuregelung „die erkannte Gefahr gebannt worden sei“. Damit hat er eingeräumt, dass er sich mit der Auslegung der Neuregelung und ihrem Sinn und Zweck sowie mit den daraus folgenden Pflichten für die notarielle Praxis letztlich gar nicht befasst hat. Wie oben ausgeführt, hielten es die Stellungnahmen in der veröffentlichten Wissenschaft, insbesondere auch aus dem Bereich des (...) Notariats, mit großer Mehrheit gerade für die hier vorliegende Fallgestaltung, die Anlass für die Gesetzesänderung gegeben hatte, nicht für ausreichend, dass sich der Notar die Einhaltung der Frist durch einfache Nachfrage bestätigen ließ. Zudem bestanden – wie ebenfalls dargestellt – tatsächliche Unklarheiten in Bezug auf die übergebenen Unterlagen, die der Beklagte durch konkrete Nachfrage hätte klären müssen.

85 bb) Soweit der Beklagte meint, er habe auf die Tauglichkeit des von ihm gewählten Verfahrens vertrauen dürfen, folgt der Senat dem nicht.

86 Der Beklagte führt dazu aus, der Grund dafür, dass der Hinwirkungserfolg offenbar nicht immer eingetreten sei, liege nicht in einer mangelnden Tauglichkeit des Verfahrens, sondern in dem Umstand, dass es sich bei der Mehrzahl der Käufer der S-Gruppe nicht „um unbescholtene Verbraucher, sondern um Käufer mit desolaten finanziellen Verhältnissen handelte, bei denen die rechtswidrige Erlangung eines zu meist erheblichen Kick-Back-„Vorteils“ den wesentlichen Beweggrund für den Vertragsschluss darstellte und die offenbar

bereit waren, dafür alles zu erklären“. Nur wenn sowohl die Verkäufer als auch die Käufer anlässlich des beurkundeten Geschäfts Straftaten begingen, erscheine es möglich, dass ein Notar nahezu ausnahmslos angelogen werde. Dass aber seine Mandanten im Zusammenhang mit seinen Amtshandlungen Straftaten begehen könnten, sei für den Beklagten ein „völlig fernliegender Gedanke“ gewesen. Es habe auch keine Anhaltspunkte für strukturelle Besonderheiten bei der S-Gruppe und kein offensichtliches Motiv dafür gegeben, weshalb Käufer „lügen sollten“. Selbst wenn man heute wisse, dass Vermittler ihren Kunden gesagt hätten, sie sollten die Frage wahrheitswidrig bejahen, beantworte dies noch nicht, wieso sich ein mündiger Bürger „grundlos überreden lässt, einen Notar zu belügen“. Das greift aus mehreren Gründen nicht durch.

87 (1) Die Einlassung des Beklagten, er habe nicht erkennen können und müssen, dass er „angelogen“ werde, greift zu kurz. Der Senat ist davon überzeugt, dass der Beklagte nicht dermaßen „blauäugig“ war. Der Käufer L hatte im Oktober 2005 und die Käufer H hatten im April 2006, mithin vor den hier streitgegenständlichen Fällen, unabhängig voneinander dem Notar die betrügerischen Praktiken von Vermittlern der S-Gruppe und Überrumpfungssituationen geschildert. Sie hatten eingestanden, unrichtige Erklärungen im Hinblick auf den Erhalt des beabsichtigten Textes des Rechtsgeschäfts abgegeben zu haben, bevor die Angebote bzw. Kaufverträge in den oben dargestellten Fällen beurkundet worden waren. Der beklagte Notar hatte also allen Anlass, davon auszugehen, dass sich unerfahrene und ungewandte Verbraucher zu unrichtigen Erklärungen bewegen lassen und von den Vermittlern der S-Gruppe dazu bewegt werden. Auch wenn er dies in den beiden Fällen nicht geglaubt haben sollte, hätte er insbesondere vor dem Hintergrund der weiteren Anzeichen für eine Unzuverlässigkeit der S-Gruppe und ihrer Vermittler erst recht ab dem zweiten Vorkommnis dieser Art genauer nachfragen müssen und sich nicht mehr allein auf pauschale Bestätigungen verlassen dürfen.

88 (2) Denn zwar darf sich der Notar regelmäßig auf die tatsächlichen Angaben der Beteiligten ohne eigene Nachprüfung verlassen. Der Grundsatz, dass der Notar im Zweifel den Angaben der Beteiligten vertrauen darf, gilt aber umso weniger, je gewichtiger die Hinweise auf unredliches Verhalten sind und je größer die mögliche Unredlichkeit des verfolgten Zwecks ist (Senat, Beschluss vom 23.11.2015, NotSt(Brfg) 4/15, DNotZ 2016, 227 Rdnr. 22). Zudem muss der Notar bedenken, dass Beteiligte entscheidende Umstände, auf die es für das Rechtsgeschäft ankommen kann, möglicherweise nicht erkennen oder rechtliche Begriffe, die auch unter Laien gebräuchlich sind und die sie ihm als Tatsachen vortragen, möglicherweise falsch verstehen (BGH, Urteil vom 19.10.1995, IX ZR 104/94, NJW 1996, 520 unter I. 1.; KG, Beschluss vom 23.9.2016, 9 W 129/15, NotBZ 2017, 339, 340). Das räumt der Beklagte auch selbst ein, indem er geltend macht, Käufer erhielten im Zuge der Beurkundung eines Kaufvertrags so oft und so viele verschiedene Unterlagen (Entwurf, Exposé, Teilungserklärung, Rentabilitätsberechnung, Darlehensangebot, Versicherungsunterlagen), dass es insbesondere bei einem Laien ein Wunder sei, würde er sich Jahre später daran erinnern können, welche Unterlagen er erhalten habe. Auch die Untervermittler

hätten in der Regel nicht gewusst, was übergeben worden sei; sie hätten in der Regel nicht einmal zwischen Entwurf, Exposé und Teilungserklärung unterscheiden können. Ist dies aber so, hatte der Beklagte allen Anlass, sich über den Inhalt der angeblich übergebenen Unterlagen zu vergewissern. Hier drängte es sich ihm schon aufgrund der Unklarheiten in Bezug auf die den Vermittlern überlassenen Kaufvertragsangebote und Kaufverträge auf, die Verbraucher dazu zu befragen, welche Unterlagen mit welchem Inhalt sie wann und bei welcher Gelegenheit erhalten hätten. Hinzu traten weitere Anhaltspunkte für ein unredliches Vorgehen der S-Gruppe und ihrer Vermittler, wie die gewünschte systematische Aufspaltung der auf den Erwerb von Anlageobjekten gerichteten Kaufverträge in Angebot und Annahme, die Kurzfristigkeit der Terminwünsche und die Begleitung der Käufer durch verschiedene Vermittler. Es ist dem Beklagten nicht zu glauben, dass er all diese Umstände nicht bemerkt und nicht bedacht hat. Ausweislich seiner hervorragenden Examensergebnisse, seiner fünfjährigen Zeit als Notarassessor und weiterer zweijähriger Tätigkeit als Notar bis zu den inkriminierten Ereignissen handelt es sich bei ihm um einen hochqualifizierten, einschlägig ausgebildeten und erfahrenen Kautelarjuristen, dem die von ihm geltend gemachte „Blindheit“ gegenüber den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen schlechterdings nicht abzunehmen ist.

89 (3) Schließlich ist der Senat davon überzeugt, dass die Einlassung des Beklagten unrichtig ist, es sei für ihn ein „völlig fernliegender Gedanke“ gewesen, dass seine Mandanten im Zusammenhang mit seinen Amtshandlungen Straftaten begehen könnten. Ein Notar muss schon im Hinblick auf seine aus § 14 Abs. 2 BNotO und § 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG folgenden Pflichten mit unerlaubtem oder unredlichem Verhalten rechnen. Auch war der Beklagte im Hinblick auf die Vertrauenswürdigkeit der S-Gruppe nicht – in seiner eigenen Wortwahl – so naiv, wie er sich jetzt darstellt. In seiner ersten – persönlich abgegebenen – Stellungnahme gegenüber dem Präsidenten des LG X hat er ausgeführt, dass er die in den Urkunden enthaltenen Belehrungen in Fällen verwendet habe, in denen eine Vielzahl verschiedener Vermittler oder Vertriebsorganisationen zum Einsatz gekommen seien. Nur wenn ihm sowohl Verkäufer als auch Vermittler und Vertrieb aufgrund eigener Erfahrung in der Vergangenheit besonders zuverlässig erschienen seien, habe er einen bloßen Vermerk ohne Belehrung in die Urkunde aufgenommen. Der Beklagte hat also sehr wohl zwischen zuverlässigen und weniger zuverlässigen Verkäufern und Vertriebsorganisationen zu unterscheiden gewusst. Zudem war es unter Notaren allgemein bekannt, dass betrügerische Verkäufer unter Einschaltung von Strukturvertrieben in großer Zahl am Markt tätig waren (vgl. nur *Rieger*, MittBayNot 2002, 325 ff., 333, der ausdrücklich auf die Möglichkeit hinweist, dass unseriöse Vertriebsorganisationen Verbraucher zu falschen Angaben beim Notar bewegen).

90 d) Die übrigen 21 Fälle werden gemäß § 65 Abs. 1, § 56 Satz 1 BDG ausgeschieden (BVerwG, NVwZ-RR 2013, 1009 Rdnr. 8; Urban/Wittkowski/*Urban*, BDG, 2. Aufl., § 56 Rdnr. 5).

91 4. Zu Recht hat das OLG weiterhin angenommen, der Beklagte habe in 18 weiteren Fällen, in denen sich die Nichteinhaltung der Regelfrist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a. F. aus der Urkunde ergibt, vorsätzlich gegen diese Bestim-

mung verstoßen. Diese Fälle betreffen teilweise Kaufverträge von Verbrauchern mit der S-Gruppe und teilweise Kaufverträge von Verbrauchern mit anderen Verkäufern. Der Senat hat die Begründung des OLG im Tatsächlichen und Rechtlichen geprüft und macht sie sich zu Eigen. Der Fall Hi wird allerdings gemäß § 65 Abs. 1, § 56 Satz 1 BDG ausgeschieden.

92 a) Zutreffend geht das OLG davon aus, dass ein Notar seiner Hinwirkungspflicht aus § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a. F. nicht gerecht wird, wenn er in Kenntnis der Nichteinhaltung der Regelfrist die Beurkundung vornimmt, obwohl er nicht festgestellt hat, dass der vom Gesetz bezweckte Übereilungs- und Überlegungsschutz auf andere als die nach dem Gesetz regelmäßig vorgesehene Weise gewährleistet ist oder im Einzelfall ein (anderer) sachlicher Grund vorliegt (BGH, Urteile vom 7.2.2013, III ZR 121/12, BGHZ 196, 166 Rdnr. 20 m. w. N.; vom 25.6.2015, III ZR 292/14, BGHZ 206, 112 Rdnr. 15 f.; vom 23.8.2018, III ZR 506/16, NJW-RR 2018, 1531 Rdnr. 19). Das war auch zum Zeitpunkt der Vornahme der in Rede stehenden 19 Beurkundungen überwiegende Meinung in der Literatur, insbesondere auch in dem allen bayerischen Notariaten zur Verfügung gestellten Mitteilungsblatt (vgl. insoweit die Nachweise in der Entscheidung vom 7.2.2013, a. a. O.; *Schmucker*, DNotZ 2002, 510, 519; *Sorge*, DNotZ 2002, 593, 604; *Hertel*, ZNotP 2002, 286, 289; *Rieger*, MittBayNot 2002, 325, 329; *Winkler*, BeurkG, § 17 Rdnr. 186; *Huhn/von Schuckmann/Armbrüster*, § 17 BeurkG Rdnr. 187; *Staudinger/Hertel*, Vor §§ 127a, 128 BGB (BeurkG) Rdnr. 529; a. A. *Litzenburger*, NotBZ 2002, 280, 283; *Bohrer*, DNotZ 2002, 579, 593; *Eylmann/Vaasen/Frenz*, BNotO, BeurkG, § 17 BeurkG Rdnr. 39g) und wurde bereits im Jahr 2002 nachvollziehbar damit begründet, dass es offensichtlich sinnwidrig wäre, wenn derjenige, der durch eine Regelung vor einem übereilten Vertragsschluss geschützt werden soll, auf sie verzichten könnte (*Rieger*, MittBayNot 2002, 325, 329). Dieses Verständnis entsprach insbesondere auch den Anwendungsempfehlungen der BNotK. Danach kommt ein Abweichen von der Regelfrist nur dann in Betracht, wenn in Einzelfällen nachvollziehbare Gründe auch unter Berücksichtigung der Schutzinteressen des Verbrauchers es rechtfertigen, die dem Verbraucher zugeordnete Schutzfrist zu verkürzen (D. V. 1. Absatz der Anwendungsempfehlungen). Unberührt bleibt in jedem Fall die in § 17 Abs. 2a Satz 2 Hs. 1 BeurkG begründete Pflicht. Soll eine Beurkundung vor Ablauf der Zweiwochenfrist aus nach den vorstehenden Maßstäben begründetem Anlass erfolgen, muss der Notar deshalb in jedem Fall darauf hinwirken, dass der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich mit dem Gegenstand der Beurkundung – auch in der kürzeren Frist – ausreichend auseinanderzusetzen (D. V. 2. Absatz der Anwendungsempfehlungen). Erst wenn er diese Pflicht erfüllt hat, steht es nach den Anwendungsempfehlungen in seinem Ermessen, ggf. eine Beurkundung trotzdem vorzunehmen (D. V. 2. Absatz der Anwendungsempfehlungen).

93 b) Nach diesen Grundsätzen hat der Beklagte die ihm obliegende Hinwirkungspflicht aus § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a. F. in den hier streitgegenständlichen 18 Fällen nicht erfüllt. (...)

94 aa) Der Notar hat in der mündlichen Verhandlung des OLG wie folgt vorgetragen:

„Zuerst habe ich natürlich festgestellt, wann der Vertragstext übergeben worden war, um sozusagen die Abweichung vom Soll festzustellen. Dann habe ich weiter zunächst gefragt, wann denn der jeweilige Käufer Kenntnis von den wirtschaftlichen Grundlagen des Geschäfts erlangt hat und dann habe ich noch nach weiteren Gesichtspunkten in dem Zusammenhang gefragt, wie Besichtigung. Ich habe natürlich auch gefragt, warum der Termin nicht verlegt werden soll bzw. ob der Termin verlegt werden kann, so dass die Frist eingehalten ist. In dem Zusammenhang habe ich nach Gründen gefragt, warum der Termin nicht verlegt werden soll und auch eben nach so Punkten wie Besichtigung und sonstige weitergehende Auseinandersetzung mit der Materie und ob der Käufer schon weitere Beurkundungen vorgenommen hat. Und wenn ich dann zu der Überzeugung gelangt bin, dass der Käufer die für die Kaufentscheidung notwendigen Informationen rechtzeitig hatte und keine Verlegung des Termins wollte, habe ich die Beurkundung vorgenommen. In Fällen, wo mir der Käufer erklärt hat, dass er auch die wirtschaftlichen Entscheidungsgrundlagen erst kurz vor dem Termin erhalten hat, habe ich die Beurkundung abgelehnt.“

95 bb) Zu Recht hat das OLG angenommen, dass die Gesichtspunkte, die der Beklagte nach seinen eigenen Angaben bei den Käufern erfragt haben will, nicht geeignet waren, ihm die Überzeugung zu verschaffen, dass der vom Gesetz bezweckte Übereilungs- und Überlegungsschutz auf andere als die nach dem Gesetz regelmäßig vorgesehene Weise gewährleistet war. (...) Zusätzlich ist lediglich Folgendes auszuführen:

96 Soweit der Beklagte meint, das OLG lege von der Rechtsprechung des BGH abweichende Maßstäbe an, greift das nicht durch. Die der Entscheidung des BGH vom 23.8.2018 (III ZR 506/16, NJW-RR 2018, 1531) zugrunde liegende Fallgestaltung ist mit den hier vorliegenden nicht vergleichbar. Dort hatte der zudem geschäftserfahrene Käufer von dem Notar 13 Tage vor der Beurkundung einen Kaufvertragsentwurf erhalten, dazu eigene Änderungswünsche formuliert und übersandt sowie einen diese berücksichtigenden neuen Entwurf mit Begleitschreiben vom Notar vier Tage vor der Beurkundung zurückerhalten. Hier dagegen hat der Beklagte erklärt, dass er die – auch innerhalb der Zwei-Wochen-Frist erlangte – Kenntnis des Käufers von den wirtschaftlichen Grundlagen des Geschäfts hat ausreichen lassen und eine Beurkundung nur dann abgelehnt hat, wenn der Käufer die wirtschaftlichen Entscheidungsgrundlagen „erst kurz vor dem Termin“ erhalten hatte. Er hat insbesondere nicht ermittelt und auf Plausibilität überprüft, ob sich die jeweiligen Käufer, die nach den unangegriffenen Feststellungen des OLG jeweils mit einem Vermittler erschienen waren, unbeeinflusst von den Vermittlern wirtschaftlich, steuerlich oder rechtlich hatten beraten lassen. Auch Konsequenzen hat der Beklagte aus den ihm gemachten Angaben nicht gezogen. So hatte beispielsweise der Käufer Li das Vertragsobjekt ausweislich der Angabe in der Urkunde nicht besichtigt; gleichwohl ist aber eine Beurkundung erfolgt. Ob im Einzelfall nachvollziehbare Gründe

auch unter Berücksichtigung der Schutzinteressen des Verbrauchers es rechtfertigten, die dem Verbraucher zugeordnete Schutzfrist zu verkürzen, hat der Beklagte daher nach seiner eigenen Erklärung nicht ausreichend ermittelt.

97 Soweit der beklagte Notar schriftsätzlich geltend gemacht hat, jeder Käufer habe ihm einen triftigen Grund dafür genannt, warum die Beurkundung an dem fraglichen Tag fortgesetzt und nicht einfach verschoben werden solle, auch wenn sich diese Gründe heute in den allermeisten Fällen nicht mehr nachvollziehen ließen, weil sie nicht in der Urkunde wiedergegeben worden seien und sich weder die Käufer noch der Notar daran erinnern könnten, kann dies dahinstehen. Ob für die sofortige Beurkundung ein triftiger Grund vorliegt, wird rechtlich erst bedeutsam, wenn der vom Gesetz bezweckte Übereilungs- und Überlegungsschutz anderweitig als durch die Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist gewährleistet ist. Dies hat der beklagte Notar nicht sichergestellt.

98 Zu den Fällen im Einzelnen:

99 (1) In den Fällen (...) haben die Käufer weder den Text des beabsichtigten Rechtsgeschäfts – wie auch der Beklagte einräumt – noch einen vergleichbaren Entwurf erhalten. Dass der Übereilungsschutz gewährleistet gewesen sei, wie der Beklagte meint, weil die Käufer (...) schon einmal eine Immobilie erworben hätten bzw. zusätzlich der Käufer Au geschäftserfahren gewesen sei, sowie die Käufer Mu die zu erwerbende Immobilie besichtigt hätten, ist unerheblich. Das greift schon deshalb nicht durch, weil der Notar nicht nur die Zwei-Wochen-Frist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a. F. nicht eingehalten hat, sondern auch seiner nach dem 1. Hs. dieser Regelung bestehenden Pflicht, darauf hinzuwirken, dass der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich mit dem Gegenstand der Beurkundung – auch in kürzerer Frist – ausreichend auseinanderzusetzen, nicht erfüllt hat. Ferner hat weder damals noch heute jemand vertreten, dass bei Immobilienkaufverträgen und Kaufvertragsangeboten der von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a. F. bezweckte Übereilungsschutz anderweitig gewährleistet ist, wenn der Verbraucher schon einmal eine Immobilie erworben oder die zu erwerbende Immobilie besichtigt hat. In den Fällen Au und Be lag zudem nach den zutreffenden Feststellungen des OLG gleichzeitig eine unzulässige Aufspaltung des Kaufvertrags in Angebot und Annahme vor (...).

100 Der Käufer J hat zudem – wie der Beklagte selbst vorträgt – bei seiner Zeugenvernehmung im Ermittlungsverfahren am 21.1.2015 angegeben, zum damaligen Zeitpunkt erhebliche Schwierigkeiten mit der deutschen Sprache gehabt zu haben. Der Beklagte hat selbst vorgetragen, dies sei ihm nicht aufgefallen, da der Käufer J Fragen im Wesentlichen mit „Ja“ und „Nein“ beantwortet habe. Vielleicht habe er – der Beklagte – ihn gefragt „Oder muss die Beurkundung aus steuerlichen Gründen noch in diesem Jahr stattfinden?“ Das werde Herr J bejaht haben oder einer entsprechenden Ausführung des Vermittlers zugestimmt haben. Auch das zeigt anschaulich, dass der Beklagte nicht ausreichend ermittelt hat, ob nachvollziehbare Gründe auch unter Berücksichtigung des Schutzinteresses des Verbrauchers es rechtfertigten, die Schutzfrist abzukürzen. Ein Notar, der dem Verbraucher selbst einen Grund liefert, weshalb Eilbedarf bestehe oder sich auf die Angaben

des Vermittlers verlässt, und dabei nicht einmal bemerkt, dass der Verbraucher des Deutschen nicht ausreichend mächtig ist, um der Beurkundung zu folgen, erfüllt seine aus § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a. F. fließenden Pflichten nicht.

101 (2) Auch in den Fällen (...) hatten die Käufer keinen Entwurf des beabsichtigten Textes des Rechtsgeschäfts erhalten. Der Notar macht geltend, die Käufer hätten jeweils zuvor einen vergleichbaren Mustertext erhalten, wodurch der Übereilungsschutz gewährleistet gewesen sei.

Das greift schon deshalb nicht durch, weil der Beklagte auch seine nach dem ersten Halbsatz dieser Regelung bestehende Pflicht, darauf hinzuwirken, dass der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich mit dem konkreten Gegenstand der Beurkundung – auch in kürzerer Frist – ausreichend auseinanderzusetzen, nicht erfüllt hat.

102 Im Fall Br (...) hat der Beklagte vorgetragen, dass den Käufern zwar der Text des beabsichtigten Rechtsgeschäfts nicht vorgelegen habe, sie aber im März des Jahres 2007 zwei weitere Wohnungen erworben hätten, wobei an die Stelle einer dieser Wohnungen in St der nunmehr im Juni beurkundete – abgesehen vom Verkäufer, den Objektdaten und dem Kaufpreis inhaltsgleiche – Kaufvertrag habe treten sollen; zudem hätten ihnen die Informationen über die wirtschaftlichen Grundlagen bereits zwei Wochen vor der Beurkundung vorgelegen. Dadurch sei der Übereilungsschutz gewährleistet gewesen. Das OLG hat dazu unangegriffen festgestellt, dass dies schon deshalb nicht zutrifft, weil im März ein Kaufvertrag, im Juni aber ein Kaufangebot beurkundet worden sei. Denn auch im Fall Br hat der Beklagte eine unzulässige Aufspaltung des Kaufvertrags in Angebot und Annahme vorgenommen (...). Zudem war – wie das OLG zutreffend angenommen hat – der erste bindende Vertrag bei dem hier beabsichtigten Objekttausch, bei dem die Aufhebung des ersten Vertrags erst nach der Beurkundung des bindenden Angebots im Hinblick auf den zweiten erfolgen sollte, schon wegen dieser veränderten Sachlage nicht geeignet, den Käufern hinreichende Gelegenheit zu geben, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen. Dem folgt der Senat.

103 Der Käufer La (...) hatte vor der Beurkundung am 4.4.2007 keinen Entwurf erhalten. Er hatte aber am 11.12.2006 das Bestätigungsformular ausgefüllt und darin erklärt, „dass mir/uns heute/am 5.12.2006 vom Verkäufer/Vermittler ein Entwurf des Kaufvertrags/Kaufangebots ohne persönliche Daten übergeben wurde.“ Dazu macht der Notar geltend, im Dezember des Jahres 2006 habe der Käufer eine andere Wohnung desselben Verkäufers in E erwerben wollen; für diesen Erwerbsvertrag sei ihm ein Entwurf ausgehändigt worden. Dieser Entwurf und das beurkundete Angebot hätten sich nur dadurch unterschieden, dass bei der Wohnung in E noch Sanierungsmaßnahmen durchzuführen gewesen seien. Selbstverständlich habe der Käufer dem Notar versichert, dass er sich auch mit der konkreten Wohnung bereits mehr als zwei Wochen vor dem Beurkundungstermin auseinandergesetzt habe. Ferner sei ihm wohl drei Wochen zuvor ein Entwurf für eine dritte Wohnung übergeben worden. Der Inhalt dieses Entwurfs lasse sich nicht mehr nachvollziehen. Auch das reicht – wie im Fall Br – für die Erfüllung der Hinwirkungspflicht durch den Notar nicht aus. Der Notar hat nicht geklärt, ob der Käufer

La im Dezember den Entwurf eines Kaufvertragsangebots oder einen Kaufvertragsentwurf erhalten hatte, sowie, ob ihm dieser – fünf Monate später – überhaupt noch vorlag; er konnte daher nicht beurteilen, ob der Käufer auch ohne Erhalt eines Entwurfs in Bezug auf die nunmehr beabsichtigte Beurkundung Gelegenheit hatte, sich mit deren Gegenstand ausreichend auseinanderzusetzen. Für die Erfüllung der Hinwirkungspflicht reicht nach den oben dargelegten Maßstäben jedenfalls nicht aus, dass der Käufer – wie hier – erklärt, er habe sich aufgrund ähnlich lautender Entwürfe „mit der Materie grundsätzlich auseinandersetzen können“. Dies gilt umso mehr, als sich beide Verträge in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht wesentlich dadurch unterschieden, dass in der Wohnung in E im Gegensatz zu der anderen noch Sanierungsarbeiten vorzunehmen waren.

104 Die Käuferin No (...) hatte ebenfalls keinen Entwurf des Kaufangebots über eine noch zu errichtende Wohnung erhalten, weil dieses zum Zeitpunkt der Beurkundung noch nicht vorlag. Die von der Urkunde in Bezug genommene Teilungserklärung wurde ausweislich der Urkunde erst am gleichen Tag beurkundet. Der Notar hat dazu zunächst vorgetragen, Frau No habe einen vergleichbaren Mustervertrag über ein anderes Objekt der S-Gruppe erhalten. Das konnte nach den oben dargelegten Maßstäben schon deshalb nicht ausreichen, weil die Käuferin zur Vorbereitung auch die Teilungserklärung benötigte und zudem kein Kaufvertrag, sondern ein Kaufangebot beurkundet wurde (wobei im Übrigen in diesem Fall auch eine unzulässige Aufspaltung vorlag [...], oben unter 2.). Nachdem das OLG seine Entscheidung unter anderem auf diesen Umstand gestützt hat, trägt der Notar nunmehr in der Berufungserwiderung vor:

„Sicher gab es zum Zeitpunkt der Aushändigung des Mustervertrags auch schon einen Entwurf der Teilungserklärung, der Frau No ausgehändigt werden konnte.“

Dies vermag den Beklagten nicht zu entlasten, ungeachtet dessen, dass seine Einlassung lediglich eine Mutmaßung darstellt. Jedenfalls hat er die Käuferin nicht darüber belehrt, dass nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a. F. eine Beurkundung nur dann vorgenommen werden soll, wenn mindestens zwei Wochen verstrichen sind, seitdem dem Käufer nicht nur ein Entwurf des Kaufangebots, sondern auch die Teilungserklärung übergeben wurde. Die Urkunde lautet insoweit lediglich:

„Frau M No hat vom Notar keinen Entwurf dieses Kaufangebotes erhalten. Ihr ist bekannt, dass nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG der Notar eine Beurkundung nur dann vornehmen soll, wenn seit der Entwurfsversendung zwei Wochen verstrichen sind.“

105 (3) Soweit die Käufer in den vom Beklagten verwendeten Bestätigungsformularen erklärt haben, sie hätten – wenn auch nicht rechtzeitig – von den Verkäufern bzw. Vermittlern Vertragsentwürfe erhalten (...), hat der Notar seine Hinwirkungspflicht dadurch verletzt, dass er nicht aufgeklärt hat, welche Unterlagen die Käufer jeweils erhalten hatten, und ob deshalb ihre Angabe, sie hätten sich mit dem Gegenstand der Beurkundung bereits intensiv auseinandergesetzt, überhaupt zutreffen konnte. Dabei wäre insbesondere zu bedenken gewesen, dass die Käufer sich durch die Beurkundung der

Angebote bereits banden, während die Verkäufer frei blieben, so dass eine sofortige Beurkundung den Käufern keinerlei Vorteil im Hinblick auf eine Bindung des Verkäufers verschaffen konnte. Dass der Notar nach seinen Angaben lediglich formellhaft erfragt hat, wann den Käufern die wirtschaftlichen Grundlagen des Geschäfts bekannt gewesen seien und ob sie eine Beurkundung wollten, reichte nach den obigen Grundsätzen zur Erfüllung seiner Hinwirkungspflicht nicht aus.

106 So hatte etwa die Käuferin Lio das Bestätigungsformular mit Datum vom 23.12.2008, dem Tag der Beurkundung, unterzeichnet. Darin heißt es „dass mir/uns heute/am 11.12.2008 vom Verkäufer/Vermittler ein Entwurf des Kaufvertrags/Kaufangebots ohne persönliche Daten übergeben wurde.“ In der Urkunde heißt es sodann

„(...) erklärt hierzu, dass ihr im Auftrag des Verkäufers bereits vor 12 Tagen ein Vertragsentwurf – ohne persönliche Daten – und die Verweiskunde übergeben wurde und sie sich mit dem Gegenstand der heutigen Beurkundung bereits intensiv auseinandergesetzt hat. Sie wünscht daher die sofortige Beurkundung des Kaufvertrags, obwohl die 14-Tages-Frist noch nicht abgelaufen ist.“

Beurkundet wurde allerdings ein Kaufangebot. Insoweit bestand schon aufgrund der widersprüchlichen Erklärung zu dem übergebenen Vertragsentwurf allen Anlass, aufzuklären, welche Unterlagen die Käuferin erhalten hatte; eine intensive Befassung mit dem beabsichtigten Text des Rechtsgeschäfts (Kaufangebot) konnte nach der in der Urkunde enthaltenen Erklärung nicht erfolgt sein.

107 Im Fall des Käufers Su wurde der Termin am 31.8.2005 von der L I GmbH für Freitag, den 2.9.2005, vereinbart und ein Kaufvertragsangebot erfordert. In dem am 2.9.2005 unterzeichneten Bestätigungsformular erklärt der Käufer „dass mir/uns heute/am 26.9.2005 (die Angabe 2.9.2005 ist durchgestrichen) vom Verkäufer/Vermittler ein Entwurf des Kaufvertrags/Kaufangebots ohne persönliche Daten übergeben wurde.“ Im Kaufangebot heißt es dann, „(...) erklärt, dass ihm im Auftrag des Verkäufers bereits vor zehn Tagen ein Vertragsentwurf – ohne persönliche Daten – übergeben wurde (...).“. Auch insoweit bestand Anlass, davon auszugehen, dass der Käufer sich mit dem Gegenstand der Beurkundung nicht ausreichend auseinandersetzen konnte, weil im Angebot auf die Teilungserklärung Bezug genommen ist, zu deren Erhalt nichts erklärt ist. In diesem Fall liegt zudem nach den zutreffenden Feststellungen des OLG gleichzeitig eine unzulässige Aufspaltung des Kaufvertrags in Angebot und Annahme vor (...).

108 Auch die Käufer (...) hatten das Bestätigungsformular unterzeichnet, wobei jeweils offengeblieben war, ob sie ein Kaufvertragsangebot oder einen Kaufvertrag erhalten hatten. In dem Fall des Käufers Gl lag darüber hinaus auch eine unzulässige Aufspaltung des Kaufvertrags in Angebot und Annahme vor (...). Im Fall des Käufers Bru ergibt sich aus der Urkunde, dass die Finanzierung noch nicht gesichert war und er an das Angebot nur unter der Bedingung gebunden sein wollte, dass die Finanzierungsunterlagen vorliegen. Vor diesem Hintergrund war erst recht nicht erkennbar, dass seinen Schutzinteressen durch die Abkürzung der Regelfrist Rechnung getragen sein konnte.

109 (4) Im Fall der Käufer Tu (...) liegt kein Bestätigungsformular vor. Die Urkunde enthält folgende Erklärung:

„Da die Frist noch nicht abgelaufen ist, hat der Notar die Verlegung des Beurkundungstermins angeboten. Herr H Tu und Frau I Tu bestanden jedoch auf sofortiger Beurkundung.“

Der Beklagte führt dazu aus, offenbar hätten die Eheleute nicht sagen können, wann ihnen ein Entwurf übergeben worden sei. Vielmehr werde Herr Tu die Frage des Notars, ob ihm seit mehr als zwei Wochen genauere Informationen über die zu erwerbende Wohnung und den Kaufpreis vorlägen und sie sich ihrer Ansicht nach ausreichend mit dem Erwerb und dem Vertragstext auseinandergesetzt hätten, wahrheitswidrig bejaht haben. Das reichte nach den oben dargelegten Maßstäben aus mehreren Gründen nicht aus, um der Hinwirkungspflicht zu genügen. Zum einen hat sich der Notar nicht vergewissert, welchen Inhalt der (angeblich) übergebene Entwurf hatte. Zum anderen hat er die bloße Erklärung der Käufer, sie wünschten eine sofortige Beurkundung, ausreichen lassen.

110 (5) Die Käufer Li (...) und Ho (...) hatten mit Post vom 11.4.2006 bzw. 10.8.2005 vom Notar jeweils den Entwurf des Kaufangebotes erhalten; die Kaufangebote wurden sodann am 15.4.2006 und am 13.8.2005 beurkundet. Der Käufer Li hat ausweislich der Urkunde erklärt, „dass er den Entwurf trotz des kurzen Zeitraums ausreichend geprüft hat und dass er bereits zwei ähnliche Angebote über den Erwerb von Sondereigentumseinheiten abgegeben und somit Erfahrungen mit Angeboten über den Erwerb von Gebrauchtimmobilien habe.“ Aus der Urkunde ergibt sich indes, dass der Käufer das Vertragsobjekt nicht besichtigt hatte (...). Zutreffend hat das OLG angenommen, dass schon aus diesem Grund der erforderliche Übereilungsschutz nicht gewährleistet war. Im Ergebnis hat daher der Beklagte letztlich die von ihm behauptete Erklärung des Käufers, er habe sich seiner Ansicht nach ausreichend mit dem Entwurf befasst, genügen lassen. Ebenso liegt es im Fall des Käufers Ho, der ausweislich der Urkunde erklärt hat, „dass er sich mit dem Vertragsentwurf seiner Ansicht nach bereits ausreichend auseinandergesetzt hat“ sowie die sofortige Beurkundung des Kaufvertrags wünsche.

111 c) Der Beklagte hat auch vorsätzlich gehandelt. Er kannte die jeweiligen tatsächlichen Umstände. Zwar fehlt es, wie bereits ausgeführt, am Verschulden eines Notars bei einer Gesetzesauslegung, die zwar unrichtig ist, die aber nach gewissenhafter Prüfung der zu Gebote stehenden Hilfsmittel auf vernünftige Erwägungen gestützt ist, wenn es sich um eine Bestimmung handelt, die für die Auslegung Zweifel in sich trägt und bei der Zweifelsfragen noch nicht ausgetragen sind (Senat, Beschluss vom 20.7.2015, NotSt(Brfg) 3/15, DNotZ 2016, 72 Rdnr. 19 m. w. N.).

112 Eine entsprechende gewissenhafte Prüfung durch den Beklagten ist aber weder vorgetragen noch anderweitig ersichtlich. Insoweit wird zunächst auf das oben zu 3. c) Ausgeführte Bezug genommen. Es ist auch nicht zutreffend, dass – wie die Berufungserwiderung meint – die später von dem BGH bestätigte Rechtsansicht zum damaligen Zeitpunkt nur von einer Mindermeinung vertreten worden sei und nach den An-

wendungsempfehlungen der BNotK eine Beurkundung dann habe vorgenommen werden müssen, wenn der Verbraucher dies aus welchen Gründen auch immer gewünscht habe. Insoweit zitiert die Berufungserwiderung nicht die Anwendungsempfehlungen, sondern eine Stellungnahme aus der damals veröffentlichten Wissenschaft, deren Ansicht allerdings – wie oben dargestellt – eine Mindermeinung war (Eylmann/Vaasen/Frenz, BNotO, BeurkG, § 17 Rdnr. 39g). Die Anwendungsempfehlungen bestimmten – wie oben dargestellt – schon zur damaligen Zeit, dass ein Abweichen von der Regelfrist nur dann in Betracht komme, wenn in Einzelfällen nachvollziehbare Gründe auch unter Berücksichtigung der Schutzinteressen des Verbrauchers es rechtfertigten, die dem Verbraucher zugedachte Schutzfrist zu verkürzen (D. V. 1. Absatz der Anwendungsempfehlungen) und die in § 17 Abs. 2a Satz 2 Hs. 1 BeurkG begründete Pflicht in jedem Fall unberührt bleibe (D. V. 2. Absatz der Anwendungsempfehlungen). Auch wenn dem Beklagten – wie er geltend macht – im Übrigen die oben zitierten Aufsätze nicht bekannt gewesen sein sollten, durfte er die durch das Sammelrundsreiben der LNotK (...) vom 30.9.2003 – mithin noch vor der hier ersten maßgeblichen Beurkundung vom 17.10.2003 – bekannt gemachten Anwendungsempfehlungen der BNotK zur praktischen Umsetzung von § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG nicht unbeachtet lassen.

113 5. Zutreffend ist das OLG davon ausgegangen, dass die Disziplinarmaßnahme nach der Schwere der Amtspflichtverletzung unter angemessener Berücksichtigung des Persönlichkeitsbilds des Notars und des Umfangs der Beeinträchtigung des Vertrauens der Allgemeinheit zu bemessen ist, § 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO, § 13 Abs. 1 BDG. Weiter zutreffend hat es angenommen, dass eine Entfernung des Beklagten aus dem Amt nicht geboten ist (§ 97 Abs. 1 und 2 BNotO). Zu Recht rügt die Berufung aber, dass das OLG bei seinen Ausführungen zur Höhe der Geldbuße die Anwendung des § 97 Abs. 4 Satz 2 BNotO nicht erwogen, sondern die Geldbuße allein auf der Grundlage des § 97 Abs. 4 Satz 1 BNotO bemessen hat. Unter Berücksichtigung von § 97 Abs. 4 Satz 2 BNotO, unter Zugrundelegung des eingangs genannten Maßstabs und nach Abwägung aller für und gegen den Beklagten sprechenden Umstände hält der erkennende Senat eine Geldbuße in Höhe von 140.000 € für erforderlich, aber auch ausreichend, um das Dienstvergehen zu ahnden, § 97 Abs. 4 BNotO.

114 a) Entgegen der Ansicht des Klägers erfordert das aufgrund der schuldhaften Verletzung der Amtspflichten begangene Dienstvergehen (§ 95 BNotO) nicht die dauerhafte Entfernung des Beklagten aus dem Amt (§ 97 Abs. 1 BNotO) oder eine Entfernung vom bisherigen Amtssitz (§ 97 Abs. 2 Satz 1 BNotO).

115 aa) Die dauerhafte Entfernung aus dem Amt darf im Disziplinarverfahren als schwerste Maßnahme lediglich dann verhängt werden, wenn der Notar in einer Weise gegen seine Pflichten verstoßen hat, die sein Verbleiben im Amt untragbar macht (Senat, Beschluss vom 8.11.2013, NotSt(B) 1/13, ZNotP 2013, 434 Rdnr. 10; Urteil vom 24.11.2014, NotSt(Brfg) 1/14, BGHZ 203, 280 Rdnr. 52). Diese Voraussetzungen können regelmäßig dann vorliegen, wenn der Notar strafbare Handlungen, vor allem die Veruntreuung von ihm Anvertrau-

tem oder Falschbeurkundungen, begangen oder in schwerwiegender Weise an unerlaubten oder unredlichen Geschäften mitgewirkt hat. Geringere Pflichtverletzungen setzen zumindest einschlägige vorausgegangene Disziplinarmaßnahmen voraus (Senat, Urteil vom 24.11.2014, a. a. O.; Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl., § 97 Rdnr. 48). Maßgeblich für die Beurteilung, ob das Dienstvergehen einen die Entfernung gebietenden und zugleich rechtfertigenden Schweregrad aufweist, ist eine Gesamtwürdigung aller objektiven und subjektiven Umstände. Die Entfernung vom bisherigen Amtssitz kommt in Betracht, wenn der beschuldigte Notar durch erhebliche, in der Öffentlichkeit bekannt gewordene Verfehlungen sein Ansehen so sehr geschädigt hat, dass er am bisherigen Amtssitz nicht mehr tragbar erscheint, eine Entfernung aus dem Amt aber eine zu harte Maßnahme wäre (Schippel/Bracker/Herrmann, BNotO, 9. Aufl., § 97 Rdnr. 11; Diehn/Zimmer, BNotO, § 97 Rdnr. 6).

116 bb) Die nach diesem Maßstab vorgenommene Bewertung führt dazu, dass das einheitliche Dienstvergehen des Beklagten eine Entfernung aus dem Amt oder auch eine Entfernung vom bisherigen Amtssitz nicht (mehr) zu rechtfertigen vermag.

117 (1) Zwar hat der Beklagte über einen Zeitraum von etwa fünf Jahren in 243 Einzelfällen im Zusammenhang mit der Beurkundung von Grundstücksgeschäften gegen Dienstpflichten verstoßen, die für die unparteiische und unabhängige Ausübung des Notar-amts wesentlich sind. Der Beklagte hat durch die von ihm zugunsten der S-Gruppe vorgenommene systematische Aufspaltung von Kaufverträgen in Angebot und Annahme in 195 Fällen schuldhaft gegen § 14 Abs. 3 BNotO verstoßen. Zugleich hat er die ihm unerfahrenen und ungewandten Beteiligten gegenüber obliegende Pflicht zu einer auf ihren Schutz vor Benachteiligungen ausgerichteten Verfahrensgestaltung (§ 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG a. F.) verletzt und dadurch eine Kernregelung des Beurkundungsverfahrens (§ 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG) missachtet. Er hat durch die Pflichtverletzungen in zahlreichen Fällen Betrugstaten zulasten von Verbrauchern jedenfalls erleichtert, die dadurch Schäden großen Ausmaßes erlitten haben; dabei hat er in erheblichem Maße das Vertrauen der Betroffenen und der Öffentlichkeit in die Integrität des Berufsstandes der Notare enttäuscht. Die Pflicht zur Unparteilichkeit und die Pflicht zum Schutz unerfahrener und ungewandter Beteiligter sind bereits je für sich genommen für das öffentliche Amt des Notars konstitutiv (vgl. Senat, Urteil vom 24.11.2014, NotSt(Brfg) 1/14, BGHZ 203, 280 Rdnr. 55 sowie die Nachweise oben unter 3. a). Werden durch eine Verhaltensweise des Notars im Zusammenhang mit seiner Amtstätigkeit beide Pflichten zugleich verletzt, verleiht dies dem Dienstvergehen schon in objektiver Hinsicht ein besonderes Gewicht. In subjektiver Hinsicht ist die Gleichgültigkeit zu berücksichtigen, die der Beklagte gegenüber den Interessen der durch § 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG seinem Schutz anvertrauten unerfahrenen und ungewandten Beteiligten gezeigt hat, und die mangelnde Einsicht, die im Verfahren dadurch zum Ausdruck gekommen ist, dass er die Verantwortung für die durch die Betrugstaten der S geschädigten Betroffenen letztlich ihnen selbst zugewiesen hat, weil sie ihn „angelegen“ hätten.

118 (2) Es ist aber auch zu berücksichtigen, dass der Beklagte bisher disziplinarisch nicht vorbelastet ist, dass er während des gesamten Verfahrens bei der Aufklärung des Sachverhalts kooperativ mitgewirkt hat und dass sich auch nach Ansicht des klagenden Landes keine Anhaltspunkte dafür ergeben haben, dass er strafbare Handlungen begangen hat. Auch hat er nach Bekanntwerden des Ermittlungsverfahrens gegen S seine Beurkundungspraxis geändert und ist zum Selbstversand übergegangen, als dies noch nicht gesetzlich vorgeschrieben war. Insbesondere ist er seit Beginn der Ermittlungen und Einleitung des förmlichen Disziplinarverfahrens mehr als sieben Jahren weiter als Notar tätig gewesen, ohne dass seine Amtsführung Anlass zu Beanstandungen gegeben hätte. Unter Berücksichtigung dieser Umstände geht der Senat davon aus, dass der Notar zwischenzeitlich die grundlegenden Anforderungen an sein Amt, insbesondere in Bezug auf den ihm gemäß § 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG obliegenden Schutz unerfahrener und ungewandter Beteiligter, erkannt hat, sich ernsthaft bemüht, ihnen mit der gebotenen hohen Sorgfalt gerecht zu werden, und dies auch in Zukunft der Fall sein wird. Angesichts dessen kann nicht mehr festgestellt werden, dass der Beklagte als Notar insgesamt oder an seinem Amtssitz untragbar erscheint. Weiterhin konnte nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Beklagte und seine Familie durch die lange Dauer der Ermittlungen und des Disziplinarverfahrens bereits erheblich belastet worden sind. Es ist daher auch unter Berücksichtigung des belehrenden Charakters der den notariellen Pflichtenkatalog noch einmal verdeutlichenden Ausführungen im angefochtenen und in diesem Urteil davon auszugehen, dass die Verhängung einer Geldbuße ausreicht, um den Notar zu einem pflichtgemäßen Verhalten anzuhalten. Nach den oben dargelegten Maßstäben kommt – wie das OLG zutreffend angenommen hat – eine Entfernung aus dem Amt oder auch eine Entfernung vom bisherigen Amtssitz (§ 97 Abs. 2 Satz 1 BNotO) unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nicht (mehr) in Betracht.

119 b) Zu Recht macht die Berufung aber geltend, dass das OLG sich bei seinen Ausführungen zur Höhe der Geldbuße nicht mit § 97 Abs. 4 Satz 2 BNotO auseinandergesetzt, sondern die Sanktion allein auf der Grundlage des § 97 Abs. 4 Satz 1 BNotO bemessen hat, wonach eine Geldbuße gegen Notare nur bis zu 50.000 € verhängt werden kann (§ 97 Abs. 4 Satz 1 BNotO). Beruht die Amtspflichtverletzung auf Gewinnsucht, so kann demgegenüber auf Geldbuße bis zum Doppelten des erzielten Vorteils erkannt werden (§ 97 Abs. 4 Satz 2 BNotO). Nach dieser hier anwendbaren Vorschrift wird der obere Rahmen der Geldbuße im vorliegenden Fall durch das Doppelte des von dem Beklagten erzielten Vorteils i. H. v. 111.682,49 €, mithin 223.364,98 € vorgegeben.

120 aa) Gewinnsucht verlangt ein (anstößiges – vgl. Schippel/Bracker/Herrmann, BNotO, § 97 Rdnr. 8) Erwerbsstreben nach Vermögensvorteilen, die gesetzwidrig oder nach dem Standesrecht unerlaubt und unangemessen sind (Eylmann/Vaasen/Lohmann, BNotO, BeurkG, § 97 BNotO Rdnr. 22; Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, § 97 Rdnr. 30). Mit dem strafrechtlichen Begriff der Gewinnsucht (vgl. etwa BGH, Urteil vom 31.5.2017, 2 StR 489/16, wistra 2017, 407 Rdnr. 22 zu § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB – Streben nach Gewinn um jeden Preis) ist dieses Merkmal nicht gleichzusetzen

(Sandkühler, a. a. O.; Diehn/Zimmer, BNotO, § 97 Rdnr. 5). So kann Gewinnsucht etwa vorliegen bei unerlaubter Nebentätigkeit, gesetzeswidriger Werbung oder fortgesetzter, nicht gerechtfertigter Tätigkeit außerhalb des Amtsbereichs, wenn der Notar erstrebt, andernfalls nicht erreichbare Beurkundungsaufträge zu erhalten (Herrmann; Sandkühler, jeweils a. a. O.). Ob die Verfehlungen in erster Linie dem Zweck der Gewinnerzielung dienen müssen, ist streitig (bejahend Herrmann, verneinend Sandkühler und Lohmann, jeweils a. a. O.). Der Gesetzesbegründung zu der gleichlautenden Vorläuferregelung in der BNotO lässt sich zum Begriff der Gewinnsucht nichts entnehmen (siehe BR-Drucks. 1/58, S. 11 f., 36; BT-Drucks. 3/2128, S. 30; Bericht zu Drucks. 2128, S. 7).

121 bb) Die Streitfrage kann hier indes dahinstehen. Denn der Senat ist davon überzeugt, dass der Beklagte jedenfalls bei den von ihm in 195 Fällen unter Verstoß gegen Ziffer II Nr. 1 Satz 4 lit. d RL systematisch vorgenommenen Aufspaltung der Beurkundung von Immobilienkaufverträgen in Angebot und Annahme in erster Linie zum Zweck der Gewinnerzielung gehandelt und erstrebt hat, sich durch das regelwidrige Verhalten die Aufträge der S-Gruppe zu erhalten. Wie oben ausgeführt, lag auf der Hand, dass eine systematische Aufspaltung nicht zulässig war. Der Beklagte hat selbst ausgeführt, dass M S ihm erklärt habe, er könne angesichts der Entfernung nicht mehr für jeden Kaufvertrag nach X fahren; andere Notare würden Angebote beurkunden, sogar in Y, was deutlich näher zu seinem Geschäftssitz liege. Daraus ergibt sich, dass der Notar die Beurkundungsaufträge der S-Gruppe verloren hätte, wenn er die Aufspaltungen nicht wie gewünscht vornahm. Angesichts der – gerade für einen hervorragenden Juristen wie den Beklagten – auf der Hand liegenden Unzulässigkeit der Aufspaltungen und der erheblichen Zahl der Aufträge der S-Gruppe, mit denen der Notar – hier nur die 195 aufgespaltenen Kaufverträge zugrunde gelegt – in den Jahren 2004 und 2005 eine Nettogebührensomme i. H. v. 28.375,57 € und 55.501,05 € und bis ins Jahr 2009 eine Nettogebührensomme von (einschließlich verauslagter Gerichtskosten) insgesamt 141.872,32 € erzielte, ist der Senat davon überzeugt, dass der Erhalt dieser Aufträge das leitende Motiv für den Beklagten gewesen ist, auf die Bitte des M S nach einer regelwidrigen Aufspaltung einzugehen und er die Regelwidrigkeit um des erstrebten Zieles willen jedenfalls billigend in Kauf genommen hat.

122 cc) Damit ist oberer Rahmen für die festzulegende Geldbuße nicht der in § 97 Abs. 4 Satz 1 BNotO genannte Betrag von 50.000 €. Der obere Rahmen bemisst sich vielmehr gemäß § 97 Abs. 4 Satz 2 BNotO nach dem Doppelten des Vorteils, den der Notar erzielt hat. Dieser setzt sich zusammen aus der erhaltenen Nettogebührensomme (= Gebühreneinnahmen bereinigt um sog. durchlaufende Posten wie etwa die Umsatzsteuer und verauslagte Gerichtskosten) abzüglich der von dem Notar darauf gezahlten Einkommensteuer und beläuft sich – unter Zugrundelegung des von dem Beklagten vorgelegten und von dem Senat überprüften sowie in einem Einzelfall zugunsten des Beklagten korrigierten Zahlenwerks – auf 111.682,49 €. Der obere Rahmen der festzulegenden Geldbuße beträgt damit 223.364,98 €.

123 (1) Wie der „erzielte Vorteil“ im Sinne des § 97 Abs. 4 Satz 2 BNotO zu ermitteln ist, ist bisher ungeklärt. Der Geset-

zesbegründung lässt sich hierzu nichts entnehmen (siehe BR-Drucks. 1/58, S. 11 f., 36; BT-Drucks. 3/2128, S. 30; Bericht zu Drucks. 3/2128, S. 7). Nach der Literatur sollen, ohne dass dies im Einzelnen begründet wird, von den (tatsächlich) eingekommenen Nettogebühren Vorhaltekosten des Notars von etwa 50-60 % abgezogen werden (Carstensen, ZNotP 2003, 46, 60; Eylmann/Vaasen/Lohmann, BNotO, BeurkG, § 97 BNotO Rdnr. 23; Diehn/Zimmer, BNotO, § 97 Rdnr. 5).

124 Darauf beruft sich der Beklagte. Er zieht von der von ihm erzielten Nettogebührensomme für die Jahre 2004 bis 2009 ihm von seinem Steuerberater für die einzelnen Jahre jeweils bescheinigte Vorhaltekosten zwischen 51,25 % und 65,11 % ab. Unter Berücksichtigung der in der Spitze gezahlten Steuern hat er einen erzielten Vorteil von insgesamt 30.119,69 € errechnet, den er durch die ihm entstandenen Verfahrenskosten als aufgezehrt ansieht.

125 (2) Es stellt sich mithin die Frage, ob der Begriff des erzielten Vorteils gemäß § 97 Abs. 4 Satz 2 BNotO eine Saldierung erfordert, in deren Rahmen von den durch die Amtspflichtverletzungen erlangten Vermögenszuwächsen die Kosten und sonstigen Aufwendungen des Notars abzuziehen sind. Eine solche Auslegung ist beispielsweise ganz überwiegende Meinung zu § 17 Abs. 4 Satz 1 OWiG, wonach die für eine Ordnungswidrigkeit zu verhängende Geldbuße den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen soll (sog. Nettoprinzip; vgl. zu § 17 Abs. 4 Satz 1 OWiG BGH, Beschlüsse vom 8.12.2016, 5 StR 424/15, wistra 2017, 242, juris Rdnr. 4 f. und vom 18.5.2017, 3 StR 103/17, NJW 2017, 2565 Rdnr. 32; siehe aber auch zu im Rahmen des § 17 Abs. 4 Satz 1 OWiG nicht abzugsfähigen Gemeinkosten BGH, Beschluss vom 17.10.2013, 3 StR 167/13, juris Rdnr. 42 m. w. N.).

126 Demgegenüber steht das gemäß §§ 73 ff. StGB im Strafrecht geltende sog. Bruttoprinzip, wonach das erlangte „Etwas“, mithin der Taterlös ohne Abzug der für die Tat geleisteten Aufwendungen, abzuschöpfen ist. Die in den Vorschriften der §§ 73 ff. StGB geregelte Abschöpfung ist eine Maßnahme eigener Art, um strafrechtswidrige Vermögenslagen zu beseitigen. Die Einziehung des Tatertrags ist keine Strafe, sondern hat vermögensordnende Rechtsnatur und ähnelt in ihrer Zielrichtung der ungerechtfertigten Bereicherung. Dürften Straftäter deliktisch erlangte Vermögenswerte dauerhaft behalten, würde das Vertrauen der Bevölkerung in die Unverbrüchlichkeit des Rechts nachhaltig Schaden nehmen und zugleich ein Anreiz zur Begehung gewinnorientierter Straftaten geschaffen (vgl. BVerfGE 110, 1, 16 ff. zum erweiterten Verfall gemäß § 73d StGB in der Fassung von Art. 1 Nr. 7 OrgKG vom 15.7.1992, BGBl. I, S. 1302; zu § 73d Abs. 1 StGB n. F. BGH, Urteil vom 7.3.2019, 5 StR 569/18, juris Rdnr. 9; ausführlich Köhler, NStZ 2017, 497 ff., 498).

127 (3) Der in § 97 Abs. 4 Satz 2 BNotO verwendete Begriff des erzielten Vorteils ist unabhängig davon im Hinblick auf den Sinn und Zweck des Disziplinarrechts der Notare (§§ 95 ff. BNotO) und der Maßnahme der Geldbuße (§ 97 Abs. 1 und 4 BNotO) im Allgemeinen sowie der Vorschrift des § 97 Abs. 4 Satz 2 BNotO im Besonderen näher zu bestimmen. Das Disziplinarverfahren bezweckt nicht Sühne und Vergeltung für Unrecht, sondern dient der Sicherung eines funktions- und

leistungsfähigen Notariats. Die nicht auf Amtsentfernung gerichteten Disziplinarmaßnahmen sollen erzieherisch und abschreckend wirken (Schippel/Bracker/Herrmann, BNotO, § 95 Rdnr. 1, § 97 Rdnr. 3; Eylmann/Vaasen/Lohmann, BNotO, BeurkG, § 95 BNotO Rdnr. 1).

128 Der Gesetzgeber geht davon aus, dass für eine solche erzieherische Wirkung eine Geldbuße von bis zu 50.000 € in der Regel ausreicht. Hat sich in der Amtspflichtverletzung aber ein besonderes Merkmal – die Gewinnsucht – gezeigt, das befürchten lässt, dass der Notar auch zukünftig zur Begehung von Amtspflichtverletzungen verleitet werden könnte, sollen die Aufsichtsbehörde und das Disziplinargericht die Möglichkeit haben, den Notar durch eine höhere Geldbuße zur pflichtgemäßen Amtsausübung anzuhalten. Anders als nach der Regelung des § 17 Abs. 4 Satz 1 OWiG bestimmt der erzielte Vorteil in § 97 Abs. 4 Satz 2 BNotO daher nicht die untere Grenze, sondern den – nicht zwingend auszuschöpfenden – oberen Rahmen der Geldbuße. Dies ermöglicht es der Aufsichtsbehörde und dem Disziplinargericht, unter der Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls die erforderliche, aber auch ausreichende Geldbuße festzusetzen. Der obere Rahmen der Geldbuße wird dabei in Abhängigkeit von dem durch den Notar erzielten Vorteil bestimmt. Damit kann dem Notar vor Augen geführt werden, dass sich die Erzielung gesetzeswidriger oder unerlaubter Vermögensvorteile nicht lohnt. Gleichzeitig kann die unrechtmäßige Vermögenslage beseitigt werden; insoweit kommt der Geldbuße auch vermögensordnende Wirkung zu. Denn dürfte der Notar die unrechtmäßig erzielten Vermögensvorteile auf Dauer behalten, wäre zu befürchten, dass die erzieherische Wirkung der Geldbuße verfehlt wird.

129 Vor diesem Hintergrund sind erzielte Vorteile im Sinne von § 97 Abs. 4 Satz 2 BNotO alle gesetzeswidrigen oder unerlaubten Vermögensvorteile, die dem Notar zugeflossen sind, bereinigt lediglich um sog. durchlaufende Posten wie etwa die Umsatzsteuer und verauslagte Gerichtskosten. Abziehen ist ferner die von dem Notar darauf gezahlte Einkommensteuer, damit der erlangte Betrag nicht mehrfach zu seinen Lasten berücksichtigt wird (vgl. BVerfGE 81, 228, 239 ff.). Dagegen sind die für die Vornahme der einzelnen Beurkundungen entstandenen Kosten sowie der darauf entfallende Teil der Gemeinkosten nicht abzugsfähig. Abgesehen davon, dass es einen Vorteil darstellt, wenn Gemeinkosten, die selbst ohne Ausführung der amtspflichtwidrigen Beurkundungen angefallen wären, mit dem Erlös aus diesen bezahlt werden können (BGH, Beschluss vom 17.10.2013, 3 StR 167/13, juris Rdnr. 42 m. w. N.), ist auch eine Berücksichtigung der von dem Notar für die Begehung der amtspflichtwidrigen Geschäfte aufgewendeten weiteren Kosten nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift nicht geboten. Das folgt aus dem erzieherischen Zweck der Geldbuße. So können die Aufsichtsbehörde und das Disziplinargericht bei der Festsetzung der in ihrem Ermessen stehenden Höhe der Geldbuße je nach Lage des Falles verdeutlichen, dass auch das für die Erzielung unrechtmäßiger Vermögensvorteile Aufgewendete dem Verfall anheimgegeben ist und sich mithin Gewinnsucht nicht lohnt. Das entspricht ferner – wie bereits ausgeführt – der auch vermögensordnenden Wirkung der Geldbuße, mittels der der gebührenrechtswidrige Zustand beseitigt werden kann.

130 (4) In Anwendung dieser Maßstäbe ergibt sich im vorliegenden Fall ein erzielter Vorteil in Höhe von 111.682,49 €. Der Notar hat gemäß den von ihm vorgelegten Kostenrechnungen in den 195 dem Verfahren zugrunde liegenden Fällen ohne Berücksichtigung der Umsatzsteuer und verauslagter Gerichtskosten (vgl. § 154 Abs. 2 KostO a. F.) sowie nach Abzug einer uneinbringlichen Gebührenforderung (H 0394/07) eine Nettogebührensomme von insgesamt 139.280,82 € erlangt. Davon ist die Einkommensteuer abzusetzen, die der Beklagte nach seinen eigenen Angaben höchstens auf die vereinnahmten Nettogebühren gezahlt hat, mithin (nachdem die Vorhaltekosten steuerlich zu berücksichtigen waren) für die Jahre 2004 bis 2009 insgesamt 27.598,33 €.

131 c) Dies vorausgeschickt, hält der Senat eine Geldbuße i. H. v. 140.000 € für erforderlich, aber auch ausreichend, um das Dienstvergehen zu ahnden, § 97 Abs. 4 BNotO. Obwohl der Kläger disziplinarrechtlich noch nicht in Erscheinung getreten war, scheidet insbesondere in Anbetracht des ganz erheblichen Gewichts der festgestellten, wie ausgeführt den Kernbereich der notariellen Amtspflichten betreffenden zahlreichen und über einen langen Zeitraum von etwa fünf Jahren begangenen Verstöße, die Schäden erheblichen Ausmaßes für die Betroffenen zur Folge hatten, die Verhängung einer niedrigeren Geldbuße aus. Dabei nimmt der Senat im Hinblick auf die Bemessung der Geldbuße zunächst Bezug auf die oben zur Entfernung aus dem Amt angestellten Erwägungen zur Schwere der Amtspflichtverletzungen, zu dem Persönlichkeitsbild des Notars und zu dem Umfang der Beeinträchtigung des Vertrauens der Allgemeinheit durch die Amtspflichtverletzungen. Er hat bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße ferner berücksichtigt, dass eine Abschöpfung der durch den Notar erzielten Vorteile geboten ist (vgl. Carstensen, ZNotP 2003, 46, 59 f.; Eylmann/Vaasen/Lohmann, BNotO, BeurkG, § 97 BNotO Rdnr. 21; Diehn/Zimmer, BNotO, § 97 Rdnr. 5; Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, § 97 Rdnr. 28). Schließlich haben auch die weiteren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Notars Berücksichtigung gefunden, insbesondere die Feststellungen des OLG zu dem monatlichen Nettoeinkommen des Notars von 18.000 € bis 20.000 €, sowie der Vortrag des Notars zu den ihm im Laufe des vorliegenden Disziplinarverfahrens entstandenen Kosten und sonstigen Belastungen.

132 Soweit der Beklagte demgegenüber meint, bereits die Verhängung der Geldbuße in Höhe von 30.000 € durch das OLG falle deutlich aus dem Rahmen von Geldbußen, die der Senat für vergleichbare Verstöße als angemessen bezeichnet hat, waren in diesen Fällen die Voraussetzungen des § 97 Abs. 4 Satz 2 BNotO nicht festgestellt. Im Übrigen sind die von dem Beklagten als vergleichbar bezeichneten Entscheidungen des Senats (Beschlüsse vom 20.7.2015 und 23.11.2015, NotSt(Brfg) 3/15 und 4/15, DNotZ 2016, 72 Rdnr. 5 und ZNotP 2015, 434 Rdnr. 3 sowie Urteil vom 14.3.2016, NotSt(Brfg) 6/15, DNotZ 2016, 876 Rdnr. 4, 23) aufgrund von Rechtsmitteln der jeweiligen Notare ergangen, sodass im Hinblick auf die Geldbuße jeweils das Verschlechterungsverbot galt bzw. bei Zulassung der Berufung gegolten hätte, § 129 VwGO.

133 d) Dem Notar war zur Zahlung der Geldbuße im Hinblick auf deren Höhe Ratenzahlung zu gewähren, wobei der Senat

wegen der Höhe der Raten die von dem Notar angegebenen Einkommensverhältnisse berücksichtigt hat (vgl. Senat, Beschluss vom 20.10.1973, NotSt(Brfg) 13/11, DNotZ 1975, 53, 55; Eylmann/Vaasen/Lohmann, BNotO, BeurkG, § 97 BNotO Rdnr. 24; Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, § 97 Rdnr. 31; Urban/Wittkowski/Urban, BDG, § 3 Rdnr. 9).

134 6. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 109, 96 Abs. 1 BNotO, § 77 BDG, § 154 Abs. 1, § 162 Abs. 3 VwGO (vgl. Eylmann/Vaasen/Bormann/Hüren, BNotO, BeurkG, § 99 BNotO Rdnr. 27, § 109 BNotO Rdnr. 12; Hummel/Köhler/Mayer/Baunack/Mayer, BDG, § 77 Rdnr. 2; Kopp/Schenke/Schenke/Hug, VwGO, 24. Aufl., § 162 Rdnr. 23). Einer Streitwertfestsetzung bedarf es nicht (vgl. BverwG, NVwZ-RR 2010, 166; Hummel/Köhler/Mayer/Baunack/Mayer, BDG, § 78 Rdnr. 1; Urban/Wittkowski/Wittkowski, BDG, § 78 Rdnr. 3).

ANMERKUNG:

Von Rechtsanwalt **Christoph Sandkühler**, Hamm¹

1. Einleitung

Ich empfehle, vor der Lektüre dieser kurzen Anmerkung den umfangreichen Beschluss insgesamt zu lesen, denn das Gericht konkretisiert den entscheidungsrelevanten Sachverhalt über den gesamten Beschluss hinweg. Der BGH hat in dieser Entscheidung die Anforderungen an die Rechtfertigung sog. „untypischer Beurkundungsverfahren“, in diesem Fall durch Aufspaltung in Angebot und Annahme, konkretisiert, seine Rechtsauffassung zur Einhaltung der verbraucher-schützenden Zwei-Wochen-Frist bestätigt und eine Grundsatzentscheidung zur „Gewinnabschöpfung“ gemäß § 97 Abs. 4 Satz 2 BNotO getroffen. Zudem nutzt der BGH die Gelegenheit, uns allen die berufsethischen Grundlagen der Ausübung des Notaramtes nachhaltig vor Augen zu führen.

2. Sachverhalt

Ein bis dahin unbescholtener Notar beurkundete in seiner Geschäftsstelle Immobiliengeschäfte, mit denen Verbraucher von einer Bande in krimineller Weise über den Tisch gezogen wurden. Die Täter bedienten sich eines auf Überumpelung und Täuschung der Kunden angelegten Strukturvertriebssystems. Den bereits erheblich verschuldeten und ohne Eigenkapital ausgestatteten Käufern wurden unter Täuschung über Tatsachen Eigentumswohnung zu überhöhten Preisen verkauft.

Eine Beteiligung an den kriminellen Taten der Verkäufer ist dem Notar nicht vorzuwerfen.

Tatsächlich aber hat der Notar die Pläne der mittlerweile zu langen Haftstrafen verurteilten Verkäufer erleichtert, indem er es durch das ihm angediente und von ihm praktizierte Beurkundungsverfahren ermöglicht hat, dass die Verbraucher tatsächlich überrumpelt werden konnten: Dadurch, dass er in 195 Fällen die Kaufverträge in Angebote der Käufer und Annahmeerklärungen der Verkäufer aufspaltete, trug

er nach den Feststellungen des BGH dazu bei, dass die Käufer, denen die Beurkundung des Angebots von den Vertrieblern der Verkäufer als reine Formalie verkauft worden ist, die Bedeutung der Beurkundung nicht erkannten.

Zudem verstieß der Notar in 48 Fällen gegen die Pflicht zur Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG (i. d. F. d. Gesetzes vom 23.7.2002).

3. Berufsethische Einordnung des Beschlusses

Der Beschluss stellt aus meiner Sicht einen Weckruf des BGH zur Wahrung der Integrität im Kontext der vorsorgenden Rechtspflege und des Verbraucherschutzes durch Notarinnen und Notare dar. Eine Mentalität des „Höher, Schneller, Weiter“ im Notariat ist geeignet, die vorsorgende Rechtspflege, und damit auch den Verbraucherschutz durch Beurkundung in Frage stellen.²

Nicht nur an einer Stelle³ kommt der BGH zu der Schlussfolgerung, dass die durch den betroffenen Notar gewählte Verfahrensgestaltung offensichtlich nicht geeignet war, den vom Gesetz gerade zur Verhinderung von missbräuchlichen Gestaltungen durch Strukturvertriebe vorgesehenen Übereilungsschutz von unerfahrenen oder ungewandten Personen zu erreichen. Ganz im Gegenteil musste die Verfahrensgestaltung den Eindruck erwecken, dass der Notar nicht mehr unparteiisch und unabhängig war.

Der sich im Verlaufe des Beschlusses immer weiter klärende Sachverhalt lässt meines Erachtens erkennen, unter welchem wirtschaftlichen Druck ein Notar zu Beginn seiner Berufstätigkeit stehen kann. Dieser wirtschaftliche Druck, der sich in Andeutungen in dem Beschluss wiederfindet (Beginn der Amtstätigkeit am Amtssitz, bis dahin keine relevanten immobilienrechtlichen Beurkundungen, durchschnittliches Einkommen) hat möglicherweise dazu geführt, dass der Notar, dem durch den BGH hervorragende juristische Fähigkeiten attestiert werden, den berufsethischen Kompass vollständig aus den Augen verloren hat.

Es schmerzt, wenn der BGH folgende Feststellung trifft:⁴

„Hätte der Beklagte, wie es seinen Amtspflichten entsprochen hätte, dagegen ein kurzes, von echtem Interesse für die persönliche, berufliche und wirtschaftliche Situation der Käufer und deren Absichten im Hinblick auf den Wohnungskauf getragenes Vorgespräch von einigen wenigen Minuten geführt (...) und die Frage gestellt, wann diese von wem Unterlagen mit welchem Inhalt erhalten hatten, hätte er den sich unmittelbar vor seinen Augen und in seinem Notariat in zahlreichen Fällen abspielenden Betrug erkennen und verhindern können.“

4. Berufsrechtliche Einordnung des Beschlusses

Das materielle Recht erkennt eine Aufspaltung notariell beurkundeter Verträge in Angebot und Annahme als ein grundsätzlich zulässiges Gestaltungsmittel an (vgl. §§ 128, 152

¹ Geschäftsführer der Westfälischen Notarkammer. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des *Verfassers* wieder.

² Vgl. Rdnr. 59, 65 der besprochenen Entscheidung.

³ Vgl. Rdnr. 76 der besprochenen Entscheidung.

⁴ Vgl. Rdnr. 78 der besprochenen Entscheidung.

BGB). Die Aufspaltung birgt indes die Gefahr in sich, dass die Verhandlungs- und Belehrungsfunktion der Beurkundung zu kurz kommen, denn die Möglichkeit, situativ unter unparteiischer Mitwirkung des Notars Einfluss auf den Vertragsinhalt zu nehmen, findet nicht statt. Dies gilt – wie hier – erst recht, wenn der anbietende Verbraucher überhaupt keine Vorstellung davon hat, welch weitreichende Willenserklärungen er gerade abgibt.

Deshalb bestimmen die berufsrechtlichen Richtlinien auch der LNotK Bayern (vgl. Ziffer II Nr. 1 lit. d der Richtlinien für die Amtspflichten und sonstigen Pflichten der Mitglieder der LNotK Bayern nach § 67 Abs. 2 BNotO), dass die systematische Aufspaltung von Verträgen in Angebot und Annahme ohne sachlichen Grund in der Regel unzulässig ist. Nach der Entscheidung des BGH liegt eine systematische Aufspaltung ohne sachlichen Grund im Sinne der Richtlinien vor, wenn die Aufspaltung planmäßig und missbräuchlich erfolgt.

Als sachlicher Grund für die Aufspaltung sind in der Literatur weit entfernt auseinanderliegende Aufenthaltsorte der Beteiligten und deren geringe terminliche Disponibilität grundsätzlich anerkannt.⁵

So versuchte auch der betroffene Notar die Aufspaltung der Verträge in Angebot und Annahme trotz Notaridentität mit dem Hinweis darauf zu rechtfertigen, dass die Verkäufer Zeitprobleme gehabt hätten, zumal sie ca. 100 Kilometer entfernt von der Geschäftsstelle des Notars entfernt residierten.

Der BGH lässt diese (angeblichen) Zeitprobleme auf Verkäuferseite und die räumliche Distanz zur notariellen Geschäftsstelle als Rechtfertigung für die Aufspaltung der Verträge in Angebot und Annahme nicht durchgehen.⁶ Die Auswahl eines Notars mit einem etwas weiter entfernt gelegenen Amtssitz oder die Angabe eines Bauträgers, man habe generell wenig Zeit, können eine planmäßige Aufspaltung aller von diesem geschlossener Verträge offensichtlich nicht rechtfertigen; sie stellen keinen sachlichen Grund für die Aufspaltung dar. Die in den Richtlinien verankerten Berufspflichten der Notarinnen und Notare dürfen nicht zur Disposition der Beteiligten stehen.⁷ Deshalb liegt jedenfalls dann eine unzulässige Aufspaltung vor, wenn bereits das Vertriebsmodell des Verkäufers grundsätzlich von einer Gestaltung mittels Angebots und Annahme ausgeht und beide Erklärungen durch ein und denselben Notar beurkundet werden (Notaridentität). Erst recht gilt dies, wenn der „Zentralnotar“ weder zum Ort des Verkäufers noch zum Wohnort des anbietenden Verbrauchers eine örtliche Nähe hat.

Dieser Bewertung durch den BGH stimme ich vorbehaltlos zu. Es bleibt indes die Frage zu klären, unter welchen Umständen eine Aufspaltung in Angebot und Annahme gerechtfertigt sein kann (dazu sogleich).

Der BGH hat auch Recht, wenn er unter Bezugnahme auf seine ständige Rechtsprechung erneut betont, dass Verstöße gegen die in § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG verankerte Pflicht zur Hinwirkung auf die Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist die vorsorgende Rechtspflege in Frage stellen.⁸ Ein Notar wird dieser Hinwirkungspflicht nicht gerecht, wenn er in Kenntnis der Nichteinhaltung der Regelfrist die Beurkundung vornimmt, obwohl er nicht festgestellt hat, dass der vom Gesetz bezweckte Übereilungs- und Überlegungsschutz auf andere als die nach dem Gesetz regelmäßig vorgesehene Weise gewährleistet ist oder im Einzelfall ein (anderer) sachlicher Grund vorliegt.⁹

Schließlich konkretisiert der BGH § 97 Abs. 4 Satz 2 BNotO, wonach in einem Disziplinarverfahren als Disziplinarmaßnahme auf eine Geldbuße bis zum Doppelten des erzielten Vorteils erkannt werden kann, wenn die Handlung, wegen der die Geldbuße verhängt wird, auf Gewinnsucht beruht. Gewinnsucht im Sinne des § 97 Abs. 4 Satz 2 BNotO verlangt nach der zutreffenden Definition des BGH ein (anstößiges) Erwerbsstreben nach Vermögensvorteilen, die gesetzwidrig oder nach dem Standesrecht unerlaubt und unangemessen sind.¹⁰ Der BGH bejaht eine solche Gewinnsucht bei dem betroffenen Notar, denn er habe in erster Linie zum Zweck der Gewinnerzielung gehandelt, weil es ihm darum ging, sich durch sein regelwidriges Verhalten die Aufträge der Täter der Betrügereien zu erhalten.

Entgegen der Auffassung des beklagten Notars und gewichtiger Stimmen in der Literatur¹¹ war der BGH auch nicht bereit, den erzielten Vorteil im Sinne von § 97 Abs. 4 Satz 2 BNotO in der Weise zu bestimmen, dass die Betriebskosten der notariellen Geschäftsstelle von den durch die inkriminierten Urkunden verdienten Gebühren abgezogen werden. Der erzielte Vorteil setze sich vielmehr zusammen aus der erhaltenen Nettogebührensomme, also die Gebühreneinnahmen bereinigt um durchlaufende Posten wie etwa die Umsatzsteuer und verauslagte Gerichtskosten, abzüglich der von dem Notar darauf gezahlten Einkommensteuer. Dagegen sind die für die Vornahme der einzelnen Beurkundungen entstandenen Kosten sowie der darauf entfallende Teil der Gemeinkosten der notariellen Geschäftsstelle nicht abzugsfähig.¹² Erst recht sind die dem Betroffenen entstandenen Verfahrenskosten¹³ nicht saldierbar. Ich teile die Auffassung des BGH, dass nur dieses „Bruttoprinzip“¹⁴ geeignet ist, den erzieherischen Zweck der Geldbuße wirksam werden zu lassen. Die Botschaft des BGH ist, dass sich Gewinnsucht nicht lohnt.

5 Eylmann/Vaasen/Ellefret, BNotO, BeurkG, 4. Aufl. 2016, RL-E II Rdnr. 33.

6 Vgl. Rdnr. 51-55 der besprochenen Entscheidung.

7 Vgl. Rdnr. 53 der besprochenen Entscheidung.

8 Vgl. Rdnr. 59 der besprochenen Entscheidung.

9 Vgl. Rdnr. 92 der besprochenen Entscheidung.

10 Vgl. Rdnr. 120 der besprochenen Entscheidung.

11 Carstensen, ZNotP 2003, 46, 60; Eylmann/Vaasen/Lohmann, BNotO, BeurkG, § 97 BNotO Rdnr. 23; Diehn/Zimmer, BNotO, 2. Aufl. 2019, § 97 Rdnr. 5.

12 Vgl. Rdnr. 129 der besprochenen Entscheidung.

13 Vgl. Rdnr. 124 der besprochenen Entscheidung.

14 Vgl. Rdnr. 126 der besprochenen Entscheidung.

5. Berufsethische Schlussfolgerungen aus dem Beschluss

Die Entscheidung erweist sich als Vademecum unrichtiger, Verbraucherschutzgefährdender Verfahrensgestaltungen. Sie sollte zur Pflichtlektüre insbesondere aller angehenden Notarinnen und Notare gehören. Gerade die erschöpfende Feststellung des Sachverhalts, die den gesamten Beschluss durchzieht, macht die Entscheidung wertvoll, denn sie sensibilisiert dadurch nachhaltig gegen Zumutungen von Beteiligten, denen Notarinnen und Notare nur allzu häufig ausgesetzt sind. Ziel der Rezeption dieses Beschlusses darf es nicht sein, zu überlegen, was hinsichtlich der Nutzung untypischer Beurkundungsverfahren und hinsichtlich der Absicherung der Zwei-Wochen-Frist „gerade noch geht“, sondern Ziel muss es sein, den aufrechten Gang im Notariat noch weiter zu festigen. Diese Feststellung könnte Anlass zu der Überlegung geben, angehenden bzw. jungen Notarinnen und Notaren durch die Standesorganisationen ein Coaching an die Hand zu geben, das dabei hilft, die jenseits der *ars notarii* für die Ausübung des Notaramtes erforderlichen *soft skills* zu vertiefen.

6. Berufsrechtliche Schlussfolgerungen aus dem Beschluss

Ich hatte bereits darauf hingewiesen, dass die Frage zu klären ist, unter welchen Umständen eine Aufspaltung von Immobiliarkaufverträgen in Angebot und Annahme gerechtfertigt sein kann. Ausgangspunkt dieser Überlegungen muss die in den Richtlinien der Notarkammern getroffene Feststellung sein, dass sog. untypische Beurkundungsverfahren jedenfalls dann unzulässig sind, wenn eine große Zahl gleichartiger Rechtsgeschäfte beurkundet wird, an denen jeweils dieselbe Person – insbesondere auf Verkäuferseite – beteiligt ist. Der durch den BGH durchleuchtete Strukturtrieb von Immobilien ist das beredete Beispiel für solche Sachverhalte.

Mithin setzt eine Aufspaltung immer eine Einzelfallprüfung des (Zentral-)Notars voraus, aus welchen Gründen die gleichzeitige Anwesenheit der Vertragsparteien nicht möglich ist, denn dies ist der Regelfall guter notarieller Verfahrensgestaltung. Wie der vom BGH entschiedene Fall zeigt, ist es beim Verbrauchervertrag in der Regel der unternehmerisch tätige Verkäufer, der sich weigert, an den Beurkundungsverhandlungen teilzunehmen. In seiner Person müssen daher überzeugende sachliche Gründe im jeweiligen Einzelfall vorliegen, um vom Regelfall der Beurkundung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Vertragsseiten abzuweichen. Denn andernfalls erzeugt der Notar den Anschein von Parteilichkeit und/oder Abhängigkeit von der Verkäuferseite, die es indes gemäß § 14 Abs. 3 BNotO unbedingt zu vermeiden gilt.

Weit entfernt auseinanderliegende Aufenthaltsorte der Beteiligten und deren geringe terminliche Disponibilität¹⁵ können somit im Einzelfall ein alternatives Beurkundungsverfahren rechtfertigen, wenn die terminlichen Schwierigkeiten persönliche Gründe haben (Krankheit, unvorhergesehene

und unabwendbare Terminkollision, derzeit die Corona-Pandemie), nicht aber, wenn sie Teil des Vertriebskonzepts sind oder auch nur der Bequemlichkeit des Verkäufers dienen.

Zudem muss der Notar, der das Angebot des kaufenden Verbrauchers beurkundet, diesen nach meiner Meinung noch vor der kostenauslösenden Versendung des Angebotsentwurfs auf die Nachteile dieser Gestaltung, insbesondere das Beratungs- und Verhandlungsdefizit sowie die einseitige Bindung des Käufers hinweisen und seine dezidierte Entscheidung für dieses Verfahren abwarten. Zu der Schaffung einer ausreichenden Entscheidungsgrundlage gehört es nach meiner Auffassung auch, den Verbraucher ausnahmsweise über die deutlich erhöhten Kosten bei der Aufspaltung der Vertragserklärungen in Angebot und Annahme zu belehren.

21. Amtspflichtverletzung eines Notars im Zusammenhang mit der Errichtung eines notariellen Testaments

OLG Karlsruhe, Urteil vom 20.12.2019, 14 U 99/17

BeurkG § 24 Abs. 1 Satz 2 und 3
BGB § 125 Satz 1, §§ 839, 2229 Abs. 4
GG Art. 34
BNotO § 19
ZPO § 287 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Besteht die Amtspflichtverletzung des Notars darin, dass er entgegen § 24 Abs. 1 Satz 2 BeurkG bei Beurkundung eines notariellen Testaments keine Verständigungsperson hinzugezogen hat, obwohl der Erblasser weder schreiben noch sprechen konnte, und ist das Testament deshalb unwirksam, muss der nach dem unwirksamen Testament Begünstigte für einen Schadensersatzanspruch im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität nachweisen, dass er auch ohne die Pflichtverletzung Erbe geworden wäre. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Testierunfähig ist auch derjenige, der nicht in der Lage ist, sich über die für und gegen seine letztwillige Verfügung sprechenden Gründe ein klares, von krankhaften Einflüssen nicht gestörtes Urteil zu bilden und nach diesem Urteil frei von Einflüssen etwaiger interessierter Dritter zu handeln. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Auch bei einem Testament mit einem einfachen Inhalt muss der Erblasser in der Lage sein, den Inhalt des Testaments von sich aus zu bestimmen und seinen Willen auszudrücken. Zur Testierfähigkeit reicht eine nur allgemeine Vorstellung von der Tatsache der Errichtung eines Testaments und von dessen Inhalt nicht aus. Der Erblasser muss eine konkrete Vorstellung seines letzten Willens haben und in der Lage sein, sich über die Tragweite seiner Anordnung

¹⁵ Vgl. nochmals Eylmann/Vaasen/Ellefret, a. a. O.

und ihre Auswirkungen auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen ein klares Urteil zu bilden. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 A. Der Kläger verlangt von dem beklagten Land Schadensersatz aufgrund einer behaupteten Amtspflichtverletzung eines Notars im Zusammenhang mit der Errichtung eines notariellen Testaments.

2 Die Erblasserin A hatte am 22.8.1995 ein handschriftliches Testament errichtet, in dem sie ihre drei Schwestern als Erben einsetzte. Nachdem sie, so der Kläger, einen vom Kläger für sie vereinbarten Notartermin beim damals noch beim beklagten Land beschäftigten Notar und Streithelfer B nicht wahrnehmen konnte, erlitt sie am 21.7.2008 einen Schlaganfall. Sie wurde zunächst in das L-Krankenhaus in Freiburg und von dort weiter in die Stroke-Unit der Universitätsklinik Freiburg gebracht. Auf Bitten des Klägers erschien dort am 23.7.2008 der Notar B in Begleitung des damals von ihm beigezogenen, ebenfalls beim beklagten Land beschäftigten Notars C. Der Notar B beurkundete ein notarielles Testament der Erblasserin (...), nach dem der mit der Erblasserin nicht verwandte Kläger Alleinerbe werden sollte. Die Erblasserin konnte allerdings aufgrund ihrer Erkrankungen zum Zeitpunkt der Beurkundung weder sprechen noch schreiben, was vom Notar B in der Niederschrift nach § 24 Abs. 1 Satz 1 BeurkG vermerkt wurde. Eine für diesen Fall nach § 24 Abs. 1 Satz 2 BeurkG erforderliche Verständigungsperson wurde nicht beigezogen. Am 27.7.2008 verstarb die Erblasserin.

3 Am 27.8.2009 wurde den Schwestern der Erblasserin durch das Nachlassgericht ein Vorbescheid erteilt, der ihre Erbenstellung auswies. Die hiergegen vom Kläger erhobene Beschwerde wurde mit Beschluss des OLG Karlsruhe vom 9.2.2011 bestandskräftig zurückgewiesen. Die Klage des Klägers gegen die Schwestern der Erblasserin auf Herausgabe des Nachlasses wurde mit Urteil des LG Freiburg vom 31.7.2014, 2 O 442/12, abgewiesen, die hiergegen gerichtete Berufung wurde mit mittlerweile rechtskräftigem Beschluss des OLG Karlsruhe vom 9.2.2015, 4 U 148/14, zurückgewiesen. Alle Entscheidungen gingen von der Unwirksamkeit des Testaments vom 23.7.2008 wegen eines Verstoßes gegen § 125 S. 1 BGB i. V. m. § 24 Abs. 1 Satz 2 BeurkG aus.

4 Der Kläger war erstinstanzlich der Auffassung, er wäre bei pflichtgemäßem Handeln der Notare Alleinerbe geworden. Ihm stehe daher ein Schadensersatzanspruch gegen das beklagte Land zu. Am 23.7.2008 sei die Erblasserin noch testierfähig gewesen und habe sich durch Kopfschütteln und Kopfnicken in ausreichender Weise verständigen können. Dies genüge, da es sich um ein einfaches Testament gehandelt habe, in dem es nur um Geldvermögen gegangen sei und er, der Kläger, Alleinerbe habe werden sollen. Der Wert des Nachlasses habe 703.943,74 € betragen, sodass ihm abzüglich der Erbschaftsteuer ein Schaden von 492.145,38 € nebst Anwaltskosten entstanden sei.

(...)

6 Das LG hat nach Vernehmung der damaligen Stationsärztin Dr. K und Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sach-

verständigen Dr. F die Klage abgewiesen. Es stehe zwar fest, dass das notarielle Testament amtspflichtwidrig unwirksam errichtet worden sei. Das LG habe jedoch Zweifel an der Testierfähigkeit der Erblasserin. Außerdem wäre auch dann, wenn man bei der Errichtung des Testaments eine Verständigungsperson im Sinne des § 24 BeurkG herbeigezogen hätte, der Aufbau eines Verständigungssystems gemäß § 24 BeurkG mit der Erblasserin nicht möglich gewesen. Selbst wenn man aber davon ausginge, dass sich im Nachhinein nicht mehr erweisen ließe, ob die Erblasserin testierfähig gewesen sei und ob ein geeignetes Verständigungssystem hätte aufgebaut werden können, sei die Klage unbegründet. Da der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit in einem Unterlassen liege, müsste für einen Erfolg der Klage mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststehen, dass der Kläger bei pflichtgemäßem Verhalten der Notare wirksam Alleinerbe geworden wäre. Der insoweit beweisbelastete Kläger hätte danach nachweisen müssen, dass die Erblasserin mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit noch testierfähig gewesen sei und mit ihr ein Verständigungssystem im Sinne des § 24 BeurkG hätte aufgebaut werden können. Dies sei ihm nicht gelungen.

7 Mit seiner Berufung verfolgt der Kläger sein ursprüngliches Klageziel weiter, jedoch beschränkt auf Zahlung eines Betrages i. H. v. 100.000 €. Das LG habe die Beweislast für die Testierfähigkeit verkannt, diese trage das beklagte Land. Die Erblasserin sei testierfähig gewesen, sie habe zeitgleich entschieden, keine lebensverlängernden Maßnahmen zuzulassen. Zu Unrecht gehe das LG davon aus, dass die Errichtung eines Testaments ein schwieriger und komplexer Vorgang sei, zu dem die Erblasserin nicht mehr in der Lage gewesen sei. Vorliegend habe es sich mit der Alleinerbeneinsetzung um ein einfaches Testament gehandelt. Das LG sei zudem fehlerhaft zu dem Schluss gekommen, dass mit der Erblasserin kein Verständigungssystem im Sinne des § 24 BeurkG hätte aufgebaut werden können. Das LG hätte die hierzu benannte Zeugin D vernehmen müssen, die als Verständigungsperson zur Verfügung gestanden hätte. Die Zeugin habe die Erblasserin über Jahrzehnte gekannt und sei deren engste Vertraute gewesen. Allein Blicke zwischen den beiden hätten der Zeugin ausgereicht, um sicher zu wissen, was die Erblasserin gewollt hätte. Daraus hätte sich ergeben, dass ein solches Verständigungssystem mit der Erblasserin hätte aufgebaut werden können. Schließlich streite für den Kläger die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens.

(...)

11 Das beklagte Land ist der Ansicht, der Kläger habe die Testierfähigkeit der Erblasserin als Grundvoraussetzung für die von ihm behaupteten hypothetischen Rechtsfolgen nachzuweisen. Dies sei ihm nicht gelungen. Zudem sei bestritten, dass die Erblasserin überhaupt den Willen gehabt habe, ein notarielles Testament zu errichten und/oder den Kläger als Alleinerben einzusetzen. Der Kläger habe sowohl den Termin zur Errichtung des Testaments von sich aus vereinbart, als auch den Inhalt des Testamentsentwurfs selbst erstellt. Für eine Testamenterrichtung habe zudem keine ausreichende Kommunikationsbasis bestanden, der Aufbau eines adäquaten Verständigungssystems sei nicht möglich gewesen. Die Zeugin D habe die Mindestanforderungen, die an eine Ver-

ständigungsperson zu stellen seien, nicht erfüllt. Die als Zeugin vernommene Stationsärztin Dr. K sei nicht bereit gewesen, sich als Verständigungsperson zur Verfügung zu stellen. Der Kläger sei zudem jedenfalls seiner Schadensminderungspflicht nicht nachgekommen, da er im Verfahren gegen die Schwestern der Erblasserin den Rechtsweg nicht ausgeschöpft habe.

(...)

16 Die Berufung ist zulässig, aber nicht begründet.

17 Dem Kläger steht kein Schadensersatzanspruch gegen das beklagte Land gemäß § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG zu.

18 1. Wie bereits vom LG zutreffend ausgeführt, errichtete der Streithelfer unter Zuziehung des Notars C amtspflichtwidrig ein der Regelung des § 125 Satz 1 BGB i. V. m. § 24 Abs. 1 Satz 2 BeurkG nicht entsprechendes Testament. Die Haftung hierfür richtet sich grundsätzlich nach § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG. § 19 BNotO ist nicht einschlägig, da der beurkundende Notar, der Streithelfer B, sowie der zugezogene Notar C zum Zeitpunkt der Beurkundung am 23.7.2008 im Dienst des Landes Baden-Württemberg standen (BeckOK-BNotO/Schramm, Stand: 1.10.2019, § 19 Rdnr. 175).

19 2. Nachdem in der Niederschrift des Testaments vom 23.7.2008 festgehalten ist, dass die Erblasserin bei Errichtung des Testaments nicht sprechen und nicht schreiben konnte, wäre nach § 24 Abs. 1 Satz 2 BeurkG zur Beurkundung eine Person herbeizuziehen gewesen, die sich mit der behinderten Erblasserin hätte verständigen können und mit deren Zuziehung diese nach Überzeugung des Notars einverstanden gewesen wäre. Eine solche Person wurde unstreitig nicht herbeigezogen. Das Testament ist daher unwirksam (Lerch/Lerch, Beurkundungsgesetz, Dienstordnung und Richtlinienempfehlungen der BNotK, 5. Aufl. 2016, § 24 BeurkG, Rdnr. 6; Staudinger/Hertel, Beurkundungsgesetz, Neub. 2017, Rdnr. 559; BeckOGK-BeurkG/Schuller, Stand 1.7.2019, § 24 BeurkG Rdnr. 33).

20 3. Die Amtspflicht bestand auch gegenüber dem Kläger. Es ist allgemein anerkannt, dass der Notar Amtspflichten gegenüber dem geplanten Begünstigten hat (vgl. BGH, Urteil vom 19.5.1958, III ZR 21/57, BGHZ 27, 274 Rdnr. 11; Urteil vom 28.9.1959, III ZR 112/58, BGHZ 31, 5; Urteil vom 26.3.1982, V ZR 12/81, WM 1982, 615; Urteil vom 14.12.1995, IX ZR 242/94, WM 1996, 548; Urteil vom 13.5.1997, IX ZR 123/96, NJW 1997, 2327 Rdnr. 8).

21 4. Allerdings ist dem Kläger der Nachweis nicht gelungen, dass diese Amtspflichtverletzung kausal für den von ihm behaupteten Schaden war.

22 a) Grundsätzlich muss die Partei, die Schadensersatz verlangt, den Ursachenzusammenhang zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis und dem geltend gemachten Schaden beweisen (BGH, Urteil vom 1.10.1987, IX ZR 117/86, NJW 1988, 200 Rdnr. 39). Dieser Grundsatz gilt auch im Bereich der Amtshaftung. Danach hat der durch eine Amtspflichtverletzung Geschädigte grundsätzlich auch den Beweis zu führen, dass ihm hierdurch ein Schaden entstanden ist (BGH, Urteil vom 3.3.1983, III ZR 34/82, juris Rdnr. 17 f.; Urteil vom 22.5.1986, III ZR 237/84, juris Rdnr. 33; Urteil vom

8.6.1989, III ZR 63/88, juris Rdnr. 13; Zimmermann, Die Amtshaftung des Notars, 3. Aufl. 2011, Kap. A. V. Rdnr. 123).

23 Zur Beantwortung der Frage, ob die Amtspflichtverletzung kausal für den behaupteten Schaden ist, ist zu prüfen, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten des Amtsträgers genommen hätten und wie sich in diesem Falle die Vermögenslage des Klägers darstellen würde (BGH, Urteil vom 22.5.1986, III ZR 237/84, juris Rdnr. 32; Urteil vom 6.12.1984, III ZR 141/83, VersR 1985, 358, juris Rdnr. 12; Zimmermann, a. a. O., Rdnr. 120).

24 b) Dem Kläger kommt im vorliegenden Fall keine Beweislastumkehr zugute. Nach der Rechtsprechung des BGH kann der öffentlichen Körperschaft der Nachweis überlassen werden, dass der Schaden nicht auf die Amtspflichtverletzung zurückzuführen ist, wenn die Amtspflichtverletzung und eine zeitlich nachfolgende Schädigung feststehen und wenn für die Ursächlichkeit der Amtspflichtverletzung nach der Lebenserfahrung eine tatsächliche Vermutung oder Wahrscheinlichkeit besteht (BGH, Urteil vom 3.3.1983, III ZR 34/82, juris Rdnr. 17; Urteil vom 8.12.1977, III ZR 46/75, juris). Nach den Besonderheiten des vorliegenden Sachverhalts ist dies jedoch nicht der Fall. Es fehlt an der wesentlichen Voraussetzung eines typischen, der Lebenserfahrung entsprechenden Geschehensablaufs, der eine tatsächliche Vermutung oder eine tatsächliche Wahrscheinlichkeit dahin hätte begründen können, dass die Erblasserin ein wirksames Testament zugunsten des Klägers errichtet hätte. Ob ein solches Testament errichtet worden wäre, hängt vielmehr von der Ausgestaltung des konkreten Falles ab, etwa davon, ob eine Verständigungsperson gefunden worden wäre und ob diese den Willen der Erblasserin ebenso verstanden hätte, wie er von dem beurkundenden Notar ohne Verständigungsperson verstanden wurde.

25 c) Allerdings gehört die Feststellung dieses Ursachenzusammenhangs zur haftungsausfüllenden Kausalität, sodass dem Kläger die Beweiserleichterung des § 287 Abs. 1 ZPO zugutekommt (BGH, Urteil vom 14.3.1985, IX ZR 26/84, NJW 1986, 1329; Urteil vom 14.5.1992, IX ZR 262/91, WM 1992, 1533; Urteil vom 2.7.1996, IX ZR 299/95, juris Rdnr. 14; Baumgärtel/Laumen/Prütting/Luckey, Handbuch der Beweislast, 4. Aufl. 2018, § 839 BGB, Rdnr. 16 f.; Zimmermann, a. a. O., Rdnr. 144). Im Bereich der haftungsausfüllenden Kausalität können somit in einem der jeweiligen Sachlage angemessenen Umfang weniger wahrscheinliche Verlaufsmöglichkeiten leichter ausgeschlossen werden. Für die Überzeugungsbildung müssen allerdings gewisse gesicherte Grundlagen gegeben sein. Es genügt aber, wenn mit erheblicher Wahrscheinlichkeit ein ursächlicher Zusammenhang besteht (BGH, Urteil vom 8.12.1977, III ZR 46/75).

26 d) Hier ist dem Kläger auch unter Berücksichtigung der geringeren Anforderungen des § 287 ZPO der Nachweis nicht gelungen, dass die Amtspflichtverletzung des beurkundenden Notars kausal für den von ihm behaupteten Schaden war.

27 Der Kläger konnte nicht zur Überzeugung des Gerichts nachweisen, dass er ohne die Amtspflichtverletzung des beurkundenden Notars mit erheblicher Wahrscheinlichkeit in einem formwirksamen Testament als Erbe eingesetzt worden wäre und die Schwestern der Erblasserin dieses Testament dann

auch nicht erfolgreich angegriffen hätten. Nur in diesem Fall wäre aber die Amtspflichtverletzung kausal für den Schaden des Klägers gewesen, der diesem dadurch entstand, dass er tatsächlich durch das Testament vom 23.7.2008 nicht formwirksam als Erbe eingesetzt wurde.

28 aa) Dem Kläger ist schon der Nachweis nicht gelungen, dass ein pflichtgemäß handelnder Notar mit einer den Anforderungen des § 287 ZPO entsprechenden Wahrscheinlichkeit am 23.7.2008 überhaupt ein Testament beurkundet hätte.

29 Der Notar war gemäß § 24 BeurkG verpflichtet, eine Verständigungsperson herbeizuziehen. Die Auswahl der Verständigungsperson erfolgt durch den beurkundenden Notar nach pflichtgemäßem Ermessen (BeckOGK-BeurkG/Schuller, Stand 15.11.2019, § 24 Rdnr. 14). Hier hätte allenfalls die Zeugin S. als Verständigungsperson zur Verfügung gestanden. Die behandelnde Ärztin Dr. K war nach den Feststellungen des LG, an die der Senat gemäß § 529 ZPO gebunden ist, nicht bereit, als Verständigungsperson zu fungieren. Anhaltspunkte dafür, dass sonstige Personen in Betracht kamen, bestehen nicht.

30 Der Notar muss weiter von einer funktionierenden Verständigungsmöglichkeit überzeugt sein. Hierfür ist nicht erforderlich, dass der Notar im Detail nachvollziehen kann, wie sich die Verständigungsperson mit dem Behinderten verständigt, dies dürfte auch praktisch schwierig sein. Zweifel an der funktionierenden Verständigungsmöglichkeit liegen erst dann vor, wenn der Notar sich nicht sicher ist, ob der Behinderte und die Verständigungsperson (einwandfrei) kommunizieren können. Diese Zweifel hat der Notar zu vermerken und dennoch zu beurkunden. Die Beurkundung darf der Notar erst ablehnen, wenn er davon überzeugt ist, dass Behinderter und Verständigungsperson nicht kommunizieren können (Schuller, a. a. O., Rdnr. 28).

31 Ein pflichtgemäß handelnder Notar hätte danach versuchen müssen, sich davon zu überzeugen, dass sich die zugezogene Person mit der Erblasserin verständigen kann.

32 Er hätte daher zunächst die Zeugin D gefragt, wie sie sich mit der Erblasserin verständigen könne. Diese hätte kein den Anforderungen genügendes Verständigungssystem zwischen der Erblasserin und sich darstellen können. Zwar hat die Zeugin die Erblasserin jahrzehntelang gekannt. Sie hatte aber keine Erfahrung mit Schlaganfallpatienten und die Kommunikation mit der Erblasserin nach dem Schlaganfall im Krankenhaus betraf nur einfache Sachverhalte und bestand seitens der Erblasserin aus Kopfschütteln und -nicken. Die Zeugin gab an, die Erblasserin habe mitunter Mundbewegungen gemacht, die Zeugin habe aber keinen Ton verstanden und lediglich versucht zu erraten, was diese Mundbewegungen hätten bedeuten sollen. Dies sei jedoch nicht verlässlich gewesen. Die Zeugin konnte nicht bestätigen, dass ein ernstes Gespräch möglich gewesen wäre. Sie erklärte, solche ernstesten Gespräche – wie etwa über das Erben – hätte sie mit der Erblasserin auch vor dem Schlaganfall nicht geführt. Die Erblasserin habe nur wiederholt von sich aus geäußert, dass „K alles erben“ solle. Nach dem Schlaganfall habe eine Kommunikation in dem Sinne, dass über einfache Handhabungen hinausgehende Inhalte besprochen worden seien, nicht stattgefunden. Die Erblasserin sei lediglich in der Lage gewesen, auf

einfache Fragen – zum Beispiel, ob sie etwas trinken wolle – mit dem Kopf zu nicken oder diesen zu schütteln. Selbst eine Kommunikation in dem Sinne, dass die Erblasserin der Zeugin gesagt habe, wie es ihr gehe, habe es nicht gegeben. Die Zeugin habe auch weder versucht, mit der Erblasserin ein ernstes Gespräch zu führen, noch habe sie sie etwas Alltägliches gefragt, etwa was die Erblasserin heute gegessen habe. Sie sei mit der Erblasserin einfach zusammen gewesen und habe dieser die Hand gehalten. Die Zeugin D gab darüber hinaus an, es sei während der gesamten Zeit, in der sie die Erblasserin täglich im Krankenhaus besucht habe, nie die Situation aufgekommen, dass diese ihr etwas habe erzählen wollen oder sie etwas gefragt habe. Aus diesen Aussagen lässt sich nicht auf den Aufbau eines Verständigungssystems schließen, wie es vom Sachverständigen für erforderlich gehalten wurde. Auch die von der Zeugin geplante Frage, „ob K alles bekommen soll“, wäre kein solches Verständigungssystem gewesen.

33 Soweit die Zeugin weiter bekundet hat, dass sie, wenn sie als mögliche Vermittlungsperson angesprochen worden wäre, die Erblasserin gefragt hätte, was mit dem Testament sei und dass die Erblasserin ihr bestimmt geantwortet und ein Zeichen gegeben hätte, war dies zudem aufgrund der bis dahin zwischen der Erblasserin und der Zeugin erfolgten Kommunikation nicht zu erwarten. Dagegen spricht, dass die Zeugin eingeräumt hat, die Erblasserin habe vor ihrem Schlaganfall kaum und danach überhaupt nicht über ernste Dinge mit der Zeugin kommuniziert. Auch berichtete die Zeugin, dass sie bei Eintreffen der Notare gebeten worden sei, den Raum zu verlassen und dass die Erblasserin ihr danach nicht gesagt habe, um was es da gegangen sei. Ebenso wenig habe die Erblasserin ihr gesagt, dass die Apparate abgeschaltet werden sollten.

34 Der Senat ist zudem davon überzeugt, dass der Aufbau eines Verständigungssystems mit der Erblasserin gar nicht möglich gewesen wäre. Der Aufbau eines Verständigungssystems hätte vielmehr vorausgesetzt, zu überprüfen, ob die Erblasserin auch auf solche Fragen, die nicht ihre aktuelle Situation betreffen, mit Nicken und Kopfschütteln sinnvoll antworten kann. Eine Überprüfung wäre dadurch möglich gewesen, dass von der Erblasserin verschiedene Kenntnisse abgefragt worden wären, etwa dadurch, dass mehrere Jahreszahlen, Monate und Tage genannt und die Erblasserin jeweils gefragt worden wäre, ob die jeweilige Zahl ihrem Geburtstag entspricht. Der Sachverständige Dr. E führte zu der Vernehmung der Zeugin aus, dass schon nicht sicher sei, ob die Erblasserin die Zeugin D tatsächlich erkannt habe. Es sei nach der Aussage der Zeugin D zwar davon auszugehen, dass die Erblasserin auf einfachste Fragen im Zusammenhang mit ihrer aktuellen Situation (etwa auf die Frage, ob sie etwas trinken wolle) mit Kopfnicken und Kopfschütteln sinnvoll reagieren konnte. Er gehe jedoch davon aus, dass die Erblasserin nicht mehr in der Lage gewesen sei, etwas über rudimentäre Wünsche Hinausgehendes mitzuteilen. Er vermute, dass die Erblasserin sich schon zu einfachsten Dingen nicht mehr äußern könne. Jedenfalls halte er aber eine Kommunikation über abstraktere Dinge eigentlich für ausgeschlossen.

35 Sowohl aufgrund der Aussage der Zeugin D als auch aufgrund der nachvollziehbaren und überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Dr. E ist der Senat davon über-

zeugt, dass der Notar hier nicht von einer funktionierenden Verständigungsmöglichkeit überzeugt gewesen wäre. Ein pflichtgemäß handelnder Notar hätte die Beurkundung vielmehr abgelehnt. Der Kläger hat daher jedenfalls selbst nach dem Maßstab des § 287 ZPO nicht nachgewiesen, dass der Notar bei pflichtgemäßem Handeln mit der Zeugin D als Verständigungsperson gemäß § 24 BeurkG ein Testament beurkundet und allenfalls Zweifel an der Verständigungsmöglichkeit vermerkt, nicht aber die Beurkundung abgelehnt hätte. Damit ist nicht mit erheblicher Wahrscheinlichkeit nachgewiesen, dass am 23.7.2008 überhaupt ein formwirksames Testament errichtet worden wäre.

36 bb) Weiter ist aufgrund der Aussage der Zeugin D nicht mit der erforderlichen Sicherheit erwiesen, dass die Erblasserin den Kläger als Alleinerben einsetzen wollte. Zwar sagte die Zeugin zu Beginn ihrer Vernehmung, die Erblasserin habe ab einem Zeitpunkt etwa zwei Jahre vor ihrem Tod wiederholt von sich aus zu der Zeugin gesagt, wenn sie einmal sterbe, solle alles der Kläger bekommen. Weshalb die Erblasserin dann aber ein Jahr vor ihrem Tod, als sie beim Notar in Staufen dem Kläger eine Vollmacht erteilte, nicht zugleich ein Testament errichtete und den Kläger als Alleinerben einsetzte, konnte die Zeugin nicht erklären. Die Aussage der Zeugin lässt sich auch mit den Angaben des Klägers bei seiner Anhörung in erster Instanz nicht in Einklang bringen. Danach soll die Erblasserin erst nach dem Tod ihres Lebensgefährten, der etwa sechs Wochen vor der Erblasserin verstorben war, den Entschluss gefasst haben, ihr früheres Testament zu ändern. Im Weiteren hat die Zeugin zudem die angeblich vorgesehene Alleinerbenstellung des Klägers nicht mehr so klar geschildert. So bekundete sie, dass die Erblasserin, wenn sie mit ihr allein gewesen sei, gesagt habe, der „K hat alles gemacht. Er muss sich auch nach meinem Tod um alles kümmern“. Auf Frage, was dies bedeute, erklärte die Zeugin, die Erblasserin habe gesagt, „der K erbt alles“ – aber dann weiter: „Er muss dann den Schwestern was geben“. Was und wie habe die Erblasserin nicht gesagt. Vor allem aber hat die Zeugin mit der Erblasserin nach dem Schlaganfall über das Thema „Erben“ nicht mehr gesprochen, sodass der aktuelle Wille der Erblasserin nicht belegt ist.

37 cc) Selbst wenn man davon ausgeht, dass auch ein pflichtgemäß handelnder Notar das Testament beurkundet und lediglich gemäß § 24 Abs. 1 Satz 3 BeurkG seine Zweifel vermerkt hätte, hätte ein solches Testament – unabhängig davon, ob der Kläger darin überhaupt als Alleinerbe eingesetzt worden wäre – keinen Bestand gehabt.

38 Zwar wäre das Testament in diesem Fall formwirksam gewesen. Auch wenn später festgestellt worden wäre, dass die zugezogene Person sich objektiv nicht mit der Erblasserin verständigen konnte, berührt dies die Wirksamkeit der Beurkundung nicht, sondern mindert allenfalls den Beweiswert der Urkunde (Grziwotz/Heinemann/Heinemann, Beurkundungsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2015, § 24 Rdnr. 14; BeckOK-BeurkG/Litzenburger, Stand: 1.2.2019, BeurkG § 24 Rdnr. 5).

39 Der Senat ist indes davon überzeugt, dass ein so zustande gekommenes Testament in der Folgezeit von den Schwestern der Erblasserin erfolgreich angefochten worden wäre.

40 (1) Dass ein solcher Prozess geführt worden wäre, erscheint angesichts der Tatsache, dass die Schwestern sich auch gegen das amtspflichtwidrige Testament u. a. mit dem Einwand gewehrt haben, die Erblasserin sei nicht mehr testierfähig gewesen, nicht zweifelhaft.

41 (2) Der Beklagtenseite ist nach der Überzeugung des Senats der Nachweis gelungen, dass ein formwirksam errichtetes Testament, das den Kläger als Erben ausgewiesen hätte, von den Schwestern der Erblasserin mit Erfolg angegriffen worden wäre, da die Erblasserin bei Errichtung des Testaments testierunfähig war.

42 Die Testierunfähigkeit der Erblasserin bei Errichtung des Testaments war vom beklagten Land zu beweisen. Bezüglich des hypothetischen Prozessausgangs eines von den Schwestern der Erblasserin geführten Prozesses ist maßgeblich, wie ein solcher Prozess richtigerweise zu entscheiden gewesen wäre und nicht, wie das Gericht tatsächlich entschieden hätte. Dabei gelten die Beweislastregeln eines solchen Prozesses auch im vorliegenden Prozess (vgl. dazu BGH, Urteil vom 27.1.2000, IX ZR 45/98, NJW 2000, 1572, juris Rdnr. 31; Urteil vom 3.5.2001, IX ZR 46/00, NJW 2001, 2169). Maßgeblich sind die Rechtslage und die höchstrichterliche Rechtsprechung zu dem Zeitpunkt, in dem die Entscheidung in jenem Verfahren ergangen ist oder hätte ergehen müssen (Ganter/Hertel/Wöstmann/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, Rdnr. 2220). In einem hypothetisch von den Schwestern der Erblasserin geführten Prozess hätten diese die Testierunfähigkeit der Erblasserin nachweisen müssen, denn die Testierunfähigkeit ist die Ausnahme. Ein Erblasser ist solange als testierfähig anzusehen, wie seine Testierunfähigkeit nicht nachgewiesen ist (h. M., vgl. Staudinger/Baumann, Neub. 2018, § 2229 Rdnr. 11). Die Beweislast für die Testierunfähigkeit der Erblasserin bei Errichtung des Testaments lag daher im vorliegenden Prozess bei dem beklagten Land.

43 Der Senat ist indes davon überzeugt, dass den Schwestern der Erblasserin in einem hypothetischen Prozess der Nachweis gelungen wäre, dass die Erblasserin bei Errichtung des Testaments testierunfähig war.

44 Nach § 2229 Abs. 4 BGB kann ein Testament nicht errichten, wer wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Testierunfähig ist derjenige, dessen Erwägungen und Willensentschlüsse nicht mehr auf einer dem allgemeinen Verkehrsverständnis entsprechenden Würdigung der Außendinge und der Lebensverhältnisse beruhen, sondern durch krankhaftes Empfinden oder krankhafte Vorstellungen und Gedanken derart beeinflusst werden, dass sie tatsächlich nicht mehr frei sind, sondern vielmehr von diesen krankhaften Einwirkungen beherrscht werden. Diese Unfreiheit der Erwägungen und der Willensbildungen braucht nicht darin zutage zu treten, dass der Erblasser sich keine Vorstellung von der Tatsache der Errichtung eines Testaments und von dessen Inhalt oder von der Tragweite seiner letzten Anordnungen, insbesondere von ihrer Auswirkung auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen zu machen vermag, sie kann sich vielmehr darauf beschränken, die Motive für die Errichtung einer

letztwilligen Verfügung entscheidend zu beeinflussen. Testierfähig ist daher auch derjenige, der nicht in der Lage ist, sich über die für und gegen seine letztwillige Verfügung sprechenden Gründe ein klares, von krankhaften Einflüssen nicht gestörtes Urteil zu bilden und nach diesem Urteil frei von Einflüssen etwaiger interessierter Dritter zu handeln (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 29.1.1958, IV ZR 251/57, FamRZ 1958, 127/128; OLG München, Entscheidung vom 20.7.1962, BReg 1 Z 33/61, BayObLGZ 1962, 219, 223 f.). Dabei geht es nicht darum, den Inhalt der letztwilligen Verfügung auf seine Angemessenheit zu beurteilen, sondern nur darum, ob sie frei von krankheitsbedingten Störungen gefasst werden konnte (BayObLG, Beschluss vom 17.8.2004, 1 Z BR 053/04, BayObLGZ 1999, 205, 210 f.).

45 Auf die Frage, ob es sich vorliegend nur um ein einfaches Testament gehandelt hat und ob es überhaupt eine relative, d. h. eine nach dem Grad der Schwierigkeit abgestufte Testierfähigkeit gibt (vgl. dazu BayObLG, Beschluss vom 5.12.1991, BReg. 3 Z 182/91 und BGH, Urteil vom 19.6.1970, IV ZR 83/69, NJW 1970, 1680, beide zur Geschäftsfähigkeit; Palandt/*Edenhofer*, 66. Aufl., § 2229 Rdnr. 2; a. A. Staudinger/*Baumann*, § 2229 Rdnr. 19; MünchKomm-BGB/*Sticherling*, 8. Aufl. 2020, § 2229 Rdnr. 22), kommt es dabei vorliegend nicht an. Auch die Vertreter der relativen Testierfähigkeit (Staudinger/*Baumann*, § 2229, Rdnr. 14 m. w. N.) gehen jedenfalls davon aus, dass Testierfähigkeit die Einsichtsfähigkeit und die Fähigkeit des Testators voraussetzt, das eigene Denken und Handeln – ohne den Einfluss von Dritten – selbst zu bestimmen. Der Erblasser muss – um rechtlich als testierfähig angesehen zu werden – imstande sein, den Inhalt des Testaments von sich aus zu bestimmen und seinen Willen auszudrücken. Der Erblasser muss nach eigenem Urteil frei von Einflüssen interessierter Dritter handeln können (*Baumann*, a. a. O.). Zur Testierfähigkeit reicht eine nur allgemeine Vorstellung von der Tatsache der Errichtung eines Testaments und von dessen Inhalt (OLG Hamm, Beschluss vom 9.11.1988, 15 W 198/87, FamRZ 1989, 439) nicht aus. Der Erblasser muss eine konkrete Vorstellung seines letzten Willens haben und in der Lage sein, sich über die Tragweite seiner Anordnung und ihre Auswirkungen auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen ein klares Urteil zu bilden (BGH, Urteil vom 29.1.1958, IV ZR 251/57, FamRZ 1958, 127; OLG Hamm, Beschluss vom 9.11.1988, 15 W 198/87, FamRZ 1989, 439; BayObLG, Beschluss vom 30.6.1999, 1 Z BR 98/98, FamRZ 1996, 635; OLG Thüringen, Beschluss vom 4.5.2005, 9 W 612/04, ZEV 2005, 343; BayObLG, Beschluss vom 24.3.2005, 1 Z BR 107/04, ZEV 2005, 345). Für die Testierfähigkeit reicht es deshalb nicht aus, dass der Testierende in der Lage ist, die eigenen Bezugspersonen zu erkennen und einfache Sachverhalte zu erfassen. Es genügt nicht, dass er überhaupt einen Wunsch äußern oder eine Meinung artikulieren kann. Entscheidend ist vielmehr, dass der Testierende fähig ist, sich die Gründe für und wider seine Entscheidung zu vergegenwärtigen und sie gegeneinander abzuwägen, sich also selbstständig und aus eigener Kraft ein Urteil zu bilden. Das setzt voraus, dass es ihm bei der Testamenterrichtung möglich ist, sich an Sachverhalte und Ereignisse zu erinnern, Informationen aufzunehmen, Zusammenhänge zu erfassen und Abwägungen vorzunehmen (Burandt/*Rohjahn/Lauck*, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 2229 Rdnr. 3).

46 Der Sachverständige Dr. E, den der Senat in der Vergangenheit mit zahlreichen Gutachten zur Testierfähigkeit beauftragt und an dessen Qualifikation der Senat keine Zweifel hat, kommt in seinem schriftlichen Gutachten vom 7.10.2019 unter sorgfältiger Auswertung der Krankenakte zu dem Schluss, dass die Erblasserin zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments am 23.7.2008 testierunfähig war. Er wies darauf hin, dass bei der Errichtung eines Testaments durch die Erblasserin mehrere und vor allem in der Vergangenheit liegende Faktoren zu berücksichtigen waren – etwa ob es Verwandte gibt, die einen Pflichtteil erhalten, ob Verwandte darüber hinaus bedacht werden sollen, wer von mehreren Personen bedacht werden soll, warum überhaupt ein Testament errichtet werden soll oder warum früher bedachte Personen nun gar nichts mehr erben sollen. Dazu sei die Erblasserin nicht mehr in der Lage gewesen.

47 Ausweislich der Krankenakte war die Erblasserin am 22.7.2008 vigilanzgemindert, laut neurologischem Befund soporös bis komatös. Am 23.7.2008 war sie laut neurologischem Befund zeitweise somnolent, blieb nach Erwecken auch längere Zeit wach. Seitens des Fröhndienstes wurde die Erblasserin als erweckbar, ansonsten somnolent beschrieben, vom Spätdienst somnolent, zwar erweckbar, allerdings schlafe sie sofort wieder ein – ein Zustand, der eigentlich mit soporös beschrieben wird. Am 24.7.2008 war die Erblasserin somnolent bis soporös. Folgt man dem, ist nach Ansicht des Sachverständigen aus ärztlicher Sicht nicht vorstellbar, dass die Erblasserin während des mindestens 45-minütigen Aufenthalts der Notare am Abend in ihrem Zimmer ausreichend aufmerksam war. Dass die Erblasserin eine sichere Verständigung überhaupt hätte bewältigen können, sei aufgrund medizinischen Erfahrungswissens mit allergrößter Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen. Die bei der Erblasserin am 23.7.2008 vorliegende Krankheitssymptomatik, vor allem die zwischen Somnolenz und Sopor fluktuierende qualitative Bewusstseinsstörung, die aufgehobene Fähigkeit zu sprechen, die Orientierungsstörungen, die erschwerte Auffassung, die verminderte Konzentration und die weit überwiegend erheblich eingeschränkte Fähigkeit zu adäquaten Reaktionen stelle eine „krankhafte Störung der Geistestätigkeit“ im Sinne des § 2229 Abs. 4 BGB dar. Im Hinblick auf die krankheitsbedingte schwere Störung des Informationsverständnisses und der Ausdrucksfähigkeit sei von einer massiven krankhaften Verzerrung des Motivationsgefüges mit Auswirkungen auf die Fähigkeit der Erblasserin zur Realitätskontrolle auszugehen. Auf der Grundlage dieser krankheitsbedingten Fehlverarbeitungen und Fehleinschätzungen sei die Erblasserin am 23.7.2008 nicht mehr zu einer freien Willensbestimmung in der Lage und somit testierunfähig gewesen. Dies entspricht der Aussage der Zeugin Dr. K vor dem LG, wonach die Erblasserin umfassende Dinge nicht mehr erklären oder einschätzen konnte.

48 Der Sachverständige legte in seinem schriftlichen Gutachten außerdem ausführlich und nachvollziehbar dar, weshalb daraus, dass die Ärzte am 24.7.2008 das Ziehen der Magensonde durch die Erblasserin als Entscheidung gegen lebensverlängernde Maßnahmen akzeptierten, nicht auf eine Testierfähigkeit am 23.7.2008 geschlossen werden könne. Der Sachverständige führt schließlich überzeugend aus, dass das Vorgehen der beurkundenden Notare gänzlich ungeeignet gewesen sei, um die Testierfähigkeit der Erblasserin zu über-

prüfen, sodass deren positiver Bewertung der Testierfähigkeit keinerlei Bedeutung beizumessen sei.

49 In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hielt der Sachverständige Dr. E auch unter Einbeziehung der Aussage der zuvor vernommenen Zeugin D an seiner Beurteilung fest, die derjenigen des erstinstanzlich tätigen Sachverständigen Dr. F (...) entspricht. Er erläuterte, dass auch nach der Aussage der Zeugin D lediglich eine Kommunikation mit der Erblasserin über einfachste Dinge und in Bezug auf die aktuelle Situation möglich gewesen sei. Auch wenn er nur vermute und nicht sicher sagen könne, dass die Erblasserin schon einfachste Dinge nicht mehr äußern können, so halte er jedenfalls eine Kommunikation über schwierigere Dinge, insbesondere über abstrakte Fragen, eigentlich für ausgeschlossen. Schließlich stehe auch die Stellungnahme von Prof. Dr. H dieser Beurteilung nicht entgegen. Zwar sei dieser zu entnehmen, dass sich die Erblasserin am 23.7.2008 wiederholt und vor Zeugen gegen eine Dialyse ausgesprochen und dabei kein Zweifel an ihrer geistigen Verfassung bestanden habe. Wann genau und wie sie das gesagt haben solle, bleibe jedoch völlig nebulös. Zudem entstehe unter Würdigung aller Umstände der Eindruck, dass die Entscheidung der Erblasserin gegen lebensverlängernde Maßnahmen einfach als im Einklang stehend zu ihrem äußerst schlechten körperlichen Zustand sowie früheren Äußerungen akzeptiert wurde. Auch sei in der Folge ausgeführt, auf Wunsch und auf Drängen der Erblasserin sei dieser am 25.7.2008 die Magensonde gezogen worden, wobei andererseits in den Krankenunterlagen bereits für den 24.7.2009 dokumentiert sei, dass weder eine Sprach- noch eine Schreckreaktion habe ausgelöst werden können. Das Schreiben von Prof. Dr. H beantwortet zudem ohne entsprechenden Auftrag Fragen, die schriftlich an die Zeugin Dr. K gerichtet waren, und beschäftigt sich mit der nicht gestellten Frage, ob die Zustimmung der Erblasserin zum Verzicht auf weitere Dialyse wirksam war, was in der Verantwortung der Klinik stand. Der Sachverständige erklärte, er gehe daher auch unter Berücksichtigung dieser Stellungnahme davon aus, dass die Erblasserin zum einen nicht fähig gewesen sei, sich über einen über das Alltägliche hinausgehenden Aspekt eine Meinung zu bilden, und zum anderen davon, dass sie nicht in der Lage gewesen sei, etwas über rudimentäre Wünsche hinausgehendes mitzuteilen.

50 Der Senat ist aufgrund einer eigenen Würdigung sowohl der Aussage der Zeugin D als auch der Ausführungen des Sachverständigen davon überzeugt, dass das Gericht in einem hypothetischen Prozess zu der Überzeugung gelangt wäre, dass die Erblasserin bei der Beurkundung des Testaments am 23.7.2008 testierunfähig war. Wie der Sachverständige nachvollziehbar und überzeugend darlegte, befand sich die Erblasserin am 23.7.2008 in einem Zustand, der ihr eine Meinungsbildung und Kommunikation über Fragen, die über alltägliche, direkt ihren Zustand betreffende Dinge hinausging, nicht mehr erlaubte.

51 Ein durch die Erblasserin am 23.7.2008 errichtetes formgültiges Testament wäre aufgrund ihrer Testierunfähigkeit auch ohne die Pflichtverletzung des Notars unwirksam gewesen und daher in einem hypothetischen Prozess erfolgreich angegriffen worden.

52 Der Kläger wäre daher auch ohne die Pflichtverletzung des beurkundenden Notars nicht Erbe geworden, sodass ihm durch die Pflichtverletzung kein Schaden entstanden ist. Ein Anspruch auf Schadensersatz gegen das beklagte Land gemäß § 839 BGB, Art. 34 GG ist somit nicht nachgewiesen, weitere Anspruchsgrundlagen sind nicht ersichtlich.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Prof. Dr. **Christopher Keim**, Ingelheim

1. Drei praxisrelevante Aspekte des Urteils

Das Urteil des OLG Karlsruhe, dem sowohl im Ergebnis als auch in den tragenden Teilen der Begründung zuzustimmen ist,¹ befasst sich mit mehreren Themen, die alle für einen Notar nicht besonders angenehm sind:

- Zunächst geht es um einen fatalen Beurkundungsfehler bei der Errichtung eines notariellen Testaments durch eine mehrfach behinderte Erblasserin, von dem man hofft, dass er einem selbst nie passieren wird.
- Sodann beschäftigt sich das OLG Karlsruhe mit Kausalitätsfragen im Rahmen eines Staatshaftungsanspruchs gemäß § 839 BGB, Art. 34 GG, die aber auch auf die Notarhaftung nach § 19 BNotO übertragbar sind.
- Im Rahmen dieser Ursächlichkeitsprüfung spielen schließlich noch Probleme im Zusammenhang mit der Feststellung und Prüfung der Testierfähigkeit eines Erblassers eine Rolle.

2. Notwendigkeit der Hinzuziehung einer Verständigungsperson nach § 24 BeurkG

Gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 BeurkG soll der Notar in der Niederschrift feststellen, dass ein Beteiligter nach seinen Angaben oder nach Überzeugung des Notars nicht hinreichend zu hören oder zu sprechen und sich auch nicht schriftlich zu verständigen vermag. Dies hatte der beurkundende Notar auch pflichtgemäß getan. Da es sich um eine Sollvorschrift handelt, hätte ein Verstoß gegen die Vermerkplicht im Übrigen auch nicht zur Nichtigkeit des Testaments geführt.² Äußerst tückisch ist aber der dann folgende § 24 Abs. 1 Satz 2 BeurkG: Wird in der Niederschrift eine solche Feststellung getroffen, so *muss* zu der Beurkundung eine Person hinzugezogen werden, die sich mit dem behinderten Beteiligten zu verständigen vermag und mit deren Zuziehung er nach Überzeugung des Notars einverstanden ist. Ein Verstoß gegen die Hinzuziehungspflicht hat die Nichtigkeit der Urkunde zur Folge.³

Infolge eines Schlaganfalls war die Erblasserin hier weder in der Lage zu sprechen noch zu schreiben. Selbst wenn sie noch hören oder lesen konnte, war damit ein Fall des § 24 Abs. 1 Satz 1 BeurkG gegeben. Denn die Möglichkeit einer

¹ So auch *Kuhn*, ZErB 2020, 96.

² Zum Verstoß gegen Sollvorschriften BGH, Beschluss vom 20.3.2019, XII ZB 310/18, DNotZ 2019, 830, 834.

³ *Winkler*, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 24 Rdnr. 20, allg. Meinung.

schriftlichen Verständigung erfordert sowohl die passive als auch die aktive Möglichkeit einer Kommunikation. Dafür genügt es zwar, wenn der Beteiligte trotz seiner Behinderung noch in einer „gemischten Kommunikationsform“ schriftlich oder mündlich gestellte Fragen des Notars entweder schriftlich oder mündlich beantworten kann.⁴ Selbst ein hörfähiger und lesefähiger Sprachbehinderter kann aber keine mündliche oder schriftliche Frage des Notars beantworten, wenn er nicht schreiben kann, sodass er sich mit dem Notar nicht schriftlich verständigen kann.⁵

Gerade bei Schlaganfallpatienten ist genau das häufig der Fall, nämlich dann, wenn der Beteiligte wegen einer Lähmung sowohl die Sprechfähigkeit als auch die (technische) Schreibfähigkeit verloren hat. Für den Notar, dem aus naheliegenden Gründen von den Verwandten des Beteiligten vorher der Gesundheitszustand meist etwas zu optimistisch geschildert wird, drohen „vor Ort“ daher erhebliche Haftungsgefahren.

Der beurkundende Notar hatte hier sogar einen zweiten Notar hinzugezogen. Dieser ersetzt aber nur einen nach § 25 BeurkG notwendigen Schreibzeugen sowie einen gemäß § 24 Abs. 3 i. V. m. § 22 BeurkG ggf. zuzuziehenden Zeugen, nicht aber die Verständigungsperson des § 24 Abs. 1 BeurkG. Denn die Funktion der Verständigungsperson erschöpft sich nicht wie bei einem Zeugen in der bloßen Anwesenheit bei der Beurkundung. Vielmehr wird ihm durch den Notar die persönliche Mitverantwortung für die Ermittlung des Willens der behinderten Person bei dem Beurkundungsverfahren übertragen.⁶ Die Beiziehung einer Verständigungsperson darf daher selbst dann nicht unterbleiben, wenn der Notar glaubt, sich selbst durch Zeichen mit dem Beteiligten verständigen zu können, da er nicht gleichzeitig Verständigungsperson sein kann.⁷

Zu unterscheiden ist die Verständigungsperson des § 24 BeurkG schließlich auch vom Gebärdendolmetscher des § 22 Abs. 1 Satz 2 BeurkG, der nur auf Verlangen des hör- oder sprachbehinderten Beteiligten hinzugezogen werden soll. Allerdings kann der Gebärdendolmetscher, da er eine ähnliche Funktion hat, gleichzeitig auch als Verständigungsperson mitwirken.⁸ Hinsichtlich der Verständigungsperson gelten nicht die Ausschlussgründe der §§ 6, 7 BeurkG für Verwandte.⁹ Gemäß § 24 Abs. 2 BeurkG darf ihr die Beurkundung allerdings keinen rechtlichen Vorteil verschaffen.

4 MünchKomm-BGB/Sticherling, 8. Aufl. 2020, § 2232 Rdnr. 52.

5 Winkler, BeurkG, § 24 Rdnr. 4.

6 OLG Hamm, Beschluss vom 26.2.2002, 15 W 385/01, NJW 2002, 3410; Winkler, BeurkG, § 24 Rdnr. 14.

7 OLG Hamm, Beschluss vom 26.2.2002, 15 W 385/01, NJW 2002, 3410, 3412; einschränkend Reimann/Bengel/Dietz/Voit, Testament und Erbvertrag, 7. Aufl. 2020, § 2232 Rdnr. 6, der schon die Notwendigkeit der Verständigungsperson verneint, wenn die Verständigung mit dem Notar auf andere Weise unproblematisch möglich ist.

8 Armbrüster/Preuß/Renner/Armbrüster, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 24 Rdnr. 8; Winkler, BeurkG, § 24 Rdnr. 12.

9 Winkler, BeurkG, § 24 Rdnr. 13.

3. Fehlende schadensausfüllende Kausalität des Pflichtverstoßes

Für das Land Baden-Württemberg ist der Notarfehler allerdings noch einmal glimpflich ausgegangen. Der Kläger macht geltend, er wäre ohne die Amtspflichtverletzung Erbe geworden. Im Falle eines Erfolges der Klage erhält der Erbe dann den Nachlass und der „verhinderte“ Erbe erhält noch einmal in gleicher Höhe den Haftpflichtanspruch. *Kegel* hatte in einem Beitrag die Beteiligten in einer solchen Konstellation einmal als „lachende Doppelerben“ bezeichnet.¹⁰ Kurioserweise war die Klage im vorliegenden Fall nur deshalb nicht erfolgreich, weil bereits die Vornahme der Beurkundung selbst pflichtwidrig war, da mit der Erblasserin überhaupt keine Verständigung ermöglicht werden konnte und sie zudem nicht mehr testierfähig war. Obwohl dem beklagten Land damit die Summierung mehrerer Fehler zum Obsiegen verhalf, ist dem OLG zuzustimmen. Denn es wäre auch für einen pflichtgemäß handelnden Notar nicht möglich gewesen, dem Kläger durch ein wirksames Testament zu seiner Erbschaft zu verhelfen, sodass es an der Kausalität der Amtspflichtverletzung für den geltend gemachten Schaden fehlte. Allerdings könnte die fehlerhafte Beurkundung ursächlich für die vergeblich aufgewandten Prozesskosten des Klägers gewesen sein.

Ohne dass es darauf für die Entscheidung des Falles angekommen wäre, führt das OLG Karlsruhe in diesem Zusammenhang aus, eine spätere Feststellung, dass eine zugezogene Verständigungsperson sich objektiv nicht mit der Erblasserin verständigen konnte, würde die Wirksamkeit der Beurkundung nicht berühren, sondern mindere nur den Beweiswert der Urkunde. Dies entspricht zwar der herrschenden Meinung,¹¹ überzeugt aber dennoch nicht: Der Wortlaut des § 24 Abs. 1 Satz 2 BeurkG erfordert die Zuziehung einer Person, die sich mit dem behinderten Beteiligten zu verständigen vermag, was meines Erachtens zwingend eine objektive Eignung der Person voraussetzt.¹²

4. Frage der Testierfähigkeit der Erblasserin

Allerdings habe ich auf der tatsächlichen Ebene gewisse Zweifel, ob es wirklich völlig ausgeschlossen war, mit der Beteiligten, – ihre Testierfähigkeit unterstellt – eine Kommunikation aufzubauen. Schließlich hatte das BVerfG 1999 vom Gesetzgeber eingefordert, dass grundsätzlich jeder Testierfähige eine Möglichkeit haben müsse, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten.¹³ Das erfordert, alles zu tun, um ein Testieren zu gewährleisten. Nur falls dies wirklich ausgeschlossen ist, muss und darf die Beurkundung verweigert werden. Hier fragt man sich, ob der Notar nicht

10 *Kegel* in FS Flume, 1978, S. 545.

11 BeckOGK-BeurkG/Schuller, Stand 1.5.2020 § 24 Rdnr. 37; Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 24 Rdnr. 14; BeckOK-BeurkG/Litzenburger, Stand: 1.2. 2020, § 24 Rdnr. 5; nunmehr anders als die Voraufgabe auch MünchKomm-BGB/Sticherling, § 2232 Rdnr. 54.

12 So zu Recht *Kuhn*, ZErB 2020, 96 ff. mit ausführlicher Begründung.

13 BVerfG, Beschluss vom 19.1.1999, 1 BvR 2161/94186, MittBayNot 1999, 185 mit Anm. *Rossak*.

doch irgendwie mit der Erblasserin einen Kontakt hergestellt haben muss. Schließlich wurde ein Testament errichtet. Sofern der Notar selbst eine Kommunikationsmöglichkeit gefunden hat, hätte er unter Umständen seinen Kollegen beurkunden lassen können und selbst ausdrücklich als bloße Verständigungsperson mitwirken können. Ein weiterer Anwesender wäre dann gemäß § 25 BeurkG als Schreibzeuge zur Leistung der Unterschrift aufgetreten.¹⁴ Dies sind aber lediglich spekulative Erwägungen.

Das Gericht stützt sich hilfsweise darauf, dass es von der Testierunfähigkeit der Erblasserin überzeugt ist. Zu Recht geht das Urteil davon aus, dass die Beweislast für die Testierunfähigkeit als rechtsvernichtender Tatsache derjenige trägt, der sich auf sie beruft, da bei einem Volljährigen vom Normalfall seiner Testierfähigkeit auszugehen ist.¹⁵

Der Senat greift die Diskussion um die Möglichkeit einer relativen Testierfähigkeit auf und lässt die Frage im Ergebnis offen.¹⁶ Das Gericht mahnt zu Recht an, in der Praxis die Anforderungen an die Testierfähigkeit nicht zu niedrig anzusetzen. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung muss der Erblasser eine konkrete Vorstellung seines letzten Willens haben und in der Lage sein, sich über die Tragweite seiner Anordnung und ihrer Auswirkungen auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen ein klares Urteil zu bilden.¹⁷

Ein kleiner Fauxpas ist dem OLG allerdings unterlaufen, wenn es von der Anfechtbarkeit des Testaments wegen der Testierunfähigkeit der Erblasserin spricht: Die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen ist gemäß § 104 Abs. 1 BGB von Anfang an nichtig. Das gilt auch für ein Testament, da es sich bei der Testierfähigkeit um einen Unterfall der Geschäftsfähigkeit handelt.¹⁸

14 Streitig ist, ob es zur Nichtigkeit führt, falls Verständigungsperson und Schreibzeuge identisch sind, vgl. *Winkler*, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 24 Rdnr. 21.

15 Palandt/*Weidlich*, 79. Aufl. 2020, § 229 Rdnr. 11.

16 Dazu aktuell *Baumann*, ZEV 2020, 193.

17 BGH, Urteil vom 29.1.1958, IV ZR 251/57, FamRZ 1958, 127.

18 Palandt/*Weidlich*, § 2229 Rdnr. 1.

KOSTENRECHT

22. Vergütung des Notars für die Beglaubigung einer Unterschrift unter mehreren Erklärungen

BGH, Beschluss vom 23.1.2020, V ZB 70/19 (Vorinstanz: OLG Celle, Beschluss vom 10.4.2019, 2 W 88/19)

FamFG § 70 Abs. 1

GNotKG §§ 34, 121, 129 Abs. 2, § 130 Abs. 3 Satz 1, KV Nr. 25100, 25101

LEITSATZ:

Dem Notar steht für die Beglaubigung einer Unterschrift auch dann nur eine Gebühr nach Nr. 25100 oder Nr. 25101 zu, wenn der unterzeichnete Text mehrere Erklärungen enthält, die verschiedene Gegenstände betreffen.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Notar (Kostengläubiger) beglaubigte die Unterschriften der Kostenschuldner unter einer von ihnen gefertigten Erklärung, mit der sie als Grundstückseigentümer die Zustimmung zur Löschung dreier auf ihrem Grundstück lastender Grundschulden mit einem Nominalwert von insgesamt 369.152,82 € (722.000 DM) erklärten und die Löschung der Grundschulden beantragten. Soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren von Interesse, erteilte der Notar den Kostenschuldnern unter dem 14.8.2018 eine Kostenberechnung über drei Gebühren nach Nr. 25101 KV GNotKG in Höhe von jeweils 20 €, somit insgesamt 60 €.

2 Das LG hat den Antrag der Kostenschuldner auf gerichtliche Entscheidung gegen diese Kostenberechnung zurückgewiesen. Auf die Beschwerde der Kostenschuldner hat das OLG die Kostenberechnung dahingehend abgeändert, dass nur eine Gebühr nach Nr. 25101 KV GNotKG i. H. v. 20 € zu zahlen ist. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde wendet sich der Notar auf Anweisung des Präsidenten des LG Hannover gegen die Beschwerdeentscheidung mit dem Ziel der Wiederherstellung der Entscheidung des LG.

3 II. Nach Ansicht des Beschwerdegerichts, dessen Entscheidung unter anderem in MDR 2019, 1025 veröffentlicht ist, kann der Notar für die Beglaubigung der Unterschriften der Kostenschuldner die Gebühr nach Nr. 25101 KV GNotKG nur einmal beanspruchen. Mit dieser Vorschrift habe der Gesetzgeber hinsichtlich der dort aufgeführten Erklärungen als Privilegierung gegenüber der allgemeinen Beglaubigungsgebühr nach Nr. 25100 KV GNotKG eine wertunabhängige Festgebühr vorgesehen. Diese Festgebühr knüpfe wie die allgemeine Beglaubigungsgebühr allein an den Umstand einer Beglaubigung an, nicht dagegen an die Anzahl der Rechte, um die es in dem Dokument gehe. Anderenfalls könne die Privilegierung den Kostenschuldner sogar benachteiligen, wenn nämlich bei vier oder mehr Grundschulden jeweils eine Festgebühr von 20 € anfiel und somit der Höchstbetrag von 70 € der Gebühr nach Nr. 25100 KV GNotKG überschritten würde. Dass in einem solchen Fall ein „Günstigervergleich“ anzustellen sei und

nur die geringere Gebühr anfallt, sei der gesetzlichen Regelung nicht zu entnehmen.

4 III. Die Rechtsbeschwerde ist aufgrund der Zulassung durch das Beschwerdegericht gemäß § 129 Abs. 2, § 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG, § 70 Abs. 1 FamFG statthaft (vgl. zum Zulassungserfordernis Senat, Beschluss vom 16.11.2017, V ZB 124/17, FGPrax 2018, 44 Rdnr. 6; Beschluss vom 4.7.2019, V ZB 53/19, NJW 2019, 3524 Rdnr. 3). Sie ist auch im Übrigen zulässig, insbesondere ist der Notar für die Rechtsbeschwerde in Notarkostensachen selbst postulationsfähig (§ 130 Abs. 3 Satz 2 GNotKG). In der Sache ist die Rechtsbeschwerde jedoch unbegründet.

5 1. Dem Notar steht für die Beglaubigung der Unterschriften der Kostenschuldner die Gebühr nach Nr. 25101 KV GNotKG nur einmal zu.

6 a) Nach Nr. 25100 KV GNotKG erhält der Notar für die Beglaubigung einer Unterschrift oder eines Handzeichens (nachfolgend nur Unterschrift) eine 0,2-Gebühr nach § 34 GNotKG aus dem Geschäftswert, mindestens aber 20 € und höchstens 70 €. Abweichend hiervon beträgt die Gebühr der Nr. 25100 nach Nr. 25101 KV GNotKG unabhängig vom Wert des Geschäfts 20 €, wenn die Erklärung, unter der die Beglaubigung der Unterschrift erfolgt, eine Erklärung, für die nach den Staatsschuldenbuchgesetzen eine öffentliche Beglaubigung vorgeschrieben ist (Nr. 1), – wie hier – eine Zustimmung gemäß § 27 GBO sowie einen damit verbundenen Lösungsantrag gemäß § 13 GBO (Nr. 2) oder den Nachweis der Verwaltereigenschaft gemäß § 26 Abs. 3 WEG (Nr. 3) betrifft. Die Beglaubigung einer Unterschrift, auf die sich der Gebührentatbestand der Nr. 25100 KV GNotKG bezieht, erfolgt regelmäßig – wie hier – in der Form eines notariellen Vermerks (vgl. §§ 39, 40 BeurkG). Im Ausgangspunkt ist daher allgemein anerkannt, dass der Notar für jeden Beglaubigungsvermerk nur eine Gebühr nach Nr. 25100 KV GNotKG erhält (vgl. etwa Leipziger Gerichts- und Notarkosten-Kommentar/*Arnold*, 2. Aufl., Nr. 25100 Rdnr. 37; *Rohs/Wedewer/Wudy*, GNotKG, Stand: September 2018, Anl. 1 KV 25100 Rdnr. 39).

7 b) Allerdings ist umstritten, ob dies auch dann gilt, wenn der Notar die Unterschrift unter einem Text beglaubigt, der mehrere Erklärungen nach Nr. 25101 KV GNotKG, namentlich – wie hier – die Zustimmung nach § 27 GBO zur Löschung mehrerer Grundschulden und den Antrag nach § 13 GBO auf deren Löschung enthält.

8 aa) Nach einer Ansicht fällt die Festgebühr nach Nr. 25101 KV GNotKG für jede Erklärung im Sinne dieser Vorschrift, auf die sich die beglaubigte Unterschrift bezieht, gesondert an (vgl. Leipziger Gerichts- und Notarkosten-Kommentar/*Arnold*, Nr. 25100 Rdnr. 37a und Nr. 25101 Rdnr. 19; *Elsing*, Notargebühren, 4. Aufl., Teil U Rdnr. 32). Hiernach wären vorliegend 60 € anzusetzen.

9 bb) Nach anderer Ansicht fällt die Festgebühr nach Nr. 25101 KV GNotKG zwar für jede Erklärung gesondert an, im Hinblick auf die Privilegierungsfunktion der Festgebühr soll aber stets eine Vergleichsberechnung mit der Gebühr nach Nr. 25100 durchzuführen und nur die günstigere Gebühr anzusetzen sein (vgl. LG Potsdam, NotBZ 2017, 117; Leipziger Kostenspiegel, Teil 11 Rdnr. 30 ff.; *Rohs/Wedewer/Wudy*, GNotKG,

Anl. 1 KV 25101 Rdnr. 41). Hiernach wäre bei einem Geschäftswert von 369.152,82 € zwar zunächst die Höchstgebühr von 70 € nach Nr. 25100 entstanden, im Ergebnis aber die geringere dreifache Gebühr nach Nr. 25101 von 60 € anzusetzen.

10 cc) Die wohl überwiegende Ansicht, der auch das Beschwerdegericht folgt, nimmt hingegen an, dass die Festgebühr unabhängig von der Anzahl der Erklärungen für jeden Beglaubigungsvermerk nur einmal anfällt (vgl. Hartmann/Toussaint/*Forbriger*, Kostenrecht, 49. Aufl., GNotKG KV 25100, 25101 Rdnr. 4 unter Verweis auf LG Oldenburg, Beschluss vom 22.7.2014, 9 OH 59/14 [n. v.]; Korintenberg/Sikora, GNotKG, 20. Aufl., Nr. 25101 KV Rdnr. 10; Korintenberg/*Bormann*, GNotKG, § 85 Rdnr. 12a; Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl., Rdnr. 3094; *Diehn*, Notarkostenberechnungen, 6. Aufl., Rdnr. 863a; *Tietdke*, DNotZ 2015, 577, 587; *Tietdke/Sikora*, DNotZ 2017, 673, 688). Hiernach wäre vorliegend nur eine Gebühr von 20 € entstanden.

11 dd) Die zuletzt genannte Ansicht ist richtig. Dem Notar steht für die Beglaubigung einer Unterschrift auch dann nur eine Gebühr nach Nr. 25100 oder Nr. 25101 KV GNotKG zu, wenn der unterzeichnete Text mehrere Erklärungen enthält, die verschiedene Gegenstände betreffen.

12 (1) Die Anzahl der Gebühren, die der Notar nach Nr. 25100 KV GNotKG für die Beglaubigung von Unterschriften erhält, hängt allein von der Anzahl der von ihm gefertigten Beglaubigungsvermerke und nicht von Anzahl und Inhalt der Erklärungen ab, die in dem Text enthalten sind, unter dem die jeweilige Unterschrift beglaubigt wird.

13 (a) Die Beglaubigung einer Unterschrift ist – auch wenn sie im dritten Abschnitt des BeurkG („Sonstige Beurkundungen“) geregelt ist – keine Beurkundung und unterscheidet sich von dieser wesentlich. Während das Wesen der notariellen Beurkundung (§ 128 BGB) darin besteht, dass die zu beurkundende Willenserklärung von dem Erklärenden mündlich abgegeben und von dem Notar inhaltlich wahrgenommen und verantwortlich geprüft wird, beschränkt sich dessen Tätigkeit bei der öffentlichen Beglaubigung (§ 129 Abs. 1 BGB) darauf, die Echtheit der Unterschrift zu bezeugen (vgl. Senat, Urteil vom 4.4.1962, V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 86). Anstelle einer Niederschrift (vgl. § 8 BeurkG) genügt ein Zeugnis des Notars in der Form eines Beglaubigungsvermerks nach den §§ 39, 40 BeurkG.

14 Da die Unterschriftsbeglaubigung keine Beglaubigung des Inhalts der Erklärung ist, kann sie im Grundsatz ohne Rücksicht auf Form und Inhalt des Textes vorgenommen werden, unter dem die Unterschrift steht (vgl. *Winkler*, BeurkG, 19. Aufl., § 40 Rdnr. 14; Beck'sches Notar-Handbuch/*Kindler*, 7. Aufl., § 31 Rdnr. 370). Den Notar trifft bei der Unterschriftsbeglaubigung nur eine eingeschränkte Prüfungs- und Belehrungspflicht. Zu einer Rechtsbelehrung ist er grundsätzlich nicht verpflichtet. Er muss lediglich prüfen, ob Gründe bestehen, seine Amtstätigkeit zu versagen (§ 40 Abs. 2 i. V. m. §§ 2 bis 5 BeurkG), und die Beteiligten ggf. entsprechend unterrichten; zudem kann bei Unterschriftsbeglaubigungen die betreuende Belehrungspflicht (§ 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO) zum Schutz der Beteiligten vor unerkannten, aber für den Notar erkennbaren Gefahren eingreifen (vgl. BGH, Urteil vom

11.11.2004, III ZR 63/04, NJW-RR 2005, 1003 f.). Die unterzeichnete Erklärung bleibt Privaturkunde, nur der Beglaubigungsvermerk selbst ist eine öffentliche Urkunde im Sinne von § 415 Abs. 1 ZPO und begründet den Beweis für die Echtheit der Unterschrift (vgl. *Grzivotz/Heinemann*, BeurkG, 3. Aufl., § 40 Rdnr. 2; *Winkler*, BeurkG, § 40 Rdnr. 15).

15 (b) Vor diesem Hintergrund ist zunächst davon auszugehen, dass die Gebühr nach Nr. 25100 KV GKG unabhängig von dem Inhalt der Erklärung für die Beglaubigung der Unterschrift als solche anfällt, somit für jeden Beglaubigungsvermerk nur einmal. Hierfür spricht auch, dass nach Anmerkung 2 zu Nr. 25100 mit der Gebühr die Beglaubigung mehrerer Unterschriften abgegolten ist, wenn diese in einem einzigen Vermerk erfolgt, denn diese Regelung zeigt, dass kostenrechtlich die Anzahl der Beglaubigungen entscheidend ist für die Anzahl der anfallenden Gebühren.

16 (c) Der Annahme, dass es für die Anzahl der Gebühren allein auf die Anzahl der Beglaubigungen (Beglaubigungsvermerke) ankommt, steht nicht entgegen, dass die Höhe der Gebühr nach Nr. 25100 KV GNotKG innerhalb des vorgegebenen Rahmens von 20 € bis 70 € von dem Geschäftswert abhängt. Zwar führt dies dazu, dass der Inhalt des Textes, unter dem die Unterschrift beglaubigt wird, Einfluss auf die Höhe der Gebühr hat, da – wie oben ausgeführt – nach § 121 GNotKG die Wertvorschriften der Beurkundung heranzuziehen und somit bei mehreren Erklärungen mit unterschiedlichen Gegenständen die jeweiligen Geschäftswerte zusammenzurechnen sind. Dies ändert aber nichts daran, dass die Gebühr nach Nr. 25100 KV GNotKG auch bei mehreren in dem Text enthaltenen Erklärungen insgesamt nur einmal anfällt (dies ist soweit ersichtlich einhellige Auffassung, vgl. etwa Leipziger Gerichts- und Notarkosten-Kommentar/*Arnold*, Nr. 25100 Rdnr. 37; *Rohs/Wedewer/Wudy*, GNotKG, KV 25100 Rdnr. 39). Beglaubigt der Notar in einem Vermerk etwa die Unterschrift unter einer Erklärung, in der der Grundschuldgläubiger die Löschung von drei Grundschulden mit einem Nominalwert von jeweils 500.000 € bewilligt, fällt insgesamt nur eine Gebühr nach Nr. 25100 i. H. v. 70 € an.

17 (2) Nichts anderes gilt in dem Fall, dass sich die Höhe der Gebühr nach Nr. 25101 KV GNotKG richtet.

18 (a) Der Wortlaut der Regelung in Nr. 25101 KV GNotKG, die sich auf „die Erklärung“ und im Falle der hier einschlägigen Ziffer 2 auf „eine Zustimmung“ gemäß § 27 GBO bezieht, könnte für sich genommen zwar in dem Sinne zu verstehen sein, dass die Gebühr mehrfach anfällt, wenn Unterschriften unter einem Text beglaubigt werden, in dem die Zustimmung zur Löschung mehrerer Grundpfandrechte erklärt wird (so etwa LG Potsdam, NotBZ 2017, 117).

19 (b) Die Regelung kann aber nicht isoliert betrachtet werden, sondern steht systematisch im Zusammenhang mit dem allgemeinen Gebührenbestand für die Beglaubigung von Unterschriften in Nr. 25100 KV GNotKG. Von dieser allgemeinen Regelung abweichend wird in Nr. 25101 – wie deren letzter Satz zeigt – „(d)ie Gebühr 25100“ für die Beglaubigung von Unterschriften unter bestimmten Erklärungen ermäßigt auf eine Festgebühr, die dem Mindestbetrag nach Nr. 25100 entspricht. Wenn aber durch Nr. 25101 lediglich die Höhe der

Gebühr aus Nr. 25100 modifiziert wird, spricht dies dafür, dass es im Übrigen bei den allgemeinen für die Beglaubigungsgebühr geltenden Grundsätzen bleiben und die Anzahl der Gebühren auch im Falle der Nr. 25101 allein von der Anzahl der Beglaubigungsvermerke abhängen soll. Die alle Beglaubigungen betreffende Frage, unter welchen Voraussetzungen die Gebühr nach Nr. 25100 mehrfach anfällt, ist daher unabhängig davon zu beantworten, ob die Gebührenhöhe sich nach dieser Grundsatznorm bestimmt oder nach der Ermäßigungsvorschrift in Nr. 25101. In beiden Fällen gilt, dass die Gebühr nur einmal entsteht, wenn eine oder mehrere Unterschriften unter einer oder mehreren Erklärungen in einem einzigen Vermerk beglaubigt werden.

20 (c) Hierfür spricht auch die Gesetzesgeschichte. Der Gesetzgeber wollte mit den Nr. 25100, 25101 KV GNotKG gegenüber dem früheren Rechtszustand die Gebühren für die Unterschriftsbeglaubigung, die nicht mit der Fertigung eines Entwurfs im Zusammenhang steht, insgesamt begrenzen, an der Wertgebühr (jetzt Nr. 25100) aber grundsätzlich festhalten, weil in der Regel mit der Beglaubigung in begrenztem Umfang Beratungsleistungen verbunden seien; insoweit wurde daher lediglich eine Absenkung der Höchstgebühr von 130 € auf 70 € vorgesehen (vgl. BT-Drucks. 17/11471, S. 140). Mit der neuen Nr. 25101 wollte er darüber hinaus Akzeptanzproblemen in Bezug auf die Vorgängerregelung in § 45 KostO a. F. begegnen und für einige häufig kritisierte Sachverhalte eine Gebührenermäßigung in Form einer Festgebühr von 20 € einführen (vgl. BT-Drucks. 17/11471, S. 231). Die in Nr. 25101 genannten Erklärungen sollten folglich kostenmäßig gegenüber sonstigen Beglaubigungen privilegiert werden. Es spricht nichts für die Annahme, dass der Gesetzgeber mit dem gewählten Wortlaut („die Erklärung“, „eine Zustimmung“) diese Privilegierung zugleich teilweise wieder zurücknehmen wollte, indem zwar die Höhe der Gebühr ermäßigt wird, dafür aber in Abweichung von der Grundsatzregelung in Nr. 25100 für jede in dem von der Unterschrift erfassten Text enthaltene Erklärung unabhängig von der Anzahl der Beglaubigungsvermerke gesondert anfällt.

21 (d) Schließlich widerspräche es auch dem erkennbaren Sinn und Zweck der in Nr. 25101 getroffenen Regelung, der in der kostenmäßigen Privilegierung der Beglaubigung der dort genannten Erklärungen gegenüber sonstigen Beglaubigungen liegt, wenn die Festgebühr für jede dieser Erklärungen gesondert anfiel, gleich wie viele Beglaubigungen der Notar vornimmt. Denn dann könnte die Gebühr für die Beglaubigung von Erklärungen im Sinne von Nr. 25101 zwar – mehr oder weniger zufällig – im Einzelfall geringer sein, als es die entsprechende Gebühr für eine allgemeine Beglaubigung nach Nr. 25100 wäre. Sie wäre aber stets höher, wenn die Unterschrift unter einem Text beglaubigt wird, der vier oder mehr Erklärungen enthält bzw. bei dem sich die Zustimmung nach § 27 GBO auf vier oder mehr Grundpfandrechte bezieht. Diese Folge ließe sich zwar wiederum abmildern, wenn man der teilweise vertretenen Ansicht folgt, wonach stets ein Günstigervergleich mit der entsprechenden Gebühr nach Nr. 25100 anzustellen ist. Eine Privilegierung der Erklärungen nach Nr. 25101 würde aber auch dann nicht erreicht, sondern allenfalls ein Gleichlauf mit der allgemeinen Gebühr nach Nr. 25100. Dafür, dass mit der Regelung in Nr. 25101 die dort aufgeführ-

ten Erklärungen nur dann kostenmäßig privilegiert werden sollten, wenn die Beglaubigung unter einem Text erfolgt, der höchstens drei Erklärungen enthält, lässt sich weder dem Wortlaut noch der Gesetzeshistorie oder dem erkennbaren Sinn und Zweck der Regelung etwas entnehmen.

22 2. Auch die Kostenentscheidung des Beschwerdegerichts ist entgegen der Auffassung des Notars nicht zu beanstanden.

23 a) Nach § 130 Abs. 3 GNotKG i. V. m. § 81 Abs. 1 Sätze 1 und 2 FamFG kann das Gericht die Kosten des Verfahrens nach billigem Ermessen den Beteiligten ganz oder zum Teil auferlegen oder anordnen, dass von der Erhebung der Kosten abzusehen ist. Dabei ist der erstinstanzliche Antrag auf Überprüfung der Kostenberechnung des Notars für die Beteiligten kostenfrei, weil das Gesetz hierfür keinen Kostentatbestand vorsieht (vgl. Korintenberg/Sikora, GNotKG, § 127 Rdnr. 52).

24 b) Das Beschwerdegericht hat ausgesprochen, dass das Verfahren vor dem LG gebührenfrei ist und hat dem Notar die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die außergerichtlichen Kosten der Antragsteller im Antragsverfahren und im Beschwerdeverfahren auferlegt. Diese Entscheidung lässt keine Ermessensfehler erkennen. Der Notar hat mit seiner fehlerhaften Kostenberechnung Anlass für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren gegeben, was es rechtfertigt, ihm die Verfahrenskosten – soweit solche anfallen – und die außergerichtlichen Kosten der Kostenschuldner und Antragsteller bzw. Beschwerdeführer aufzuerlegen. Soweit der Notar mit der Rechtsbeschwerde geltend macht, er sei mit seiner Kostenberechnung einer Rechtsauffassung gefolgt, die der Bezirksrevisor in einer Stellungnahme vertreten habe, führt dies, anders als im Fall der Anweisung der vorgesetzten Dienstbehörde, ein Rechtsmittel einzulegen (vgl. § 130 Abs. 2 GNotKG), nicht dazu, dass zwingend davon abzusehen wäre, dem Notar Verfahrenskosten aufzuerlegen.

25 IV. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 130 Abs. 2 Satz 3 und 4 GNotKG. Der Notar wurde durch seine vorgesetzte Dienstbehörde angewiesen, die Rechtsbeschwerde zu erheben. Folge dessen ist nach § 130 Abs. 2 Sätze 3 und 4 GNotKG, dass Gerichtskosten für das Rechtsbeschwerdeverfahren nicht erhoben werden und in diesem Verfahren etwa entstandene außergerichtlichen Kosten der Kostenschuldner der Landeskasse – hier des Landes Niedersachsen – aufzuerlegen sind (vgl. Senat, Beschluss vom 16.11.2017, V ZB 124/17, DNotZ 2018, 547 Rdnr. 19 zu den Kosten eines Beschwerdeverfahrens).

STEUERRECHT

23. Erbschaft- und Schenkungsteuer: maßgebende Steuerklasse beim Erwerb vom biologischen Vater

BFH, Urteil vom 5.12.2019, II R 5/17 (Vorinstanz: FG Hessen, Urteil vom 15.12.2016, 1 K 1507/16)

*BGB § 1589 Abs. 1 Satz 1, §§ 1592, 1686a
EMRK Art. 8, Art. 14
ErbStG § 15 Abs. 1
GG Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1*

LEITSÄTZE:

1. Beim Erwerb eines Kindes von seinem leiblichen Vater, der nicht auch der rechtliche Vater ist (biologischer Vater), findet die Steuerklasse III Anwendung.
2. Für die Steuerklasseneinteilung nach § 15 Abs. 1 ErbStG sind die bürgerlichrechtlichen Vorschriften über die Abstammung und Verwandtschaft maßgebend. (Leitsatz der Schriftleitung)

24. Keine Aufdeckung der stillen Reserven bei freiwilligem Landtausch

BFH, Urteil vom 23.10.2019, VI R 25/17 (Vorinstanz: FG Münster, Urteil vom 7.4.2017, 4 K 2406/16 F)

*EStG § 6 Abs. 6 Satz 1
FlurbG § 61 Satz 2, §§ 68, 79, 80, 86 Abs. 2 Nr. 1, §§ 103a, 103b Abs. 1 Satz 1, § 103c Abs. 1 und 2, § 103f Abs. 1, 2 und 3*

LEITSATZ:

Für den freiwilligen Landtausch gelten einkommensteuerrechtlich dieselben Folgen wie beim Regelflurbereinigungs- und beim Baulandumlegungsverfahren. Der Austausch von Grundstücken im Rahmen eines freiwilligen Landtauschs ist daher nicht nach den für den (freiwilligen) Tausch von Wirtschaftsgütern maßgeblichen Grundsätzen des § 6 Abs. 6 Satz 1 EStG zu beurteilen, sondern, soweit Wertgleichheit besteht, einkommensteuerrechtlich neutral.

25. Grunderwerbsteuerpflicht der Bestellung eines Dauerwohnrechts

FG München, Urteil vom 21.4.2020, 4 K 3105/18

GrEStG § 1 Abs. 2, § 2 Abs. 2

LEITSATZ:

Ein Dauerwohnrecht unterliegt nicht nach § 1 Abs. 2 GrEStG der Grunderwerbsteuer, denn der Erwerber eines solchen Dauernutzungsrechts erwirbt nicht die rechtliche oder wirtschaftliche Möglichkeit, ein inländisches Grundstück oder einen Grundstücksteil auf eigene Rechnung zu verwerten; auch ist das zeitlich unbeschränkte Dauerwohnrecht weder ein Grundstück noch einem Grundstück (wie ein Erbbaurecht) gleichgestellt (vgl. § 2 Abs. 2 GrEStG). (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Streitig ist, ob die Bestellung eines Dauerwohnrechts der Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 2 GrEStG unterliegt.

2 Mit notariellem Vertrag vom 22.3.2017 bestellte LK zugunsten des Klägers ein Dauernutzungsrecht gemäß § 31 WEG an dem Grundvermögen FlurNr. (...), eingetragen im Grundbuch des AG (...). Das Dauernutzungsrecht ist nach Ziffer III Nr. 1 Satz 1 des o. g. Vertrags veräußerlich und vererblich und nach Ziffer III Nr. 1 Satz 2 des o. g. Vertrags „nicht befristet, also zeitlich unbegrenzt“. Der Kläger als Berechtigter ist zur Veräußerung oder Vermietung bzw. Verpachtung des Dauernutzungsrechts nur mit Zustimmung des LK als Eigentümer des o. g. Grundvermögens berechtigt (vgl. Ziffer III Nr. 2 und 3), der diese Zustimmung nur aus wichtigem Grund versagen kann. Des Weiteren ist in Ziffer 4 des o. g. Vertrags („Schuldrechtliche Vereinbarungen“) (...) geregelt, dass der Kläger als Berechtigter des Dauernutzungsrechts in entsprechender Anwendung der §§ 10 bis 29 WEG die Rechte und Pflichten eines Wohnungseigentümers hat. Das mit o. g. Vertrag vom 22.3.2017 begründete Dauernutzungsrecht wurde am 20.12.2017 in Abteilung II (Lasten und Beschränkungen) des Grundbuchs eingetragen. Mit Bescheid vom 20.7.2017 setzte das beklagte FA – ausgehend von einer Bemessungsgrundlage i. H. v. 1.502.265 € – gegen den Kläger Grunderwerbsteuer i. H. v. 52.579 € fest. Den hiergegen vom Kläger mit Schriftsatz vom 8.8.2017 eingelegten Einspruch wies das FA mit Einspruchsentscheidung vom 2.11.2018 als unbegründet zurück.

3 Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner (am 29.11.2018 bei Gericht eingegangenen) Klage, zu deren Begründung er im Wesentlichen Folgendes vorträgt: Durch die Einräumung des Dauernutzungsrechts stehe es ihm nicht zu, an der Grundstücks- oder Gebäudesubstanz zu partizipieren. Auch sei das Dauerwohnrecht nicht in § 2 Abs. 2 GrEStG aufgeführt. Im Streitfall liege auch keine „besonders extreme Ausgestaltung“ eines Dauerwohnrechts vor. Insbesondere werde im Streitfall durch die entsprechende Anwendung der §§ 10 bis 29 WEG keine Grundstücksverwertungsbefugnis begründet.

(...)

4 II.1 Die Klage ist zulässig. Sie wurde insbesondere fristgerecht erhoben.

5 2. Die Klage ist zudem begründet. Das FA hat im Streitfall zu Unrecht mit Bescheid vom 20.7.2017 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 2.11.2018 Grunderwerbsteuer festgesetzt und den Kläger dadurch im Sinne des § 100 Abs. 1 Satz 1 FGO in seinen Rechten verletzt.

6 a) Nach § 1 Abs. 2 GrEStG unterliegen der Grunderwerbsteuer Rechtsvorgänge, die es ohne Begründung eines Anspruchs auf Übereignung einem anderen rechtlich oder wirtschaftlich ermöglichen, ein inländisches Grundstück auf eigene Rechnung zu verwerten. Die Verwertungsmöglichkeit wird im Sinne von § 1 Abs. 2 GrEStG erworben, wenn der Verwertungsberechtigte an der ganzen Substanz der Immobilie seinem Wert nach teilhat (BFH, Urteil vom 10.3.1999, II R 35197, BFHE 1881 444 = BStBl. II 1999, S. 491). Von § 1 Abs. 2 GrEStG werden solche Fälle erfasst, in denen die Einwirkungsmöglichkeiten dem rechtlichen Eigentum nahekommen und über die Befugnisse eines Mieters und Pächters hinausgehen (vgl. BFH, Urteil vom 29.7.1998, II R 71/96, BStBl. II 1999, S. 796). Das sind Fälle, in denen dem Erwerber Aufwendungen, Verluste und Wertminderungen zur Last fallen und ihm Erträge, Wertsteigerungen und Verwertungserlöse zugutekommen (BFH, Urteil vom 18.1.1956, II 87155 U, BFHE 62, 248 = BStBl. III 1956, S. 92).

7 b) Das Dauerwohn- und Nutzungsrecht nach §§ 31 ff. WEG fällt nicht unter den in § 2 GrEStG geregelten Grundstücksbegriff, sodass Rechtsvorgänge, die sich auf ein derartiges Recht beziehen, nicht der Grunderwerbsteuer unterliegen.

8 aa) Zutreffend ist zwar, dass in ganz besonderen extremen Ausnahmefällen der Tatbestand des § 1 Abs. 2 GrEStG, d. h. die Verschaffung der wirtschaftlichen Verwertungsbefugnis an einem Grundstück, erfüllt sein kann (vgl. Boruttau, GrEStG, 19. Aufl. 2019, § 2 Rdnr. 289; Pahlke, GrEStG, 5. Aufl. 2014, § 2 Rdnr. 63 m. w. N.).

9 bb) Das Gericht vermag in der Ausgestaltung des streitbefangenen Dauernutzungsrechts, das sich durchaus im Rahmen der nach §§ 31 ff. WEG üblichen und zulässigen Gestaltungen bewegt, keinen derartigen ganz extremen (bisher nicht bekannt gewordenen) Ausnahmefall im Sinne der oben angeführten Kommentierungen zu erkennen, der zur Anwendung des § 1 Abs. 2 GrEStG berechtigen könnte: So sind weder eine unbefristete Einräumung noch das Nichterfordernis einer Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Vermietung oder Veräußerung noch die Vereinbarung einer Entschädigung beim Heimfall, noch Regelungen über Instandhaltung, Versicherung und Wiederaufbau dem Wesen des Dauernutzungsrechts fremd (vgl. § 33 Abs. 2 und 4, §§ 35, 36 Abs. 1 und 4, § 37 Nr. 1 WEG). Vielmehr fehlt dem Dauerwohnrecht (§§ 31 ff. WEG) der Charakter eines Eigentums. Es ist zwar wie das Wohnungseigentum veräußerlich und vererblich, ist aber kein Eigentum, sondern nur ein das Grundstück belastendes dingliches Nutzungsrecht, das nicht wie das Wohnungseigentum in Abteilung I (Eigentum), sondern in Abteilung II (dingliche Belastungen des Eigentums) des Grundbuchs eingetragen wird (BFH, Urteil vom 13.6.1957, V 259/56 U, BFHE 65, 98 = BStBl. III 1957, S. 269).

10 cc) Das Dauerwohnrecht unterliegt mithin auch nicht nach § 1 Abs. 2 GrEStG der Grunderwerbsteuer, denn der Erwerber – im Streitfall der Kläger – eines solchen Dauernutzungsrechts erwirbt nicht die rechtliche oder wirtschaftliche Möglichkeit, ein inländisches „Grundstück“ (oder einen Grundstücksteil) auf eigene Rechnung zu verwerten; auch ist das zeitlich unbeschränkte Dauerwohnrecht weder ein Grundstück noch einem Grundstück (wie ein Erbbaurecht) gleichgestellt (vgl. § 2 Abs. 2 GrEStG). Das Gericht hält damit an den Grundsätzen fest, die der 4. Senat des FG München aufgestellt hat (vgl. hierzu Urteil des FG München vom 11.9.2000, 4 K 3863/97, juris).

11 dd) Ausgehend von den o. g. Grundsätzen ist nach Auffassung des Gerichts die Begründung des streitgegenständlichen Dauernutzungsrechts nicht Grunderwerbsteuerbar, zumal das GrEStG keine wirtschaftliche Betrachtungsweise zulässt (vgl. *Pahlke*, GrEStG, § 2 Rdnr. 63).

(...)

Veranstaltungen des DAI

1. **Klausurenkurs zur Vorbereitung auf die notarielle Fachprüfung – Erbrecht**
(Berkefeld)
1.9.2020 online
2. **Aktuelle Probleme der notariellen Gestaltung im Erb- und Familienrecht**
(Keim/Müller-Engels/Reetz)
4.9.2020 in Heusenstamm
3. **Modularer Lehrgang für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat: Modul 4 – GNotKG und Erbrecht**
(Tondorf)
7.9. 2020 bis 8.9.2020 in Oldenburg
4. **Modularer Lehrgang GNotKG von A-Z – Modul 2 Gebührenrechnungen mit Bezug zum Erb- und Familienrecht**
(Tondorf)
9.9.2020 in Bochum
5. **18. Jahresarbeitsstagung des Notariats**
(Leitung: Frenz)
10.9.2020 bis 12.9.2020 in Berlin
6. **Umwandlungsrecht in der notariellen Praxis**
(Weiler)
16.9.2020 in Heusenstamm
7. **3. Jahreskurs für Quer- und Wiedereinsteiger in das Notariat**
(Neie/Tiedtke)
17.9.2020 bis 19.9.2020 in Heusenstamm
8. **Die Gestaltung von Eheverträgen**
(Reetz)
21.9.2020 in Kiel
9. **45. Vorbereitungslehrgang für die notarielle Fachprüfung Teil 1**
(Bosch/Forschner/Leidner/Meier/Monreal/Sikora/Wengenmayer)
21.9.2020 bis 26.9.2020 in Bochum
10. **Übergabeverträge im Grundbuch-, Sozial-, Pflichtteils- und Steuerrecht**
(Gibhardt)
21.9.2020 in Kassel
11. **Online Vortrag LIVE: Das notarielle Nachlassverzeichnis**
(Schönenberg-Wessel)
22.9.2020 online
12. **Ältere Menschen als Urkundsbeteiligte**
(Renner/Wetterling)
25.9.2020 in Oldenburg
13. **Intensivkurs Überlassungsvertrag**
(Berkefeld/Oertel)
25.9.2020 bis 26.9.2020 in Stuttgart
14. **Aktuelle Probleme der notariellen Gestaltung im Erb- und Familienrecht**
(Keim/Müller-Engels/Reetz)
26.9.2020 in Köln
15. **Der Bauträgervertrag, Gestaltung, Inhalte – für fortgeschrittene Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**
(Tondorf)
28.9.2020 in Bochum
16. **1. Jahresarbeitsstagung für Notarfachwirte und Notarfachangestellte**
(Leitung: Thon/Tiedtke)
28.9.2020 bis 30.9.2020 in Bonn
17. **Sozialrechtliche Fragestellungen bei der Testamentsgestaltung**
(Pfuhlmann-Riggert)
29.9.2020 in Bochum
18. **Die Notarprüfung – Aktuelle Schwerpunkte der notariellen Amtsprüfung durch die Aufsichtsbehörde**
(Blaeschke)
2.10.2020 in Heusenstamm
19. **46. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung**
(Bosch/Forschner/Krauß/Leidner/Meier/Monreal/Wengenmayer)
5.10.2020 bis 10.10.2020 in Bremen
20. **Einführung in das Grundbuch für Quereinsteiger**
(Böhringer)
6.10.2020 in Bochum
21. **Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare**
(Berkefeld)
8.10.2020 in Bochum
22. **Gestaltungen im Pflichtteilsrecht**
(Herrler/Müller-Engels)
8.10.2020 in Hamburg
23. **Modularer Intensivkurs der Notarkasse für Privatangestellte**
(Falkner/Gutfried/Karl Pelikan/Strauß)
8.10.2020 bis 10.10.2020 in München
24. **Gestaltungen im Pflichtteilsrecht**
(Herrler/Müller-Engels)
9.10.2020 in Potsdam
25. **2. Jahreskurs für Quer- und Wiedereinsteiger in das Notariat – Einführungslehrgang für Mitarbeiter „Notariat von A bis Z“**
(Neie/Tiedtke/Wegerhoff)
12.10.2020 bis 14.10.2020 in Bochum

26. **1. Kompaktkurs Vorbereitung notarieller Urkunden einschl. Gebührenrecht der Notare für fortgeschrittene Mitarbeiter und Fachwirte**
(Tondorf)
19.10.2020 in Stuttgart
27. **Aktuelles Kostenrecht im Notariat**
(Diehn)
20.10.2020 in Kiel
28. **Neue Entwicklungen zu Rechten in Abt. II des Grundbuchs**
(Berkefeld)
20.10.2020 in Heusenstamm
29. **Überlassungsvertrag für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**
(Büttner)
23.10.2020 in Kassel
30. **Unternehmer-Eheverträge und Unternehmer-Vorsorgeverträge in der notariellen Praxis**
(Reetz)
30.10.2020 in Osnabrück

31. **Intensivkurs Gesellschaftsrecht**
(Heckschen/Heidinger/Kirschstein)
30.10.2020 in Heusenstamm
32. **Update Grundstückskaufvertrag**
(Krauß)
31.10.2020 in Berlin

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

NEUERSCHEINUNGEN

1. Auernhammer: DSGVO/BDSG. 7. Aufl., Heymanns, 2020. 2.000 S., 154 €
2. Bärmann/Pick: Wohnungseigentumsgesetz: WEG. 20. Aufl., Beck, 2020. 1.016 S., 79 €
3. Bengel/Reimann (Hrsg.): Handbuch der Testamentsvollstreckung. 7. Aufl., Beck, 2020. 942 S., 129 €
4. Bergmann/Drescher/Fleischer/Goette/Harbarth/Hommelhoff/Krieger/Merkt/Teichmann/Vetter/Weller/Wicke (Hrsg.): Vom Konzern zum Einheitsunternehmen. De Gruyter, 2020. 228 S., 69,95 €
5. Born/Ghassemi-Tabar/Gehle (Hrsg.): Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Band 7: Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten (Corporate Litigation). 6. Aufl., Beck, 2020. 2.604 S., 169 €
6. Bunjes: Umsatzsteuergesetz: UStG. 19. Aufl., Beck, 2020. 1.728 S., 119 €
7. Danninger: Organhaftung und Beweislast. Mohr Siebeck, 2020. 228 S., 54 €
8. Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer: ZVG – einschl. EGZVG und ZwVwV. 16. Aufl., Giesecking, 2020. 1.714 S., 140 €
9. Dorsel (Hrsg.): Kölner Formularbuch Erbrecht. 3. Aufl., Heymanns, 2020. 1.600 S., 159 €
10. Drießnack: Der Vertragsübergang im Rahmen der umwandlungsrechtlichen Universalsukzession. Nomos, 2020. 264 S., 69 €
11. Elsing: Fälle und Lösungen zum GNotKG. 3. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2020. 250 S., 54 €
12. Fischer/Pahlke/Wachter: ErbStG Kommentar. 7. Aufl., Haufe-Lexware, 2020. 1.596 S., 200,08 €
13. Freiherr von Rechenberg/Thies/Wiechers: Handbuch Familienunternehmen und Unternehmerfamilien. 2. Aufl., Schäffer-Poeschel, 2020. 982 S., 129,95 €
14. Frenz/Miermeister (Hrsg.): BnotO – Bundesnotarordnung. 5. Aufl., Beck, 2020. 1.903 S., 179 €
15. Fritz: COVAbmildG. RWS, 2020. 352 S., 78 €
16. Geimer/Schütze: Europäisches Zivilverfahrensrecht. 4. Aufl., Beck, 2020. 2.095 S., 289 €
17. Gomer: Die Delegation von Compliance-Zuständigkeit des Vorstands einer Aktiengesellschaft. Duncker & Humblot, 2020. 512 S., 129,90 €
18. Götz/Pach-Hanssenheimb: Handbuch der Stiftung. 4. Aufl., NWB, 2020. 693 S., 99 €
19. Grigoleit: Aktiengesetz: AktG. 2. Aufl., Beck, 2020. 3.175 S., 249 €
20. Grziwotz/Lüke/Saller: Praxishandbuch Nachbarrecht. 3. Aufl., Beck, 2020. 655 S., 69 €
21. Gustavus: Handelsregisteranmeldungen. 10. Aufl., Otto Schmidt, 2020. 501 S., 59,80 €
22. Helms/Prütting (Hrsg.): FamFG Kommentar. 5. Aufl., Otto Schmidt, 2020. 3.100 S., 159 €
23. Herrler (Hrsg.): Münchener Vertragshandbuch. Band 5: Bürgerliches Recht I. 8. Aufl., Beck, 2020. 1.631 S., 179 €
24. Hirte/Heidel (Hrsg.): Das neue Aktienrecht nach ARUG II und Corona-Gesetzgebung. Nomos, 2020. 470 S., 78 €
25. Jaeger/Schmidt/Mankowski (Hrsg.): Insolvenzordnung. §§ 335-359, Art. 102-110 EGIInsO. De Gruyter, 2020. 843 S., 179,95 €
26. Kayser/Thole (Hrsg.): Insolvenzordnung. 10. Aufl., C.F. Müller, 2020. 2.526 S., 199 €
27. Klein: Abgabenordnung: AO. 15. Aufl., Beck, 2020. 2.465 S., 109 €
28. Krauß: Immobilienkaufverträge in der Praxis. 9. Aufl., Heymanns, 2020. 2.630 S., 159 €
29. Petanidis: Die grenzüberschreitende Umstrukturierung von Gesellschaften. Duncker & Humblot, 2020. 556 S., 129,90 €
30. Röser: Umwandlung, Gesamtrechtsnachfolge und Schuldverhältnis. Dr. Kovac, 2020. 220 S., 88,90 €
31. Schmidt/Lutter (Hrsg.): Aktiengesetz: AktG. 4. Aufl., Otto Schmidt, 2020. 4.447 S., 349 €
32. Schreiber/Ruge (Hrsg.): Handbuch Immobilienrecht. 4. Aufl., Erich Schmidt, 2020. 1.851 S., 198 €
33. Staben: Der Beschäftigungsanspruch des GmbH-Geschäftsführers. Duncker & Humblot, 2020. 230 S., 69,90 €
34. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 139-163. 16. Aufl., Sellier – de Gruyter, 2020. 440 S., 169,95 €
35. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 5: Erbrecht, §§ 1967-2063 (Rechtsstellung des Erben). 17. Aufl., Sellier – de Gruyter, 2020. 1.101 S., 409 €
36. Uhlenbruck: Insolvenzordnung: InsO. 15. Aufl., Vahlen, 2020. 413 S., 59 €
37. Wicke: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). 4. Aufl., Beck, 2020. 789 S., 69 €

STANDESNAHRICHTEN

PERSONALÄNDERUNGEN

1. Verstorben:

Notar a. D. Günter Emnet,
verstorben am 31.7.2020

2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 1.8.2020:

Notar Walter Dietrich, Bad Reichenhall

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 31.8.2020:

Freinsheim dem Notar a. D.
Dr. Stephan Wendt

Mit Wirkung zum 1.9.2020:

Augsburg dem Notar
(in Sozietät mit Notar Dr. Ulrich Göbl
Dr. Manuel Straßer) (bisher in Hof)

Mit Wirkung zum 1.10.2020:

Passau dem Notarassessor
(in Sozietät mit Jan-Frederic Worring
Notarin a.D. Silvia Paulöhr) (bisher in München,
Notarstellen Dr. Görk/
Dr. Berringer)

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.9.2020:

Alexander König, Regensburg
(Notarstellen Klaus Ziegler/Dr. Norbert Mayer)

Konstantin Sauer, Erlangen
(Notarstellen Dr. Alexander Martini/Anja Siegler)

5. Sonstige Veränderungen:

Notarin Dr. Stefanie Huber, Eggenfelden, führt nun
den Namen Dr. Stefanie Kramer.

Die Sozietät Arnold Voran/Sigrun Erber-Faller,
Memmingen, wurde mit Wirkung vom
1.8.2020 aufgehoben.

ANSCHRIFTEN- UND RUFNUMMERN- ÄNDERUNGEN:

Altdorf b. Nürnberg, Notarstellen Dr. Steffen Limpert/
Dr. Diana Burkhardt
Bahnhofstraße 7a
90518 Altdorf b. Nürnberg

Bad Kissingen, Notarstelle Anne Bergmann
Erhardstraße 19 A
97688 Bad Kissingen

Greding, Notarstelle Markus Müller
Homepage: www.notar-greding.de
E-Mail: info@notar-greding.de

Ludwigshafen am Rhein, Notarstellen Dr. Matthias Meyer/
Dr. Peter Wolf
Telefon: 0621 591040
Telefax: 0621 5910444
E-Mail: info@notare-mw.de
Zollhofstraße 3
67059 Ludwigshafen

München, Notarstellen Dr. Winfried Kössinger/
Dr. Damian Najdecki
Prannerstraße 10
80333 München

Rothenburg ob der Tauber, Notarstelle Holger Freitag
Homepage: www.notar-rothenburg.de
E-Mail: info@notar-rothenburg.de

Weiden i. d. OPf., Notarstelle Dr. Claudia Greipl
Max-Reger-Straße 18
92637 Weiden

Abonnement

MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Denninger Straße 169, 81925 München, Telefon: (089) 551660, Telefax: (089) 55166234, E-Mail: info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 56,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Universal Medien GmbH, Geretsrieder Straße 10, 81379 München, Telefon: (089) 5482170, Telefax: (089) 555551, Internet: www.universalmedien.de/notarkammer.



Notare Bayern

www.notare.bayern.de