

MittBayNot

Begründet 1864

5 | 2024

September | Oktober 2024

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Schriftleitung:

Christoph Draxinger,
Notarassessor
Benjamin Lorenz,
Notarassessor

Herausgeberbeirat:

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,
Notar a. D., Regen

Priv.-Doz. Dr. Patrick Meier,
Notar in Bischofsheim i. d. Rhön

Angelika Sträuber,
Notarin in Regen

Michael Volmer,
Notar in Aschaffenburg

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,
Notar in Roth

Dr. Felix Wobst,
Notar in Gerolzhofen

ISSN 0941-4193

AUFSÄTZE

Bernert/Thelen: Grundlagen der Immobilienveräußerung durch Erben und Testamentsvollstrecker – zugleich Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 19.10.2023, V ZB 8/23 421

Walch: Notarielle Online-Verfahren in Deutschland – Hintergründe, Besonderheiten und Praxisfragen 427

RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

Gritz zu OLG München: Verlust der Kostenvorschusseinde in infolge Rechtshängigkeit des Grundbuchberichtigungsanspruchs 462

Sauer zu OLG Celle: Unbegründeter Zahlungsanspruch eines Sozialhilfeträgers aus übergeleitetem Recht wegen Verarmung des Schenkers 465

Sommer zu OLG Bremen: Abgrenzung eines Darlehensvertrags zur ehebedingten Zuwendung 473

Klinger zu BGH: Dauertestamentsvollstreckung für einen Kommanditanteil 477

Kaiser zu OLG Celle: Zur Erstreckung des Zuwendungsverzichts auf Abkömmlinge des Verzichtenden 485

Lorenz zu BGH: Ermessen des Notars für Einsichtsrecht eines Beteiligten in die Nebenakte 501

Trossen zu BFH: Kein anteiliger Erwerb eines zur Erbmasse gehörenden Grundstücks bei entgeltlichem Erwerb eines Miterbenanteils 513

Impressum **MittBayNot**

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

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München
T. +49 89 551 66-0
F. +49 89 551 66-234
M. mittbaynot@notare-bayern-pfalz.de
www.notare.bayern.de/mittbaynot.html

Herausgeberbeirat:

Dr. Susanne Frank, Notarin in München
Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Notar a. D., Regen
Priv.-Doz. Dr. Patrick Meier, Notar in Bischofsheim i. d. Rhön
Angelika Strähuber, Notarin in Regen
Michael Volmer, Notar in Aschaffenburg
Dr. Eckhard Wälzholz, Notar in Füssen
Dr. Dietmar Weidlich, Notar in Roth
Dr. Felix Wobst, Notar in Gerolzhofen

Schriftleitung:

Notarassessor Christoph Draxinger,
Notarassessor Benjamin Lorenz

*Aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird auf
eine geschlechterspezifische Differenzierung teilweise
verzichtet. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der
Gleichbehandlung immer für alle Geschlechter.*

Design:

INTO Branding GmbH

Druck:

Universal Medien GmbH
Fichtenstraße 8
82061 Neuried

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 5 | 2024

AUFSÄTZE		421		
Bernert/Thelen: Grundlagen der Immobilienveräußerung durch Erben und Testamentsvollstrecker – zugleich Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 19.10.2023, V ZB 8/23		421		
Walch: Notarielle Online-Verfahren in Deutschland – Hintergründe, Besonderheiten und Praxisfragen		427		
BUCHBESPRECHUNGEN		442		
Opris/Krause: Steuergestaltung bei Schenkung und Erbschaft – FamRZ-Buch, Band 16 (Menne)		442		
Limmer: Handbuch der Unternehmensumwandlung (Bauernschmitt)		443		
RECHTSPRECHUNG		445		
Bürgerliches Recht				
ALLGEMEINES				
1.	Vergütungsansprüche aus Bauträgerverträgen verjähren nach zehn Jahren (BGH, Urteil vom 07.12.2023, VII ZR 231/22 – Ls.) mit Hinweis auf DNotZ 2024, 176	445		
SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT				
2.	Genehmigung nach dem GrdstVG bei möglicher Verpachtung des Grundstücks durch weiteren Erwerbsinteressenten (BGH, Beschluss vom 24.11.2023, BLw 1/23 – Ls.) mit Hinweis auf DNotZ 2024, 471	445		
3.	Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers (BGH, Beschluss vom 19.10.2023, V ZB 8/23)	445		
4.	Kein Anspruch des Grundstückseigentümers auf Umschreibung eines Grundbuchblatts nach der Löschung von Zwangseintragungen (BGH, Beschluss vom 21.09.2023, V ZB 17/22)	451		
5.	Zum verneinten Grundbucheinsichtsrecht eines mit der Errichtung von PV-Anlagen befassten Unternehmens (OLG Bamberg, Beschluss vom 09.01.2024, 10 Wx 17/23)	456		
6.	Prüfung einer im Außenverhältnis unbeschränkten Vollmacht durch das Grundbuchamt (OLG Köln, Beschluss vom 03.03.2023, 2 Wx 15/23)	458		
7.	Verlust der Kostenvorschusseinrede infolge Rechtshängigkeit des Grundbuchberichtigungsanspruchs (OLG München, Urteil vom 16.02.2023, 35 U 3149/22) mit Anmerkung Gritz	460 462		
8.	Unbegründeter Zahlungsanspruch eines Sozialhilfeträgers aus übergeleitetem Recht wegen Verarmung des Schenkers (OLG Celle, Urteil vom 24.10.2022, 6 U 11/22) mit Anmerkung Sauer	463 465		
FAMILIENRECHT				
9.	Vollständige Prüfung des Eltern-Kind-Verhältnisses bei Volljährigenadoption (KG, Beschluss vom 10.01.2024, 16 UF 98/23 – Ls.)	468		
10.	Abgrenzung eines Darlehensvertrags zur ehebedingten Zuwendung (OLG Bremen, Beschluss vom 27.01.2023, 4 UF 57/22) mit Anmerkung Sommer	468 473		
ERBRECHT				
11.	Dauertestamentsvollstreckung für einen Kommanditanteil (BGH, Beschluss vom 12.03.2024, II ZB 4/23) mit Anmerkung Klinger	475 477		
12.	Zur Wirksamkeit eines komplett durchgestrichenen handschriftlichen Testaments (OLG München, Beschluss vom 13.10.2023, 33 Wx 73/23e)	479		
13.	Zur Erstreckung des Zuwendungsverzichts auf Abkömmlinge des Verzichtenden (OLG Celle, Beschluss vom 17.04.2023, 6 W 37/23) mit Anmerkung Kaiser	480 485		



Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 5 | 2024

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

14. Kein Widerspruchsrecht des GmbH-Geschäftsführers gegen Eintragung von Geburtsdatum und Wohnort im Handelsregister (BGH, Beschluss vom 23.01.2024, II ZB 7/23 – Ls.)	487
15. Zur Anmeldung eines Vereins mit gemeinnützigen Zwecken ohne finanzamtliche Bescheinigung (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 22.01.2024, 19 W 80/23 (Wx))	487
16. Zur Notwendigkeit einer vorliegenden Schlussbilanz des übertragenden Rechtsträgers (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.01.2024, 3 Wx 181/23 – Ls.)	489
17. Keine analoge Anwendung des § 179a AktG auf eine Publikums-KG im Falle der Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens (OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 12.09.2023, 5 U 116/22)	489

Beurkundungs- und Notarrecht

18. Ermessen des Notars für Einsichtsrecht eines Beteiligten in die Nebenakte (BGH, Beschluss vom 11.01.2024, V ZB 63/22) mit Anmerkung Lorenz	497 501
---	------------

Öffentliches Recht

19. Heimfall des Erbbaurechts – Verjährungsbeginn bei Pflichtverletzung (BGH, Urteil vom 20.10.2023, V ZR 205/22)	503
---	-----

Steuerrecht

20. Versteuerung von „Earn-Out-Zahlungen“ im Zusammenhang mit der Veräußerung eines Mitunternehmeranteils (BFH, Urteil vom 09.11.2023, IV R 9/21 – Ls.)	508
21. Jastrowsche Klausel im Berliner Testament – Besteuerung eines betagten Vermächtnisses (BFH, Urteil vom 11.10.2023, II R 34/20)	508
22. Kein anteiliger Erwerb eines zur Erbmasse gehörenden Grundstücks bei entgeltlichem Erwerb eines Miterbenanteils (BFH, Urteil vom 26.09.2023, IX R 13/22) mit Anmerkung Trossen	511 513

SONSTIGES 516

Veranstaltungshinweise 516

Neuerscheinungen 519

STANDESNACHRICHTEN 520

Hinweis zum IT-Vorfall 521

Grundlagen der Immobilienveräußerung durch Erben und Testamentsvollstrecker

Zugleich Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 19.10.2023, V ZB 8/23

Von Notar a. D. Dr. **Andreas Bernert**, Geschäftsführer des DNotI, Würzburg, und
Notarassessor Dr. **Martin Konstantin Thelen**, Referent am DNotI, Würzburg



Regelmäßig sind Notarinnen und Notare mit Veräußerungen durch noch nicht im Grundbuch eingetragene Erben des ehemaligen Grundstückseigentümers oder durch einen Testamentsvollstrecker¹ befasst. Dementsprechend gehört die entsprechende Vertragsgestaltung zum Standardrepertoire der notariellen Praxis. Ein aktueller Beschluss des BGH² bietet Anlass dazu, sich einige materiell- und verfahrensrechtliche Grundlagen der Veräußerung durch Erben und Testamentsvollstrecker ins Gedächtnis zu rufen sowie das Verhältnis von nachlassgerichtlichem Verfahren und Grundbuchverfahren etwas gezielter zu betrachten. Insbesondere zu Letztgenanntem hatte sich der BGH zu äußern. Denn es war fraglich, wie das Grundbuchamt zu verfahren hat, wenn es vor Vollzug der Eigentumsumschreibung von Zweifeln des Nachlassgerichts an der Testierfähigkeit des Erblassers erfährt.

Begründung und Ergebnis des Beschlusses des BGH verdienen Zustimmung. Die Erkenntnisse aus der Entscheidung lassen sich jedoch nicht unbedacht auf andere Fallkonstellationen übertragen, in denen etwa ein Erbe auf der Basis eines Erbscheins oder ein Testamentsvollstrecker unter Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses über eine Nachlassimmobilie verfügen. Für die Praxis gilt es hier, die verschiedenen Konstellationen sowohl in ihrer materiellrechtlichen Dimension (insbesondere Gutglaubensschutz) als auch hinsichtlich ihrer verfahrensrechtlichen Umsetzbarkeit sorgsam zu differenzieren.

1. Der vom BGH zu entscheidende Sachverhalt

Veräußert ein Testamentsvollstrecker ein Nachlassgrundstück, so prüft das Grundbuchamt (wie stets) gemäß § 20 GBO die Wirksamkeit der materiellrechtlichen Auflassungserklärung, § 925 Abs. 1 BGB, und zudem gemäß § 19 GBO die Berechtigung und Befugnis zur Abgabe der grundbuch-

verfahrensrechtlichen Bewilligung.³ Der Testamentsvollstrecker muss seine materiellrechtliche Verfügungs- und grundbuchverfahrensrechtliche Bewilligungsbefugnis nach dem gesetzlichen Leitbild durch Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses nachweisen, § 35 Abs. 2 1. Hs. GBO.

Alternativ kann er dem Grundbuchamt auch nur beglaubigte Abschriften einer notariellen Verfügung von Todes wegen, des Eröffnungsprotokolls und der Amtsannahmebestätigung des Nachlassgerichts vorlegen, aus denen sich sein Amt ergibt, § 35 Abs. 2 2. Hs. i. V. m. Abs. 1 Satz 2 1. Hs. GBO.⁴ Dem Grundbuchamt genügt die Vorlage dieses Dokumentenkonvoluts *verfahrensrechtlich* zum Nachweis der Befugnis des Testamentsvollstreckers, auch wenn diesem *materiellrechtlich* eine den guten Glauben schützende Wirkung fehlt.

Der Beschluss des BGH betrifft die zweite Nachweisvariante; der Testamentsvollstrecker konnte also kein Testamentsvollstreckerzeugnis vorlegen. Nach Beurkundung und Grundbuchvorlage hatte nun ein gesetzlicher Erbe die Wirksamkeit der notariellen Verfügung von Todes wegen und damit implizit auch die Anordnung der Testamentsvollstreckung angegriffen. Er behauptete, die Erblasserin sei zum Zeitpunkt der Errichtung des notariellen Testaments testierunfähig gewesen. Ferner erklärte er im Erbscheinsverfahren die Anfechtung des Testaments nach § 2078 BGB und beantragte die Erteilung eines Erbscheins, der ihn selbst als Erben ausweisen sollte. Das Grundbuchamt erhielt hiervon Kenntnis. Per Zwischenverfügung verlangte es nun von dem die Eigentumsumschreibung veranlassenden Notar die Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses.

1 Hierzu ausführlich *Zahn*, MittRhNotK 2000, 90, 109 ff.

2 BGH, Beschluss vom 19.10.2023, V ZB 8/23, MittBayNot 2024, 445 (in diesem Heft).

3 BayObLG, Beschluss vom 18.01.1989, BReg. 2 Z 4/89, NJW-RR 1989, 587; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 17.03.2011, 20 W 66/11, ZEV 2012, 325; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 3441; zur Unterscheidung zwischen Bewilligungsberechtigung und Bewilligungsbefugnis siehe *Demharter*, GBO, 33. Aufl. 2023, § 19 Rdnr. 44 ff., 56 ff.

4 Siehe dazu OLG München, Beschluss vom 11.07.2016, 34 Wx 144/16, ZEV 2016, 439; BeckOGK-BGB/*Neukirchen*, Stand: 01.10.2022, § 2368 Rdnr. 93; Staudinger/*Herzog*, Neub. 2023, § 2368 Rdnr. 107.

Laut BGH ist dies rechtmäßig. Das Grundbuchamt durfte im konkreten Fall im Sinne des § 35 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. GBO annehmen, dass die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nicht nachgewiesen war und daher die Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses verlangen.

2. Konkrete Zweifel an der Wirksamkeit der Verfügung von Todes wegen

Zunächst führt der BGH aus, dass das Grundbuchamt die Wirksamkeit einer Verfügung von Todes wegen nur bei Vorliegen *konkreter*, auf *Tatsachen* basierender Zweifel⁵ infrage stellen und die Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses nach § 35 Abs. 2 1. Hs. GBO verlangen könne (Rdnr. 8 ff.). An konkreten Zweifeln fehle es, wenn ein Dritter schlicht die Behauptung aufstelle, der Erblasser sei bei Errichtung der Verfügung von Todes wegen testierunfähig gewesen. Es gelte auch im Grundbuchverfahren der Grundsatz, dass Testierfähigkeit die Regel sei (Rdnr. 13).⁶

Diese Aussagen verdienen uneingeschränkte Zustimmung. Müsste das Grundbuchamt bei jedem geäußerten Zweifel an der Wirksamkeit einer Verfügung von Todes wegen weitere Nachweise betreffend die Verfügungsbefugnis der handelnden Personen verlangen, so könnten Dritte den Grundstücksverkehr erheblich verlangsamen und damit stören. Zusätzlich hätte der BGH auch damit argumentieren können, dass der Notar bei der Errichtung einer notariellen Verfügung von Todes wegen eine Feststellung zur Geschäftsfähigkeit des Testators in der Urkunde treffen soll, § 28 BeurkG. Zwar ist diese Feststellung weder im grundbuchamtlichen noch im nachlassgerichtlichen Verfahren bindend; ihr kommt aber auch nach Ansicht der Rechtsprechung eine gewichtige Indizwirkung für die Testierfähigkeit zu.⁷ Bei notariell beurkundeten Verfügungen von Todes wegen ist daher *erst recht* im Grundsatz anzunehmen, dass der Testator geschäftsfähig war.⁸

Die spannende Frage für die Grundbuchpraxis lautet, *wann* die Schwelle von schlichten Behauptungen zu konkreten Zweifeln überschritten wird. Für einen Fall hat der BGH dies nun entschieden. Wie bereits einige Obergerichte,⁹ so nennt auch der BGH zunächst als Beispiele für das Vorliegen konkreter Zweifel ein fachärztliches Gutachten sowie

ein gerichtliches Urteil (Rdnr. 9). Zwar brauche das Grundbuchamt nicht selbst zu ermitteln, ob der Erblasser bei Errichtung der Verfügung von Todes wegen testierfähig war (Rdnr. 12).¹⁰ Es muss jedoch selbstständig entscheiden, ob bzw. ab wann es konkrete Zweifel annimmt.

Der BGH hat nun beschlossen, dass das Grundbuchamt von konkreten Zweifeln auszugehen hat, wenn das Nachlassgericht die Wirksamkeit einer Verfügung von Todes wegen überprüft (Rdnr. 14 f.). Demnach braucht das Grundbuchamt nicht aufgrund eigener Sachverhaltswürdigung zu dem Schluss zu kommen, dass die Verfügung von Todes wegen unwirksam sein könnte. Vielmehr reicht es aus, wenn das Grundbuchamt erfährt, dass das Nachlassgericht solche Zweifel hegt. Diese Aussagen gelten gleichermaßen für den Fall des Erwerbs vom nicht voreingetragenen und nicht durch Erbschein ausgewiesenen Erben wie im Fall des Erwerbs vom nicht mit Testamentsvollstreckerzeugnis ausgestatteten Testamentsvollstrecker.

Im Ergebnis vorhersehbar, aber auch nicht zu verschweigen ist des Weiteren, dass der BGH auch einem weiteren Gegenargument widerspricht: Der gemäß § 52 GBO im Grundbuch einzutragende Testamentsvollstrecker-Vermerk bietet dem Erwerber keine Rettung und steht auch den konkreten Zweifeln des Grundbuchamts nicht entgegen. Er erbringt keinen grundbuchverfahrensrechtlichen Nachweis betreffend die Verfügungsbefugnis eines bestimmten Testamentsvollstreckers (Rdnr. 26 ff.) und entfaltet im Übrigen auch keinen materiellrechtlichen Gutglaubensschutz (Rdnr. 30 ff.). Der Erwerber kann also nicht darauf vertrauen, dass er aufgrund des Testamentsvollstrecker-Vermerks und der vorgelegten Nachweise wirksam das Eigentum vom Testamentsvollstrecker erwerben kann. In gleicher Weise kann auch das Grundbuchamt aufgrund eines Testamentsvollstrecker-Vermerks nicht unterstellen, der Testamentsvollstrecker könne wirksam verfügen.

Aus notarieller Sicht ist die Konstellation etwas unglücklich: *Ex ante* gewährt § 35 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 2. Hs. GBO die *verfahrensrechtliche* Erleichterung, wonach zum Nachweis der Verfügungsbefugnis kein Testamentsvollstreckerzeugnis vonnöten ist, und dennoch gelingt *ex post* ohne ein solches Zeugnis der Grundbuchvollzug nicht.¹¹ Gerade in absehbar streitanfälligen Konstellationen mag der Fall des BGH die Empfehlung beinhalten, im Zweifel unter Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses zu beurkunden (womit zugleich dem Erwerber der Genuss von § 2368 Satz 2 1. Hs., §§ 2365, 2366 BGB vermittelt wird).¹²

5 So auch die Literatur, vgl. etwa Bauer/Schaub/Schaub, GBO, 5. Aufl. 2023, § 35 Rdnr. 143.

6 Siehe BGH, Beschluss vom 23.11.2011, IV ZR 49/11, ZEV 2012, 100 Rdnr. 21. So auch BeckOK-GBO/Wilsch, Stand: 01.11.2023, § 35 Rdnr. 124.

7 OLG Hamm, Beschluss vom 01.08.2014, I-15 W 427/13, MittBayNot 2015, 403, 404; OLG München, Beschluss vom 31.10.2014, 34 Wx 293/14, MittBayNot 2015, 221, 222; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.07.2018, I-3 Wx 259/17, MittBayNot 2019, 596 (Ls. 2); BeckOK-GBO/Wilsch, § 35 Rdnr. 124.

8 So auch Zimmer, NJW 2024, 548 Rdnr. 7.

9 OLG Hamm, Beschluss vom 01.08.2014, I-15 W 427/13, MittBayNot 2015, 403, 404; OLG München, Beschluss vom 31.10.2014, 34 Wx 293/14, MittBayNot 2015, 221, 222; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.07.2018, I-3 Wx 259/17, MittBayNot 2019, 596 Rdnr. 12.

10 So bereits OLG Hamm, Beschluss vom 01.08.2014, I-15 W 427/13, MittBayNot 2015, 403, 404.

11 So auch Zimmer, NJW 2024, 548 Rdnr. 4.

12 So auch Reimann, ZEV 2024, 168; Zimmer, NJW 2024, 548 Rdnr. 15.

3. Reaktionsmöglichkeiten des Grundbuchamts

Laut dem BGH kann das Grundbuchamt nicht selbst die Wirksamkeit der Verfügung von Todes wegen prüfen (Rdnr. 12). Bei Zweifeln kann es nur verlangen, dass ihm ein (weiterer) Nachweis des Erbrechts bzw. der Befugnis des Testamentsvollstreckers vorgelegt wird. Ob dieser Nachweis erteilt wird, entscheidet das Nachlassgericht im Verfahren auf Erteilung des Erbscheins bzw. Testamentsvollstreckerzeugnisses (Rdnr. 13, 17).

Der BGH führt nun zu Recht aus, dass das Grundbuchamt für den Fall, dass es den Nachweis der Verfügungsmacht bei bloßer Vorlage des notariellen Testaments etc. für nicht erbracht hält (§ 35 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. GBO), zum Regelfall des § 35 Abs. 1, 2 GBO zurückkehren und die Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses verlangen kann. Dieses Verlangen richtet das Grundbuchamt im Wege der Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. GBO) an den Antragssteller. Im zugrunde liegenden Fall bestand jedoch die Besonderheit, dass bereits ein Nachlassverfahren auf Erteilung eines Erbscheins durchgeführt wurde, in dessen Rahmen auch die Zweifel um die Wirksamkeit des Testaments zu klären waren. Daher hatte das Grundbuchamt theoretisch eine zweite Option, nämlich schlicht abzuwarten, welche Ergebnisse dieses Verfahren brächte. Würden die Zweifel an der Wirksamkeit des Testaments im bereits anhängigen nachlassgerichtlichen Verfahren ausgeräumt, so stünde auch dem Vollzug des Antrags nichts mehr im Weg.

Allerdings sieht die Grundbuchordnung das schlichte Zuwarten auf den Ausgang des Verfahrens eines anderen Gerichts nicht als verfahrensrechtlich ausdrücklich geregelte Option vor. Daher kommt der BGH zu dem Schluss, dass der Erlass einer Zwischenverfügung zutreffend war, es dem Antragssteller aber nun freistünde, entweder selbst ein Testamentsvollstreckerzeugnis zu beantragen (mit der Konsequenz, dass es zu einem zweiten nachlassgerichtlichen Verfahren gekommen wäre) oder aber eben doch abzuwarten, wie das Verfahren des gesetzlichen Erben auf Erteilung des seinerseits beantragten Erbscheins ausgehen würde (Rdnr. 17 a. E.).

4. Verfahrensrechtliches Nachweiserfordernis und materiellrechtlicher Gutgläubensschutz

Die insbesondere auf der Gesetzessystematik beruhende Argumentation des BGH überzeugt. Aus *verfahrensrechtlicher* Sicht sind die Kompetenzen des Grundbuchamts und diejenigen des Nachlassgerichts klar voneinander abzugrenzen. Aus *materiellrechtlicher* Sicht entfalten die notarielle Verfügung von Todes wegen, die Eröffnungsniederschrift und die Bestätigung des Nachlassgerichts über die Amtsannahme des Testamentsvollstreckers *keinen* Gutgläubensschutz zugunsten des Erwerbers.¹³ Darin liegt ein wichtiger Unterschied zum Erwerb von einem mittels eines Erbscheins ausgewiesenen Erben sowie zum Erwerb von

einem mit Testamentsvollstreckerzeugnis ausgestatteten Testamentsvollstrecker, §§ 2365, 2366, 2368 Satz 2 1. Hs. BGB.¹⁴ Veräußert ein Erbe unter Vorlage eines wirksamen Erbscheins einen Nachlassgegenstand, so schützt das Gesetz den guten Glauben des Erwerbers an das Erbrecht¹⁵ und damit an die Verfügungsbefugnis des (Schein-)Erben bzgl. des Nachlassgegenstands, § 2366 BGB. Gleichmaßen kann der gutgläubige Erwerber darauf vertrauen, dass der (Schein-)Testamentsvollstrecker das Amt des Testamentsvollstreckers angenommen hat und er in dem im Zeugnis verlautbarten Umfang zu Verfügungen über Nachlassgegenstände befugt ist, solange das Testamentsvollstreckerzeugnis wirksam ist.¹⁶ Demnach bewirken Erbschein und Testamentsvollstreckerzeugnis einen deutlich stärkeren Erwerbsschutz als die bloße Vorlage der notariellen Verfügung von Todes wegen (mitsamt Eröffnungsniederschrift und ggf. Amtsannahmeerklärung). Dieses Konvolut mag zum Nachweis im Grundbuchverfahren geeignet sein, einen Schutz des guten Glaubens des Erwerbers vermittelt es hingegen letztlich nicht nur kaum, sondern überhaupt nicht.

Es ist daher in den Fällen des § 35 Abs. 1 Satz 2 1. Hs., Abs. 2 2. Hs. GBO gerechtfertigt, wenn das Grundbuchamt einen Antrag auf Eigentumsumschreibung nicht vollzieht, solange ihm bekannt ist, dass konkrete Zweifel an der Wirksamkeit der notariellen Verfügung von Todes wegen bestehen. Das Grundbuchamt würde in dieser Situation gerade nicht einen materiellrechtlich möglichen gutgläubigen Erwerb verhindern, da ein solcher eben gar nicht möglich wäre.

Diese Überlegungen gelten überdies nicht nur für den Fall des Eigentumsübergangs, sondern für alle sonstigen Verfügungen über zum Nachlass gehörende Immobilien (insbesondere Belastungen) ebenso.

5. Maßstäbe bei Verfügungen durch die Erben über eine Nachlassimmobilie

Der Beschluss des BGH bietet Anlass, den viel häufigeren Fall der Verfügung über eine Nachlassimmobilie unmittelbar durch die Erben selbst zu betrachten und sich zu vergegenwärtigen, wie in diesen Fällen mit etwaigen Zweifeln an der Erbenstellung der Verfügenden umzugehen ist. Drei Fallgestaltungen sind hier zu unterscheiden:

a) Vorlage der notariellen Verfügung von Todes wegen

Erben können in gewissen Grenzen über eine Nachlassimmobilie unter Vorlage einer notariellen Verfügung von Todes wegen mitsamt Eröffnungsniederschrift (§ 35 Abs. 1 Satz 2 1. Hs. GBO) verfügen, ohne dass das Grundbuch zuvor auf sie berichtigt werden muss (§ 40 Abs. 1 GBO). Konkret ermöglicht § 40 Abs. 1 GBO einen Verzicht auf die Voreintragung des Erben im Fall der Übertragung oder Aufhebung

¹⁴ Zimmer, NJW 2024, 548 Rdnr. 14.

¹⁵ Staudinger/Herzog, Neub. 2016, § 2366 Rdnr. 30 f.; Burandt/Rojahn/Gierl, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 2366 Rdnr. 8; MünchKomm-BGB/Grziwotz, 9. Aufl. 2022, § 2366 Rdnr. 24.

¹⁶ Zahn, MittRhNotK 1990, 90, 103.

¹³ OLG Braunschweig, Beschluss vom 12.02.2019, 1 W 19/17, FGPrax 2019, 83; BeckOK-BGB/Siegmann/Höger, Stand: 01.11.2023, § 2368 Rdnr. 3; BeckOGK-BGB/Neukirchen, § 2368 Rdnr. 114.

eines Rechts.¹⁷ Kommen in diesem Fall konkrete Zweifel an der Wirksamkeit der Verfügung von Todes wegen auf, so hat das Grundbuchamt ebenso zu verfahren wie in dem vom BGH entschiedenen Fall, mithin im Wege der Zwischenverfügung die Vorlage eines Erbscheins zu verlangen. Auch in diesem Fall müssen die Maßstäbe des BGH zur Aufgabenverteilung zwischen Nachlassgericht und Grundbuchamt gelten. Die notarielle Verfügung von Todes wegen entfaltet keine Gutgläubenswirkung zugunsten des Erwerbers. Die Gutgläubensvorschriften der §§ 892, 2365, 2366 BGB gelangen nicht zur Anwendung, da die veräußernden Erben weder im Grundbuch eingetragen sind noch ihr Erbrecht und damit ihre Verfügungsbefugnis mittels eines Erbscheins nachweisen können.¹⁸ Die Vorschriften der § 40 Abs. 1, § 35 Abs. 1 Satz 2 1. Hs. GBO helfen nur, das grundsätzlich geltende *grundbuchverfahrensrechtliche* Voreintragungserfordernis (§ 39 GBO) sowie die Notwendigkeit des Nachweises der Erbfolge mittels eines Erbscheins (§ 35 Abs. 1 Satz 1 GBO) zu überwinden. Auch in dieser Konstellation würde das Grundbuchamt mithin keinen gesetzlich ermöglichten gutgläubigen Erwerb verhindern.

b) Vorlage eines Erbscheins

Insbesondere wenn es keine oder nur eine privatschriftliche Verfügung von Todes wegen gibt, weisen die Erben des Grundstückseigentümers ihre Verfügungsmacht gegenüber dem Grundbuchamt (§ 35 Abs. 1 Satz 1 GBO) und dem Notar (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG) durch Vorlage eines Erbscheins nach.

Die Urschrift und jede Ausfertigung des Erbscheins entfalten sog. *abstrakten Gutgläubensschutz*, § 2366 BGB. Der Erwerber eines Rechts kann sich auf die Stellung des Erben auch dann verlassen, wenn der Erbe ihm den Erbschein gar nicht vorlegt.¹⁹ Der wirksame Erbschein als Rechtsscheinträger und der gute Glaube des Erwerbers müssen allerdings *bis zur Vollendung* des Verfügungsgeschäfts vorliegen, § 2366 BGB. Denn im Recht des Erbscheins fehlt es an einer § 892 Abs. 2 BGB vergleichbaren Regelung, die sich auf das Stellen des Eintragungsantrags bezieht.²⁰ Abgeschlossen ist der Erwerbstatbestand eines Grundstücksrechts²¹ erst mit der Eintragung des Rechts im Grundbuch.

Der öffentliche Glaube des Erbscheins besteht nicht mehr, sobald dieser kraftlos wird. Kraftlos wird der Erbschein, indem das Nachlassgericht ihn einzieht, § 2361 Satz 2 BGB. Zieht das Nachlassgericht den Erbschein vor der Eintragung des Grundstücksrechts ein, scheidet ein gutgläubiger Erwerb auf dieser Grundlage mithin aus. Abgesehen davon schadet es dem Erwerber nur, wenn er die Unrichtigkeit des Erbscheins oder das Rückgabeverlangen des Nachlassgerichts kennt, § 2366 BGB. Hat der Erwerber aber gutgläubig eine *Eigentumsvormerkung* vom Erbscheinserben gemäß § 885 Abs. 1 Satz 1, §§ 883, 2367 BGB erworben,²² so schützt wiederum die Vormerkung auch seinen späteren Erwerb des Eigentums, § 883 Abs. 2 Satz 1 BGB.²³ Für den Grundstückskauf vom Erbscheinserben ist also regelmäßig entscheidend, ob zum Zeitpunkt der *Eintragung* der Eigentumsvormerkung in das Grundbuch ein wirksamer Erbschein vorlag und der Erwerber nicht bösgläubig war.

Man mag sich nun jedoch fragen, ob das Grundbuchamt im Falle konkreter Zweifel an der Wirksamkeit der Verfügung von Todes wegen und somit an der *im Erbschein* bezeugten Erbfolge eine entsprechende Entscheidung des Nachlassgerichts *abzuwarten* hätte, bevor es die beantragte Eintragung vornimmt. Über diesen Fall hatte der BGH nicht zu entscheiden und dem Beschluss lässt sich auch keine deutliche diesbezügliche Aussage entnehmen.

Eine solche Vorgehensweise wäre jedoch verfehlt. Denn damit würde das Grundbuchamt die Funktionsverteilung zwischen Nachlassgericht und Grundbuchamt missachten.²⁴ Die Vermutung des § 2365 BGB gilt auch für das Grundbuchamt.²⁵ Über die Wirksamkeit eines Erbscheins entscheidet das Nachlassgericht im Verfahren über die Einziehung, § 2361 BGB. Das Nachlassgericht, nicht das Grundbuchamt, trägt die Verantwortung für die Richtigkeit des Erbscheins.²⁶ Ein Übergriff des Grundbuchamts dahin gehend, den Erbschein – auch durch bloßes Zuwarten – nicht als wirksam anzuerkennen und den Vollzug zu verzögern, widerspräche dieser Kompetenzverteilung. Hier von unberührt bleibt die Möglichkeit der Rückfrage durch das Grundbuchamt beim Nachlassgericht, sodass dieses einen etwa nun als unrichtig erkannten Erbschein einziehen

17 Höchstrichterlich noch ungeklärt ist, ob die Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz auch dann gilt, wenn die Erben die Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld (Belastung) bewilligen. Zuletzt hatten beispielsweise das KG mit Beschluss vom 22.10.2020, 1 W 1357/20, MittBayNot 2021, 245 und das OLG Hamburg mit Beschluss vom 20.12.2021, 13 W 162/21, ErbR 2023, 55 entschieden, dass jedenfalls im Falle des Handelns eines transmortale Bevollmächtigten keine Voreintragung der Erben bei Bewilligung einer Finanzierungsgrundschuld erforderlich ist.

18 So auch Zimmer, NJW 2024, 548 Rdnr. 12.

19 BGH, Beschluss vom 05.07.1963, V ZB 7/63, NJW 1963, 1972, 1974; OLG Köln, Beschluss vom 12.03.1990, 2 Wx 6/90, OLGZ 1990, 303; BeckOGK-BGB/Wall, Stand: 01.09.2023, § 2366 Rdnr. 23 m. w. N.

20 MünchKomm-BGB/Grziwotz, § 2366 Rdnr. 17.

21 Siehe dazu BGH, Urteil vom 22.05.1957, IV ZR 4/57, BeckRS 1957, 31378952.

22 Siehe dazu BGH, Urteil vom 10.12.1971, V ZR 90/69, NJW 1972, 434, 435; MünchKomm-BGB/Grziwotz, § 2367 Rdnr. 8.

23 BGH, Urteil vom 10.12.1971, V ZR 90/69, NJW 1972, 434, 435; MünchKomm-BGB/Grziwotz, § 2366 Rdnr. 17. Meinungsstand bei DNotI-Report 2006, 45, 47.

24 Siehe hierzu Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 784 m. w. N zur h. M.; KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, 9. Aufl. 2024, § 35 Rdnr. 63.

25 OLG München, Beschluss vom 27.02.2012, 34 Wx 548/11, RNotZ 2012, 286, 288; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 01.11.2028, 20 W 272/18, NJOZ 2019, 1592, 1593; BeckOK-GBO/Wiltsch, § 35 Rdnr. 51; KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, § 35 Rdnr. 63.

26 BayObLG, Beschluss vom 14.11.1996, 2 Z BR 83/96, DNotZ 1998, 138, 140; Demharter, GBO, § 35 Rdnr. 27; KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, § 35 Rdnr. 64, 65.

kann.²⁷ Das Recht zur Rückfrage berechtigt allerdings nicht zur Verzögerung des Vollzugs.²⁸

Hinzukommt, dass dem unwissenden Erwerber dessen *materiellrechtlicher Gutgläubensschutz* genommen wird. Könnte das Grundbuchamt die Eigentumsumschreibung wegen Zweifeln an der Richtigkeit des Erbscheins aussetzen, würde es einen nicht im BGB vorgesehenen Grund zur Verhinderung des gutgläubigen Erwerbs schaffen. Der wahre Erbe wird immerhin durch den Erbschaftsanspruch nach §§ 2018, 2019 Abs. 1 BGB und den Bereicherungsanspruch nach § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB geschützt. Im *Grundbuchverfahren* entfaltet der Erbschein jedoch volle Beweiskraft für das Bestehen des darin bezeugten Erbrechts.²⁹ Daher *muss* das Grundbuchamt die Richtigkeit des erteilten Erbscheins unterstellen, bis das Nachlassgericht diesen tatsächlich einzieht, § 2361 BGB. Einzige anerkannte Ausnahme hierzu ist die eng umgrenzte Fallgruppe der *dem Nachlassgericht unbekannt gebliebenen Tatsachen*, die erst dem Grundbuchamt zur Kenntnis gelangen und dieses mit einem sehr hohen Grad an Wahrscheinlichkeit davon ausgehen lassen, dass das Nachlassgericht bei Kenntnis der Tatsachen den Erbschein sicher einziehen wird.³⁰ Erst ab der Einziehung kann und muss das Grundbuchamt davon ausgehen, dass die Erbscheinserben nicht die wahren Erben sind. Dann kann und darf es die beantragte Eigentumsumschreibung nicht vornehmen.

c) Verfügung nach bereits erfolgter Grundbuchberichtigung

Die Erben können das Grundbuch mittels eines Erbscheins oder einer notariellen Verfügung von Todes wegen mitsamt Eröffnungsbeschluss zunächst gemäß §§ 22, 35 Abs. 1 GBO berichtigen lassen, sodass sie selbst (ggf. in Erbengemeinschaft) als Eigentümer der betreffenden Nachlassimmobilie eingetragen sind. Maßgebender Rechtsscheinträger für den gutgläubigen Erwerb ist dann der Eintrag der Erben als Eigentümer im *Grundbuch*, § 891 Abs. 1, § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB.³¹ Die Vermutung nach § 891 Abs. 1 BGB gilt auch für das Grundbuchamt selbst.³² Der Erbschein spielt insoweit keine Rolle mehr. Hat der Erwerber gutgläubig die Vormerkung von den im Grundbuch eingetragenen (Schein-)Eigentümern erworben, schützt zudem die Vormerkung seinen späteren Eigentumserwerb, §§ 892, 893,

893 Abs. 2 Satz 1 BGB.³³ Wird anschließend der Erbschein eingezogen und ein Widerspruch gegen die (zu Unrecht eingetragene) Eigentümer im Grundbuch eingetragen, kann der Erwerber dennoch wirksam das Eigentum erwerben und das Grundbuchamt hat die entsprechenden Eintragungsanträge zu vollziehen. In diesem Fall kann das Grundbuchamt *erst recht* nicht wegen Zweifeln an den im Erbschein ausgewiesenen Erben die Eigentumsumschreibung auf den Erwerber verweigern.

6. Maßstäbe bei Verfügungen durch den Testamentsvollstrecker mit Testamentsvollstreckerzeugnis

Im Regelfall veräußert ein Testamentsvollstrecker ein Nachlassgrundstück unter Vorlage einer Urschrift oder Ausfertigung des Testamentsvollstreckerzeugnisses. Grundbuchverfahrensrechtlich entfaltet dieses Zeugnis vollen Beweis für die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers, § 35 Abs. 2 1. Hs. GBO.³⁴ Materiellrechtlich entfaltet es einen abstrakten Gutgläubensschutz zugunsten des Erwerbers, §§ 2368, 2366 BGB.³⁵ Wegen des Verweises in § 2368 Satz 2 1. Hs. BGB auf das Recht des Erbscheins gilt für das Testamentsvollstreckerzeugnis der Gutgläubensschutz des Erbscheins entsprechend: Bis zur *Vollendung* des Erwerbsstatbestands (ggf. hinsichtlich der Eigentumsvormerkung) müssen das wirksame Testamentsvollstreckerzeugnis und der gute Glaube des Erwerbers vorliegen. Wird das Testamentsvollstreckerzeugnis eingezogen, so wird es kraftlos. Dann kann es auch keinen Gutgläubensschutz mehr bewirken, § 2368 Satz 2 i. V. m. § 2361 Satz 1 BGB.³⁶ Demnach stehen nur die Einziehung des Zeugnisses oder eine positive Kenntnis des Erwerbers einem gutgläubigen Erwerb des Rechts vom Testamentsvollstrecker entgegen. Wegen dieser starken Rechtswirkungen können *Zweifel* an der Richtigkeit des Zeugnisses entgegen einer vom BayObLG vertretenen Ansicht³⁷ nicht ausreichen, damit das Grundbuchamt die Eigentumsumschreibung verweigern kann. Vielmehr muss das Grundbuchamt den Eintragungsantrag vollziehen. Andernfalls würde auch in dieser Konstellation das Grundbuchamt einen weiteren, nicht im BGB vorgesehenen Ausschlussstatbestand des gutgläubigen Rechtserwerbs (vom Testamentsvollstrecker) schaffen.

27 Siehe hierzu *Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 27; *Bauer/Schaub/Schaub*, GBO § 35 Rdnr. 95, 96.

28 Siehe zu etwaigen Haftungsgefahren seitens des Grundbuchamts *KEHE/Volmer*, Grundbuchrecht, § 35 Rdnr. 63.

29 OLG Köln, Beschluss vom 02.01.2012, 2 Wx 240/11, FGPrax 2012, 57; OLG München, Beschluss vom 21.12.2015, 34 Wx 245/15, RNotZ 2016, 185, 187; *BeckOK-GBO/Wilsch*, § 35 Rdnr. 49.

30 BayObLG, Beschluss vom 22.03.1990, BReg. 2 Z 112/89, BayObLGZ 1990, 82, 86; *Bauer/Schaub/Schaub*, GBO § 35 Rdnr. 97 ff.; *Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 27.

31 *Zimmer*, NJW 2024, 548 Rdnr. 13. Vgl. auch DNotI-Report 2019, 140, 141.

32 OLG München, Beschluss vom 21.12.2015, 34 Wx 245/15, RNotZ 2016, 185, 187.

33 BGH, Urteil vom 10.12.1971, V ZR 90/69, NJW 1972, 434, 435.

34 *BeckOGK-BGB/Neukirchen*, § 2368 Rdnr. 92. Vgl. auch BayObLG, Beschluss vom 22.03.1990, BReg. 2 Z 112/89, NJW-RR 1990, 844; OLG München, Beschluss vom 30.06.2010, 34 Wx 31/10, ZEV 2011, 195.

35 *BeckOGK-BGB/Neukirchen*, § 2368 Rdnr. 88; *Beck'sches Notar-Handbuch/Heckschen/Herrler/Münch*, 8. Aufl. 2024, § 1 Rdnr. 644.

36 *BeckOGK-BGB/Neukirchen*, § 2368 Rdnr. 86; *MünchKommBGB/Grziwotz*, § 2368 Rdnr. 46; *Burandt/Rojahn/Gierl*, Erbrecht, § 2368 BGB Rdnr. 15.

37 BayObLG, Beschluss vom 22.12.2004, 2 Z BR 215/04, FGPrax 2005, 56, 57.

7. Fazit

Die notariell beurkundete Verfügung von Todes wegen hat zahlreiche Vorteile, sie bewirkt allerdings keinen materiell-rechtlichen Gutglaubensschutz. Der Erwerber eines Grundstücksrechts kann daher nicht sicher darauf vertrauen, dass die in der Verfügung eingesetzten Erben oder ein handelnder Testamentsvollstrecker wirklich verfügungsbefugt sind. Überprüft das Nachlassgericht die Wirksamkeit der Verfügung, darf das Grundbuchamt die Eintragung eines Rechts zugunsten eines Erwerbers bis zur Entscheidung des Nachlassgerichts nicht vornehmen. Wie die zutreffende Entscheidung des BGH zeigt, birgt die Beurkundung von Immobilienveräußerungen ohne Vorlage eines Erbscheins bzw. eines Testamentsvollstreckerzeugnisses somit ein gewisses, einzelfallabhängig zu beurteilendes Risiko, dass der Vollzug durch nachträglich bekanntwerdende *konkrete* Zweifel an der Wirksamkeit der Verfügung von Todes wegen spürbar verzögert wird: Ein im Vorfeld für den Notar und die Beteiligten unter Umständen nur schwer abschätzbares Risiko.

Handelt dagegen ein Erbe aufgrund Erbscheins oder ein Testamentsvollstrecker aufgrund Testamentsvollstreckerzeugnisses, so schützt das materielle Recht den Glauben des Erwerbers an die Verfügungsmacht, bis der jeweilige Nachweis kraftlos wird. Ein gutgläubiger Erwerb vom Erbscheinserben oder Scheintestamentsvollstrecker ist nur wirksam, wenn der jeweilige Nachweis bis zur Vollen- dung des Erwerbstatbestands (regelmäßig bezogen auf die Eigentumsvormerkung) wirksam war. In diesen Fällen kann das Grundbuchamt nicht den Vollzug aussetzen, selbst wenn es konkrete Zweifel an der Wirksamkeit der zugrunde liegenden Verfügung von Todes wegen hat.

Notarielle Online-Verfahren in Deutschland – Hintergründe, Besonderheiten und Praxisfragen

Von Notarassessor **Alexander Walch**, Berlin



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Seit knapp zwei Jahren gibt es in Deutschland die Möglichkeit, bestimmte Beurkundungen und Beglaubigungen auch online durchzuführen. Zurück geht das Verfahren auf die europäische Richtlinie (EU) 2019/1151 vom 20.06.2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht (sog. Digitalisierungsrichtlinie – DigRL).¹ Pünktlich zum Ablauf der Umsetzungsfrist traten am 01.08.2022 das Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG)² sowie Teile des Gesetzes zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiREG)³ in Kraft. Zahlreiche Abläufe im Rahmen notarieller Amtstätigkeit funktionierten zu diesem Zeitpunkt zwar bereits digital: Seit 2003 können Vorsorgeurkunden im Zentralen Vorsorgeregister registriert werden, seit 2007 kommunizieren Notare und Gerichte elektronisch über die sichere EGVP-Infrastruktur, seit 2012 ist das Nachlasswesen dank des Zentralen Testamentsregisters digitalisiert und seit 2022 führt jeder Notar ein Urkundenverzeichnis sowie eine elektronische Urkundensammlung. Beurkundungen und Beglaubigungen erforderten bis dahin jedoch stets die physische Anwesenheit der Beteiligten.

Anlässlich des zweijährigen Jubiläums der Online-Verfahren blickt der Beitrag zurück auf deren Entstehungsgeschichte, den rechtlichen Rahmen sowie die Umsetzung in Deutschland und ausgewählten anderen EU-Mitgliedstaaten. Ein besonderes Augenmerk gilt dabei den technischen und rechtlichen Anforderungen des deutschen Beurkundungsrechts, die für Online-Verfahren ein dem persönlichen Erscheinen funktionsäquivalentes Verfahren auf höchstem Sicherheitsniveau garantieren, sowie den praktischen Auswirkungen der unterschiedlichen Umsetzungen in anderen Mitgliedstaaten.

I. Das Gesetzgebungsverfahren auf europäischer und nationaler Ebene

1. „Company Law Package“ der EU-Kommission

Als Teil der Gesamtstrategie für einen digitalen Binnenmarkt beabsichtigte die EU u. a., das Gesellschaftsrecht an das digitale Zeitalter anzupassen.⁴ Nach Durchführung

einer öffentlichen Konsultation⁵ legte die EU-Kommission am 25.04.2018 erstmals ihren Vorschlag für ein Company Law Package vor.⁶ Bestandteil des Gesetzgebungspakets war – neben der sog. Mobilitäts- bzw. Umwandlungsrichtlinie – die eingangs erwähnte Digitalisierungsrichtlinie. Deren grundlegende Maßgaben zeichnen die Erwägungsgründe vor: Digitale Werkzeuge und Verfahren sollen den Binnenmarkt im Bereich des Gesellschaftsrechts vereinfachen, modernisieren und beschleunigen (ErwG 2 der DigRL). Insbesondere sollen Gesellschaften vollständig online gegründet werden können (ErwG 8 Satz 1 der DigRL). Mit Blick auf ihre gesellschaftsrechtlichen Traditionen können die Mitgliedstaaten für Online-Verfahren auch Notare einbinden, vor allem um die Rechts- und Geschäftsfähigkeit sowie die Identität der Beteiligten zu prüfen und die Verlässlichkeit der Registerinhalte sicherzustellen (ErwG 19 Satz 1, 22 Satz 1 und 4 der DigRL). Der Rechtsverkehr soll vereinfacht werden, nicht jedoch zulasten des bestehenden, hohen Sicherheitsniveaus (ErwG 2, 3 und 10 Satz 5 der DigRL).

Aus Sicht des deutschen Rechtsverkehrs sind die vorstehenden Erwägungen zu begrüßen. Wegen der Publizitätswirkung deutscher Register ist ein verfahrensrechtlich gewährleisteter hoher Sicherheitsstandard in Anbetracht der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie jedoch ohnehin zwingend.⁷ Öffentliche Register wie das Grundbuch oder das Handelsregister bieten Bürgern, Wirtschaft und Verwaltung in allen Bereichen nicht nur eine zuverlässige, schnell und unkompliziert erreichbare Informationsquelle. Aufgrund der sorgfältigen Eingangskontrolle durch Notare und Registergerichte (sog. Vier-Augen-Prinzip) kommt deutschen Registern über eine reine Informations- auch eine Publizitätsfunktion zu.⁸ Der gesamte internationale Rechtsverkehr kann ohne größeren Aufwand oder professionelle Hilfe auf wesentliche Unternehmensangaben zugreifen und auf die Registereintragungen vertrauen. Dieser niederschwellige und gleichzeitig vertrauenswürdige Zugang schafft Rechtssicherheit, sichert kleinen Unternehmen im Wettbewerb gleiche Chancen und beschleunigt die Abwicklung zahlreicher Rechtsgeschäfte erheblich.⁹ Hin-

1 ABI. 2019 Nr. L 186, 80.

2 BGBl. 2021 I, S. 3338.

3 BGBl. 2022 I, S. 1146.

4 *Bormann/Stelmaszczyk*, NZG 2019, 601.

5 Konsultation „EU Company law upgraded“, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/newsroom/just/items/58190/de>, zuletzt abgerufen am 02.07.2024.

6 *Bormann/Stelmaszczyk*, NZG 2019, 601.

7 *Bormann/Stelmaszczyk* in FS 25 Jahre Deutsches Notar-institut, 2018, S. 423.

8 BT-Drucks. 18/10607, S. 105.

9 Ausführlich *Krafka* in MünchKomm-HGB, 5. Aufl. 2021, § 8 Rdnr. 4 ff.

gegen haben Länder ohne öffentliche Präventivkontrolle mit Missbräuchen beispielsweise in Form von „Company Hijacking“ oder „Corporate Identity Theft“ zu kämpfen. Bei Transaktionen muss der Rechts- und Wirtschaftsverkehr mangels eines mit Publizitätswirkungen ausgestatteten öffentlichen Registers auf umfangreiche, zeit- und kostenintensive rechtliche Prüfungen und Gutachten (in Form sog. Legal Opinions oder Due-Diligence-Prüfungen) zurückgreifen, um ein gewisses Maß an Sicherheit zu erlangen.¹⁰ Schließlich sorgt die Publizitätswirkung dafür, dass langwierige Gerichtsverhandlungen in aller Regel vermieden werden können. Alles in allem bietet ein zuverlässiges Registerwesen also nicht nur individuelle Vorteile, sondern stellt einen erheblichen Standortvorteil dar.¹¹

2. Rolle der Notare in Europa

Die Digitalisierungsrichtlinie baut auf der Ersten Richtlinie (EWG) 68/151 des Rates vom 09.03.1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen auf, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Abs. 2 des Vertrags im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten (Publizitätsrichtlinie),¹² sowie der Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.06.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts (Gesellschaftsrechtsrichtlinie).¹³ Wie ihre Vorgänger erkennt sie die zentrale Bedeutung einer notariellen Mitwirkung für rechtssichere, funktionsfähige öffentliche Register ausdrücklich an. Bereits die Publizitätsrichtlinie sah vor, dass wesentliche Gesellschaftsdokumente nicht nur veröffentlicht, sondern zum Schutz des Rechtsverkehrs vorab sorgfältig geprüft werden müssen. Damit Registereinträgen zu Kapitalgesellschaften unionseinheitlich eine hohe Qualität und Verlässlichkeit zukommt, verpflichtete Art. 10 der Richtlinie sämtliche Mitgliedstaaten, eine öffentliche Beurkundung von Errichtungsakt und Satzung der Gesellschaft sowie Änderungen dieser Akte vorzusehen, sofern deren Rechtsvorschriften bei einer Gesellschaftsgründung keine vorbeugende Verwaltungs- oder gerichtliche Kontrolle kannten. Notarielle, behördliche und gerichtliche Kontrolle waren gleichwertige Mittel, um eine sorgfältige Eingangskontrolle sicherzustellen.¹⁴ Diese Vorgabe hat die Gesellschaftsrechtsrichtlinie unverändert übernommen. Die notariellen Aufgaben im Gesellschaftsrecht blicken auf europäischer Ebene demnach auf eine jahrzehntelange Tradition zurück.

10 *Bormann/Stelmaszczyk* in FS 25 Jahre Deutsches Notarinstitut, S. 418 f.; *Bormann/Stelmaszczyk*, ZIP 2018, 764, 769.

11 Zur Bedeutung öffentlicher Register *Stelmaszczyk/Wosgien*, EuZW 2023, 550, 552 f.

12 ABl. 1968 Nr. L 65, 8.

13 ABl. 2017 Nr. L 169, 46.

14 Wegen der unterschiedlichen gesellschaftsrechtlichen Traditionen der Mitgliedstaaten ist Art. 10 lediglich eine Mindestvorgabe, sodass dieser etwa auch eine präventive Kontrolle durch eine Kombination von Notaren und Registergerichten zulässt. Ausführlich hierzu *Bormann/Wosgien* in FS Frenz, 2024, S. 59, 63 f. m. w. N.

3. Rahmenbedingungen der Digitalisierungsrichtlinie

Die Digitalisierungsrichtlinie hat den Grundstein für Online-Gründungen in Deutschland gesetzt. Naturgemäß war diese jedoch noch in nationales Recht umzusetzen. Im Fall der Digitalisierungsrichtlinie war dies allein schon deshalb notwendig, weil diese das Verfahren zur Online-Gründung gerade nicht kennt. Vielmehr gibt sie den nationalen Gesetzgebern lediglich ein Ziel sowie gewisse Mindestvoraussetzungen vor. Für die konkrete Ausgestaltung des Online-Verfahrens bestanden zahlreiche Mitgliedstaatenoptionen – und damit nicht unerhebliche Gestaltungsspielräume.¹⁵ Die Anforderungen sind im Einzelnen in den Art. 13 ff. der DigRL geregelt.

Neben den mindestens zu erfassenden Rechtsformen und Gründungsvarianten¹⁶ sieht Art. 13g der DigRL in dessen Abs. 3 Mindestvoraussetzungen für das Verfahren zur Online-Gründung vor, die teilweise sehr allgemein gehalten sind.¹⁷ Die Mitgliedstaaten haben hiernach insbesondere zu gewährleisten, dass die Gründer rechts- und geschäftsfähig sowie vertretungsbefugt sind. Auch eine Identitätsprüfung ist obligatorisch. Hierfür sind die Vertrauensdienste der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.07.2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG (eIDAS-Verordnung)¹⁸ zu nutzen. Neben den elektronischen Identifizierungsmitteln des jeweiligen Mitgliedstaats sind auch solche anderer Mitgliedstaaten anzuerkennen, sofern diese den Anforderungen für eine Anerkennung gemäß Art. 6 eIDAS-VO genügen. Dies erfordert neben einer Notifizierung, dass dem ausländischen Identifizierungsmittel ein mindestens ebenso hohes Vertrauensniveau zukommt, wie der inländische Online-Dienst es fordert.¹⁹ Unterschreitet das ausländische Identifizierungsmittel dieses Vertrauensniveau, gestattet Art. 13b Abs. 2 der DigRL den Mitgliedstaaten ausdrücklich dessen Zurückweisung, um eine Umgehung des eigenen hohen Sicherheitsniveaus zu verhindern.²⁰ Darüber hinaus erlaubt ErwG 22 Satz 1 der DigRL ergänzende elektronische Kon-

15 *Bormann/Stelmaszczyk*, NZG 2019, 601, 602; *Bock*, DNotZ 2018, 643, 659.

16 Gemäß Anhang II der Gesellschaftsrechtsrichtlinie erstreckt sich diese in Deutschland auf die Rechtsformen AG, KGaA, GmbH, UG (haftungsbeschränkt). Das Verfahren zur Online-Gründung kann nach Art. 13g Abs. 1 UAbs. 2, Art. 13g Abs. 4 lit. d sowie Anhang IIA der DigRL auf die Bargründung einer GmbH beschränkt werden.

17 Art. 13g Abs. 4 sowie Art. 13j Abs. 3 und 5 der DigRL sehen weitere Mitgliedstaatenoptionen vor, u. a. für eine Rechtmäßigkeitskontrolle des Gründungsakts, den Umgang mit disqualifizierten Geschäftsführern, eine Beteiligung von Notaren sowie das Verfahren zur Vorlage von Urkunden.

18 ABl. 2014 Nr. L 257, 73.

19 *Stelmaszczyk/Kienzle*, ZIP 2021, 765, 769 f.; ferner *Drews* in BeckOK-IT-Recht, Stand: 01.04.2022, Art. 6 eIDAS-VO Rdnr. 4.

20 *J. Schmidt*, ZIP 2021, 112, 113 f.; *Bormann/Stelmaszczyk*, NZG 2019, 601, 607.

trollen der Identität. Lässt sich die Identität im Einzelfall nicht sicher feststellen, kann das Verfahren ausnahmsweise auch ein physisches Erscheinen einer beteiligten Person vorsehen, Art. 13b Abs. 4 der DigRL.

4. Zwei Umsetzungsgesetze

Der deutsche Gesetzgeber setzte sich vertieft mit den verschiedenen Zwecken der notariellen Beurkundung sowie der besonderen Situation bei Online-Verfahren auseinander²¹ und entschied sich mit dem DiRUG letztlich zunächst für eine Mindestumsetzung der Digitalisierungsrichtlinie.²² Ausschlaggebend für diese Entscheidung war, dass Online-Verfahren gerade für die Bargründung einer GmbH besonders geeignet schienen, für eine Vielzahl anderer Beurkundungsgegenstände hingegen andere Formzwecke im Vordergrund stehen.²³ Denn neben der bei Gründungen typischerweise bestehenden legitimen Eilbedürftigkeit²⁴ weisen Gründer regelmäßig bereits eine gewisse Geschäftserfahrung auf. Mitursächlich war letztlich auch ein gewisser Zeitdruck wegen des absehbaren Endes der Legislaturperiode, wodurch das Gesetzgebungsvorhaben in die Diskontinuität gefallen wäre.²⁵ Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags forderte die Bundesregierung jedoch dazu auf, zeitnah in der nächsten Legislaturperiode einen Vorschlag für weitere Anwendungsbereiche notarieller Online-Verfahren vorzulegen.²⁶

Diesen Ball aufgreifend folgte nach entsprechender Vereinbarung im Koalitionsvertrag²⁷ bereits am 22.03.2022 der Referentenentwurf sowie am 13.04.2022 der zugehörige Entwurf der Bundesregierung. Beschlossen wurde das DiREG schließlich am 15.07.2022, und damit noch vor Inkrafttreten des eigentlichen Umsetzungsgesetzes.²⁸ Seine Änderungen bzw. Ergänzungen traten mit Blick auf den technischen Mehraufwand gestaffelt in Kraft – teilweise direkt zum 01.08.2022, teilweise mit einer einjährigen Übergangsfrist zum 01.08.2023.²⁹ Neben weiteren Beglaubigungen bezog das DiREG – mit Blick auf die unterschiedlichen Formzwecke – nur solche beurkundungsbedürftige Rechtsgeschäfte ein, die ihrer Struktur nach der konsensualen Gesellschaftsgründung entsprechen, etwa Satzungsänderun-

gen.³⁰ Mit der Erweiterung, nahm das DiREG auch bewusst Schwachstellen des DiRUG ins Visier: Da nunmehr Anmeldungen von Personenhandelsgesellschaften erfasst waren, konnten auch GmbH & Co. KGs vollständig online gegründet werden.³¹

Eine vorerst letzte Änderung erhielt der Anwendungsbereich am 01.01.2024 mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG)³². Da § 707b Nr. 2 BGB umfassend auf § 12 HGB verweist, fallen Anmeldungen zum Gesellschaftsregister „automatisch“ in den Anwendungsbereich der Online-Verfahren.

Abschließend lässt sich also festhalten, dass beide Gesetze – im Einklang mit ErWG 19 Satz 1 der DigRL – die Digitalisierungsrichtlinie unter möglichst weitgehender Wahrung der etablierten Grundsätze und Prinzipien des deutschen Handels- und Gesellschaftsrechts umsetzen. Auch im digitalen Zeitalter sollen die Funktionsfähigkeit und Verlässlichkeit der Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregister ungeschmälert gewährleistet werden.

II. Rechtliche und technische Anforderungen des BeurkG

Die maßgeblichen verfahrensrechtlichen Vorschriften für notarielle Online-Verfahren sind in den §§ 16a ff., 40a BeurkG geregelt.

1. Anwendungsbereich der notariellen Online-Verfahren (§§ 16a ff., 40a BeurkG)

Wie vorstehend bereits dargestellt, hat der Gesetzgeber Online-Verfahren für Vorgänge eingeführt, die hierfür bei einer typisierten Betrachtung besonders geeignet erschienen. Zulässig sind daher die Gründung einer GmbH – in sämtlichen Varianten – sowie einstimmige Satzungsänderungen und Kapitalmaßnahmen. Dies trägt nicht nur dem in ErWG 26 Satz 1 DigRL angedeuteten Gedanken eines „Digital Life Cycle“ Rechnung, sondern ist auch konsequent. Denn die Entscheidungen dieser Beschlüsse hätten theoretisch bereits bei der ebenfalls konsensualen Gründung getroffen werden können.³³ In den genannten Fällen scheiden Online-Beurkundungen jedoch aus, sofern sonstige Formvorschriften entgegenstehen. Nicht möglich sind daher beispielsweise Sachgründungen oder Sachkapitalerhö-

21 Vgl. etwa BT-Drucks. 20/1672, S. 24; ferner BT-Drucks. 19/28177, S. 115.

22 BT-Drucks. 19/28177, S. 95 f., 161.

23 BT-Drucks. 19/28177, S. 113, 115.

24 BT-Drucks. 19/28177, S. 113.

25 Ausführlich hierzu *Gräfin Wolffskeel von Reichenberg* in FS Heidinger, 2023, S. 91.

26 BT-Drucks. 19/30523, S. 99.

27 Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, S. 89, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021-1990800>, zuletzt abgerufen am 02.07.2024.

28 Zur Historie siehe auch *Lieder*, ZRP 2022, 102; *Heckschen/Knaier*, NZG 2022, 885 f.

29 Vgl. hierzu auch *Kienzle/Thelen*, DNotZ 2023, 85, 86; ferner BT-Drucks. 20/1672, S. 27.

30 BT-Drucks. 20/1672, S. 12, 24.

31 Ausführlich hierzu *Gräfin Wolffskeel von Reichenberg* in FS Heidinger, S. 91.

32 BGBl. 2021 I, S. 3436.

33 BT-Drucks. 20/1672, S. 24. Nicht erfasst sind hingegen Mehrheitsbeschlüsse, da diese meist mit kontroversen Diskussionen einhergehen, die sich in einer Videokonferenz kaum sachgerecht abbilden lassen. Sich überschneidende Redebeiträge sind meist nur mühsam wahrnehmbar bzw. zuzuordnen, Redeabfolge und Konversationsgeschwindigkeit lassen sich schwerer steuern. Hierzu sowie allgemein zu Problemen wie der „Online-Fatigue“ im Bereich virtueller Beschlussfassungen *Heckschen/Hilser*, ZIP 2022, 670, 675; zu den Problemen virtueller Hauptversammlungen *Danwerth*, ZIP 2023, 2329, 2343.

hungen unter Einbringung von Grundstücken oder eine Mitbeurkundung ehevertraglicher Vereinbarungen. Da insoweit andere Formzwecke im Vordergrund stehen und der Anwendungsbereich für diese Geschäfte bereits isoliert nicht eröffnet ist, können diese erst recht nicht im Zusammenhang etwa mit einer Gründung online durchgeführt werden.

Gründungs- und Vollzugsvollmachten können ebenfalls per Videokommunikation „errichtet“, also beurkundet, werden.³⁴ Neben einem praktischen Bedürfnis³⁵ sprechen hierfür auch systematische Gründe, da die für Gründungs- und Vollzugsvollmachten vorgesehene Form keine über die eigentliche Gründung hinausgehenden Zwecke verfolgt. Eine bloße Beglaubigung derartiger Vollmachten scheidet nach dem eindeutigen Wortlaut hingegen aus.³⁶

Erfasst sind auch sämtliche Anmeldungen zum Handels-, Genossenschafts-, Partnerschafts-, Vereins- sowie Gesellschaftsregister. Diese Vorgänge haben sich als Hauptanwendungsfall in der notariellen Praxis herausgebildet. Diese Entwicklung ist nachvollziehbar, da die bei den Beteiligten eingesparten Wegezeiten aufgrund der typischerweise kürzeren Termindauer mehr ins Gewicht fallen. Zudem stellen Beglaubigungen in der Regel einfach gelagerte Vorgänge dar, an die das Gesetz nur eine eingeschränkte Belehrung der Beteiligten knüpft. Die Unterschiede zwischen Präsenz- und Online-Verfahren fallen dadurch weniger ins Gewicht. Ihr Hauptzweck – eine zuverlässige Feststellung der Identität der Beteiligten – wird aufgrund der besonderen Sicherheitsanforderungen des BeurkG auch in Onlineverfahren gewährleistet (näher hierzu unter II. 3.).³⁷

Außerhalb dieses numerus clausus können keine Online-Verfahren durchgeführt werden.³⁸ Insbesondere sind im Bereich des Familien-, Erb- oder Immobilienrechts die Formzwecke der Entschleunigung sowie des Schutzes und der Warnung der unerfahrenen Vertragspartei regelmäßig von größerer Bedeutung. Insoweit kann nicht unterstellt

werden, dass die Beteiligten typischerweise geschäftserfahren sind. Persönliche Beratung und Belehrung stehen daher deutlich im Vordergrund. Hinzu tritt, dass etwa bei letztwilligen Verfügungen die Körpersprache von entscheidender Bedeutung ist, um festzustellen zu können, ob ein Erblasser wirklich aus freien Stücken testiert, er also tatsächlich seinen „letzten Willen“ kundgibt. Ähnliche Bedeutung haben Mimik und Gestik bei in persönlicher oder wirtschaftlicher Hinsicht bedeutenden Rechtsgeschäften wie Eheverträgen oder Immobilienkaufverträgen. Nicht selten manifestieren sich noch bestehende Fragen, Unsicherheiten bzw. generell klärungsbedürftige Sachverhalte nonverbal. Derartige Umstände lassen sich zuverlässig nur in einem persönlichen Gespräch von Angesicht zu Angesicht feststellen. Bei Beurkundungen mittels Videokommunikation besteht demgegenüber eine Distanz zwischen Urkundsperson und Beteiligten, zumal der Notar die Räumlichkeiten des Beteiligten – und damit seine aktuelle Situation und Willensbildung – naturgemäß nicht abschließend beurteilen kann.³⁹ Diese Wertungen kommen etwa in § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG zum Ausdruck, der das Verfahren bewusst entschleunigt, um eine wohlüberlegte Entscheidung des besonders schutzwürdigen Verbrauchers zu gewährleisten.⁴⁰ Ähnliches gilt für Anteilsübertragungen, da § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG neben dem Anlegerschutz⁴¹ einer bewussten Entschleunigung zur Vermeidung spekulativen Handels⁴² dient.⁴³ Diese Zwecke wären durch eine grundsätzlich von überall durchführbare Online-Beurkundung nicht in gleichem Maße gewahrt. Schließlich bleiben Umwandlungsvorgänge dem Präsenzverfahren vorbehalten.⁴⁴ Komplexität und Tragweite von Umwandlungsvorgängen gehen typischerweise nicht unerheblich über die einer bloßen Gründung oder Satzungsänderung hinaus.⁴⁵

2. Ausschließliche Nutzung des Videokommunikationssystems der BNotK (§ 78p BNotO)

Lässt das materielle Recht Online-Beurkundungen oder Online-Beglaubigungen zu, sind diese ausschließlich über das System der BNotK abzuwickeln, vgl. § 16a Abs. 1, § 40a Abs. 1 Satz 1 BeurkG. Die BNotK betreibt dieses als Pflichtaufgabe in mittelbarer Staatsverwaltung (§ 78 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10, § 78p BNotO)⁴⁶ unter staatlicher Aufsicht des Bundesministeriums der Justiz (§ 77 Abs. 2 Satz 1

34 Da § 2 Abs. 2 GmbHG auf Genehmigungserklärungen entsprechend anzuwenden ist, können auch diese per Videokommunikation beurkundet werden, vgl. *Meier*, BB 2022, 1731, 1734.

35 Ausführlich hierzu *Stelmaszczyk/Strauß*, GmbHR 2022, 833, 842 f.

36 Hintergrund ist, dass bei der Beurkundung des Gesellschaftsvertrags wegen § 172 BGB das Original oder eine Ausfertigung der notariellen Gründungsvollmacht *in Papierform* vorzulegen ist. Da der Vollmachtgeber den Rechtscheinsträger nach einem Widerruf jederzeit herausverlangen kann, darf der Rechtsverkehr auf den Fortbestand der Vertretungsbefugnis vertrauen, solange der Bevollmächtigte im Besitz des Originals oder einer auf sie lautenden Ausfertigung ist. Diese Funktion kann eine elektronische Vollmacht ohne Gültigkeitsregister nicht erfüllen, da diese einschließlich ihrer Signaturen beliebig kopiert werden könnte und der Vollmachtgeber die Kontrolle über die Vollmacht verlöre, sobald er die Datei aus der Hand gibt. Ausführlich hierzu *Lieder*, ZIP 2023, 1923, 1932; ferner *Danninger/Stepien*, DNotZ 2021, 812, 815; *Flache/Schnelle*, notar 2023, 89, 91 f.

37 BT-Drucks. 19/28177, S. 129; zum Zweck der Beglaubigung ferner *Einsele* in MünchKomm-BGB, 9. Aufl. 2021, § 129 Rdnr. 1.

38 DNotlReport 2023, 11; *Lieder*, ZIP 2023, 1923, 1927.

39 Zu qualitativen Unterschieden zwischen Präsenz und Online-Versammlungen siehe *Wicke*, DStR 2022, 498, 499 f. m. w. N.; ferner *Heckschen/Hilser*, ZIP 2022, 461, 463 f.

40 BT-Drucks. 19/28177, S. 113.

41 BT-Drucks. 20/3822, S. 96.

42 *Altmeyen*, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 15 Rdnr. 66.

43 Nach dem klarstellenden § 2 Abs. 3 Satz 1 2. Hs. GmbHG ist eine Mitbeurkundung von Abtretungsverpflichtungen nur im Gesellschaftsvertrag zulässig, vgl. *Stelmaszczyk* in BeckOGK-GmbHG, Stand: 01.01.2024, § 2 Rdnr. 443 ff.

44 BT-Drucks. 19/28177, S. 161; BT-Drucks. 20/1672, S. 23; *Heckschen/Knaier*, NZG 2022, 885, 888 f.

45 *Stelmaszczyk/Strauß*, ZIP 2022, 1077, 1079; *Stelmaszczyk/Strauß*, GmbHR 2022, 833, 842.

46 *Hushahn* in BeckOK-BNotO, Stand: 01.02.2024, § 78p Rdnr. 2.

BNotO). Wie auch zahlreiche andere Mitgliedstaaten hat sich Deutschland entschieden, das Verfahren hoheitlich auszugestalten.⁴⁷ Die Nutzung anderer, insbesondere privater Plattformen ist demnach untersagt und stellt nicht nur einen Dienstverstoß dar, sondern führt darüber hinaus zur Nichtigkeit der notariellen Urkunde.⁴⁸ Die Beschränkung auf das von der BNotK als Körperschaft des öffentlichen Rechts betriebene System trägt dabei dem hoheitlichen Charakter notarieller Tätigkeit Rechnung⁴⁹ und stellt sicher, dass außerhalb der Staatsverwaltung stehende private Dritte keinen Zugriff auf die sensiblen Inhalte eines Beurkundungsverfahrens erhalten.⁵⁰ Aus Bürgersicht besteht zudem ein maßgeblicher praktischer Vorteil: Aufgrund des hoheitlichen Betriebs können sich Bürger sicher sein, tatsächlich mit einem Notar zu kommunizieren und nicht etwa mit einem Betrüger, der sensible Daten abgreifen möchte.

3. Zweistufige Identifizierung der Beteiligten (§ 16c BeurkG)

Eine rechtssichere Identifizierung der Beteiligten ist – wie auch im Präsenzverfahren – von zentraler Bedeutung. Die notariellen Feststellungen zur Identität sind von der besonderen Beweiskraft öffentlicher Urkunden (§§ 415 ff. ZPO) umfasst⁵¹ und zudem Grundlage für Eintragungen in staatlichen, mit Publizitätswirkungen ausgestatteten Registern wie dem Handelsregister.⁵² Registergerichte können und dürfen wegen der Beweiswirkungen auf diese Feststellungen zurückgreifen, müssen also keine eigene Identitätsprüfung durchführen.⁵³ Das BeurkG hat daher ein hohes Sicherheitsniveau bei der Identifizierung sicherzustellen, damit Notare ihre Filter- und Entlastungsfunktion auch bei Online-Beurkundungen und Online-Beglaubigungen sachgerecht erfüllen können.⁵⁴ Darüber hinaus dient eine rechtssichere Identifizierung dem Allgemeininteresse einer effek-

tiven Verhütung von Straftaten.⁵⁵ Insbesondere sind Notare auch als Verpflichtete nach § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG nach den geldwäscherechtlichen Vorschriften zu einer sorgfältigen Identifizierung verpflichtet.⁵⁶ Denn diese ist ein wesentlicher Bestandteil bei der Bekämpfung von Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung, Steuerhinterziehung, Insolvenz- sowie sonstigen Wirtschaftsstraftaten und unabdingbar, um Schäden für die Beteiligten und die Allgemeinheit zu vermeiden.⁵⁷

Vor diesem Hintergrund hat der deutsche Gesetzgeber bei der Richtlinienumsetzung besonders darauf geachtet, die Identifizierung funktionsäquivalent digital abzubilden. Wegen der fehlenden persönlichen Anwesenheit der Beteiligten und mangels Möglichkeit, Ausweise (insbesondere deren Haptik, Reflexionsverhalten oder Sicherheitsmerkmale) näher zu prüfen, weist eine elektronische Identifizierung verschiedene Herausforderungen auf.⁵⁸ Als unabdingbare Grundvoraussetzung sah der Gesetzgeber daher eine Echtzeit-Videokommunikation an.⁵⁹ Ferner gilt auch bei Online-Verfahren grundsätzlich die Amtspflicht des § 10 Abs. 1 BeurkG, sich Gewissheit über die Person der Beteiligten zu verschaffen. Der Notar hat die Identität der Beteiligten damit höchstpersönlich festzustellen und nicht etwa durch andere Personen oder gar externe Dienstleister. Wie bisher im Präsenzverfahren hat er mit „besonderer“⁶⁰ bzw. „äußerster“⁶¹ Sorgfalt vorzugehen.

Anders als im Präsenzverfahren steht jedoch nicht im Ermessen des Notars, wie er sich diese Gewissheit im Sinne des § 10 Abs. 1 BeurkG verschafft.⁶² Vielmehr sieht § 16c BeurkG für die elektronische Identifizierung konkrete, strenge Vorgaben vor. Der Notar hat sich von den Beteiligten

47 *Bormann/Wosgien* in FS Frenz, S. 59, 69; *Salemink/Wolters/Wulf*, ECFR 2024, 67, 74 ff.; vgl. beispielhaft in den Niederlanden Art. 53d Wet op het notarisambt sowie in Belgien Art. 13 § 2 de la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat.

48 Vgl. auch *Rachlitz* in BeckOGK-BeurkG, Stand: 01.12.2023, § 16a Rdnr. 11, 136.

49 Zur hoheitlichen Stellung von Notaren vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 18.06.1986, 1 BvR 787/80, NJW 1987, 887; ferner BVerfG, Beschluss vom 19.06.2012, 1 BvR 3017/09, NJW 2012, 2639, 2641; Im Bereich des Gesellschaftsrechts stellt ihre Mitwirkung die Funktionsfähigkeit des Handelsregisters und damit staatliche Kernfunktionen sicher, BT-Drucks. 19/28177, S. 110.

50 Zu weiteren maßgeblichen Gründen vgl. BT-Drucks. 19/28177, S. 110, 116.

51 *Kienzle*, DNotZ 2021, 590, 597; *Bremkamp* in BeckOK-BeurkG, Stand: 01.03.2024, § 10 Rdnr. 127; BT-Drucks. 19/28177, S. 119 f.

52 *Limmer* in Frenz/Miermeister, Bundesnotarordnung, 5. Aufl. 2020, § 10 BeurkG Rdnr. 7.

53 *Limmer* in Frenz/Miermeister, Bundesnotarordnung, § 40 BeurkG Rdnr. 1.

54 *Lieder*, ZIP 2023, 1923, 1929; zur Filter- und Entlastungsfunktion von Notaren BT-Drucks. 18/10607, S. 105 f.

55 Zu den Anreizen von Identitätstauschungen in Verbindung mit notariellen Verfahren vgl. BT-Drucks. 20/8095, S. 64.

56 Siehe hierzu ausführlich *Sommer*, MittBayNot 2019, 226, 230 f.

57 BT-Drucks. 19/28177, S. 120; BT-Drucks. 20/8095, S. 64. In Deutschland hat sich die Einbindung von Notaren in die Geldwäschebekämpfung bewährt. Notare haben zuletzt 7.223 Meldungen nach dem GwG abgegeben und damit die höchste Anzahl im Nichtfinanzsektor. Vgl. den Jahresbericht 2022 der Financial Intelligence Unit, abrufbar unter https://www.zoll.de/DE/FIU/Fachliche-Informationen/Jahresberichte/jahresberichte_node.html, zuletzt abgerufen am 02.07.2024.

58 *Kienzle*, DNotZ 2021, 590, 598; zum erhöhten Risiko von Identitätstauschungen bei digitalen Verwaltungsverfahren BT-Drucks. 20/8093, S. 40.

59 BT-Drucks. 19/28177, S. 115.

60 § 26 Abs. 1 DNot in der bis zum 31.12.2021 geltenden Fassung.

61 BGH, Urteil vom 20.03.1956, III ZR 11/55, DNotZ 1956, 502.

62 Aufgrund der Verfahrensherrschaft des Notars hat dieser im Präsenzverfahren – außerhalb des Anwendungsbereichs des GwG – die Feststellungen grundsätzlich nach eigenem Ermessen zu treffen, vgl. *Limmer* in Frenz/Miermeister, Bundesnotarordnung, § 10 BeurkG Rdnr. 7.

einen elektronischen Identitätsnachweis⁶³ (sog. eID) des Vertrauensniveaus „hoch“ im Sinne der eIDAS-Verordnung sowie ein auf dem Ausweisdokument gespeichertes und unmittelbar ausgelesenes elektronisches Lichtbild übermitteln zu lassen. § 16c Satz 1 BeurkG verlangt somit kumulativ, dass dem Notar zwei Datensätze von dem jeweiligen Beteiligten zur Verfügung gestellt werden. Hingegen reicht nicht aus, ausschließlich den elektronischen Identitätsnachweis *oder* das elektronische Lichtbild auszu-lesen. Zwar gewährleistet der auf der ersten Stufe ausgelesene elektronische Identitätsnachweis des Vertrauensniveaus „hoch“ grundsätzlich bereits ein hohes Sicherheitsniveau. Jedoch sieht dieser selbst keine Übermittlung von elektronischen Lichtbildern vor.⁶⁴ Der elektronische Identitätsnachweis allein könnte Identitätstäuschungen oder Fälle verdeckter Stellvertretung damit nicht sicher verhindern.⁶⁵ Um eine höchstpersönliche Mitwirkung der Beteiligten zu gewährleisten, sieht § 16c Satz 2 BeurkG daher – im Einklang mit Art. 2 Abs. 3, ErwG 21 Satz 7 eIDAS-Verordnung, ErwG 22 Satz 1 und 4 der DigRL –⁶⁶ zusätzlich einen Abgleich der in der Videokonferenz erschienenen Person mit dem elektronisch übermittelten Lichtbild vor.⁶⁷ Notwendig für diese zweite Stufe der Identitätsprüfung ist dabei ein elektronisches Lichtbild, das unmittelbar aus dem Speicher des Ausweisdokuments ausgelesen und im Anschluss di-

rekt an den Notar weitergeleitet wird.⁶⁸ Andere audiovisuelle Identifizierungsverfahren schließt der Wortlaut des § 16c BeurkG aus aufgrund ihrer Missbrauchs- und Manipulationsanfälligkeit aus. Namentlich betrifft dies vor allem sog. Video-Ident-Verfahren, bei denen das Ausweisdokument samt Lichtbild per Webcam gefilmt und der identifizierenden Person nur diese Aufzeichnung zur Identifizierung übermittelt wird. Durch Bewegen des Ausweisdokuments sollen dessen Sicherheitsmerkmale überprüft werden. Anders als bei dem Verfahren nach § 16c BeurkG wird also kein elektronisches Lichtbild übermittelt, sondern eine Aufzeichnung des analogen Lichtbilds (näher hierzu III. 2.).⁶⁹

4. Unterschriftersatz mittels qualifizierter elektronischer Signatur (§ 16b Abs. 4 BeurkG)

Elektronische Dokumente waren dem BeurkG vor Inkrafttreten des DiRUG nicht fremd (vgl. § 39a BeurkG). § 16b Abs. 2 BeurkG führt allerdings erstmalig eine elektronische Niederschrift ein. Diese können naturgemäß weder Notar noch die Beteiligten händisch unterzeichnen. Stattdessen ist die elektronische Niederschrift mit qualifizierten elektronischen Signaturen zu versehen, § 16b Abs. 4 Satz 1 BeurkG.⁷⁰ Diese gewährleisten die Authentizität und Integrität des Dokuments, also dass die enthaltenen Erklärungen vom Signierenden stammen, so genehmigt und nachträglich nicht verändert wurden. Signatur und Dokument sind mittels eines mathematisch-logischen Verfahrens auf Dauer verbunden. Würden die Signatur, das Dokument oder dessen Inhalt nachträglich verändert, wäre dies für den Rechtsverkehr erkennbar, da eine Signaturprüfung ein ungültiges Ergebnis liefern würde.⁷¹

Der Unterschrift kommt bei notariellen Niederschriften maßgeblich eine Autorisierungsfunktion zu.⁷² Einfache oder fortgeschrittene elektronische Signaturen lässt der deutsche Gesetzgeber hierfür in notariellen Online-Verfahren⁷³ ausdrücklich nicht genügen. Denn einfache elektronische Signaturen (zum Beispiel eingescannte Unterschriften, maschinenschriftlicher Namenszug)⁷⁴ haben keinerlei Sicher-

63 Bei dem elektronischen Identitätsnachweis handelt es sich um den europäischen Standard zur digitalen Abbildung staatlicher Identitätsnachweise. Die Ausweisdaten (Name, Vorname, Geburtsdatum, Geburtsort, Adresse) sind auf dem Chip europäischer Ausweisdokumente gespeichert. Damit der Rechtsverkehr diese Daten in einem gesicherten Verfahren aus dem Chip des elektronischen Identitätsnachweises auslesen kann, muss eine bei der Ausstellung eines Ausweises erteilte, personalisierte PIN eingegeben werden.

64 Zu den technischen Unterschieden BT-Drucks. 19/28177, S. 121. Das elektronische Lichtbild ist Bestandteil des sog. hochsicheren Speichermediums, vgl. Art. 3 Abs. 5 der Verordnung (EU) 2019/1157 vom 20.06.2019 zur Erhöhung der Sicherheit der Personalausweise von Unionsbürgern und der Aufenthaltspapiere, die Unionsbürgern und deren Familienangehörigen ausgestellt werden, die ihr Recht auf Freizügigkeit ausüben, ABl. 2019 Nr. L 188, 67.

65 Das Auslesen des elektronischen Ausweises erfordert die Eingabe einer persönlichen, im Grundsatz nur dem Ausweisinhaber bekannten PIN. Die PIN könnte er jedoch zu missbräuchlichen Zwecken weitergeben bzw. Kriminelle könnten sich diese verschaffen. Ausführlich hierzu auch BT-Drucks. 19/28177, S. 120 f., 129; *Bormann/Stelmaszczyk*, NZG 2019, 601, 609; *Stelmaszczyk/Kienzle*, GmbHR 2021, 849, 857.

66 Zur Richtlinienkonformität ausführlich *Lieder*, NZG 2018, 1081, 1088 f.; *Bormann/Stelmaszczyk*, NZG 2019, 601, 609 f.; *Teichmann*, ZIP 2018, 2451, 2455 ff.; *J. Schmidt*, ZIP 2021, 112, 114. Ferner stellt ErwG 9a der DigRL II die Zulässigkeit einer zweistufigen Identifizierung ausdrücklich klar, vgl. *Lieder*, NJW 2024, 2065, 2067.

67 Hiervon kann der Notar lediglich bei persönlich bekannten Beteiligten absehen.

68 Bevor dem Notar das Lichtbild angezeigt wird, überprüft das System der BNotk nach § 10 Abs. 3 Satz 3 NotViKoV das Ausweisdokument auf Echtheit, Gültigkeit sowie Manipulationsfreiheit.

69 Ausführlich zu videobasierten Identifizierungsverfahren *Omlor/Sedlmeir/Urbach*, ZIP 2024, im Erscheinen.

70 Diese Vorgabe gilt neben Beteiligten und Notar insbesondere auch für Dolmetscher, Verständigungspersonen, Zeugen oder einen zweiten Notar, vgl. BT-Drucks. 19/28177, S. 118.

71 BT-Drucks. 14/4987, S. 17; BT-Drucks. 19/28177, S. 130; ferner *Primaczenko/Frohn* in BeckOGK-BGB, Stand: 01.05.2020, § 126a Rdnr. 6.

72 BGH, Urteil vom 25.10.2002, V ZR 279/01, DNotZ 2003, 269, 270.

73 Maßgeblicher Unterschied zum Präsenzverfahren ist, dass der Notar den Vorgang der Unterzeichnung unmittelbar wahrnehmen und sich so von einer höchstpersönlichen Unterschriftsleistung überzeugen kann. In Online-Verfahren ist dies naturgemäß nicht möglich.

74 *Goergen/Kasselmann*, DGVZ 2023, 192.

heitsanforderungen zu erfüllen, sind nicht eindeutig einer bestimmten Person zuzuordnen und können ohne Weiteres kopiert oder entfernt werden.⁷⁵ Fortgeschrittene elektronische Signaturen haben nach Art. 26 eIDASVO zwar u. a. der signierenden Person zuzuordnen zu sein. Nähere Vorgaben für die Identifizierung der signierenden Person existieren jedoch nicht.⁷⁶ Im Umkehrschluss zu Art. 3 Nr. 12, Nr. 15 eIDASVO ist bei fortgeschrittenen elektronischen Signaturen kein qualifiziertes Zertifikat vorhanden, das nach Identifizierung der Person von einem qualifizierten Vertrauensdiensteanbieter ausgestellt wurde und dessen Gültigkeit Voraussetzung für das Anbringen der Signatur ist.⁷⁷

III. Umsetzung in anderen Mitgliedstaaten

Wie in Abschnitt III. dargestellt, existiert *das* Online-Verfahren bzw. *die* Online-Gründung nicht. Aufgrund der Gestaltungsspielräume der Digitalisierungsrichtlinie sind die Ansätze der Mitgliedstaaten entsprechend heterogen. Extrembeispiele sind etwa Mitgliedstaaten, deren Rechtsordnung eine notarielle Präventivkontrolle im Gesellschaftsrecht nicht vorsieht oder ein Notariat lateinischer Prägung nicht kennt. Zu nennen ist insoweit neben dem aus dem Digitalisierungskontext bekannten Estland⁷⁸ auch Schweden, dem eine notarielle Beurkundung im Gesellschaftsrecht fremd ist.⁷⁹

Die Literatur befasst sich intensiv mit dem österreichischen Verfahrensrecht. Die maßgeblichen Vorschriften enthalten §§ 69b, 79 Abs. 1 und 9 öNO sowie ergänzend die Notar-E-Identifikationsverordnung (NEIV). Bei näherer Betrachtung werden mitunter erhebliche Unterschiede zum Verfahren nach dem BeurkG deutlich. Mitursächlich ist hierfür, dass der österreichische Gesetzgeber die Möglichkeit einer Online-Gründung dort zum 01.01.2019 eingeführt hat – und damit vor Verabschiedung der Digitalisierungsrichtlinie.⁸⁰

1. Unterschiedlicher Anwendungsbereich

Sämtliche Notariatsakte können elektronisch errichtet werden. Ausgenommen sind lediglich letztwillige Verfügungen, vgl. § 67 Abs. 1 Satz 2, § 70 Satz 2 öNO, § 4 Abs. 2

75 BT-Drucks. 14/4662, S. 18.

76 Zu den Anforderungen an eine fortgeschrittene elektronische Signatur *Wichner* in BeckOGK-SGB I, Stand: 01.03.2022, § 36a Rdnr. 50.

77 Ausführlich *Einsele* in MünchKomm-BGB, § 126a Rdnr. 11 ff.; ferner *Bremkamp* in BeckOK-BeurkG, § 16b Rdnr. 19.

78 *Bormann/Stelmaszczyk* in FS 25 Jahre Deutsches Notarintitut, S. 419.

79 *Foerster* in Süß/Wachter, Handbuch des internationalen GmbHRechts, 4. Aufl. 2022, Schweden Rdnr. 16. Generell findet in Schweden eine vorsorgende Rechtspflege praktisch nicht statt. Das Verfahrensrecht kennt weder spezielle Vorschriften zur Feststellung der Beteiligten noch Prüfungs- und Belehrungspflichten, sondern lediglich eine Generalklausel, wonach der Notar sein Amt redlich, sorgfältig und unparteiisch ausüben soll. Ausführlich hierzu *Krage*, DNotZ 1998, 787, 791 f.

80 ÖBGBl. 2018 I, Nr. 71.

Satz 1 SVD.⁸¹ Dieser Anwendungsbereich resultierte aus der COVID-19-Pandemie: Während Notare in Deutschland unter Wahrung risikoangemessener Infektionsschutzmaßnahmen weiterhin persönlich für die rechtsuchende – auch nicht digitale – Bevölkerung tätig waren, nahm Österreich die Pandemie zum Anlass, die elektronische Errichtung von Notariatsakten auf alle formbedürftigen Rechtsgeschäfte, Erklärungen oder rechtserheblichen Tatsachen mit Ausnahme letztwilliger Verfügungen auszuweiten.⁸² Diese Rechtslage wurde mit Wirkung zum 01.01.2021 verstetigt.⁸³ Zur Frage, inwieweit die verschiedenen Formzwecke auch digital gewahrt werden können, äußern sich die österreichischen Materialien nicht.⁸⁴

2. Kein hoheitlicher Betrieb

Abseits des Anwendungsbereichs sticht ins Auge, dass weder § 69b öNO noch § 79 Abs. 9 öNO nähere Vorgaben zum Videokommunikationssystem enthalten. In beiden Fällen genügt vielmehr die „Nutzung einer elektronischen Kommunikationsmöglichkeit durch optische und akustische Zweiweg-Verbindung“. Insbesondere ist die Verwendung einer staatlichen Videokommunikationsplattform nicht vorgeschrieben, sodass verfahrensrechtlich erlaubt ist, auch für den hoheitlichen Beurkundungs- bzw. Beglaubigungsvorgang auf private Dienstleister zurückzugreifen.⁸⁵ An diese stellt die österreichische Notariatsordnung wiederum – soweit ersichtlich – weder spezifische Anforderungen (zum Beispiel Zertifizierungen o. Ä.) noch unterliegen sie einer besonderen staatlichen Aufsicht, die etwa die Einhaltung allgemeiner technischer Sicherheitsanforderungen überwacht. Auch sonst sieht das Verfahrensrecht keine weiteren (Sicherheits-)Anforderungen vor.

3. Unzulängliches Identifizierungsverfahren

Das Verfahren zur Identifizierung der Beteiligten weicht in mehrfacher Hinsicht von § 16c BeurkG ab.

81 *Zib* in *Zib/Umfahrer*, Notariatsordnung, 2. Aufl. 2023, § 69b öNO Rdnr. 9.

82 ÖBGBl. 2020 I, Nr. 24.

83 ÖBGBl. 2020 I, Nr. 157; Vgl. zum Ganzen auch *Lieder*, NZG 2022, 1043, 1048.

84 Der österreichische Gesetzgeber erkannte für Online-Verfahren lediglich ein „potenziell erhöhte[s] Risiko der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung“, vgl. Erläuterung zur Regierungsvorlage des ENG, 253 BlgNR 26. G, S. 3; bei der Erweiterung im Zuge der COVID-19-Pandemie stellen die Materialien nur fest, dass das Gesetz dazu diene, persönliche Kontakte auf das Notwendigste zu reduzieren, vgl. Ausschussbericht zu dem Entwurf eines 4. COVID-19-Gesetzes, 403/A BlgNR. 27. GP, S. 13. Die anschließende Verstetigung der COVID-19-Rechtslage wurde schließlich mit den politischen Bestrebungen einer weiteren Digitalisierung begründet, vgl. Ausschussbericht zu dem Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem die Notariatsordnung, das GmbHGesetz, das 2. COVID-19-Justiz-Begleitgesetz und das EIRAG geändert werden, 588 BlgNR. 27. GP, S. 1.

85 *Lieder*, NZG 2022, 1043, 1052.

Zunächst sind die nach § 69b Abs. 2 Satz 1 öNO zu verwendenden Identifizierungsmittel alternativ, nicht kumulativ. Der Wortlaut fordert ausdrücklich

„die Feststellung und Prüfung der Identität der Partei [...] anhand eines amtlichen Lichtbildausweises [...] im Rahmen eines videogestützten elektronischen Verfahrens oder⁸⁶ durch ein gesetzlich vorgesehenes Verfahren, mit dem gesichert dieselbe Information wie mit der Vorlage eines amtlichen Lichtbildausweises zur Verfügung gestellt wird (elektronischer Ausweis)“.

Das in der ersten Alternative genannte videogestützte elektronische Verfahren meint dabei ein Video-Ident-Verfahren.⁸⁷ Auf dieses musste der österreichische Gesetzgeber zwangsläufig zurückgreifen, da der elektronische Ausweis zum Zeitpunkt der Einführung elektronischer Notariatsakte noch nicht zur Verfügung stand.⁸⁸ Bis zu dessen Einführung in Österreich am 05.12.2023⁸⁹ lief die zweite Alternative faktisch leer. Im österreichischen Beurkundungsverfahren genügt demnach *entweder* ein Video-Ident-Verfahren *oder* das Auslesen eines elektronischen Ausweises. Eine Kombination von zwei Identifizierungsmitteln kennt das österreichische Verfahrensrecht dagegen nicht. Der grundlegende Unterschied zum zweistufigen deutschen Verfahren ist also, dass gerade keine *zusätzliche* Identitätskontrolle vorgesehen ist.⁹⁰ Zwar findet in Österreich – wie auch in Deutschland – eine Videokonferenz statt. Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine *zusätzliche* Stufe im vorgenannten Sinne, sondern vielmehr um einen *integralen Bestandteil* eines Lichtbildabgleichs – selbst wenn dieser wie nach dem österreichischen Verfahrensrecht nur mittels Video-Ident-Verfahren erfolgt.⁹¹ Folgte man einem anderslautenden in der Literatur geäußerten, irreführenden Verständnis, so wäre das deutsche beurkundungsrechtliche Identifizierungsverfahren sogar dreistufig (elektronischer Identitätsnachweis des Vertrauensniveaus „hoch“, elektronisch ausgelesenes Lichtbild, visuelle Identifizierung in der Videokonferenz).

Hinzu kommt ein geringeres Sicherheitsniveau beider Identifizierungsprozesse.⁹² Für die Variante einer Identifizierung mittels elektronischen Ausweises lässt das österreichische

Verfahrensrecht das niedrigere Vertrauensniveau „substanziell“ ausreichen,⁹³ woran sich nach Einführung der „ID-Austria“ nichts geändert hat.⁹⁴ Auch schreibt § 69b Abs. 2 Satz 1 Ziffer 2 öNO für diese Variante die Übermittlung eines Lichtbildes nicht verbindlich vor.⁹⁵ Das Verfahrensrecht verzichtet in diesen Fällen also gänzlich darauf, dass ein Abgleich des Erscheinungsbildes der Person in der Videokonferenz – und damit eine Überzeugung des Notars von der höchstpersönlichen Mitwirkung – verbindlich zu erfolgen hat.

Auch das alternative Video-Ident-Verfahren weicht qualitativ deutlich ab.⁹⁶ Denn im Rahmen dieses „videogestützten elektronischen Verfahrens“ lesen österreichische Notare gerade kein elektronisches Lichtbild aus dem elektronischen Speichermedium eines Ausweisdokuments aus.⁹⁷ Wie dargestellt, wird bei dem deutschen Verfahren eine unmittelbar auf dem Ausweis gespeicherte Lichtbilddatei übermittelt und gerade nicht nur eine bloße bildliche Ablichtung des Ausweises. Nach dem österreichischen Verfahrensrecht, insbesondere gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 NEIV sowie Ziffer 2.1 der Richtlinien der Österreichischen Notariatskammer vom 17.01.2019, wird das Ausweisdokument hingegen lediglich über die Kamera wahrgenommen, technisch also keine Lichtbilddatei aus dem Speicher des Ausweises übermittelt.⁹⁸ Durch Kippen und Drehen des Ausweises wird versucht, die Sicherheitsmerkmale des Ausweisdokuments zu überprüfen (vgl. u. a. § 3 Abs. 3 Nr. 1 NEIV). Anders als bei § 16c Satz 1 BeurkG nimmt der Notar den Ausweis und insbesondere das Lichtbild also lediglich mittelbar über die Kamera (bzw. sogar nur Screenshots des in die Kamera gehaltenen Ausweisdokuments) wahr. Dadurch ist zwangsläufig ein weiterer Schritt zwischengeschaltet, nämlich die Aufzeichnung durch eine Kamera. Dies eröffnet einerseits zusätzliche Angriffsflächen, andererseits sind gefälschte Ausweisdokumente so generell schwerer zu erkennen. Video-Ident-Verfahren gelten vor diesem Hintergrund als besonders

86 Hervorhebung des Verfassers.

87 *Zib* in *Zib/Umfahrer*, Notariatsordnung, § 69b öNO Rdnr. 16.

88 Erläuterung zur Regierungsvorlage des ENG, Nr. 253 BlgNR 26. G, S. 3; ferner *Zib* in *Zib/Umfahrer*, Notariatsordnung, § 69b öNO Rdnr. 13.

89 Webseite der ID-Austria, abrufbar unter <https://www.oesterreich.gv.at/id-austria.html>, zuletzt abgerufen am 02.07.2024.

90 Das niederländische Recht lässt elektronische Identitätsnachweise des Vertrauensniveaus „hoch“ ohne Übermittlung eines Lichtbildes ausreichen. Das belgische Recht erlaubt einen zusätzlichen Lichtbildabgleich, ohne diesen jedoch zwingend vorzuschreiben. Ausführlich *Salemink/Wolters/Wulf*, ECFR 2024, 67, 93.

91 Missverständlich und im Ergebnis unzutreffend. daher *Deck*, NZG 2024, 185, 188 f. sowie NZG 2024, 430.

92 So bereits *Lieder*, NZG 2022, 1043, 1054; ferner *Bormann*, GmbH 2023, 533, 537.

93 *Lieder*, NZG 2022, 1043, 1051; ferner DNotIReport 2023, 12.

94 *Deck*, NZG 2024, 185, 189.

95 Demnach dürfte dem österreichischen Verfahrensrecht genügen, wenn ein elektronischer Ausweis den Mindestdatensatz an Personenidentifizierungsdaten zur Verfügung stellt. Ein Lichtbild enthält dieser nicht, vgl. Art. 11 i. V. m. dem Anhang der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1501 vom 08.09.2015 über den Interoperabilitätsrahmen gemäß Artikel 12 Abs. 8 der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt, ABl. 2014 Nr. L 235, 1.

96 *Denga*, RD 2024, 123, 130.

97 Wiederum missverständlich und im Ergebnis unzutreffend. *Deck*, NZG 2024, 185, 189, der davon spricht, dass „in sämtlichen Varianten des österreichischen Online-Verfahrens ebenso wie im deutschen Recht [ein Lichtbild] ausgelesen“ werde.

98 Vgl. hierzu samt kritischer Einschätzung auch *Biallass*, RD 2023, 59, 64.

fälschungsanfällig.⁹⁹ Das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) verweist auf potenzielle Manipulationsmöglichkeiten.¹⁰⁰

Schließlich verlangt das österreichische Verfahrensrecht anders als das deutsche auch nicht, dass die technische Durchführung der Identifizierung vom Notar selbst durchgeführt wird. § 69b Abs. 2 Satz 3 öNO weist dem österreichischen Notar lediglich die endgültige *Verantwortung* für die Erfüllung der Pflicht der Identifizierung zu. Für die *Durchführung* der Identifizierung, insbesondere für die Prüfung der Authentizität des Ausweisdokuments, können ausdrücklich Mitarbeiter (§ 2 Abs. 1, § 3 Abs. 3 NEIV) herangezogen oder diese Pflicht sogar auf private Dienstleister ausgelagert werden (vgl. § 69b Abs. 2 Satz 2, § 79 Abs. 9 Satz 1 öNO i. V. m. § 5 Satz 1 NEIV).¹⁰¹ Zwischen Durchführung der Identifizierung und Errichtung des Notariatsaktes kann dabei auch ein Zeitabstand liegen.¹⁰² Diese Vorgabe basiert auf Art. 25 Abs. 1 Satz 4 der Richtlinie (EU) 2015/849 vom 20.05.2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission (sog. Vierte Geldwäscherichtlinie) und ähnelt daher § 17 Abs. 1 Satz 3 des deutschen GwG. „Endgültige Verantwortung“ meint, dass der Verpflichtete – in diesem Fall der österreichische Notar – das Risiko einer nicht ordnungsgemäß durchgeführten Identifizierung trägt und dieses nicht delegieren kann.¹⁰³ Eine Pflicht, diese persönlich durchzuführen, ist der Vorschrift gerade nicht zu entnehmen. Dies bestätigen die Materialien zu § 69b öNO, wonach die Identifizierungsdaten dem österreichischen Notar vom Dienstleister nur zur Verfügung gestellt werden müssen.¹⁰⁴ Das österreichische Verfahrensrecht lässt es daher für die Identifizierung genügen, wenn Dritte (zum Beispiel Mitarbeitende eines Dienstleisters) ein Video-Ident-Verfahren

durchführen und der Notar die Identifizierung der Beteiligten dann lediglich anhand der in diesem Verfahren erstellten Screenshots selbst kontrolliert.

4. Keine qualifizierte elektronische Signatur

Die per elektronischer Kommunikationsmöglichkeit verbundenen Personen haben den Notariatsakt nach dem österreichischen Verfahrensrecht elektronisch zu signieren, § 68 Abs. 1 lit. g, § 69b Abs. 4 Satz 1, Abs. 4a Satz 1 öNO. Zur Begriffsbestimmung „elektronischen Signatur“ verweist die Vorschrift auf Art. 3 Nr. 10 eIDASVO. Im Umkehrschluss ist also weder eine fortgeschrittene (Art. 3 Nr. 11 eIDASVO) noch eine qualifizierte (Art. 3 Nr. 12 eIDASVO), sondern eine einfache elektronische Signatur erforderlich.¹⁰⁵ Lediglich die abschließende Signatur des Notariatsaktes durch den österreichischen Notar hat qualifiziert elektronisch zu erfolgen, § 69b Abs. 4 Satz 1, § 68 Abs. 1 lit. h, § 47 Abs. 3 öNO.¹⁰⁶

IV. Umgang mit Urkunden ausländischer Rechtsordnungen

Die Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie in den anderen Mitgliedstaaten ist auch für den deutschen Rechtsverkehr von Bedeutung. Notare, Registergerichte und Grundbuchämter in Deutschland können in ihrer Praxis mit elektronischen Urkunden konfrontiert sein, die in ausländischen Online-Verfahren errichtet wurden. Denkbar ist etwa, dass eine so beglaubigte Handelsregisteranmeldung bzw. – aufgrund der unterschiedlichen Anwendungsbereiche – Grundbucheintragung eingereicht oder auf Grundlage einer im Ausland online beglaubigten Vollmacht eine GmbH gegründet werden soll.

1. Auswirkung der unterschiedlichen Sicherheitsstandards notarieller Online-Verfahren

a) Ausgangslage

Die Frage, wie der deutsche Rechtsverkehr mit Urkunden ausländischer Notare umzugehen hat, ist grundsätzlich nicht neu und beschäftigte den BGH bereits im Jahr 1981.¹⁰⁷ Die Entscheidung stellte grundlegende Anforderungen auf, wann eine ausländische Urkunde auch im Inland verwendet werden kann. Maßgeblich sind die Zwecke, die der deutsche Gesetzgeber mit der Anordnung des jeweiligen Formerfordernisses erreichen möchte. Denn nationale Formvorschriften sind für den inländischen Rechtsverkehr von erheblicher Bedeutung und nicht verzichtbar. Sie lassen sich daher auch nicht ohne Weiteres über den Umweg ins Ausland umgehen. Eine Beglaubigung oder Beurkundung mag zwar *im Ausland* wirksam sein. Für deutsche Notare, Registergerichte und Grundbuchämter lautet die entscheidende Frage aber: Gelten derartige Dokumente *auch aus deutscher Sicht* als beurkundet oder beglaubigt, sind die enthaltenen Erklärungen also materiellrechtlich

99 BT-Drucks. 19/28177, S. 121; zum Ablauf von Video-Ident-Verfahren sowie zur Kritik ZD-Aktuell 2022, 01309; Wand, DuD 2024, 232, 234; Biallass, RD 2023, 59, 64; Biallass/Leeb, Rechtspfleger Studienhefte 6/2023, 234, 235; generell zu Gefahren und Gegenmaßnahmen bei Deepfakes Steffes/Zichler, DuD 2024, 158; zu Missbrauchsmöglichkeiten BGH, Urteil vom 26.09.2023, XI ZR 98/22, MMR 2023, 952; ferner Tagesspiegel vom 10.8.2022 („Gematik verbietet Video-Ident-Verfahren“).

100 BSI, Anforderungskatalog zur Prüfung von Identifikationsverfahren gemäß TR 03147, S. 26, 34, 67 f.; Hinweise des BSI, abrufbar unter <https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/Unternehmen-und-Organisationen/Informationen-und-Empfehlungen/Kuenstliche-Intelligenz/Deepfakes/deepfakesnode.html>, zuletzt abgerufen am 02.07.2024.

101 Ausführlich *Lieder*, NZG 2022, 1043, 1050 f.

102 *Zib* in *Zib/Umfahrer*, Notariatsordnung, § 69b öNO Rdnr. 19.

103 Für das deutsche Recht *Achtelik* in Herzog, Geldwäschegesetz, 5. Aufl. 2023, § 17 Rdnr. 5; *Brian* in BeckOK-GwG, Stand: 01.03.2024, § 17 Rdnr. 27; jedenfalls missverständlich *Deck*, NZG 2024, 185, 189.

104 Erläuterung zur Regierungsvorlage des ENG, Nr. 253 BlgNR 26. G, S. 4.

105 *Zib* in *Zib/Umfahrer*, Notariatsordnung, § 69b öNO Rdnr. 39.

106 *Schuller-Köhler/Cach* in *Zib/Umfahrer*, Notariatsordnung, § 48 öNO Rdnr. 15.

107 BGH, Beschluss vom 06.02.1981, II ZB 8/80, NJW 1981, 1160.

wirksam bzw. genügen diese den verfahrensrechtlichen Formanforderungen?

Zur Anerkennung ausländischer Online-Verfahren bzw. generell ausländischer Urkunden enthält die Digitalisierungsrichtlinie keine Vorgaben. Angesichts ihrer Zielsetzungen (Sicherstellung eines hohen Maßes an Vertrauen, Schutz vor missbräuchlichem Verhalten, Wahrung der gesellschaftsrechtlichen Traditionen, vgl. ErwG 2, 3, 10, 19, 22)¹⁰⁸ und Gestaltungsspielräume, hätte eine entsprechende Regelung auch eher überrascht. Auch der Digitalisierungsrichtlinie 2.0 ist eine pauschale Anerkennungspflicht fremd.¹⁰⁹

b) Allgemeiner Beurteilungsmaßstab

Sollen in ausländischen Online-Verfahren errichtete Urkunden im deutschen Rechtsverkehr verwendet werden, stellt sich die aus dem Präsenzverfahren bekannte, in ihren Einzelheiten umstrittene Frage nach der Möglichkeit einer Substitution, also ob und unter welchen Voraussetzungen Urkunden ausländischer Urkundspersonen einem inländischen Formerfordernis genügen.¹¹⁰ Die zur Substitution im Präsenzverfahren entwickelten Anforderungen gelten dabei im Grundsatz auch für notarielle Online-Verfahren: Auf einer *ersten* Stufe ist durch Auslegung zu ermitteln, ob die jeweilige Formvorschrift überhaupt einer Substitution zugänglich ist (sog. Substituierbarkeit).¹¹¹ Erst wenn dies bejaht werden kann, sind auf einer *zweiten* Stufe u. a. in- und ausländisches Verfahrensrecht *abstrakt* zu vergleichen.

Die Anforderungen beider Stufen sind in ihren Einzelheiten umstritten. Teile der Literatur sprechen bestimmten gesellschaftsrechtlichen Vorgängen eine *Substituierbarkeit* be-

reits generell ab.¹¹² Soweit man zur zweiten Stufe gelangt, wird die Möglichkeit einer Substitution angenommen, wenn das ausländische Verfahren dem deutschen sowohl in *persönlicher* als auch in *sachlicher* Hinsicht gleichwertig ist.¹¹³ Hierfür hat die ausländische Urkundsperson nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit des deutschen Notars entsprechende Funktion auszuüben (persönliche Gleichwertigkeit) und für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht (sachliche Gleichwertigkeit).¹¹⁴ Entscheidend abzustellen ist neben den Beurkundungszwecken¹¹⁵ auch auf weitere hoheitliche Aufgaben wie insbesondere steuerliche Mitteilungspflichten, die Rolle des Notars bei der Geldwäscheprävention sowie die besondere Beachtung datenschutzrechtlicher Belange, die ausdrücklich Niederschlag in den §§ 5, 5a DONot gefunden hat.¹¹⁶

Ausgehend von der vorstehenden Formulierung der Rechtsprechung („[...] zu beachten hat [...]“) sind zur Beurteilung der Gleichwertigkeit beide Verfahrensordnungen abstrakt zu betrachten und gegenüberzustellen.¹¹⁷ Auch aus Gründen der Rechtssicherheit und Verfahrensbeschleunigung ist ein abstrakter Maßstab zwingend. Inländische Stellen wie Registergerichte oder Grundbuchämter wären andernfalls mit erheblichen, zeitaufwendigen Ermittlungspflichten in Hinblick auf den konkreten Verfahrensablauf belastet. Dadurch könnten sie letztlich in kaum einem Fall mit hinreichender Gewissheit nachvollziehen, inwieweit ausländische Verfahrensvorschriften tatsächlich den deutschen gleich-

108 Bormann/Wosgien in FS Frenz, S. 59, 68; Stelmaszczyk/Wosgien, EuZW 2023, 550, 555 f.

109 Hierzu ausführlich Bormann/Wosgien in FS Frenz, 2024, S. 59, 72 f.

110 Nach überwiegender Auffassung findet die Ortsform des Art. 11 Abs. 1 Alt. 2 EGBGB für gesellschaftsrechtliche Vorgänge keine Anwendung, vgl. zum Streitstand Lieder, ZIP 2023, 1923, 1924 f.; selbst bei Anwendung der Ortsform wäre in aller Regel deutsches Recht berufen, da sich die Beteiligten auch bei Online-Verfahren meist ohnehin in Deutschland aufhalten, vgl. DNotIReport 2023, 9, 10.

111 Ausführlich Strauß, MittBayNot 2021, 69, 70. Gesellschaftsrechtliche Statusmaßnahmen (insbesondere Gründungen und Umwandlungen) sind bereits auf dieser ersten Stufe nicht substituierbar, weder in Online- noch in Präsenz-Verfahren. Die insoweit verfolgten Formzwecke (insbesondere materielle Richtigkeitsgewähr, notarielle Belehrungs-, Kontroll- und Filterfunktion, steuerliche Anzeigepflichten, geldwäscherechtliche Prüf- und Meldepflichten) können institutionell nur durch inländische Notarinnen und Notare gewährleistet werden. Vgl. hierzu Lieder, NZG 2022, 1043, 1045 f.; Altmeyden, GmbHG, § 2 Rdnr. 26; Stelmaszczyk in BeckOGK-GmbHG, § 2 Rdnr. 243 ff.; C. Jaeger in BeckOK-GmbHG, Stand: 01.02.2024, § 2 Rdnr. 14; Kindler in MünchKomm-BGB, 8. Aufl. 2021, Teil 10 Rdnr. 540; Schäfer in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 2 GmbHG Rdnr. 17.

112 Vgl. Schäfer in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 2 GmbHG Rdnr. 16 f.; Kindler in MünchKomm-BGB, IPR II Teil 10 Rdnr. 544; eingehend zur Frage der Substitution der Präsenz- und Online-Beurkundung durch einen österreichischen Notar, auch unter Berücksichtigung des Kollisionsrechts, Lieder, NZG 2022, 1043, 1044 ff. m. w. N.

113 Vgl. ausführlich Lieder, NZG 2022, 1043, 1047 f.; Harbarth in MünchKomm-GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 53 Rdnr. 79 ff.; Ulmer/Casper in Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl. 2021, § 53 Rdnr. 52 ff.; Ulmer/Löbbe in Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, § 2 Rdnr. 19 ff.; Altmeyden, GmbHG, § 2 Rdnr. 19 ff.; Kindler in MünchKomm-BGB, IPR II Teil 10 Rdnr. 544; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 21. Aufl. 2022, § 15 Rdnr. 28, § 2 Rdnr. 28.

114 Grundlegend BGH, Beschluss vom 16.02.1981, II ZB 8/80, NJW 1981, 1160; ferner Stelmaszczyk in BeckOGK-GmbHG, § 2 Rdnr. 118.

115 BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 330/13, NZG 2015, 18, 19.

116 Zu den ersten beiden Aspekten Lieder, ZIP 2023, 1923, 1929; Schäuble in Staudinger, Neub. 2024, im Erscheinen, Art. 11 EGBGB Rdnr. 299, 310, 327; Raff, DNotZ 2020, 750, 753 ff.; Heinze, NZG 2017, 371; Kindler in MünchKomm-BGB, IPR II Teil 10 Rdnr. 544; vgl. ausführlich Lieder, NZG 2022, 1043, 1047 f.; Harbarth in MünchKomm-GmbHG, § 53 Rdnr. 79 ff.; Ulmer/Casper in Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, § 53 Rdnr. 52 ff.; Ulmer/Löbbe in Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl. 2021, § 2 GmbHG Rdnr. 19 ff.; Altmeyden, GmbHG, § 2 Rdnr. 19 ff.; Kindler in MünchKomm-BGB, Teil 10 Rdnr. 544; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 15 Rdnr. 28 sowie § 2 Rdnr. 28.

117 Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 15 Rdnr. 34.

wertig sind.¹¹⁸ In der Folge wäre dann auch nicht sichergestellt, dass den Formzwecken entsprechend Rechnung getragen wird. Wegen der abstrakten Betrachtung ist also unerheblich, ob verfahrensrechtliche Vorgaben des deutschen Rechts bei dem betreffenden Beurkundungs- oder Beglaubigungsvorgang durch die ausländische Urkundsperson im konkreten Fall überobligatorisch nachempfunden wurden. Ohne Belang ist beispielsweise, wenn Niederschriften verlesen werden, obwohl das ausländische Verfahrensrecht eine derartige Vorgabe nicht kennt, oder – im Kontext von Online-Verfahren – Dokumente überobligatorisch qualifiziert elektronisch signiert werden, nach dem ausländischen Verfahrensrecht grundsätzlich jedoch eine einfache elektronische Signatur genügt.¹¹⁹

c) Besondere Anforderungen im Bereich notarieller Online-Verfahren

Aufgrund der technischen Besonderheiten von Online-Verfahren können die Maßstäbe für die Substitution im digitalen Rechtsverkehr jedoch nicht deckungsgleich angewendet werden.¹²⁰ Das ausländische Verfahrensrecht muss neben den generellen Anforderungen (zum Beispiel eingehende Kontrolle durch Verlesen der Urkunde, umfassende Hinweis- und Belehrungspflichten) auch den rechtlichen und technischen Vorgaben der §§ 16a, 40 a BeurkG entsprechen. *Zusätzlich* sind bei der Prüfung im Bereich notarieller Online-Verfahren daher der sachliche Anwendungsbereich sowie rechtliche und technische Anforderungen inländischer Online-Verfahren entscheidend zu berücksichtigen.¹²¹ Hierfür gilt ebenfalls ein *abstrakter* Maßstab.¹²² Die Tatsache, dass deutsche und ausländische Verfahrensvorschriften auf dieselbe europäische Richtlinie zurückgehen, ist hingegen ohne Belang.¹²³

Sofern das deutsche BeurkG also zwingend ein Präsenzverfahren vorschreibt, fehlt der entsprechenden inländischen Formvorschrift rechtsdogmatisch die auf der ersten Stufe notwendige Substituierbarkeit.¹²⁴ Ein deutsches Formerfordernis kann dann bereits ohne näheren Vergleich

der Verfahrensvorschriften nicht durch ein ausländisches notarielles Online-Verfahren ersetzt werden.¹²⁵ Denn nach zutreffender Einschätzung des Gesetzgebers sind Online-Verfahren nur in bestimmten, ausdrücklich geregelten Fällen geeignet, die Schutzzwecke der notariellen Form funktionsäquivalent in ein Online-Verfahren zu überführen.¹²⁶ Diese grundlegende Auswahlentscheidung ist nach dem gesetzgeberischen Willen auch im Rahmen der Substitution zu respektieren. Die Materialien stellen klar, dass

„eine Substitution des Beurkundungsverfahrens durch ein Online-Verfahren von vornherein (unabhängig von dessen konkreter Ausgestaltung) aus[scheidet], soweit das deutsche Recht ein Präsenzverfahren vorschreibt“.¹²⁷

Innerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs hat das ausländische Verfahrensrecht die tragenden Grundsätze des deutschen Beurkundungsgesetzes zu wahren. Gleichwertig können nur solche Online-Verfahren sein,

„die eine vergleichbar sichere persönliche Identifizierung der Beteiligten durch die Notarin oder den Notar anhand von elektronischen Identifizierungsmitteln und elektronisch übermittelten Lichtbildern ermöglichen und dem hoheitlichen Charakter des Beurkundungsverfahrens in vergleichbarer Weise Rechnung tragen“.¹²⁸

d) Keine Gleichwertigkeit des österreichischen Verfahrensrechts

Den eben dargestellten tragenden Grundsätzen wird das österreichische Verfahrensrecht nach nahezu einhelliger Auffassung in der Literatur weder bei Online-Beurkundungen noch bei Online-Beglaubigungen gerecht.¹²⁹

118 *Lieder*, ZIP 2023, 1923, 1926.

119 Vgl. hierzu *Heckschen*, GWR 2018, 393. Ein solches „Selbstleseverfahren“ sieht etwa Art. 32 Abs. 1 Satz 1 des Liechtensteinischen Notariatsgesetzes vor, vgl. ausführlich *Zib*, ÖNotZ 2024, 54, 63.

120 *Schäuble*, BWNotZ 2024, 70, 73 f.

121 Zu diesen Anforderungen ausdrücklich BT-Drucks. 20/1672, S. 13.

122 *Stelmaszczyk* in BeckOGK-GmbHG, § 2 Rdnr. 523 m. w. N.

123 So fälschlicherweise die in der Literatur stark kritisierte Entscheidung des OLG Celle, Beschluss vom 01.08.2022, 9 W 62/22, NZG 2023, 1087. Dies gilt umso mehr, als die Digitalisierungsrichtlinie gerade kein einheitliches Online-Verfahren vorgibt, sondern den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Möglichkeit besonders hoher Sicherheitsstandards lässt und die österreichischen Verfahrensvorschriften sogar vor Beschluss der Digitalisierungsrichtlinie eingeführt wurden.

124 *Stelmaszczyk* in BeckOGK-GmbHG, § 2 Rdnr. 520.

125 Dies betrifft insbesondere Geschäftsanteilsabtretungen einer GmbH, andere Vollmachten als Gründungsvollmachten (zum Beispiel Vorsorgevollmachten), umwandlungsrechtliche Vorgänge sowie sämtliche Vorgänge im Bereich des Erb-, Familien-, Immobilienrechts (zum Beispiel Eheverträge, Kaufverträge, Grundbucheklärungen). Bei Gründungsvollmachten ist zu beachten, dass das deutsche Recht nur deren Online-Beurkundung zulässt (näher hierzu II. 1.); zu Vorsorgevollmachten ausdrücklich BT-Drucks. 20/1672, S. 22; zu Grundbucheklärungen vgl. DNotI-Gutachten Nr. 200443, S. 3.

126 BT-Drucks. 19/28177, S. 115; BT-Drucks. 20/1672, S. 21.

127 BT-Drucks. 20/1672, S. 13.

128 BT-Drucks. 20/1672, S. 13.

129 Zur fehlenden Gleichwertigkeit des österreichischen Online-Verfahrens vgl. auch *Altmeyen*, GmbHG, § 2 Rdnr. 94; *Lieder*, ZIP, 2023, 1923, 1935, *Lieder*, NZG 2022, 1043, 1049 ff.; *Lieder*, ZRP 2022, 102, 104; *Bormann*, GmbHR 2023, 533, 534 ff.; *Schäuble* in Staudinger, Art. 11 EGBGB Rdnr. 317, 326; *Bertold*, Rpfleger, 2023, 551, 556; *C. Jaeger* in BeckOK-GmbHG, § 2 Rdnr. 14; *Tröllitzsch* in BeckOK-GmbHG, § 53 Rdnr. 23b; DNotI-Report 2023, 9; *Knaier*, notar 2023, 135, 140 f.; *Sander* in BeckOK-BNotO, Stand: 01.02.2024, § 20 Rdnr. 40; *Strauß*, MittBayNot 2022, 429, 432; *Hertel/Strauß*, MittBayNot 2023, 433, 439; *Melchior* in Gustavus, Handelsregisteranmeldungen, 12. Aufl. 2024, 13. Auslandsbezug Rdnr. 110; *Krafka*, Registerrecht, 12. Aufl. 2024, Rdnr. 80c; a. A. nur *Deck*, NZG 2024, 430, 437; ohne nähere Prüfung OLG Celle, Beschluss vom 01.08.2022, 9 W 62/22, NZG 2023, 1087.

Die Zulassung privat betriebener Videokommunikationssysteme widerspricht grundlegend dem hoheitlichen Charakter notarieller Amtstätigkeit sowie der in § 78p BNotO vorgesehenen hoheitlichen Ausgestaltung. Das österreichische Verfahrensrecht garantiert weder eine staatliche Aufsicht über das verwendete technische System noch sieht es besondere Anforderungen für dessen Betrieb vor.¹³⁰

Eine vergleichbar sichere persönliche Identifizierung ist verfahrensrechtlich ebenfalls nicht gewährleistet. Dagegen spricht bereits die Möglichkeit, die Durchführung der Identifizierung auf andere Personen wie Mitarbeitende oder Dienstleister (vgl. § 69b Abs. 2 Satz 2, § 79 Abs. 9 Satz 1 öNO i. V. m. § 3 Abs. 3, § 5 NEIV) auszulagern.¹³¹ Hinzu kommt, dass die Identifizierung lediglich einstufig erfolgt und sich der Notar, Mitarbeiter oder Dienstleister daher nicht in gleich sicherem Maße von der höchstpersönlichen Mitwirkung eines Beteiligten überzeugen kann.

Ferner genügen als Identifizierungsmittel elektronische Ausweisdokumente mit dem niedrigeren Vertrauensniveau „substanziell“ oder alternativ ein Video-Ident-Verfahren. Letzteres ist hierzulande wegen seiner Missbrauchsanfälligkeit nicht nur bewusst ausgeschlossen, sondern übergeht darüber hinaus auch das nach der Digitalisierungsrichtlinie maßgebliche Identifizierungsmittel – den elektronischen Ausweis. An der (Un-)Sicherheit von Video-Ident-Verfahren ändern auch die Voraussetzungen der österreichischen NEIV nichts. Deren Vorgaben sind sehr abstrakt gefasst. Die verfahrensbezogenen Sicherungsmaßnahmen des § 3 NEIV beschränken sich im Wesentlichen darauf, den Ablauf eines Video-Ident-Verfahrens zu beschreiben (Sichtbarkeit von Gesicht, Vorder- und Rückseite des Ausweisdokuments, zu prüfende Angaben des Ausweisdokuments sowie notwendige Handlungen der per Videokommunikation zu identifizierenden Person), und bleiben damit hinter den in Deutschland für Video-Ident-Verfahren geltenden Anforderungen – soweit diese im nichtnotariellen Bereich zugelassen sind¹³² – zurück. Schließlich ist davon auszugehen, dass dem deutschen Gesetzgeber diese Vorgaben bei der Entscheidung gegen das Video-Ident-Verfahren bekannt waren.

130 Bei einem Rückgriff auf private Anbieter treten allgemeine Probleme hinzu, beispielsweise mit Blick auf die DS-GVO, vgl. hierzu EuGH, Urteil vom 16.07.2020, C-311/18, NJW 2020, 2613; ferner *Lieder*, ZIP 2023, 1923, 1931.

131 Auch sind die Sicherungsmaßnahmen bei der Einbeziehung dritter Personen sehr allgemein. § 2 Abs. 1 NEIV sieht lediglich vor, dass Mitarbeiter „besonders geschult und zuverlässig“ zu sein haben. Ihnen sind „jedenfalls ausreichende Kenntnisse über den rechtlichen Rahmen des elektronisch unterstützten Identifikationsverfahrens, die technischen Voraussetzungen sowie die praktische Sicherstellung der Identitätsprüfung“ zu vermitteln. Spezifische Schulungsinhalte etwa zu aktuellen Fälschungsmöglichkeiten oder eine Pflicht, Fortbildungen zu besuchen bzw. Wissen regelmäßig oder anlassbezogen aufzufrischen, sind – anders als etwa in § 6 GwVideoidentVRefE – nicht vorgesehen.

132 Vgl. etwa Rundschreiben Nr. 3/2017 der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) sowie den darauf aufbauenden Referentenentwurf einer Geldwäschevideoidentifizierungsverordnung (GwVideoidentV).

Dass das Verfahren einer *geldwäscherechtlichen* Identifizierung genügt, ist unerheblich, da nach dem dargestellten Maßstab für die Frage der Gleichwertigkeit ausschließlich die *beurkundungsrechtlichen* Vorgaben für eine Identifizierung zu vergleichen sind.¹³³ Letztere sind deutlich strenger, einerseits wegen der besonderen Beweiswirkungen notarieller Urkunden, andererseits wegen der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie. Versieht der Staat Registereintragungen mit einer Publizitätswirkung bzw. ermöglicht er einen gutgläubigen Erwerb, hat er mit Blick auf seine Fürsorgepflicht Vorkehrungen zu treffen, um die Richtigkeit der Eintragungen zu garantieren.¹³⁴

Da Beteiligte nach dem österreichischen Verfahrensrecht nicht qualifiziert elektronisch signieren müssen, ist der Authentizitäts- und Integritätsschutz insoweit deutlich eingeschränkt. Die Urheberschaft kann dadurch im Nachhinein – wenn überhaupt – nur eingeschränkt nachvollzogen werden. Dies ist angesichts der Autorisierungsfunktion der Unterschrift problematisch und aufgrund des geringeren Sicherheitsniveaus bei der Identifizierung umso bedenklicher. Auch gewährleisten einfache elektronische Signaturen nicht die Integrität der Erklärung, da ein einfach elektronisch signierter Text verändert werden kann, ohne dass diese Änderungen für die Beteiligten, die Urkundsperson oder den Rechtsverkehr nachvollziehbar wären.¹³⁵ Das mit einfachen elektronischen Signaturen einhergehende verfahrensrechtliche Sicherheitsdefizit wird auch in der österreichischen Kommentarliteratur angemerkt.¹³⁶ Bis zur qualifizierten elektronischen Signatur des österreichischen Notars ist das Dokument sogar „ungeschützt“, könnte also unerkannt abgeändert oder gar ausgetauscht werden. Den Beteiligten könnten daher beispielsweise durch einen Cyberangriff unerkannt Erklärungen „untergejubelt“ werden, die sie so nie abgegeben haben.

Ganz entscheidend gegen ein gleichwertiges Verfahren spricht nicht zuletzt auch, dass Notare in Deutschland zahlreiche weitere staatliche Kontrollaufgaben im Interesse der Allgemeinheit wahrnehmen. Eine Einbindung erfolgt insbesondere zur Sicherung des Steueraufkommens, zur Prävention von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung sowie zur Sanktionsdurchsetzung. Damit einhergehende nationale Pflichten (bspw. Mitteilungspflichten gegenüber Finanzbehörden, geldwäscherechtliche Prüfpflichten oder berufsrechtliche Vorgaben, bestimmte personenbezogene Angaben unkenntlich zu machen) können sich von vorneherein nur an inländische Notare richten. Generell bergen Auslandsbeurkundungen daher die Gefahr, inländische Kon-

133 Diese notwendige Unterscheidung verkennt *Deck*, NZG 2024, 185, 189; *Deck*, NZG 2024, 430, 432. Ferner geht der Autor unzut. davon aus, dass das Video-Ident-Verfahren ein elektronisches Identifizierungsmittel im Sinne der Art. 13b Abs. 1 lit. a, Art. 13a Nr. 1 DigRL, Art. 3 Nr. 2 eIDASVO darstellt.

134 *Bormann/Stelmaszczyk* in FS 25 Jahre Deutsches Notariatsinstitut, S. 423.

135 *Primaczenko/Frohn* in BeckOGK-BGB, § 126a BGB Rdnr. 6; allgemein zur fehlenden Sicherheit einfacher elektronischer Signaturen BT-Drucks. 14/4662, S. 18.

136 *Zib* in *Zib/Umfahrer*, Notariatsordnung, § 69b öNO Rdnr. 39.

trollstrukturen zu unterlaufen. Zu berücksichtigen ist dabei auch die unterschiedliche Einbindung von Notaren bzw. deren unterschiedlicher Stellenwert im Bereich der Geldwäschebekämpfung in ausländischen Rechtsordnungen. Ein Blick über die Grenzen zeigt, dass es auch bei EU-Mitgliedstaaten teilweise deutliche Unterschiede bei der faktischen Effektivität der geldwäscherechtlichen Vorgaben gibt. In der Literatur werden daher Bedenken geäußert, wonach Geldwäscher gezielt auch auf ausländische Verfahren ausweichen könnten, um strengere Kontrollen zu umgehen.¹³⁷ Gerade Online-Verfahren böten Kriminellen insoweit eine einfache Möglichkeit, da diese grundsätzlich von überall aus durchgeführt werden könnten.¹³⁸

e) Rechtsfolge

Scheitert eine Substitution an einem der beiden Kriterien, gilt das Dokument aus deutscher Sicht nicht als beurkundet bzw. beglaubigt. Bei materiellen Formvorschriften ist das zugrunde liegende Rechtsgeschäft nichtig (§ 125 Satz 1 BGB).¹³⁹ Handelt es sich um formelle Formvorschriften (wie etwa § 29 GBO), liegt aus Sicht des deutschen Rechts lediglich eine Erklärung etwa in Textform vor.¹⁴⁰

2. Praktische Hinweise

Für deutsche Notare, Registergerichte und Grundbuchämter hat die fehlende Gleichwertigkeit verschiedene Konsequenzen:

a) Umgang mit Gründungsvollmachten

Auf der Grundlage einer in einem nicht gleichwertigen Online-Verfahren errichteten Gründungsvollmacht kann ein deutscher Notar den Gesellschaftsvertrag einer deutschen GmbH nicht beurkunden.¹⁴¹ Denn er hat nach § 17 Abs. 1 BeurkG nicht nur Inhalt und Umfang, sondern auch die Wirksamkeit der vorgelegten Vollmacht zu prüfen.¹⁴² Das Formgebot des § 2 Abs. 2 GmbHG ist ein Wirksamkeitserfordernis für die Vollmachtserteilung und hat keine bloße Ordnungsfunktion.¹⁴³

¹³⁷ Allgemein zur Umgehung durch ausländische Notare *Lieder*, NZG 2022, 1043, 1046; *Bormann*, GmbHR 2023, 533, 536; *Herrler*, GmbHR 2013, 617, 628.

¹³⁸ ErwG 9a der DigRL II hebt die Bedeutung der öffentlichen Präventivkontrolle zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung ausdrücklich hervor, vgl. *Lieder*, NJW 2024, 2065, 2067.

¹³⁹ Vgl. für die Gründung einer GmbH *Stelmaszczyk* in BeckOGK-GmbHG, § 2 Rdnr. 163.

¹⁴⁰ DNotiGutachten Nr. 200443, S. 4; umgangen werden kann dies auch nicht dadurch, dass eine deutsche Urkundsperson eine beglaubigte Abschrift der ausländischen Urkunde errichtet und einreicht. Sofern die „Ausgangsurkunde“ nicht unter Wahrung bspw. von § 29 GBO errichtet wurde – aus deutscher Sicht also nur Textform vorliegt –, kann auch eine beglaubigte Abschrift keine stärkere Beweiskraft haben als die Hauptschrift.

¹⁴¹ *Heinze* in MünchKomm-GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 2 Rdnr. 104.

¹⁴² *Heinze* in MünchKomm-GmbHG, § 2 Rdnr. 94; *Stelmaszczyk* in BeckOGK-GmbHG, § 2 Rdnr. 253.1.

¹⁴³ *Heinze* in MünchKomm-GmbHG, § 2 Rdnr. 88.

Bei im Ausland online *beglaubigten* Vollmachten stehen einer Beurkundung auch materiellrechtliche Gründe entgegen. Denn § 172 BGB erfordert die Vorlage einer papierernen Vollmachtsurkunde im Original oder in Ausfertigung. Die beglaubigte elektronische Datei genügt dem ebenso wenig wie einfache oder beglaubigte Abschriften hiervon.¹⁴⁴ Bei Beglaubigungen dürften auch im Ausland regelmäßig keine Ausfertigungen erteilt werden können.¹⁴⁵

b) Notarielle Vorprüfung gemäß § 15 Abs. 3 GBO, § 378 Abs. 3 FamFG

Bei Anmeldungen in bestimmten Registersachen sowie bei Erklärungen im Grundbuchverfahren hat der Notar gemäß § 15 Abs. 3 GBO, § 378 Abs. 3 FamFG die Eintragungsfähigkeit zu prüfen und zwar unabhängig davon, ob er die jeweilige Erklärung entworfen hat. Bei Zweifeln an der Eintragungsfähigkeit hat der Notar die Beteiligten hierauf hinzuweisen und entsprechende Änderungen anzuregen. Wünschen diese dennoch, die Anmeldung unverändert einzureichen, so hat der Notar seine Zweifel in einem Prüfvermerk für das Registergericht darzustellen. Nach allgemeiner Auffassung können ausschließlich deutsche Notare diese Prüfung durchführen. Ein von ausländischen Urkundspersonen angebrachter Prüfvermerk genügt hingegen nicht.¹⁴⁶ Hintergrund ist wiederum, dass nur so eintragungsfähige Antragstellungen sowie die damit einhergehende Filter- und Entlastungsfunktion erreicht werden können.¹⁴⁷ Fehlt ein hinreichender Prüfvermerk, hat das Registergericht bzw. Grundbuchamt bereits aus diesem Grund eine Zwischenverfügung zu erlassen, da es sich bei diesem nach überwiegender Auffassung um eine Eintragungsvoraussetzung handelt.¹⁴⁸

Grundsätzlich ist zu prüfen, ob die Anmeldung abstrakt auf eine eintragungsfähige Tatsache gerichtet ist und ob die Formulierung der Anmeldung eine derartige Eintragung zuließe, deren Fassung also bestimmt genug ist.¹⁴⁹ Eine weitgehendere inhaltliche Prüfungspflicht – etwa hinsichtlich der Eintragungsfähigkeit im konkreten Fall oder in Bezug auf beizufügende Anlagen – besteht dagegen nicht. Eine solche könnte sich lediglich aus § 17 BeurkG ergeben.¹⁵⁰ Selbst wenn keine Pflicht zur inhaltlichen Prüfung besteht, ist diese mit Blick auf die Zwecke der notariellen Vorprüfung (materielle Richtigkeitsgewähr, Beschleunigung und Entlastung des Registerverfahrens, Filter- und Entlastungsfunktion) jedenfalls nicht untersagt.

In nicht gleichwertigen Online-Verfahren beglaubigte Registeranmeldungen oder Grundbucheintragungen sind – wie

¹⁴⁴ *Winkler*, BeurkG, 21. Aufl. 2023, § 12 Rdnr. 14.

¹⁴⁵ *Lieder*, ZIP 2023, 1923, 1932 f.

¹⁴⁶ *Lieder*, ZIP 2023, 1923, 1934.

¹⁴⁷ *Krafka* in MünchKomm-FamFG, 3. Aufl. 2019, § 378 Rdnr. 15 f.; *Reetz* in BeckOK-GBO, Stand: 01.03.2024, § 15 Rdnr. 81; *Otto* in BeckOK-FamFG, Stand: 01.02.2024, § 378 Rdnr. 54.

¹⁴⁸ *Otto* in BeckOK-FamFG, § 378 Rdnr. 75; a. A. *Krafka* in MünchKomm-FamFG, § 378 Rdnr. 18.

¹⁴⁹ *Eickelberg* in Sternal, FamFG, 21. Aufl. 2023, § 378 Rdnr. 34.

¹⁵⁰ *Eickelberg* in Sternal, FamFG, § 378 Rdnr. 33.

dargestellt – bereits aus formellen Gründen nicht eintragungsfähig. Der Anmeldung bzw. Erklärung ist demnach ein negativer Prüfvermerk beizufügen.¹⁵¹ Dagegen darf der Notar in diesem Fall die Einreichung grundsätzlich nicht ablehnen, da die notariellen Prüfpflichten die Prüfungs Kompetenzen des Registergerichts nicht einschränken.¹⁵² Es dürfte sich anbieten, die Beteiligten auf die Bedenken hinzuweisen und eine formgerechte Errichtung anzuregen.¹⁵³

Legen die Beteiligten hingegen einen im Ausland beurkundeten Gesellschaftsvertrag vor mit der Bitte, die zugehörige Registeranmeldung zu fertigen, ist vor Fertigung der Anmeldung eine formgerechte Beurkundung des Gesellschaftsvertrags anzuregen. Andernfalls hat das Registergericht die Eintragung der Gesellschaft gemäß § 9c Abs. 1 Satz 1 Var. 1 GmbHG abzulehnen.¹⁵⁴ Bei der Entwurfserfertigung unterliegt der Notar den umfangreichen Prüfungs- und Belehrungspflichten nach § 17 BeurkG.¹⁵⁵

c) Einreichung von Gesellschafterlisten

Bei Auslandsbeurkundungen besteht für deutsche Notare mangels Mitwirkung im Sinne des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG keine Pflicht, eine notarbescheinigte Gesellschafterliste einzureichen. Diese können eine Gesellschafterliste lediglich als Bote einreichen.¹⁵⁶ Einer Vorprüfung gemäß § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG einschließlich positiven oder negativen Vermerks bedarf es bei Gesellschafterlisten nicht.¹⁵⁷

Da keine Mitwirkungspflicht nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG besteht, kann der Notar die Einreichung der Gesellschafterliste ablehnen. Eine Pflicht zum Tätigwerden gemäß § 15 BNotO besteht nicht. Erkennt der Notar die Unwirksamkeit

der zugrunde liegenden Geschäftsanteilsabtretung, dürfte er in diesen Fällen regelmäßig sogar verpflichtet sein, die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste abzulehnen. Denn grundsätzlich darf dieser im Falle einer notariellen Mitwirkung eine neue Liste nur einreichen, wenn die Urkundsperson von der Wirksamkeit der Veränderung überzeugt ist.¹⁵⁸ Legt man diesen Maßstab auch für ein Tätigwerden als Bote zugrunde, wird der Notar bei Erkennen der Unwirksamkeit eine Einreichung abzulehnen haben. Da Geschäftsanteilsabtretungen nicht vom Anwendungsbereich inländischer Online-Verfahren erfasst sind, wird er nicht zu dieser Überzeugung gelangen können.

d) Prüfungsrecht des Registergerichts

Ähnliches gilt aus registergerichtlicher Sicht. Unstreitig steht Registergerichten ein formelles Prüfungsrecht zu, also ob Gesellschaftsvertrag und Anmeldung formgerecht errichtet wurden und ein korrekter Prüfvermerk vorhanden ist.

Inwieweit ihnen in Hinblick auf Gesellschafterlisten darüber hinaus auch ein materielles Prüfungsrecht zusteht, ist im Einzelnen umstritten und vom BGH nicht abschließend geklärt. Die vorherrschende Literaturansicht nimmt ein uneingeschränktes formelles sowie ein auf *offenkundig* unrichtige Gesellschafterlisten begrenztes inhaltliches Prüfungsrecht an. In diesen Fällen sei es dem Registergericht unzumutbar, eine neue Liste in das Handelsregister aufzunehmen. Das Registergericht dürfe nicht daran mitwirken, eine falsche Legitimationsbasis für die Ausübung der Gesellschafterrechte oder einen unrichtigen Rechtscheinträger zu schaffen. Ein falscher Anschein ließe sich nur durch Ablehnung der Eintragung vermeiden. Erkennt das Registergericht die Unrichtigkeit der Veränderung, wird es eine Gesellschafterliste zum Schutz des Rechtsverkehrs nicht nur zurückweisen dürfen, sondern sogar müssen.¹⁵⁹

Geht eine Gesellschafterliste erkennbar auf eine unwirksame Geschäftsanteilsabtretung zurück – wie etwa im Fall nicht gleichwertiger Online-Verfahren –, dürfte angesichts der ausdrücklichen Materialien zum DiREG eine *offenkundig* unwirksame Änderung im Gesellschafterbestand vorliegen. Selbst bei Präsenzverfahren ist davon auszugehen, dass eine durch das Registergericht zu beanstandende Liste vorliegt, wenn die fehlende Gleichwertigkeit ohne Weiteres feststeht.¹⁶⁰

e) Erteilung von Bescheinigungen nach § 21 Abs. 3 BNotO

Gemäß § 21 Abs. 3 BNotO dürfen Notare Bescheinigungen über eine durch Rechtsgeschäft begründete Vertretungsmacht ausstellen, sofern sie sich zuvor durch Einsichtnahme in eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Vollmachtsurkunde über die Begründung der Vertretungsmacht vergewissert haben. Gemeint ist wiederum eine

151 Angelehnt an *Weber*, RNotZ 2017, 427, 434 könnte dieser lauten: „Gegen die Eintragungsfähigkeit der vorstehenden zur Eintragung erforderlichen Erklärungen/Anmeldung bestehen nach Prüfung durch den Notar für das Grundbuchamt/Registergericht gemäß § 15 Abs. 3 GBO/§ 378 Abs. 3 FamFG Bedenken. Die Anmeldung/Erklärung wurde in [Land] mittels Videokommunikation errichtet. Nach dem deutschen Verfahrensrecht ist jedoch ausschließlich ein Präsenzverfahren zulässig/Das Verfahrensrecht in [Land] ist dem deutschen Beurkundungsgesetz nach der h. L. nicht gleichwertig.“

152 BT-Drucks. 18/10607, S 109 f.

153 Bei Beteiligten im Ausland könnte eine Beurkundung bzw. Beglaubigung bei einer deutschen Auslandsvertretung (vgl. § 10 KonsG) oder durch Bevollmächtigte vor einem deutschen Notar erfolgen. Beglaubigungen können ggf. alternativ auch durch ausländische Notare in einem Präsenzverfahren erfolgen, wenn die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen, vgl. *Schaub* in Bauer/Schaub, Grundbuchordnung, 5. Aufl. 2023, AT, Abschn. K Rdnr. 623. Beurkundungen sind dagegen auch in Präsenzverfahren regelmäßig nicht gleichwertig.

154 Da es sich um eine Statusmaßnahme handelt, scheidet eine Substitution – unabhängig davon, ob es sich um ein Präsenz oder Onlineverfahren handelt – bereits an der ersten Stufe der Substituierbarkeit.

155 *Winkler*, BeurkG, § 53 Rdnr. 71.

156 *Heidinger* in MünchKomm-GmbHG, § 40 Rdnr. 350.

157 *Krafka* in MünchKomm-FamFG, § 378 Rdnr. 19.

158 Vgl. hierzu DNotIReport Nr. 11/2023, S. 86.

159 Ausführlich hierzu DNotIReport 2023, 9 ff.; ferner *Berthold*, Rpfleger 2023, 553, 556 f.

160 *Servatius* in Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 40 Rdnr. 75a.

physische Vollmachtsurkunde bzw. eine Ausfertigung derselben. Eine Bescheinigung für originär elektronische Gründungsvollmachten scheidet aus.¹⁶¹

Auch auf Grundlage einer von ausländischen Urkundspersonen ausgestellten Vollmachtsurkunde können deutsche Notare eine Bescheinigung über die Vertretungsmacht ausstellen. Inwieweit eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde im Sinne des § 21 Abs. 3 BNotO vorliegt, bemisst sich wiederum nach den Grundsätzen der Substitution. Kann eine Gleichwertigkeit der ausländischen Urkunde nicht angenommen werden, scheidet die Ausstellung einer Vertretungsbescheinigung aus.¹⁶²

V. Ausblick

Die Entwicklungen der letzten beiden Jahre zeigen, dass das Verfahren zur Online-Beurkundung bzw. Online-Beglaubigung Fuß gefasst hat. Seit Inkrafttreten hat nicht nur der Anwendungsbereich, sondern auch die Anwendung selbst einige Änderungen erfahren. Um etwa das Nutzungserlebnis weiter zu optimieren, wurden die Webseite und der Registrierungsprozess für Bürger neu strukturiert und vereinfacht. Generell bietet die Möglichkeit, frei zwischen Präsenz- und Online-Verfahren zu wählen, größtmögliche

161 In Betracht käme lediglich eine Bescheinigung für eine Ausfertigung einer originär elektronischen Urkunde. Ausführlich hierzu *Lieder*, ZIP 2023, 1923, 1934 m. w. N.

162 *Sander* in: BeckOK-BNotO, § 21 Rdnr. 64; *Limmer* in Frenz/Miermeister, Bundesnotarordnung, § 21 Rdnr. 14d.

Flexibilität und dürfte für Unternehmen eine sinnvolle Alternative sein, gerade wenn der Terminkalender wieder etwas voller ist.

Aus Sicht der Unternehmensgründer ist erfreulich, dass der Gründungsprozess selbst damit nun Ende zu Ende digitalisiert ist. Bedauerlicherweise kommt es abseits der Beurkundung und des Handelsregisterverfahrens nach wie vor zu Medienbrüchen: Zahlreiche, meist analoge Anzeige-, Antrags- und Mitteilungspflichten trüben den Unternehmertegeist junger, innovativer Start-Ups. Hier ließe sich perspektivisch auf der elektronischen Kommunikation zwischen Notaren und Registergerichten aufbauen: So könnte der für das Registergericht bestimmte Datensatz auch weiteren Stellen zur Verfügung gestellt werden, etwa dem Unfallversicherungsträger, der Bundesagentur für Arbeit oder dem Gewerbe- bzw. Finanzamt. Da dieser strukturiert ist, könnten diese Stellen die Daten „mit einem Klick“ übernehmen, wodurch auch der weitere Gründungsprozess entbürokratisiert und die Aufnahme der Geschäftstätigkeit effektiv beschleunigt würde.

Auch auf europäischer Ebene tut sich Neues: Im April 2024 wurde die Digitalisierungsrichtlinie 2.0 beschlossen. Zwar ist diese weniger disruptiv als ihre Vorgängerin. Nichtsdestotrotz bringt sie für den Binnenmarkt verschiedene wichtige Neuerungen mit sich. Aus notarieller Sicht besonders erfreulich ist, dass der europäische Gesetzgeber erneut seine Entscheidung für das System der öffentlichen Präventivkontrolle bekräftigt und dieses weiter ausbaut. Im „Wettbewerb um die attraktivste Rechtsordnung“ bewegt sich Europa damit einen großen Schritt nach vorne.





BUCHBESPRECHUNGEN

Robert Opris/Tobias Krause:

Steuergestaltung bei Schenkung und Erbschaft – FamRZ-Buch, Band 16

2. Aufl., Giesecking-Verlag, 2024. 137 S., 59 €

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

Die Ausarbeitung von Vereinbarungen im Rahmen der Nachfolgeplanung und deren steuerliche Optimierung gehört mit zu den Kernbereichen der rechtsvorsorgenden Tätigkeit von entsprechend spezialisierten Rechtsanwälten und Steuerberatern, aber natürlich auch von Notaren. Das Gebiet ist unübersichtlich, teilweise sehr komplex und auch schnelllebig, weil sich die maßgeblichen steuerlichen Bestimmungen bisweilen ändern.

Hier setzt der vorliegende Band an: Sein Ziel ist es, dem Berater einen ersten Überblick zu verschaffen, welche Möglichkeiten der Steueroptimierung bei Vermögensübertragungen und Nachfolgeregelungen existieren. Die beiden Autoren, erfahrene Steuer- und „Familien-“ bzw. „Erbrechtler“ in einer sehr renommierten süddeutschen Anwaltskanzlei, haben den bereits im Jahr 2002 erschienen, gleichnamigen Band von *Ulrich Gerken* vollständig neu bearbeitet und insbesondere die seit 2002 erlassenen Reformen – die Erbschaftsteuerreformen, aber auch die Anfang 2024 in Kraft getretene Reform des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) – in ihrer Darstellung umfassend berücksichtigt.

Das recht kompakte Werk ist klar gegliedert: Im ersten Teil geht es primär um die steueroptimierte Gestaltung im privaten Bereich, etwa bei vermögenden Privatpersonen oder Unternehmern und Geschäftsführern. Dabei werden zunächst die Gestaltungsansätze aufgezeigt, also etwa das Ziel, in eine günstige (Erbschaft-, Schenkung-)Steuerklasse zu kommen, bestehende Freibeträge optimal zu nutzen und die „Feinheiten“ im Rahmen der steuerlichen Vermögensbewertung zu berücksichtigen. Kennzeichnend für den gesamten Band ist dabei, dass die einzelnen Überlegungen zumeist nur angerissen und stichwortartig mit ihren grundsätzlichen Vor- und Nachteilen beschrieben werden: Ob die angesprochene Gestaltungsform in Betracht kommt und wie sie im Einzelnen „ins Werk“ gesetzt werden kann, ist – wie immer – vom Berater im jeweiligen Einzelfall, nach ausführlicher Abklärung der individuellen Gegebenheiten, zu prüfen und zu entscheiden. Durch diese konzentrierte Darstellungsform kommt die eine oder andere Kleinigkeit bisweilen etwas kurz; beispielsweise, dass über den Pauschbetrag nach § 10 Abs. 5 Nr. 3 Satz 2 ErbStG hinausgehende, höhere Kosten für die Grabbpflege steuerlich leichter geltend gemacht werden können, wenn den Erben im Testament die entsprechende Auflage gemacht wurde, das Grab des Erblassers zu pflegen (Rdnr. 12 f.).

Wie die „Zielbeschreibung“ im Einzelnen umgesetzt werden kann, wird in den zwei folgenden Abschnitten sehr schön aufgezeigt – getrennt nach den Gestaltungsmöglichkeiten, die sich vor dem Erbfall ergeben können und denje-

nigen, nachdem der Erbfall eingetreten ist. Naturgemäß ist die „Bandbreite“ an möglichen Gestaltungen vor dem Erbfall wesentlich größer als danach. Die einfachste Möglichkeit, Steuern zu sparen, ist nach wie vor die Eheschließung mit der dann gegebenen besseren Steuerklasse und den wesentlich höheren Freibeträgen (Rdnr. 30). Ähnliches lässt sich im Prinzip auch durch eine Adoption erreichen, regelmäßig in Form einer Volljährigenadoption: Was aus steuerlicher Sicht sehr einfach klingt, erweist sich in der praktischen Umsetzung indessen vielfach als außerordentlich ungewiss, weil die Rechtsprechung sich bei der Annahme einer sittlichen Rechtfertigung (§ 1767 Abs. 1 BGB) außerordentlich reserviert zeigt (vgl. etwa jüngst KG, Beschluss vom 10.01.2024, 16 UF 98/22, MittBayNot 2024, 468, in diesem Heft). Kurz gestreift wird auch die (Familien-)Stiftung als eine in der aktuellen Literatur (jüngst von *Oertzen/Lindermann*, ZEV 2023, 803 ff.) verstärkt diskutierte Möglichkeit, Vermögen steuergünstig der nachfolgenden Generation zukommen zu lassen. Abgerundet wird dieser Abschnitt mit eingehenden Hinweisen, wie das bei Ehegatten sehr beliebte Berliner Testament durch ergänzende Klauseln optimiert werden kann, um die steuerliche Belastung des Schlusserben zu begrenzen (Rdnr. 169 ff.).

Der sich daran anschließende Abschnitt zu Gestaltungsmöglichkeiten im privaten Bereich nach Eintritt des Erbfalls (Rdnr. 225 ff.) fällt etwas kürzer aus, weil die Ansatzpunkte für ein Eingreifen zu diesem Zeitpunkt naturgemäß begrenzter sind. Die beiden Verfasser bieten dennoch einen sehr kenntnisreichen Überblick über die verbleibenden Möglichkeiten; etwa von der Erbausschlagung mit oder ohne Abfindung; Gestaltungsmöglichkeiten unter Einbeziehung des Pflichtteilsrechts und – häufig aus dem Blick geratende – Gestaltungsformen bei gemeinsamen („Oder-“) Konten von Ehegatten und die Möglichkeit, dass die Gläubiger untereinander im Innenverhältnis bindende Vereinbarungen über die Zuordnung des Kontoguthabens treffen (§ 430 BGB; Rdnr. 259 ff.).

Der zweite Teil des Werks ist der Unternehmensnachfolge gewidmet. Die Darstellung fällt mit knapp über 30 Seiten zwar kurz aus, aber die entscheidenden „Stellschrauben“ werden sehr schön aufgezeigt: Auch hier werden zunächst die steuerlich relevanten, teilweise hoch komplexen Punkte wie etwa die Steuerbefreiung nach §§ 13a ff. ErbStG erläutert (Rdnr. 265 ff.), an denen die rechtsvorsorgende Gestaltung ansetzen kann, bevor Gestaltungsmöglichkeiten des Unternehmers vor dem Erbfall – u. a. vorweggenommene Erbfolge, Unternehmertestament sowie das Zusammenspiel von gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeregelungen

mit dem Erbrecht und die wiederum sehr viel „bescheideneren“ Gestaltungsmöglichkeiten nach Eintritt des Erbfalls erörtert werden.

Im abschließenden, dritten und letzten Teil des sehr informativen Buchs gehen die beiden Autoren ganz gezielt auf „Gefahrenquellen“ ein, also „gängige Stolperfallen“ bei der Bewältigung der steuerlichen Aspekte einer Nachfolgeplanung (Rdnr. 406 ff.). Behandelt wird etwa der Problemkreis latenter Steuern in Form von latenten Ertrag- (Rdnr. 407 ff.), Umsatz- (Rdnr. 443 ff.) und Grunderwerbsteuern (Rdnr. 450 ff.) sowie verlorene Verlustvorträge (Rdnr. 456 f.). Sicherlich das größte „Risikopotenzial“ bilden die internationalen Aspekte einer Nachfolgeplanung. Denn die Internationalisierung von regelungsbedürftigen Sachverhalten nimmt aufgrund der gestiegenen Mobilität der

Bevölkerung und einer wachsenden grenzüberschreitenden Verflechtung mehr und mehr zu und damit steigen natürlich auch die – vom Berater vielfach nur schwer vorherzusehenden – Probleme: Verständlicherweise beschränkt sich das Werk gerade hier auf wenige Hinweise zu den drohenden Gefahrenquellen.

Alles in allem: Der Band ist außerordentlich informativ und bietet vielfältige Denkanstöße. Schön wäre es, wenn über den Überblick hinaus den Nutzerinnen und Nutzern des sehr empfehlenswerten Werkes vielleicht mehr Hinweise auf vertiefende Literatur gegeben werden könnten, um den „Einstieg“ in die Materie, die Umsetzung in konkrete Urkundenentwürfe oder Vereinbarungen, etwas zu erleichtern. Zusammenfassend: Ein für den Praktiker nachdrücklich zu empfehlender Band.

Peter Limmer:

Handbuch der Unternehmensumwandlung

7. Aufl, Carl Heymanns, 2024. 2188 S., 209 €

Von Dr. **Christoph Bauernschmitt**, Notar in Hollfeld

Es gibt nicht viele Werke in der juristischen Fachliteratur, die man als „Standardwerk“ in einem Themengebiet bezeichnen kann. Im Umwandlungsrecht kann dies das „Handbuch der Unternehmensumwandlung“ von Prof. Dr. *Peter Limmer* oder, wie es im geschätzten Kollegenkreis kurz und prägnant häufig genannt wird, „der *Limmer*“ für sich in Anspruch nehmen.

Der Nutzen des Buchs ist daher dem praktischen Anwender im Zweifelsfall durchaus bekannt, weshalb sich die hiesige Besprechung und Rezension insbesondere auf die Unterschiede zwischen der neusten, der siebten, Auflage, zur vorherigen sechsten Auflage beziehen soll und die anschließende Frage, ob sich eine Neuanschaffung lohnt.

Allein anhand des Abstands zwischen der beiden Auflagen – die Voraufgabe erschien bereits 2019 – zeigt sich zur aktuellen Auflage von 2024, dass durchaus eine gewisse zeitliche Diskrepanz zwischen den beiden Veröffentlichungen steht.

Dass das Handbuch nun bereits in der siebten Auflage erscheint, zeigt hingegen dessen unvermindert bestehende Praxisrelevanz. Der Umfang ist erneut – bereits von der fünften zur sechsten Auflage war ein Sprung von ca. 400 Seiten gegeben – um ca. 400 weitere Seiten gewachsen, sodass das Werk nun über fast 2100 Seiten verfügt.

Jedoch findet man sich auch trotz des Wachstums weiterhin zurecht. Der bereits bewährte Aufbau der Voraufgabe wurde erneut beibehalten. Altbekannt sind auch die in dieser Auflage wieder enthaltenen zahlreiche Checklisten,

praxisorientierte Hinweise, Formulierungsbeispiele und Muster. Neu ist, dass die Auflage nun nicht mehr über eine CD-ROM verfügt, sondern über einen eigenen Downloadcode, der es jederzeit online über die Seite des Verlags ermöglicht, die jeweiligen Muster und Checklisten im rtf-Format herunterzuladen. Dabei genügt die einmalige Codeeingabe, um künftig stets Zugriff hierauf zu haben.

Was der zeitliche Horizont und das zahlenmäßige Wachstum jedoch nur vermuten lässt, bestätigt der anschließende Blick in die Neuauflage auch inhaltlich. Bereits mit Blick auf die Bearbeiter des Werks fällt hierbei im Vergleich zur Auflage auf, dass sich die Zahl der Bearbeiter von sechs auf elf beinahe verdoppelt hat, wobei dies nicht bedeutet, dass das Werk komplett in neuen Händen liegt. Lediglich die Autorin *Andrea Billetewski*, die die bilanzrechtlichen Aspekte der Unternehmensumwandlung bisher betreute, ist aus dem Autorenkreis ausgeschieden. Dem gegenüber steht ein Zuwachs an Autoren, namentlich *Matthias Geuder*, Dr. *Tim Hoffmann*, *Severin Liessem*, *Maximilian Meier*, Priv.-Doz. Dr. *Patrick Meier* und *Heike Wilken*. Dieser Zuwachs an Quantität zeigt sich auch daran, dass nun noch weitere Teilaspekte und Begleitfragen des Umwandlungsrecht umfassend behandelt werden, die zuvor noch nicht in der Voraufgabe enthalten waren.

Exemplarisch hierzu sei die inhaltliche Erweiterung des Abschnitts 5 „Sonderfragen“ genannt. Von den bisher in der Voraufgabe enthaltenen vier Kapiteln verfügt die Neuauflage über nunmehr sieben, die auch inhaltlich das bereits breite Spektrum des Werks sinnvoll ergänzen. Insbesondere sei

hier aus Anwendersicht das neu eingefügte Kapitel 14 (die Zählung beginnt ab Kapitelziffer 9) zu betonen, dass das umfangreiche Repertoire des Werks mit Fokus auf das UmwG um weitere Punkte hinsichtlich der Umwandlungsmaßnahmen außerhalb des UmwG ergänzt. Zwar handelt es sich hierbei zum Beispiel im Hinblick auf Anwachsungsgestaltungen lediglich um kursorische Abhandlungen; nichtsdestotrotz erweitert es das Sichtfeld des Anwenders auf die verschiedenen Möglichkeiten der Umwandlung, sei es innerhalb des UmwG oder außerhalb. Herauszuheben ist aber die Aktualität des Kapitels auch hinsichtlich des zum 01.01.2024 eingeführten Statuswechselerfahrens nach dem Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrecht (nachfolgend kurz „MoPeG“).

Jedoch ist nicht nur dieses Kapitel aktualisiert hinsichtlich des MoPeG, sondern auch die übrigen Kapitel sind hinsichtlich der neu zu beachtenden Vorschriften und zugleich Möglichkeiten an den aktuellen Gesetzesstand angepasst worden. Hier sei nur die Aufnahme der eingetragenen Gesellschaften bürgerlichen Rechts in den Numerus-Clausus der verschmelzungsfähigen Rechtsträger gemäß § 3 UmwG genannt und die damit einhergehenden neuen Gestaltungsmöglichkeiten unter Beteiligung dieser Gesellschaften.

Ebenfalls neu, jedoch nicht aufgrund von Gesetzesänderungen, sondern aufgrund der Erweiterung des Autorenteam, sind die Ausführungen zum öffentlichrechtlichen Umwandlungsrecht. Hierbei wurde als Autor PD Dr. *Patrick Meier* gewonnen, wobei dessen Beitrag leider noch nicht in der Printfassung des Buchs enthalten ist. Dieser soll vielmehr über den jedem Werk beigefügten Onlinecode nach dessen Veröffentlichung zur Verfügung gestellt werden.

Einerseits ist das Thema als solches sehr zu begrüßen, ergänzt es doch das Werk um einen weiteren Teilaspekt, der nicht unbedingt als „alltäglich“ zu bezeichnen ist, jedoch durchaus an den Rechtsanwender, unabhängig von der Belegenheit seines Amtssitzes, herangetragen werden könnte. Andererseits ist hier die Ausklammerung in eine Art

„Online-Bonusteil“ nicht unbedingt zu begrüßen, raubt es dem Werk als Print doch gerade den von den Erwerbenden häufig vorgebrachten Vorteil: Es handelt sich um ein kompaktes Werk zum Nachschlagen, ohne dass es hierzu eines Computers noch sonstiger Datenbanken bedarf. Hier wäre es wünschenswert diesen Trend nicht unbedingt fortzusetzen, bietet der Verlag ja zugleich für denjenigen, der einen Onlinezugriff gerne hätte, entsprechende Möglichkeiten an.

Ein weiterer willkommener Teilaspekt, insbesondere für den anwendenden Notar, sind die nun enthaltenen Bemerkungen zu den ebenfalls im Beurkundungsverfahren zu beachtenden Vorschriften des GwG und die damit einhergehenden Geldwäscheprüfungen durch den beurkundenden Notar. So werden bereits unter Kapitel 3 Rdnr. 69 ff. die wichtigsten für den Anwender zu beachtenden Vorschriften des GwG und deren Anwendung in der Praxis, auch unter Berücksichtigung der seit der Altauflage doch nicht unerheblich eingeführten Änderungen bzw. Verschärfungen, genauer behandelt.

Im Ergebnis lässt sich daher festhalten, dass es sich auch bei der siebten Auflage um ein beachtliches Werk handelt, zu dem man Prof. Dr. *Peter Limmer* sowie dem gesamten Autorenteam nur beglückwünschen kann. Das Werk holt sowohl jeden Anfänger im Umwandlungsrecht als auch jeden Profi in diesem Rechtsgebiet an der richtigen Stelle ab, verdeutlicht den Aufbau des UmwG mit dessen Querverweisen spielerisch und vermag es auch dem Leser bei spezifischen Einzelproblemen immer, zuverlässig eine gangbare Lösung zu zeigen. Es lässt sich daher zusammenfassend sagen, dass „der *Limmer*“ nicht umsonst als ein Standardwerk in der gesellschaftsrechtlichen Bibliothek bezeichnet wird. Die Neuanschaffung lohnt sowohl für den, der noch keinen Bezug zu dem Werk hatte, als auch für jeden, der noch über die Altauflage verfügt, da die aktuelle Auflage einerseits die wichtigsten Änderungen im Gesellschaftsrecht seit 2019 verlässlich abbildet und andererseits durch den Zuwachs an Autoren weitere Aspekte des Umwandlungsrechts hochkarätig näher bringt.



RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

ALLGEMEINES

1. Vergütungsansprüche aus Bauträgerverträgen verjähren nach zehn Jahren

BGH, Urteil vom 07.12.2023, VII ZR 231/22 (Vorinstanz: OLG Karlsruhe, Urteil vom 02.12.2022, 15 U 79/22)

BGB §§ 195, 196, 631 Abs. 1, § 650u

LEITSATZ:

Verpflichtet sich der Veräußerer eines Grundstücksanteils in einem Bauträgervertrag zur Errichtung einer Eigentumswohnung, verjährt sein einheitlich für Grundstücksanteil und Eigentumswohnung vereinbarter Vergütungsanspruch gemäß § 196 BGB in zehn Jahren.

HINWEIS DER SCHRIFTLICHTUNG:

Diese Entscheidung ist abgedruckt in DNotZ 2024, 176.

Bürgerliches Recht

SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

2. Genehmigung nach dem GrdstVG bei möglicher Verpachtung des Grundstücks durch weiteren Erwerbsinteressenten

BGH, Beschluss vom 24.11.2023, BLw 1/23 (Vorinstanz: OLG Oldenburg, Beschluss vom 14.12.2022, 10 W 21/22)

GrdstVG § 9 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2

LEITSATZ:

Ein Erwerbsinteressent, der ein an einen Nichtlandwirt veräußertes landwirtschaftliches Grundstück zum Zwecke der Verpachtung erwerben will, ist in dem Genehmigungsverfahren nach dem GrdstVG jedenfalls dann wie ein Landwirt zu behandeln, wenn er seinen landwirtschaftlichen Betrieb an eine Person, die mit ihm familiär verbunden ist, verpachtet hat und die Hof- bzw. Betriebsnachfolge durch den Pächter sowie die Zuordnung der Fläche zu dem verpachteten Betrieb ernsthaft beabsichtigt ist.

HINWEIS DER SCHRIFTLICHTUNG:

Diese Entscheidung ist abgedruckt in DNotZ 2024, 471.

3. Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers

BGH, Beschluss vom 19.10.2023, V ZB 8/23 (Vorinstanz: OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 30.01.2023, 20 W 171/21)

BGB § 891 Abs. 1, § 892 Abs. 1 Satz 2, § 2368

GBO § 35 Abs. 1 Satz 2 2. Hs., Abs. 2 1. und 2. Hs., § 52

LEITSÄTZE:

1. Das Grundbuchamt darf zum Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nach § 35 Abs. 2 2. Hs. i. V. m. Abs. 1 Satz 2 2. Hs. GBO ein Testamentsvollstreckerzeugnis oder Europäisches Nachlasszeugnis nur verlangen, wenn sich bei der Prüfung der Verfügung von Todes wegen Zweifel tatsächlicher Art ergeben, die nur durch weitere Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden können.
2. Ist ein nachlassgerichtliches Verfahren anhängig, in dem das Nachlassgericht Zweifeln an der Testierfähigkeit des Erblassers bei Errichtung des Testaments oder sonstigen Einwänden gegen die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung nachgeht, muss das Grundbuchamt die beantragte Eintragung der durch eine Verfügung des Testamentsvollstreckers bewirkten Rechtsänderung davon abhängig machen, dass dessen Verfügungsbefugnis durch ein Testamentsvollstreckerzeugnis oder Europäisches Nachlasszeugnis nachgewiesen wird.
3. Der in dem Grundbuch eingetragene Testamentsvollstreckervermerk nach § 52 GBO soll lediglich negativ die Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Erben kundtun und auf diese Weise verhindern, dass ein Dritter in Unkenntnis der Testamentsvollstreckung das Eigentum an dem Grundstück gutgläubig von dem oder den Erben erwirbt. Er ist daher nicht geeignet, gegenüber dem Grundbuchamt den nach § 35 Abs. 2 GBO erforderlichen Nachweis der Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Verfügung über das Nachlassgrundstück zu erbringen, und vermittelt keinen guten Glauben an das Bestehen oder Fortbestehen der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers über das Nachlassgrundstück.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Beteiligte zu 1 ist in dem notariellen Testament der früheren Eigentümerin des im Eingang dieses Beschlusses bezeichneten Grundstücks (nachfolgend Erblasserin) aus dem Jahr 2013 zum Testamentsvollstrecker bestimmt. Die Erblasserin verstarb im Januar 2020. Sie hatte testamentarisch drei Personen zu Erben eingesetzt (nachfolgend testamentarische Erben), die im Mai 2020 als Eigentümerinnen des Grundstücks in Erbengemeinschaft in das Grundbuch eingetragen wurden. Zugleich wurde in das



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Grundbuch der Vermerk eingetragen, dass die Testamentsvollstreckung angeordnet ist. Mit notariellem Vertrag vom 04.11.2020 verkaufte der Beteiligte zu 1 als Testamentsvollstrecker ohne Beteiligung der testamentarischen Erbinnen das Grundstück an den Beteiligten zu 2, für den in der Folge eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen wurde. Im Februar 2021 übersandte das Nachlassgericht dem Grundbuchamt auszugsweise einen Schriftsatz, mit dem der Rechtsanwalt des Bruders der Erblasserin für diesen die Erteilung eines Erbscheins beantragt hatte mit der Begründung, die Erblasserin sei bei Errichtung des Testaments testierunfähig gewesen und die im Testament enthaltenen letztwilligen Verfügungen würden angefochten. Im Mai 2021 beantragte der hierzu bevollmächtigte Notar die Umschreibung des Grundstückseigentums auf den Beteiligten zu 2.

2 Mit Zwischenverfügung vom 30.07.2021 hat das Grundbuchamt dem Notar aufgegeben, zum Nachweis der Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 1 ein Testamentsvollstreckerzeugnis gemäß § 2368 BGB einzureichen. Die gegen diese Zwischenverfügung gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2 hat das OLG zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Beteiligte zu 1 den Eigentumsumschreibungsantrag weiter.

3 II. Das Beschwerdegericht meint, das Grundbuchamt habe zu Recht die Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses verlangt. Zwar könne nach § 35 Abs. 2 2. Hs. i. V. m. Abs. 1 Satz 2 GBO zum Nachweis der Verfügungsbefugnis eines Testamentsvollstreckers genügen, wenn er in einer öffentlich beurkundeten Verfügung von Todes wegen ernannt sei und dieses dem Grundbuchamt nebst Eröffnungsprotokoll mit einem Nachweis über die Annahme des Amtes vorgelegt werde. Ergäben sich allerdings ernsthafte, auf Tatsachen gegründete Zweifel bei der Prüfung der die Bestimmung zum Testamentsvollstrecker enthaltenden letztwilligen Verfügung, die nur durch weitere Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über tatsächliche Verhältnisse geklärt werden könnten, könne die Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses verlangt werden. So liege es hier, weil der Bruder der Erblasserin vor dem Nachlassgericht genügende Anhaltspunkte für deren Testierunfähigkeit vorgetragen habe. Zwar habe der von dem Nachlassgericht beauftragte Sachverständige die Testierunfähigkeit der Erblasserin nicht mit ausreichender Sicherheit feststellen können. Der Bruder der Erblasserin habe aber eine Ergänzung des Sachverständigengutachtens verlangt. Zudem habe er im Erbscheinsverfahren die Anfechtung des Testaments nach § 2078 BGB erklärt, zu der das Nachlassgericht noch weitere Ermittlungen anstelle. Der Nachweis der Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 1 sei auch nicht deshalb entbehrlich, weil im Grundbuch ein Testamentsvollstreckervermerk eingetragen sei. Denn weder beziehe sich die Vermutung aus § 891 Abs. 1 BGB auf einen solchen Vermerk noch werde der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers durch § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB geschützt, sodass der Beteiligte zu 2 die für ihn eingetragene Auflassungsvormerkung nicht gutgläubig erworben habe.

4 III. Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen gemäß § 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 71 FamFG zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Die Annahme des Beschwerdegerichts, die Zwischenverfügung des Grundbuchamts sei zu Recht ergangen, hält rechtlicher Nachprüfung stand.

5 1. Das Grundbuchamt durfte die beantragte Eintragung davon abhängig machen, dass der antragstellende Notar zum Nachweis der Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 1 ein Testamentsvollstreckerzeugnis nach § 2368 BGB einreicht.

6 a) Die beantragte Eigentumsumschreibung setzt nach §§ 19, 20 GBO den Nachweis der Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Rechtsübergang (§ 925 Abs. 1 BGB) und der Bewilligung des in seinem Recht Betroffenen in der Form des § 29 GBO voraus. Dabei korrespondiert die Befugnis zur Abgabe der Eintragungsbewilligung mit der materiellen Verfügungsbefugnis. Erklärt ein Testamentsvollstrecker Auflassung und Bewilligung in Bezug auf ein Nachlassgrundstück, hat das Grundbuchamt daher seine Verfügungsbefugnis zu prüfen. Die Befugnis eines Testamentsvollstreckers zur Verfügung über einen Nachlassgegenstand ist nach § 35 Abs. 2 1. Hs. GBO nur aufgrund des in § 2368 BGB vorgesehenen Testamentsvollstreckerzeugnisses oder eines – hier nicht relevanten – Europäischen Nachlasszeugnisses (vgl. hierzu Art. 63 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c EuErbVO sowie Staudinger/Herzog, Neub. 2023, § 2368 Rdnr. 8) als nachgewiesen anzusehen. Beruht jedoch die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt es nach § 35 Abs. 2 2. Hs. i. V. m. Abs. 1 Satz 2 1. Hs. GBO, wenn anstelle des Zeugnisses die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden. Erachtet das Grundbuchamt die Verfügungsbefugnis durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen, so kann es nach § 35 Abs. 2 2. Hs. i. V. m. Abs. 1 Satz 2 2. Hs. GBO die Vorlegung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses verlangen. Die Regelungen entsprechen somit weitgehend denen über den Nachweis der Erbfolge durch Erbschein bzw. Verfügung von Todes wegen in § 35 Abs. 1 GBO (siehe hierzu Senat, Beschluss vom 17.02.2022, V ZB 14/21, NJW-RR 2022, 657 Rdnr. 5).

7 b) Die Annahme des Beschwerdegerichts, dass das Grundbuchamt die Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 1 durch das notarielle Testament der Erblasserin, das Eröffnungsprotokoll des Nachlassgerichts und die beglaubigte Abschrift der Bestätigung des Nachlassgerichts über die Annahme des Amtes zu Recht als nicht hinreichend nachgewiesen angesehen hat, weil Zweifel an der Testierfähigkeit der Erblasserin bei Errichtung des die Anordnung der Testamentsvollstreckung enthaltenden Testaments und damit an dessen Wirksamkeit bestanden, ist nicht zu beanstanden.

8 aa) Nach nahezu einhelliger Ansicht darf das Grundbuchamt einen Erbschein bzw. ein Testamentsvollstreckerzeugnis (nur) verlangen, wenn sich bei der Prüfung der Verfügung von Todes wegen Zweifel tatsächlicher Art ergeben, die nur durch weitere Ermittlungen über den Willen des Erblassers

oder über die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden können (vgl. BayObLG, ZEV 2000, 233, 234; OLG Köln, FGPrax 2000, 89, 90; OLG Hamm, FGPrax 2001, 9; OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2005, 380, 381; OLG Schleswig, FGPrax 2006, 248; OLG München, MittBayNot 2009, 53, 54; OLG Zweibrücken, FGPrax 2011, 176; OLG Düsseldorf, NJOZ 2012, 1531, 1532; OLG Naumburg, NJOZ 2014, 5; BeckOK-GBO/*Wilsch*, Stand: 01.08.2023, § 35 Rdnr. 148; *Demharter*, GBO, 33. Aufl., § 35 Rdnr. 39, *Meikel/Krause/Weber*, GBO, 12. Aufl., § 35 Rdnr. 117, 187; DNotI-Report 14/2006, S. 111). Dabei sollen, wovon auch das Beschwerdegericht ausgeht, entfernte abstrakte Möglichkeiten, die das aus der Verfügung hervorgehende Erbrecht bzw. – hier – die in der Verfügung getroffene Anordnung der Testamentsvollstreckung nur unter ganz besonderen Umständen in Frage stellen, ebenso wenig ausreichen wie bloße Behauptungen oder Vermutungen (vgl. etwa OLG Schleswig, a. a. O., S. 249; OLG Naumburg, a. a. O., S. 6; *Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 39; andere Ansicht wohl nur *Burandt/Rojahn/Egerland*, GBO, 4. Aufl., § 35 Rdnr. 12: Grundbuchamt sei „bis zur Grenze der Willkür“ berechtigt, einen Erbschein zu verlangen).

9 Zweifel an der Testierfähigkeit des Erblassers sind nach herrschender Meinung nicht schon durch die generelle Gefahr begründet, dass letztwillige Verfügungen wegen Testierunfähigkeit unwirksam sein können (vgl. § 2229 Abs. 4 BGB); ebenso wenig reichten auch insoweit bloße Behauptungen oder Vermutungen. Anlass, die Vorlage eines Erbscheins zu verlangen, bestehe vielmehr erst dann, wenn auf Tatsachen gegründete konkrete Zweifel an der Testierfähigkeit des Erblassers, etwa aufgrund eines fachärztlichen Gutachtens oder eines Urteils, gegeben seien (vgl. OLG München, NJW-RR 2015, 138 Rdnr. 7; OLG Oldenburg, FamRZ 2017, 1431, 1432; OLG Düsseldorf, FGPrax 2018, 252, 253; OLG Schleswig, DNotZ 2023, 356 Rdnr. 11; *Meikel/Krause/Weber*, GBO, § 35 Rdnr. 135 f.; *Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 39 a; *KEHE/Volmer*, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 35 GBO Rdnr. 111; BeckOK-GBO/*Wilsch*, § 35 Rdnr. 124; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 788; *Kroiß/Horn/Solomon/Imre*, Nachfolgerecht, 2. Aufl., § 35 GBO Rdnr. 50). Das OLG Celle hat in einer älteren Entscheidung noch weitergehend angenommen, das Grundbuchamt sei nur dann berechtigt, die Beibringung eines Erbscheins zu verlangen, wenn durch ein erstinstanzliches gerichtliches Urteil die Nichtigkeit des Testaments festgestellt sei (NJW 1961, 562). Diese Entscheidung ist jedoch vereinzelt geblieben.

10 bb) Der herrschenden Meinung ist insoweit zuzustimmen, als die bloße abstrakte Möglichkeit, dass der Erblasser bei der Errichtung des Testaments testierunfähig gewesen sein könnte, für sich genommen kein hinreichender Grund dafür ist, die Vorlage eines Erbscheins bzw. Testamentsvollstreckerzeugnisses zu verlangen.

11 (1) Wortlaut und Systematik von § 35 Abs. 1 und 2 GBO sprechen dafür, dass es nicht gänzlich im Belieben des Grundbuchamtes steht, die Vorlage eines Erbscheins oder Testamentsvollstreckerzeugnisses zu verlangen. Allerdings kann nach dieser Vorschrift der Nachweis der Erbfolge und der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers – von

der hier nicht einschlägigen Ausnahme in § 35 Abs. 3 GBO abgesehen – „nur“ durch einen Erbschein bzw. ein Testamentsvollstreckerzeugnis geführt werden. Die Vorlage dieser Urkunden stellt also die Regel und der Nachweis der Verfügungsbefugnis durch Verfügung von Todes wegen und Niederschrift über die Eröffnung die Ausnahme dar. Indem das Gesetz vorsieht, dass das Grundbuchamt die Vorlage eines Erbscheins, Europäischen Nachlasszeugnisses oder Testamentsvollstreckerzeugnisses verlangen kann, wenn es die Erbfolge bzw. Verfügungsbefugnis durch die Verfügung von Todes wegen nicht für nachgewiesen hält, wird ihm lediglich die Möglichkeit eröffnet, zu der Regel zurückzukehren und den Nachweis zu fordern, der im Grundsatz ohnehin zu erbringen ist. Zudem ist dem Grundbuchamt sowohl auf Tatbestandsseite der Regelung über die Rückausnahme (§ 35 Abs. 2 2. Hs. i. V. m. Abs. 1 Satz 2 2. Hs. GBO) ein gewisser Beurteilungsspielraum („erachtet“) als auch auf der Rechtsfolgenseite ein Ermessen („kann“) eingeräumt. Dieses Ermessen ist allerdings pflichtgemäß auszuüben. Das Grundbuchamt darf nicht ohne nachvollziehbaren Grund einen Erbschein bzw. ein Testamentsvollstreckerzeugnis verlangen. Das Grundbuchamt darf daher zum Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nach § 35 Abs. 2 2. Hs. i. V. m. Abs. 1 Satz 2 2. Hs. GBO ein Testamentsvollstreckerzeugnis oder Europäisches Nachlasszeugnis nur verlangen, wenn sich bei der Prüfung der Verfügung von Todes wegen Zweifel tatsächlicher Art ergeben, die nur durch weitere Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden können.

12 Zu solchen Ermittlungen ist nicht das Grundbuchamt, sondern allein das Nachlassgericht befugt. In dem Antragsverfahren beim Grundbuchamt können nach § 29 Abs. 1 GBO die für die Eintragung erforderlichen Erklärungen nur durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden, andere Eintragungsvoraussetzungen, soweit sie nicht bei dem Grundbuchamt offenkundig sind, nur durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden. Das Grundbuchamt ist daher zur Anstellung eigener Ermittlungen weder berechtigt noch verpflichtet (vgl. Senat, Beschluss vom 13.07.1959, V ZB 6/59, BGHZ 30, 255, 258; Beschluss vom 28.04.1961, V ZB 17/60, BGHZ 35, 135, 139; Beschluss vom 11.10.2012, V ZB 2/12, BGHZ 195, 120, Rdnr. 16; Beschluss vom 13.06.2013, V ZB 94/12, ZWE 2013, 402 Rdnr. 10; Beschluss vom 02.06.2016, V ZB 3/14, DNotZ 2016, 934 Rdnr. 11; Beschluss vom 10.02.2022, V ZB 87/20, NJW-RR 2022, 1241 Rdnr. 30; zur Berücksichtigung von Erfahrungssätzen im Grundbuchverfahren Senat, Beschluss vom 15.06.2023, V ZB 12/22, NZM 2023, 641 Rdnr. 20).

13 (2) Die durch einen Dritten – etwa einen gesetzlichen Erben – aufgestellte schlichte Behauptung oder Vermutung, der Erblasser sei testierunfähig gewesen, begründet für sich genommen keine Zweifel an der Testierfähigkeit, macht keine weiteren Ermittlungen erforderlich und kann daher das Verlangen nach einem Erbschein oder Testamentsvollstreckerzeugnis nicht rechtfertigen. Anderenfalls wäre die durch § 35 Abs. 1 Satz 2 1. Hs. (i. V. m. Abs. 2 2. Hs.) GBO eröffnete Möglichkeit, die Erbfolge bzw. Verfügungsbefugnis durch die genannten Unterlagen nachzuweisen, faktisch



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

entwertet (vgl. Senat, Beschluss vom 17.02.2022, V ZB 14/21, WM 2023, 396 Rdnr. 11 f., 18). Zudem ist der Grundsatz, dass die Störung der Geistestätigkeit und damit die Testierunfähigkeit die Ausnahme und die Testierfähigkeit die Regel ist (vgl. BGH, Beschluss vom 23.11.2011, IV ZR 49/11, ZEV 2012, 100 Rdnr. 21), auch im grundbuchrechtlichen Antragsverfahren zu beachten. Deswegen darf das Grundbuchamt einen Erbschein bzw. ein Testamentsvollstreckerzeugnis nur verlangen, wenn konkrete, durch Tatsachen untermauerte Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Erblasser bei der Errichtung des Testaments testierunfähig war. Solchen Anhaltspunkten nachzugehen und weitere Ermittlungen zur Testierfähigkeit des Erblassers anzustellen, ist nicht Aufgabe des Grundbuchamtes im Verfahren über einen Eintragungsantrag. Bestehen konkrete, auf Tatsachen gestützte Zweifel an der Testierfähigkeit des Erblassers bei der Errichtung des Testaments, kann eine abschließende Klärung nur durch das Nachlassgericht erfolgen, namentlich in einem Verfahren auf Erteilung eines Erbscheins oder eines Testamentsvollstreckerzeugnisses, oder – hier nicht relevant – durch das Zivilgericht in einem Erkenntnisverfahren, in dem die Unwirksamkeit des Testaments geltend gemacht wird.

14 cc) Ist ein nachlassgerichtliches Verfahren anhängig, in dem das Nachlassgericht Zweifel an der Testierfähigkeit des Erblassers bei Errichtung des Testaments oder sonstigen Einwänden gegen die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung nachgeht, muss das Grundbuchamt die beantragte Eintragung der durch eine Verfügung des Testamentsvollstreckers bewirkten Rechtsänderung davon abhängig machen, dass dessen Verfügungsbefugnis durch ein Testamentsvollstreckerzeugnis oder ein Europäisches Nachlasszeugnis nachgewiesen wird.

15 (1) Sieht sich das Nachlassgericht in einem bei ihm anhängigen Verfahren, etwa – wie hier – über den Antrag auf Erteilung eines Erbscheins mit einer von dem Testament abweichenden Erbfolge, veranlasst, Ermittlungen zur Testierfähigkeit des Erblassers oder zur Wirksamkeit einer erklärten Anfechtung der letztwilligen Verfügung anzustellen, entspricht es der Verteilung der Aufgaben und funktionellen Zuständigkeiten zwischen Nachlassgericht und Grundbuchamt, dass dieses, wenn es Kenntnis von dem nachlassgerichtlichen Verfahren und den dort erhobenen Einwänden erlangt, dessen Ausgang und die damit verbundene Klärung der Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung abwartet.

16 (a) Wird im Erbscheinsverfahren die Testierunfähigkeit des Erblassers eingewandt, hat das Nachlassgericht im Rahmen seiner Amtsermittlungspflicht aus § 26 FamFG nach pflichtgemäßem Ermessen darüber zu befinden, ob hinreichende Anhaltspunkte für die Testierunfähigkeit bestehen und welche Ermittlungsansätze ggf. am ehesten Erfolg versprechen (zutr. OLG Karlsruhe, FamRZ 2015, 1926, 1927; BeckOK-FamFG/*Burschel/Perleberg-Kölbel*, Stand: 01.08.2023, § 26 Rdnr. 19c; vgl. zum Betreuungsrecht BGH, Beschluss vom 29.07.2020, XII ZB 106/20, NJW 2021, 63 Rdnr. 14). Nichts anderes gilt im Verfahren über die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses, auf das

nach § 2368 Satz 2 1. Hs. BGB, § 354 FamFG die Regelungen über das Erbscheinsverfahren Anwendung finden. Auch in diesem Verfahren ist die Gültigkeit der Verfügung von Todes wegen, mit der die Testamentsvollstreckung angeordnet wurde, zu prüfen, namentlich auch die Wirksamkeit einer erklärten Anfechtung nach den §§ 2078 ff. BGB sowie bei konkreten Anhaltspunkten auch die Testierfähigkeit (vgl. MünchKomm-BGB/*Grziwotz*, 9. Aufl., § 2368 Rdnr. 12).

17 (b) In dem Verfahren über den Antrag auf Vornahme einer Eintragung in das Grundbuch (vgl. § 13 GBO) gilt § 26 FamFG hingegen nicht (vgl. *Demharter*, GBO, § 1 Rdnr. 66; *KEHE/Volmer*, Grundbuchrecht, § 13 GBO Rdnr. 18; *Meikel/Böttcher*, GBO, Einl. C Rdnr. 95). Das Grundbuchamt ist – wie oben dargestellt (Rdnr. 12) – zu eigenen Ermittlungen weder verpflichtet noch berechtigt. Es hat demzufolge auch die Entscheidungen des Nachlassgerichts über das Ob und Wie der Sachaufklärung in Bezug auf die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung nicht zu überprüfen. Das Grundbuchamt hat namentlich nicht etwa zu hinterfragen, ob das Nachlassgericht zu Recht entschieden hat, ein schriftliches Sachverständigengutachten zur Testierfähigkeit des Erblassers einzuholen, dem Sachverständigen nach Vorlage des Gutachtens ergänzende Fragen vorzulegen oder Zeugen zu der Frage zu vernehmen, ob der Erblasser über den Inhalt seiner letztwilligen Verfügung im Irrtum war oder zu der Verfügung widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist. Vielmehr muss das Grundbuchamt dem Antragsteller in diesem Fall im Wege der Zwischenverfügung (§ 18 GBO) aufgeben, zum Nachweis der Erbfolge einen Erbschein bzw. – wie geschehen – zum Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers ein Testamentsvollstreckerzeugnis vorzulegen. Dem Antragsteller steht es sodann frei, ob er dem nachkommt oder den Ausgang des nachlassgerichtlichen Verfahrens und die damit verbundene Klärung der Wirksamkeit des Testaments abwartet.

18 Wartet der Antragsteller den Ausgang des nachlassgerichtlichen Verfahrens ab, gibt die abschließende Entscheidung des Nachlassgerichts sodann die Richtung für das weitere Antragsverfahren beim Grundbuchamt vor. Versagt das Nachlassgericht die Erteilung des Erbscheins mit einer von dem Testament abweichenden Erbfolge, weil es das Testament für wirksam hält, kommt dieser Entscheidung zwar nicht der öffentliche Glaube zu, der dem Erbschein nach den §§ 2366, 2367, 2368 Satz 2 1. Hs. BGB beiwohnt; die Entscheidung entfaltet keine unmittelbare Bindungswirkung für das Grundbuchverfahren. Regelmäßig werden die Zweifel an der Testierfähigkeit aber auch für das Grundbuchamt ausgeräumt sein und kann die Eintragung auf der Grundlage der letztwilligen Verfügung vorgenommen werden (§ 35 Abs. 1 Satz 2 1. Hs. GBO). Erteilt das Nachlassgericht den Erbschein hingegen abweichend von dem Testament, weil es dieses für unwirksam hält, entfaltet die Entscheidung jedenfalls Tatbestandswirkung für das Grundbuchverfahren (vgl. *Bauer/Schaub/Bauer*, GBO, 5. Aufl., § 13 Rdnr. 90 m. w. N.). Die Eintragung einer Rechtsänderung, die auf einer Verfügung der testamentarischen Erben oder des im Testament bestimmten Testamentsvoll-

streckers beruht, kommt dann aufgrund der anderweitig festgestellten Erbfolge bzw. der Unwirksamkeit des Testaments nicht mehr in Betracht.

19 Entsprechendes gilt in dem Verfahren auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses. Wird es erteilt und beim Grundbuchamt eingereicht, erfolgt die Eintragung auf dieser Grundlage (§ 35 Abs. 2 1. Hs. GBO). Das Grundbuchamt ist an die Feststellungen in dem Zeugnis gebunden und zu einer eigenen Prüfung sowie zu einer ergänzenden oder berichtigenden Auslegung der Verfügung von Todes wegen nicht berechtigt (zutr. BayObLG, NJW-RR 1990, 844, 845; OLG München, ZEV 2011, 195; KG, NJW-RR 2023, 162 Rdnr. 12 m. w. N.; BeckOK-GBO/Wilsch, § 35 Rdnr. 140; Meikel/Krause/Weber, GBO, § 35 Rdnr. 179; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3463; DNotI-Report 2011, 135, 136; siehe auch schon KG, OLGZ 16, 172, 173). Wird die Erteilung des Zeugnisses rechtskräftig versagt, weil das Nachlassgericht die Anordnung der Testamentsvollstreckung in der letztwilligen Verfügung für unwirksam hält, steht aufgrund der Tatbestandswirkung einer solchen Entscheidung, wenn sie dem Grundbuchamt in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO vorgelegt wird, für das Grundbuchverfahren fest, dass der Testamentsvollstrecker zur Verfügung nicht befugt war. Infolgedessen ist die beantragte Eintragung abzulehnen (vgl. KG, OLGZ 16, 172, 174; NJW-RR 2015, 787 Rdnr. 16 zur Feststellung der Beendigung der Testamentsvollstreckung durch das Nachlassgericht; Meikel/Krause/Weber, GBO, § 35 Rdnr. 188). Ist die Entscheidung des Nachlassgerichts noch nicht rechtskräftig, so ist das Grundbuchamt nicht verpflichtet, von der Ablehnung abzuweichen und kann die Beteiligten darauf verweisen, die Entscheidung des Nachlassgerichts im Instanzenweg anzufechten und ihm im Erfolgsfall das dann erlangte Zeugnis vorzulegen (vgl. KG, OLGZ 16, 172, 174; Güthe/Triebel, GBO, 6. Aufl. 1936, Bd. 1, § 35 Rdnr. 71).

20 Dies gilt ebenso in dem hier gegebenen Fall, dass das Nachlassgericht eine Entscheidung – im Erbscheinsverfahren – noch nicht getroffen hat und weitere Ermittlungen tatsächlicher Art zur Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung anstellt. Auch dann ist das Grundbuchamt berechtigt, die Beteiligten darauf zu verweisen, den Ausgang dieses Verfahrens abzuwarten oder – was (wie hier) im Wege der Zwischenverfügung aufgegeben werden kann – ein Testamentsvollstreckerzeugnis vorzulegen, welches ggf. in einem gesonderten nachlassgerichtlichen Verfahren zu erwirken wäre.

21 (2) Gegen die Annahme, dass das Grundbuchamt verpflichtet ist, vor der Entscheidung des Nachlassgerichts die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung und der darin getroffenen Anordnung der Testamentsvollstreckung eigenständig zu prüfen und bejahendenfalls die beantragte Eintragung vorzunehmen, spricht auch, dass dann absehbar widersprüchliche Entscheidungen des Grundbuchamtes und des Nachlassgerichts entstehen könnten, die es möglichst zu vermeiden gilt.

22 (a) So läge es etwa, wenn das Grundbuchamt, wie von der Rechtsbeschwerde befürwortet, das in dem Erbscheinsverfahren gehaltene und ihm zur Kenntnis gebracht

te Vorbringen – hier des Bruders der Erblasserin – zur Testierfähigkeit für nicht hinreichend konkret hielte, und die beantragte Eigentumsumschreibung auf der Grundlage der letztwilligen Verfügung vornähme, das Nachlassgericht aber nach – ggf. umfangreicher – Beweisaufnahme zu der Feststellung gelangte, dass die letztwillige Verfügung und die darin getroffene Anordnung der Testamentsvollstreckung unwirksam sind. Solche sich widersprechenden Entscheidungen des Nachlassgerichts und des Grundbuchamts sind nach Möglichkeit zu vermeiden (vgl. KG, OLGZ 16, 172, 174; Meikel/Krause/Weber, GBO, § 35 Rdnr. 188).

23 (b) Besonders deutlich wird dies in der – hier nicht gegebenen – Konstellation, dass die Bedenken gegen die Testierfähigkeit nicht in einem Erbscheinsverfahren, sondern in dem Verfahren über die Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses nach § 2368 BGB erhoben werden und das Nachlassgericht in diesem Verfahren Beweis erhebt. Dann würde dieses Verfahren regelrecht umgangen, wenn das Grundbuchamt in einem Antragsverfahren nach § 13 GBO das Testament als hinreichenden Nachweis für die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers ansehen müsste und die Beteiligten nicht darauf verweisen dürfte, den Ausgang des nachlassgerichtlichen Verfahrens abzuwarten.

24 dd) Das Grundbuchamt durfte folglich schon im Hinblick auf das laufende nachlassgerichtliche Erbscheinsverfahren von Zweifeln an der Wirksamkeit des Testaments ausgehen und die begehrte Eintragung von der Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses abhängig machen. Auf die Frage, ob – was im Rechtsbeschwerdeverfahren ohnehin nur eingeschränkt überprüfbar wäre – der dem Grundbuchamt zur Kenntnis gelangte anwaltliche Schriftsatz des Bruders der Erblasserin aus dem Erbscheinsverfahren für sich genommen hinreichend konkrete Tatsachen enthielt, um das Verlangen des Grundbuchamts nach einem Testamentsvollstreckerzeugnis zu rechtfertigen, kommt es somit nicht an.

25 c) Der Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers war auch nicht deshalb entbehrlich, weil im Grundbuch ein Testamentsvollstreckervermerk gemäß § 52 GBO eingetragen ist.

26 aa) Dieser Vermerk ist für sich genommen nicht geeignet, die Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 1 über das Grundstück gegenüber dem Grundbuchamt nachzuweisen.

27 (1) Durch den im Grundbuch eingetragenen Vermerk gemäß § 52 GBO wird verlautbart, dass das Grundstück der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers unterliegt und das Verfügungsrecht des Erben darüber ausgeschlossen oder beschränkt ist (§ 2211 Abs. 1 BGB). Der Vermerk soll lediglich negativ die Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Erben kundtun und auf diese Weise verhindern, dass ein Dritter in Unkenntnis der Testamentsvollstreckung das Eigentum an dem Grundstück gutgläubig von dem oder den Erben erwirbt (§ 2211 Abs. 2 BGB, § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB; vgl. Bauer/Schaub/Schaub, GBO, § 52 Rdnr. 1; BeckOK-GBO/Zeiser, § 52 Rdnr. 2; Burandt/Rojahn/Egerland, GBO, 4. Aufl., § 52 Rdnr. 1; Demharter, GBO, § 52



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Rdnr. 2; Meikel/Böhringer, GBO, § 52 Rdnr. 4; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3465).

28 Der Testamentsvollstreckervermerk nach § 52 GBO hat somit eine rein negative Wirkung und ist deshalb nach zu treffender – und wohl einhelliger – Ansicht nicht geeignet, gegenüber dem Grundbuchamt den nach § 35 Abs. 2 GBO erforderlichen Nachweis der Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Verfügung über das Nachlassgrundstück zu erbringen (BayObLG, NJW-RR 1999, 1463 f.; BeckOK-GBO/Wilsch, § 35 Rdnr. 139; Burandt/Rojahn/Egerland, GBO, § 35 Rdnr. 18; KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, § 35 GBO Rdnr. 129; Kroiß/Horn/Solomon/Imre, Nachfolgerecht, § 35 GBO Rdnr. 81; Meikel/Krause/Weber, GBO, § 35 Rdnr. 173; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3462; sowie schon Güthe/Triebel, GBO, Bd. 1, § 35 Rdnr. 70 und § 52 Rdnr. 2).

29 (2) Dies folgt – neben dem Wortlaut von § 35 Abs. 2 1. Hs. GBO („nur“) – auch daraus, dass als Inhalt des Vermerks nur die Tatsache eingetragen wird, dass Testamentsvollstreckung angeordnet ist, nicht aber der Name des Testamentsvollstreckers und der Umfang seiner Verfügungsbefugnis (vgl. hierzu Bauer/Schaub/Schaub, GBO, § 52 Rdnr. 24; Demharter, GBO, § 52 Rdnr. 12; Kroiß/Horn/Solomon/Imre, Nachfolgerecht, § 52 GBO Rdnr. 20; Meikel/Böhringer, GBO, § 52 Rdnr. 29; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3467). Etwaige Beschränkungen ergeben sich allein aus der letztwilligen Verfügung bzw., wenn an deren Wirksamkeit – wie hier – Zweifel bestehen, aus dem Testamentsvollstreckerzeugnis, auf dessen Vorlage das Grundbuchamt somit als Nachweis der Verfügungsbefugnis nicht verzichten kann.

30 bb) Anders als die Rechtsbeschwerde meint, hat das Grundbuchamt die beantragte Eintragung auch nicht deshalb ohne Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses vorzunehmen, weil der Beteiligte zu 2 aufgrund des eingetragenen Testamentsvollstreckervermerks hinsichtlich der Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 1 über das Grundstück gutgläubig war und die zu seinen Gunsten eingetragene Auflassungsvormerkung deshalb gutgläubig erworben hat.

31 (1) Es kann dahinstehen, ob das Grundbuchamt verpflichtet wäre, den Beteiligten zu 2 als neuen Eigentümer in das Grundbuch einzutragen, wenn in der Form des § 29 GBO nachgewiesen oder offenkundig wäre, dass er die für ihn eingetragene Auflassungsvormerkung unabhängig von der Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 1 als Testamentsvollstrecker gutgläubig erworben hat. Denn dies ist nicht der Fall, weil der Testamentsvollstreckervermerk dem Beteiligten zu 2 keinen guten Glauben an die Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 1 vermitteln konnte und andere Gründe bzw. Nachweise für den guten Glauben nicht in Rede stehen. Der in dem Grundbuch eingetragene Testamentsvollstreckervermerk nach § 52 GBO vermittelt keinen guten Glauben an das Bestehen oder Fortbestehen der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers über das Nachlassgrundstück (allg. Meinung, vgl. BeckOGK-BGB/Hertel, Stand: 15.04.2021, § 891 Rdnr. 12; BeckOK-BGB/H.-W. Eckert, § 892 Rdnr. 16; Erman/Artz, BGB, 17. Aufl., § 892 Rdnr. 40; Grüneberg/Herrler, 82. Aufl., § 892 Rdnr. 16;

Jauernig, BGB, 19. Aufl., § 891 Rdnr. 3; MünchKomm-BGB/H. Schäfer, § 892 Rdnr. 64; Soergel/Stürner, BGB, 13. Aufl., § 891 Rdnr. 7; Staudinger/Picker, Neub. 2019, § 892 Rdnr. 238; Wilhelm, Sachenrecht, 7. Aufl., Rdnr. 704; Wiegand, JuS 1975, 205, 207). Wie soeben erläutert (Rdnr. 27), hat der Vermerk nur die Funktion, den gutgläubigen Erwerb des Dritten von dem nicht Verfügungsbefugten Erben zu verhindern, nicht aber die Funktion, die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers positiv zu verlautbaren, deren Umfang auch nicht Inhalt des Vermerks ist. Da auch der Name des Testamentsvollstreckers nicht eingetragen wird, kann der Dritte – hier der Beteiligte zu 2 – zudem aus dem Vermerk selbst keinen guten Glauben dahin entwickeln, dass just die Person des Verfügenden – hier der Beteiligte zu 1 – zur Verfügung über das Nachlassgrundstück befugt ist.

32 (2) Die Rechtsbeschwerde erkennt insoweit an, dass der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers sich mangels Angabe des Namens nicht allein auf den Vermerk nach § 52 GBO stützen kann, meint aber, der gutgläubige Erwerb vom „Scheintestamentsvollstrecker“ sei jedenfalls dann zuzulassen, wenn dieser seine Verfügungsbefugnis nach Maßgabe von § 35 Abs. 2 2. Hs. i. V. m. Abs. 1 Satz 2 GBO nachgewiesen habe. Hierbei werden zwei Aspekte miteinander vermengt. Der gutgläubige Erwerb eines Rechts oder einer Vormerkung vom „Scheintestamentsvollstrecker“ könnte sich nur aufgrund des im Grundbuch eingetragenen Testamentsvollstreckervermerks vollziehen, dem aber – wie gezeigt und von der Rechtsbeschwerde letztlich konzidiert – keine positive Publizität im Hinblick auf die Verfügungsbefugnis eines bestimmten Testamentsvollstreckers zukommt. Der Nachweis der Verfügungsbefugnis nach § 35 GBO ist indes gegenüber dem Grundbuchamt zu führen. Hierfür reichen die letztwillige Verfügung nebst Eröffnungsprotokoll und Amtsannahme nach dem oben Gesagten nicht aus, wenn – wie hier – Zweifel an der Wirksamkeit des Testaments bestehen.

33 2. Es ist auch nicht zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht die somit rechtsfehlerfrei ergangene Zwischenverfügung des Grundbuchamts nicht deshalb aufgehoben hat, weil das zwischenzeitlich vom Nachlassgericht eingeholte Sachverständigengutachten nicht zweifelsfrei die Testierunfähigkeit der Erblasserin bei Errichtung des Testaments ergeben hatte.

34 a) Dieser, dem Beschwerdegericht zur Kenntnis gelangte Umstand war zwar als neue Tatsache im Beschwerdeverfahren zu berücksichtigen (§ 74 GBO). Das Beschwerdegericht hat aber angenommen, dass es sich insoweit nur um einen Zwischenstand handelt und das nachlassgerichtliche Verfahren nicht abgeschlossen ist. Das Nachlassgericht habe Anlass gesehen, weitere Nachforschungen anzustellen, insbesondere zur Anfechtung des Testaments durch den Bruder der Erblasserin nach § 2078 BGB wegen Irrtums und Drohung. Namentlich sollte auch der Ausgang eines Strafverfahrens gegen eine testamentarische Erbin wegen gewerbsmäßiger Untreue in 105 Fällen abgewartet werden.

35 b) Dies lässt keine Rechtsfehler erkennen. Auch das Beschwerdegericht darf den Abschluss des Verfahrens beim Nachlassgericht abwarten, in dem die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung abschließend geklärt wird. Eine eigene Würdigung, ob das Vorbringen des Dritten – hier des Bruders der Erblasserin – die Fortsetzung des nachlassgerichtlichen Verfahrens und die weitere Beweisaufnahme rechtfertigt, ist ihm nicht abzuverlangen und steht ihm grundsätzlich auch nicht zu, weil die funktionelle Zuständigkeit hierfür beim Nachlassgericht liegt. Auch insoweit gilt, dass einander widersprechende Entscheidungen der Gerichte im Grundbuchantrags- und im nachlassgerichtlichen Verfahren nach Möglichkeit vermieden werden müssen.

(...)

4. Kein Anspruch des Grundstückseigentümers auf Umschreibung eines Grundbuchblatts nach der Löschung von Zwangseintragungen

BGH, Beschluss vom 21.09.2023, V ZB 17/22 (Vorinstanz: KG, Beschluss vom 05.04.2022, 1 W 349/21-351/21)

DS-GVO Art. 17

GBO § 12 Abs. 1

GBV § 28 Satz 1

GG Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1

LEITSATZ:

Der von einer rechtmäßig zustande gekommenen Zwangseintragung in dem Grundbuch Betroffene hat nach deren Löschung keinen Anspruch auf Umschreibung des Grundbuchblattes; ein solcher Anspruch ergibt sich weder aus einer entsprechenden Anwendung des § 28 GBV oder aus Art. 17 DS-GVO noch unmittelbar aus den Grundrechten.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 A. Die Beteiligte ist seit Anfang der 1990er Jahre Eigentümerin der drei im Eingang dieses Beschlusses näher bezeichneten Wohnungseigentumseinheiten. In dem Zeitraum von 2003 bis 2014 wurden in Abteilung II der Wohnungsgrundbücher jeweils ein Vermerk über die Anordnung der Zwangsversteigerung, ein allgemeines Verfügungsverbot nach § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO sowie ein Vermerk über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Beteiligten und in Abteilung III jeweils eine Arresthypothek und eine Sicherungshypothek eingetragen. Diese Eintragungen wurden in den Jahren 2004 bis 2021 durch Eintragung eines Lösungsvermerks wieder gelöscht. Die Beteiligte beantragt, neue Wohnungsgrundbuchblätter anzulegen, aus denen die gelöschten Eintragungen nicht mehr ersichtlich sind. Das Grundbuchamt hat den Antrag zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Beteiligte ihren Umschreibungsantrag weiter.

2 B. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung u. a. in ZfIR 2022, 328 veröffentlicht ist, meint, die Beteiligte habe keinen Anspruch auf Umschreibung der Grundbuchblätter. Die Voraussetzungen für eine Umschreibung nach § 28 GBV lägen nicht vor. Die Norm könne mangels planwidriger Regelungslücke auch nicht entsprechend angewendet werden. Insbesondere das Grundrecht der Beteiligten auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG begründe keinen Umschreibungsanspruch. Das Allgemeininteresse an einem Grundbuch, das über gegenwärtige und vergangene Rechtsverhältnisse an dem Grundstück zuverlässig Auskunft gebe, überwiege das Interesse der Beteiligten an der Geheimhaltung der gelöschten Eintragungen. Denn auch mit einem neuen Grundbuchblatt könnten die behaupteten diskriminierenden und kreditschädigenden Wirkungen der gelöschten Eintragungen nur unvollständig beseitigt werden. Bei Umschreibung des Grundbuchblattes sei nach § 30 Abs. 1 b) GBV in der Aufschrift des neuen Blattes auf das bisherige Blatt zu verweisen. Ein umsichtiger und erfahrener Kreditgeber werde dies erkennen und sich allein mit der Vorlage eines aktuellen Grundbuchauszugs nicht begnügen. Schließlich sei eine Umschreibung nach jeder Löschung einer Zwangseintragung wegen des damit verbundenen erheblichen Aufwands auch nicht praktikabel.

3 C. Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen gemäß § 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 71 FamFG zulässige Rechtsbeschwerde ist nicht begründet. Das Grundbuchamt hat den Antrag auf Umschreibung der Wohnungsgrundbuchblätter zu Recht zurückgewiesen.

4 I. Das Beschwerdegericht geht zutreffend davon aus, dass die Voraussetzungen für eine Umschreibung der Grundbuchblätter nach der Vorschrift des § 28 GBV, die gemäß § 1 WGV entsprechend für Wohnungsgrundbücher gilt, nicht vorliegen. Nach den von der Rechtsbeschwerde nicht angegriffenen Feststellungen des Beschwerdegerichts sind die Wohnungsgrundbuchblätter weder unübersichtlich geworden (§ 28 Satz 1 GBV) noch würden sie durch Umschreibung wesentlich vereinfacht (§ 28 Satz 2 GBV).

5 II. Die Annahme des Beschwerdegerichts, dass auch kein Umschreibungsanspruch entsprechend § 28 Satz 1 GBV besteht, ist ebenfalls rechtlich nicht zu beanstanden.

6 1. Ob der von einer gelöschten Zwangseintragung Betroffene aus verfassungsrechtlichen Gründen einen Anspruch auf Entfernung der Eintragung durch Umschreibung des Grundbuchblattes entsprechend § 28 Satz 1 GBV hat, wird allerdings unterschiedlich beurteilt.

7 a) Nach verbreiteter Meinung in Rechtsprechung und Literatur kann eine Umschreibung des Grundbuchblattes über die gesetzlich geregelten Fälle hinaus als Folgenbeseitigung jedenfalls dann entsprechend § 28 GBV verlangt werden, wenn die Zwangseintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften zustande gekommen ist und dadurch schutzwürdige Interessen des von der Eintragung Betroffenen beeinträchtigt werden. Bei einer Verletzung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)



oder des Eigentumsrechts (Art. 14 Abs. 1 GG) sei es unter dem Gesichtspunkt eines effektiven Grundrechtsschutzes verfassungsrechtlich geboten, dem Betroffenen ein Recht auf Umschreibung des Grundbuchblattes zuzubilligen (vgl. OLG Jena, NJOZ 2013, 922, 923; OLG Düsseldorf, FGPrax 1997, 83; OLG Schleswig, NJW-RR 1990, 23; OLG Frankfurt a. M., NJW 1988, 976 f.; Bauer/Schaub/Maaß, GBO, 5. Aufl., § 12 Rdnr. 7; BeckOK-GBO/Holzer, Stand: 01.08.2023, § 3 Rdnr. 8; Demharter, GBO, 33. Aufl., § 3 Rdnr. 12.1; KEHE/Keller, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 28 GBV Rdnr. 3; Lemke/Schneider, GBO, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 21; Meikel/Schneider, GBV, 11. Aufl., § 28 Rdnr. 10; Kübler/Prütting/Bork/Holzer, InsO, Stand: 09/2023, § 32 Rdnr. 48; Stein/Jonas/Bartels, ZPO, 23. Aufl., § 868 Rdnr. 9; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 613a; Böhringer, Rpfleger 1989, 309, 313; BWNotZ 1989, 1, 5; Böttcher, ZfIR 2022, 328, 331; Wilsch, FGPrax 2017, 100, 102; offengelassen von OLG Köln, FGPrax 2015, 249, 250). Nach der Rechtsprechung des Senats ist eine Umschreibung in entsprechender Anwendung von § 28 GBV jedenfalls dann vorzunehmen, wenn ein Offenbarungsverbot nach einer Änderung der Vornamen des Eigentümers auf der Grundlage des Transsexuellengesetzes besteht (§ 5 TSG; vgl. Senat, Beschluss vom 07.03.2019, V ZB 53/18, NJW 2019, 2541 Rdnr. 14 ff.). Gleiches gilt bei einem Verstoß gegen das gesetzliche Offenbarungsverbot des § 1758 Abs. 1 BGB im Fall der Eintragung einer Namensänderung in das Grundbuch unter Hinweis auf eine Adoption (vgl. OLG Schleswig, NJW-RR 1990, 23). Hier sind die Zwangseintragungen nach den unbeanstandet gebliebenen Feststellungen des Beschwerdegerichts allerdings weder unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften zustande gekommen noch besteht ein gesetzliches Offenbarungsverbot im Hinblick auf persönliche Verhältnisse der Beteiligten.

8 b) Weitergehend wird im Schrifttum zum Teil die Auffassung vertreten, dass der von einer Zwangseintragung Betroffene nach Löschung der Eintragung eine Umschreibung des Grundbuchblattes aus verfassungsrechtlichen Gründen auch dann verlangen könne, wenn die Zwangseintragung rechtmäßig erfolgt sei. Zumeist sprechen sich die Vertreter dieser Auffassung dabei in Anlehnung an gesetzlich geregelte Lösungsfristen (§ 802k Abs. 1 Satz 4, § 882e Abs. 1 ZPO, §§ 915, 915a ZPO a. F.) für einen Umschreibungsanspruch erst nach Ablauf einer bestimmten Frist nach Löschung der Eintragung aus (vgl. Bauer/Schaub/Maaß, GBO, § 12 Rdnr. 7; BeckOK-GBO/Holzer, § 3 Rdnr. 8; ders., ZRI 2022, 497, 502 ff.; Böhringer, Rpfleger 1989, 309, 312 f.; BWNotZ 1989, 1, 4 ff.; Böttcher, ZVG, 7. Aufl., § 19 Rdnr. 14; ders., ZfIR 2022, 328, 330 f.). Der Schutz der Grundrechte verlange eine entsprechende Ausgestaltung des Grundbuchverfahrens. Die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) bzw. das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) sei verletzt, wenn gelöschte Zwangseintragungen für eine unbestimmte Zeit im Grundbuch sichtbar blieben und infolgedessen die Kreditwürdigkeit des Betroffenen herabgesetzt werde. Demgegenüber sei die Entfernung der gelöschten Zwangseintragungen für den Rechtsverkehr nur mit sehr geringen Beeinträchtigungen verbunden und daher hinzunehmen.

Auch die Ungleichbehandlung mit Schuldner in der Mobilienvollstreckung, zu deren Gunsten es gesetzliche Lösungsfristen für Vermögensverzeichnisse oder Eintragungen in dem Schuldnerverzeichnis gebe, sei nicht gerechtfertigt. Schließlich werde ohne Grundbuchumschreibung auch das Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG) beeinträchtigt, da das Grundstück wegen der weiterhin ersichtlichen Zwangseintragungen als Sicherungsmittel für Darlehen durch einen staatlichen Eingriff entwertet werde.

9 c) Nach der Gegenauffassung, der auch das Beschwerdegericht folgt, besteht in diesen Fällen kein Umschreibungsanspruch des von der Eintragung Betroffenen (vgl. BayObLGZ 1992, 127, 129 f.; OLG Düsseldorf, FGPrax 2017, 100, 101 f.; FGPrax 1997, 83; NJW 1988, 975 f.; OLG Köln, FGPrax 2015, 249, 250; OLG München, NJOZ 2014, 687; OLG Naumburg, FGPrax 2014, 54 f.; OLG Celle, NJOZ 2013, 764; BeckOK-GBO/Zeiser, GBV Rdnr. 28 b; BeckOK-GBO/Wilsch, § 12 Rdnr. 102; Demharter, GBO, § 3 Rdnr. 12; Lemke/Schneider, GBO, § 12 Rdnr. 20; Meikel/Schneider, GBV, § 28 Rdnr. 11 ff.; Depré/Cranshaw, ZVG, 2. Aufl., § 19 Rdnr. 2; Hintzen in Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer, ZVG, 16. Aufl., § 19 Rdnr. 3; Stein/Jonas/Bartels, ZPO, § 868 Rdnr. 9; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 613a; Wilhelm, Sachenrecht, 7. Aufl., Rdnr. 563; Wilsch, FGPrax 2017, 100, 102; Heinze, ZfIR 2013, 375, 376). Ein solcher könne insbesondere nicht aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet werden. Die Abwägung zwischen dem Interesse des Rechtsverkehrs an einem Grundbuch, das über alle gegenwärtigen und vergangenen Rechtsverhältnisse an dem Grundstück Auskunft gebe, und dem Geheimhaltungsinteresse des Betroffenen falle zugunsten des Allgemeininteresses aus. Art. 3 Abs. 1 GG gebiete keine Gleichbehandlung mit dem Schuldner, der die Vermögensauskunft abgegeben habe oder in dem Schuldnerverzeichnis eingetragen sei.

10 2. Die zuletzt genannte Ansicht verdient den Vorzug. Der von einer rechtmäßig zustande gekommenen Zwangseintragung in dem Grundbuch Betroffene hat nach deren Löschung keinen Anspruch auf Umschreibung des Grundbuchblattes; ein solcher Anspruch ergibt sich weder aus einer entsprechenden Anwendung des § 28 GBV oder aus Art. 17 DS-GVO noch unmittelbar aus den Grundrechten.

11 a) Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 28 GBV kommt weder im Wege einer verfassungskonformen Auslegung der Norm in Betracht noch mittels analoger Anwendung.

12 aa) Die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung einer Norm endet dort, wo sie mit dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch träte. Andernfalls könnten die Gerichte der rechtspolitischen Entscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers vorgreifen oder diese unterlaufen. Das Ergebnis einer verfassungskonformen Auslegung muss demnach nicht nur von dem Wortlaut des Gesetzes gedeckt sein, sondern auch die prinzipielle Zielsetzung des Gesetzgebers wahren. Das gesetzgeberische Ziel darf nicht in einem wesentlichen Punkt verfehlt oder verfälscht werden

(vgl. zum Ganzen BVerfGE 138, 64 Rdnr. 86). Diese Vorgaben gelten uneingeschränkt auch dann, wenn sich ein Fachgericht mit der Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung bei Prüfung der Voraussetzungen eines Normenkontrollverfahrens nach Art. 100 Abs. 1 GG auseinandersetzen muss (BVerfGE 138, 64 Rdnr. 87). Nach diesen Maßstäben scheidet eine verfassungskonforme Auslegung von § 28 GBV von vornherein aus. Denn die Regelung enthält nach ihrem eindeutigen Wortlaut keine Verpflichtung zu der Umschreibung eines Grundbuchblattes nach Löschung einer Zwangseintragung. Hierbei handelt es sich um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers. Die Frage der verfassungsrechtlichen Notwendigkeit der Einräumung eines Anspruchs auf Umschreibung des Grundbuchblattes wird im Fall von rechtmäßig zustande gekommenen Zwangseintragungen in der obergerichtlichen Rechtsprechung seit inzwischen mehr als 20 Jahren einhellig abgelehnt, ohne dass der Gesetzgeber hierauf durch Einführung eines entsprechenden Umschreibungstatbestandes reagiert hat. Insbesondere im Zusammenhang mit den zahlreichen Änderungen der Grundbuchverfügung (GBV) durch das Gesetz zur Einführung eines Datenbankgrundbuchs vom 01.10.2013 (BGBl. I, S. 3719) hätte ein weiterer Umschreibungstatbestand geschaffen werden können. Da § 28 GBV jedoch bis heute unverändert geblieben ist, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber einen über die obergerichtliche Rechtsprechung hinausgehenden Schutz des von der Eintragung Betroffenen nicht für geboten hält (vgl. OLG Düsseldorf, FGPrax 2017, 100, 102; Meikel/Schneider, GBV, § 28 Rdnr. 13).

13 bb) Das Beschwerdegericht verneint ferner zutreffend die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 28 Satz 1 GBV auf Grundbuchblätter, die ordnungsgemäß zustande gekommene, aber gelöschte Zwangseintragungen enthalten. Nach den obigen Ausführungen fehlt es bereits an einer planwidrigen Regelungslücke (vgl. zu den Voraussetzungen einer Analogie, Senat, Beschluss vom 14.06.2007, V ZB 102/06, NJW 2007, 3124 Rdnr. 11).

14 b) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde begründet auch Art. 17 Abs. 1 a) DS-GVO keinen Umschreibungsanspruch. Denn die Speicherung und Verarbeitung personenbezogener Daten im Grundbuch ist nach der Gesetzesbegründung gemäß dem Ausschlussstatbestand des Art. 17 Abs. 3 b) DSGVO zu der Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse erforderlich und geht dem Geheimhaltungsinteresse des von der Grundbucheintragung Betroffenen vor. Eine endgültige Entfernung von Altdaten aus dem Grundbuch würde einer in dem öffentlichen Interesse liegenden funktionierenden und verlässlichen Registerführung zuwiderlaufen; Publizität und Richtigkeitsgewähr wären eingeschränkt (vgl. BR-Drucks. 433/18, S. 101, 103; BeckOK-GBO/Wilsch, § 12d Rdnr. 20). Die gelöschten Eintragungen müssen einschränkungslos, also auch nach Wegfall des Anlasses für die Vornahme der Zwangseintragung und dem Ablauf einer bestimmten – ohnehin nicht allgemein festlegbaren – Frist, aus dem Grundbuch erkennbar sein. Die von der Betroffenen begehrte Umschreibung der Grundbuchblätter sieht die Norm als Rechtsfolge ohnehin nicht vor.

15 c) Schließlich folgt auch nicht unmittelbar aus den Grundrechten ein Anspruch auf Umschreibung der Grundbuchblätter. Es kann dahinstehen, ob sich in Ermangelung einer einfachgesetzlichen Regelung aus Grundrechten überhaupt ein verfassungsunmittelbarer Umschreibungsanspruch ergeben könnte. Denn die Beteiligte ist jedenfalls durch die angefochtene Entscheidung nicht in ihren Grundrechten verletzt.

16 aa) Aus dem aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG hergeleiteten Recht auf informationelle Selbstbestimmung folgt kein solcher Anspruch.

17 (1) Allerdings greifen die Vorschriften über die Löschung von Zwangseintragungen im Zusammenspiel mit dem Grundbucheinsichtsrecht (§ 12 Abs. 1 GBO) in den Schutzbereich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung ein.

18 (a) Das in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst die aus dem Gedanken der Selbstbestimmung folgende Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden. Freie Entfaltung der Persönlichkeit setzt den Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten voraus. Dieser Schutz ist daher von dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG umfasst. Das Grundrecht gewährleistet die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten bestimmen zu können (vgl. BVerfGE 65, 1, 42 f.).

19 (b) Nach diesen Grundsätzen greift das Verfahren der Löschung von Zwangseintragungen im Grundbuch nach § 46 Abs. 1 GBO im Zusammenspiel mit dem Einsichtsrecht in das Grundbuch nach § 12 Abs. 1 GBO in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung des von der Eintragung Betroffenen ein. Bei der Änderung einer Eintragung wird die vorangegangene, nicht mehr gültige Eintragung nicht aus dem Grundbuch entfernt, sondern bleibt weiter sichtbar.

Gemäß § 21 Abs. 1 Satz 2 GBV darf in dem Grundbuch nichts radiert und unleserlich gemacht werden. Löschungen nach § 46 Abs. 1 GBO werden – neben der Eintragung eines Löschungsvermerks – grundbuchtechnisch dadurch gekennzeichnet, dass die bisherigen Eintragungen „gerötet“, das heißt rot unterstrichen bzw. mit roten (Quer-)Strichen versehen werden (vgl. §§ 16, 17, 17a GBV). Beim maschinell geführten Grundbuch können die Kennzeichnungen schwarz dargestellt werden (§ 91 Satz 2 GBV). Eine Pflicht zur Umschreibung des Grundbuchblattes nach Löschung einer Zwangseintragung aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes sieht das Gesetz in § 28 GBV nicht vor. Gelöschte Zwangseintragungen sind daher weiterhin aus dem Grundbuch ersichtlich und unterliegen nach § 12 Abs. 1 GBO bei Darlegung eines berechtigten Interesses grundsätzlich dem Recht auf Einsichtnahme durch Dritte. Das Grundbuch und die nach § 12 Abs. 1 Satz 2 GBO, § 46 Abs. 1 GBV von dem Einsichtsrecht umfassten Grundakten enthalten eine Fülle von personenbezogenen Daten aus dem persönli-

chen, familiären, sozialen und wirtschaftlichen Bereich. Wenn Dritten Grundbucheinsicht gewährt wird, liegt darin ein Eingriff in das auf diese Daten bezogene, durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte, zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht gehörende Recht der durch die Grundbucheinsicht Betroffenen – in erster Linie des Eigentümers (vgl. BVerfG, NJW 2001, 503, 505; Senat, Beschluss vom 09.01.2020, V ZB 98/19, NJW 2020, 1511 Rdnr. 17; Beschluss vom 17.08.2011, V ZB 47/11, NJW-RR 2011, 1651 Rdnr. 7).

20 (2) Dieser Eingriff ist jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Insbesondere entspricht er dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

21 (a) Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist nicht schrankenlos gewährleistet. Der Einzelne hat nicht ein Recht im Sinne einer absoluten, uneinschränkbaren Herrschaft über „seine“ Daten. Auch personenbezogene Informationen stellen ein Abbild sozialer Realität dar, das nicht ausschließlich dem Betroffenen allein zugeordnet werden kann. Grundsätzlich muss daher der Einzelne nach Art. 2 Abs. 1 GG Einschränkungen seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im überwiegenden Allgemeininteresse, auf gesetzlicher Grundlage und unter strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und des rechtsstaatlichen Gebots der Normenklarheit hinnehmen (vgl. BVerfG, NJW 1988, 3009; BVerfGE 65, 1, 43 f.). Diesen Anforderungen werden die Normen über das Grundbuchverfahren gerecht.

22 (b) Das Grundbuchverfahrensrecht genügt dem Gebot der Normenklarheit. Der Betroffene kann erkennen, dass Zwangseintragungen gelöscht werden, indem ein Lösungsvermerk eingetragen wird (§ 46 Abs. 1 GBO) und die bisherigen Eintragungen gerötet (vgl. §§ 16, 17, 17a GBV) bzw. beim maschinell geführten Grundbuch die Kennzeichnungen schwarz dargestellt werden (§ 91 Satz 2 GBV), sodass gelöschte Eintragungen für Dritte bei Einsichtnahme zu erkennen sind. Ferner ist bestimmt, dass die Einsicht des Grundbuchs und der Grundakten jedem gestattet ist, der ein berechtigtes Interesse darlegt (§ 12 Abs. 1 GBO).

23 (c) Die gesetzliche Regelung entspricht auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Danach muss eine Maßnahme zur Erreichung des angestrebten Zweckes geeignet und erforderlich sein; der mit ihr verbundene Eingriff darf seiner Intensität nach nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache und den vom Bürger hinzunehmenden Einbußen stehen (st. Rspr., vgl. nur BVerfGE 65, 1, 54 m. w. N.).

24 (aa) Das Grundbuch hat die Aufgabe, über die das Grundstück betreffenden Rechtsverhältnisse möglichst erschöpfend und zuverlässig Auskunft zu geben (Senat, Beschluss vom 06.03.1981, V ZB 18/80, BGHZ 80, 126, 127). Die Dokumentation auch nicht mehr aktueller Eintragungen ist der Publizitätsfunktion des Grundbuchs geschuldet. Deshalb wird das Grundbuch fortgeschrieben und im Grundsatz nur unter den engen Voraussetzungen von § 28 GBV geschlossen. Gelöschte Eintragungen werden mit der Umschreibung nicht endgültig aus dem Grundbuch entfernt, sondern können dem bisherigen Grundbuchblatt weiterhin entnom-

men werden (vgl. § 30 Abs. 1 b GBV). Dritte können das geschlossene Grundbuchblatt gemäß § 12 Abs. 1 GBO bei einem berechtigten Interesse einsehen. Durch das Einsichtsrecht wird die sog. formelle Publizität des Grundbuchs hergestellt, die Grundlage des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs und den damit verbundenen Vermutungs- und Gutglaubensregeln (vgl. §§ 891, 892, 893 und 899a BGB), der sog. materiellen Publizität, ist. Auf diese Weise wird den am Rechtsverkehr mit Grundstücken teilnehmenden Personen, die im Vertrauen auf den Grundbuchinhalt rechtlich erhebliche Handlungen beabsichtigen, die Möglichkeit gegeben, sich Gewissheit über die von dem öffentlichen Glauben erfassten Eintragungsvorgänge zu verschaffen (vgl. Senat, Beschluss vom 09.01.2020, V ZB 98/19, NJW 2020, 1511 Rdnr. 9 m. w. N.). Die Publizitätsfunktion des Grundbuchs dient damit der Erfüllung legitimer Staatsaufgaben.

25 (bb) Das Zusammenspiel von Grundbuchverfahrensrecht und Einsichtsrecht durch die in § 46 Abs. 1, § 12 Abs. 1 GBO, §§ 16, 17, 17a, 91 GBV getroffenen Regelungen ist geeignet, das grundbuchrechtliche Publizitätsprinzip durchzusetzen. Die verfahrensrechtlichen Normen stellen die erforderlichen Rahmenbedingungen für eine Einsichtnahme in das Grundbuch bereit (vgl. Lemke/Schneider, GBO, § 12 Rdnr. 1).

26 (cc) Die verfahrensrechtlichen Normen sind zu der Erfüllung der Aufgaben des Grundbuchs schließlich erforderlich und erweisen sich auch im engeren Sinne als verhältnismäßig. Aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ergibt sich kein Anspruch auf Umschreibung eines Grundbuchblattes nach Löschung der in dem Grundbuch enthaltenen Zwangseintragungen. Eine aus Sicht des Betroffenen weniger einschneidend beeinträchtigende, aber zu der Erfüllung der Aufgaben des Grundbuchs gleichermaßen geeignete Ausgestaltung des Grundbuchverfahrens ist nicht ersichtlich. Es besteht ein erhebliches öffentliches Interesse an der Funktionsfähigkeit des Grundbuchs. Damit die Publizitätsfunktion des Grundbuchs erfüllt werden kann, muss das Grundbuch zuverlässig Auskunft über die gegenwärtigen und vergangenen Rechtsverhältnisse an dem Grundstück geben. Das bedingt, dass das Grundbuchamt in angemessener Zeit Eintragungen vornehmen muss, sobald die Eintragungsvoraussetzungen vorliegen (vgl. BGH, Urteil vom 11.01.2007, III ZR 302/05, BGHZ 170, 260 Rdnr. 17). Es wäre nicht praktikabel, wenn bei jeder gelöschten Zwangseintragung auf Antrag des Betroffenen ein neues Grundbuchblatt angelegt und das alte Grundbuchblatt geschlossen werden müsste. Der damit verbundene Arbeitsaufwand führte bei der Vielzahl derartiger Löschungsvorgänge zu einer empfindlichen Störung der Funktionsfähigkeit der Grundbuchämter, die wiederum Voraussetzung für die Gewährleistung der Publizität des Grundbuchs ist. Wie das Beschwerdegericht zutreffend ausführt, ist der Aufwand besonders hoch, wenn – wie hier – Wohnungsgrundbücher betroffen sind, weil dann die Umschreibung zusätzlich in den Bestandsverzeichnissen sämtlicher Sondereigentumseinheiten zu vermerken ist (§ 3 Abs. 1 c, Abs. 5 WGV). Dem mit einer Umschreibung verbundenen erheblichen zusätzlichen Arbeits- und Verwal-

tungsaufwand für die Grundbuchämter stünde kein erheblicher Nutzen für den von einer Zwangseintragung Betroffenen gegenüber (vgl. BayObLGZ 1992, 127, 130 f.; OLG Düsseldorf, FGPrax 2017, 100, 102; FGPrax 1997, 83; NJW 1988, 975, 976; OLG Köln, FGPrax 2015, 249, 250; OLG München, NJOZ 2014, 687; OLG Naumburg, FGPrax 2014, 54 f.). Gelöschte Eintragungen werden mit der Umschreibung nicht endgültig aus dem Grundbuch entfernt, sondern können dem bisherigen Grundbuchblatt weiterhin entnommen werden. Das umgeschriebene Blatt ist zu schließen; im Schließungsvermerk ist die Bezeichnung des neuen Blattes anzugeben (§ 30 Abs. 2 GBV). In der Aufschrift des neuen Blattes ist auf das bisherige Blatt zu verweisen (§ 30 Abs. 1 b GBV). Dritte könnten bei Darlegung eines berechtigten Interesses gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 GBO Einsicht auch in das geschlossene Grundbuchblatt nehmen, auf dessen Existenz sie gemäß § 30 Abs. 1 b GBV in der Aufschrift des neuen Blattes hingewiesen würden. Dass ausgerechnet Kreditgeber von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machen und sich mit der Vorlage eines aktuellen Grundbuchauszuges begnügen würden, ist nicht zu erwarten.

27 Im Übrigen trägt § 12 GBO, gegen dessen Verfassungsmäßigkeit keine Bedenken bestehen (vgl. BVerfG, NJW 2001, 503, 504, BVerfGE 64, 229, 238), den schutzwürdigen Interessen Eingetragener Rechnung, Unbefugten keinen Einblick in ihre Rechts- und Vermögensverhältnisse zu gewähren (vgl. Senat, Beschluss vom 06.03.1981, V ZB 18/80, BGHZ 80, 126, 128). Danach ist die Einsicht in das Grundbuch jedem gestattet, der ein berechtigtes Interesse darlegt. Dieses berechnete Interesse, von dessen Darlegung nur die in § 43 GBV genannten Behörden und Personen befreit sind, muss nicht nur an der Einsicht in das Grundbuch überhaupt bestehen, sondern an den Teilen, in die Einsicht genommen werden soll. Soweit es hieran fehlt, muss das Grundbuchamt unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung die Einsicht auf Teile des Grundbuchs (zum Beispiel einzelne Abteilungen) oder aber auch auf das aktuelle Grundbuchblatt beschränken (vgl. Senat, Beschluss vom 07.03.2019, V ZB 53/18, NJW 2019, 2541 Rdnr. 18 m. w. N.). Ob und in welchem Umfang ein berechtigtes Interesse im Sinne des § 12 Abs. 1 GBO an der Einsicht dargelegt ist, lässt sich zwar nicht allgemein beantworten, sondern ist von dem Grundbuchamt jeweils nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen (vgl. Senat, Beschluss vom 07.03.2019, V ZB 53/18, NJW 2019, 2541 Rdnr. 18). Im Regelfall werden Kreditgeber allerdings ein berechtigtes Interesse an der Einsicht in das Grundbuch insgesamt haben, wenn das Grundstück als Kreditsicherheit dienen soll.

28 bb) Art. 14 Abs. 1 GG gebietet (entgegen *Holzer*, ZRI 2022, 497, 502 f.) ebenfalls keinen Anspruch auf die Umschreibung von Grundbuchblättern nach der Löschung einer Zwangseintragung. Der Gesetzgeber hat den ihm bei der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) zustehenden Gestaltungsspielraum eingehalten, indem er einerseits dem Allgemeininteresse an einem zuverlässigen und vollständigen Inhalt des Grundbuchs den Vorrang vor dem Geheimhaltungsinteresse des von der Grundbucheintragung Betroffenen einge-

räumt hat, andererseits jedoch ein Einsichtsrecht nach § 12 Abs. 1 GBO an das Vorliegen eines berechtigten Interesses geknüpft hat. Die Regelungen erweisen sich insbesondere als verhältnismäßig. Insoweit wird Bezug genommen auf die vorstehenden Ausführungen (vgl. Rdnr. 23 ff.).

29 cc) Ein Anspruch auf Umschreibung des Grundbuchblattes folgt entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde schließlich nicht zur Vermeidung eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

30 (1) Der allgemeine Gleichheitssatz gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Hieraus folgt das Gebot, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Differenzierungen bedürfen der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Ziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind (BVerfGE 138, 136 Rdnr. 121 m. w. N.).

31 (2) Nach diesen Grundsätzen erfordert Art. 3 Abs. 1 GG keine Gleichbehandlung der von Zwangseintragungen im Grundbuch Betroffenen und Schuldner, die die Vermögensauskunft abgegeben haben bzw. im Schuldnerverzeichnis eingetragen sind. Zwar ist ein Vermögensverzeichnis gemäß § 802k Abs. 1 Satz 4 ZPO u. a. nach Ablauf von zwei Jahren seit Abgabe der Auskunft zu löschen. Eine Eintragung im Schuldnerverzeichnis wird gemäß § 882e Abs. 1 ZPO nach Ablauf von drei Jahren seit dem Tag der Eintragungsanordnung von dem zentralen Vollstreckungsgericht gelöscht. Grundbucheintragungen dienen jedoch anderen Zwecken als Eintragungen im Schuldner- und im Vermögensverzeichnis. Während das Grundbuch keine Offenlegung und Auskunft über Vermögensverhältnisse des eingetragenen Eigentümers bezweckt, sondern Auskunft über alle gegenwärtigen und vergangenen Rechtsverhältnisse an dem Grundstück gibt, soll anhand des Schuldnerverzeichnisses die Kreditwürdigkeit eines Schuldners beurteilt werden können (vgl. BayObLGZ 1992, 127, 131; OLG Naumburg, FGPrax 2014, 54, 55; *Wilsch*, FGPrax 2017, 100, 102). Das Vermögensverzeichnis soll dem Gläubiger zu Beginn des Vollstreckungsverfahrens einen Überblick über die vorhandenen Vermögenswerte des Schuldners verschaffen, um ihm ein zielgerichtetes Vorgehen bei der Vollstreckung zu ermöglichen (vgl. *MünchKomm-ZPO/Forbriger*, 6. Aufl., § 802c Rdnr. 2). Zudem sind die Rechtsbeziehungen im Liegenschaftsrecht – anders als bei der Mobiliarvollstreckung – typischerweise langfristig angelegt (vgl. *Meikel/Schneider*, GBV, § 28 Rdnr. 12). Schließlich sollen mit der Beleihung von Grundbesitz regelmäßig erheblich höhere Risiken abgesichert werden als bei der Einräumung persönlicher Kredite (vgl. OLG Düsseldorf, FGPrax 2017, 100, 101 f.; NJW 1988, 975, 976; *Böhringer*, BWNtZ 1989, 1, 3). Vor diesem Hintergrund ist es nicht gleichheitswidrig, dass im Grundbuchsrecht – anders als bei dem Vermögensverzeichnis und bei dem Schuldnerverzeichnis – keine gesetzlichen Lösungsfristen (bzw. Umschreibungsfristen) vorgesehen sind.

(...)

5. Zum verneinten Grundbucheinsichtsrecht eines mit der Errichtung von PV-Anlagen befassten Unternehmens

OLG Bamberg, Beschluss vom 09.01.2024, 10 Wx 17/23

EEG 2023 § 2 Satz 2

GBO § 12 Abs. 1 Satz 1

LEITSÄTZE:

1. **Nicht jedes beliebige Interesse an einer Grundbucheinsicht kann – unabhängig vom Umfang – als berechtigtes Interesse im Sinne des § 12 Abs. 1 Satz 1 GBO angesehen werden. Neben der Geeignetheit und Erforderlichkeit für das Informationsanliegen des Antragstellers muss dieses auch von einem solchen Gewicht sein, dass sich der Eingriff in das Grundrecht des Eigentümers auf informationelle Selbstbestimmung, der typischerweise mit der Einsicht verbunden ist, als verhältnismäßig darstellt. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Ein berechtigtes Interesse im Sinne des § 12 Abs. 1 Satz 1 GBO liegt nicht vor, wenn ein mit der Planung und Errichtung von Solarkraftwerken befasstes Unternehmen hierdurch die initiale Kontaktaufnahme mit den Eigentümern betreiben will. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Antragstellerin ist nach ihrer Darstellung ein mit der Errichtung von Photovoltaik-Anlagen befasstes Unternehmen.

2 Zum Zwecke der Kontaktaufnahme mit den Eigentümern von nach ihrer Einschätzung potenziell geeigneten Grundstücken, die der (gewinnbringenden) Errichtung von Photovoltaik-Anlagen dienen könnten, begehrt die Antragstellerin eine beschränkte Einsicht in das Grundbuch, namentlich in das Bestandsverzeichnis, zwecks Erlangung der Namen und Anschriften der jeweiligen Grundstückseigentümer.

3 Mit Beschluss vom 12.09.2023 hat das AG Wunsiedel – Grundbuchamt – die Erinnerung gegen die vorangegangene Ablehnung der Grundbucheinsicht zurückgewiesen.

4 Zur Begründung führt das Erstgericht aus, dass die Antragstellerin kein berechtigtes Interesse dargelegt habe. Die bloße Absicht einer etwaigen Errichtung von Photovoltaikanlagen auf Grundstücken genüge nicht, um die Namen und Anschriften der Eigentümer von geeignet erscheinenden Grundstücken zu erfahren. Der Sache nach handle es sich um bloße Ausforschung von Eigentumsverhältnissen. Zu berücksichtigen sei unter anderem, dass die Errichtung von Photovoltaik-Anlagen nicht nur durch die Antragstellerin, sondern durch eine Vielzahl von am Markt befindlichen Unternehmen betrieben werde und spätestens seit der Etablierung von „Balkonkraftwerken“ kaum noch ungeeignete Grundstücke zu finden sein dürften. Eine Entscheidung des BayVGh über eine berechnete Einsichtnahme in das Liegenschaftskataster sei auf die Einsichtnahme in das Grundbuch nicht übertragbar.

5 Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin, welcher das Erstgericht mit Beschluss vom 26.10.2023 nicht abgeholfen hat.

6 Sowohl in der Beschwerdeschrift als auch in der nachfolgend vom Beschwerdegericht eröffneten weiteren Begründung ihrer Beschwerde trägt die Antragstellerin vor, dass sich insbesondere aus § 2 Satz 2 EEG 2023 eine Privilegierung des (beabsichtigten) Baus von Anlagen zur Energiegewinnung aus erneuerbaren Energien ergäbe und dies bei der Schutzgüterabwägung, insoweit auch bei der Abwägung berechtigter Datenschutzinteressen der Eigentümer, zu berücksichtigen sei. Um mit den Eigentümern potenziell geeignet erscheinender Grundstücke in Kontakt treten zu können, sei aber die Kenntnis deren Namen und deren Anschrift unverzichtbar, da umgekehrt nur sehr zögerlich eine Kontaktaufnahme von interessierten Grundstückseigentümern erfolge. Es gebe auch keine Vorrangigkeit einer Einsichtnahme in das Liegenschaftsverzeichnis. Vielmehr sei die dortige Einsicht mit derjenigen in das Grundbuch, jedenfalls im Falle der Beschränkung auf die Namen und Anschriften der Grundstückseigentümer vergleichbar. Entsprechend der Entscheidung des BayVGh genüge somit der plausible Nachweis von bereits angestellten Eignungsuntersuchungen, sog. Potentialanalyse, für diejenigen Grundstücke, über deren Eigentümer die beschränkte Grundbucheinsicht begehrt werde. Zu berücksichtigen sei auch, dass sowohl nach § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b BauGB wie auch nach § 2 Satz 1 EEG die Errichtung von PV-Anlagen im (besonderen) öffentlichen Interesse lägen.

7 II. Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

8 Die Antragstellerin kann kein hinreichend berechtigtes Interesse im Sinne des § 12 Abs. 1 Satz 1 GBO darlegen. Dies wäre aber für die Gewährung auch nur der beschränkten Grundbucheinsicht erforderlich.

9 1. Als berechtigtes Interesse im Sinne des § 12 Abs. 1 Satz 1 GBO kann nicht jedes beliebige Interesse an einer Grundbucheinsicht – gleich welchem Umfang – angesehen werden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 28.08.2000, 1 BvR 1307/91, juris Rdnr. 29; BGH, Beschluss vom 09.01.2020, V ZB 98/19, juris Rdnr. 17). Insoweit unterscheidet sich die Einsichtnahme in das Handelsregister von derjenigen in das Grundbuch (vgl. BGH, Beschluss vom 07.03.2019, V ZB 53/18, juris, Rdnr. 18 m. w. N.).

10 a) Die Einsichtnahme muss für das Informationsanliegen des Antragstellers geeignet und erforderlich und dieses muss von einem solchen Gewicht sein, dass der mit der Gewährung der Einsicht verbundene Eingriff in das Grundrecht des Eigentümers auf informationelle Selbstbestimmung verhältnismäßig erscheint (vgl. BVerfG, Beschluss vom 28.08.2000, 1 BvR 1307/91, juris Rdnr. 29 f.). Die Bestimmung des § 12 Abs. 1 Satz 1 GBO als solche ist verfassungsrechtlich unbedenklich (vgl. BVerfG, Beschluss vom 15.06.1983, 1 BvR 1025/79, juris Rdnr. 32, 43).

11 b) Ausreichend für die Annahme des berechtigten Interesses ist die Darlegung eines verständigen, durch die Sachlage gerechtfertigten Interesses, das sich im Unterschied zum rechtlichen Interesse nicht auf ein bereits vor-

handenes Recht oder konkretes Rechtsverhältnis stützen muss, sondern auch in einem bloß tatsächlichen, etwa einem wirtschaftlichen Interesse bestehen kann (vgl. BGH, Beschluss vom 09.01.2020, V ZB 98/19, juris Rdnr. 9 m. w. N.; BayObLG, Beschluss vom 03.12.1998, 2 Z BR 174/98, juris Rdnr. 12).

12 Seine Darlegung und die Nachprüfung durch das Grundbuchamt dient den schützenswerten Interessen des Eigentümers, eine allgemeine Einsicht in das Grundbuch und die Grundakten zu verhindern, zumal der von der Einsichtnahme betroffene Grundstückseigentümer weder zuvor angehört wird noch ihm nachgehend ein Beschwerderecht gegen die Einsichtsgewährung zusteht (vgl. BayObLG, Beschluss vom 25.03.1998, 2 Z BR 171/97, NJW-RR 1989, 1241, II. 2. b. <1>).

13 c) Anerkannt ist, dass neben einer bereits durch nachweisbar erfolgte Kontaktaufnahme mit dem Grundstückseigentümer konkretisierten Kaufabsicht auch ein rein wirtschaftliches Interesse für eine Einsicht genügen kann (vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 03.09.2018, 20 W 171/18, juris Rdnr. 14 m. w. N.; *Demharter*, GBO, 33. Aufl. 2023, Rdnr. 9 m. w. N.).

14 Dies wiederum setzt allerdings eine bereits bestehende „Verbindung“ zwischen dem Einsichtnehmenden und dem Grundstückseigentümer voraus. Zur Vermeidung der bloßen Befriedigung von bloßer Neugierde oder reiner Informationsbeschaffung ist eine bereits bestehende wirtschaftliche Verbindung zu dem jeweiligen Grundstückseigentümer erforderlich (vgl. *Grziwotz*, MDR 2013, 433, 434; *Demharter*, GBO, § 12 Rdnr. 11).

15 So kann ein Bauhandwerker – erst – Einsicht in das Grundbuch verschaffen, wenn er nachweisbar für einen bereits bestehenden Bauvertrag die Möglichkeit der Eintragung einer Sicherungshypothek (§ 650e BGB) prüfen will (vgl. OLG München, Beschluss vom 09.02.2015, 34 Wx 43/15, juris Rdnr. 4). Insoweit gilt nichts anderes als für Gläubiger, der sich zum Zwecke der Vorbereitung der Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz des Schuldners Einsicht in das Grundbuch verschaffen möchte (vgl. KG, Beschluss vom 21.01.2016, 1 W 6/16, juris Rdnr. 9 f. m. w. N.).

16 Dem Kaufinteressenten eines Grundstücks fehlt dementsprechend für die Grundbucheinsicht mit dem Ziel, erstmalig den Namen und die Anschrift des Eigentümers zu erlangen, das berechtigte Interesse (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 20.04.2021, 12 Wx 76/20, juris Rdnr. 15; OLG Oldenburg, Beschluss vom 16.01.2019, 12 W 151/18, juris Rdnr. 2; OLG Naumburg, Beschluss vom 14.09.2015, 12 Wx 41/15, juris Rdnr. 11; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 01.06.2015, 11 Wx 97/14, juris Rdnr. 12; *Maaß* in Bauer/Schaub, GBO, 5. Aufl. 2023, § 12 Rdnr. 10, 40 jew. m. w. N.).

17 Nur bei herrenlosen Grundstücken ist ein allgemeines Einsichtsrecht befürwortbar, wohingegen bloße Kaufinteressenten oder auch Grundstücksnachbarn, die mittels der Einsicht erst den Namen (und die Anschrift) des Grundstücksinhabers erfahren wollen, noch kein berechtigtes Interesse darlegen können (vgl. OLG München, Beschluss vom 08.06.2016, 34 Wx 168/16, juris Rdnr. 8 f.; OLG Naum-

burg, Beschluss vom 14.09.2015, 12 Wx 41/15, juris Rdnr. 14, m. zust. Anm. *Kreuzer*, NZM 2016, 288; OLG Oldenburg, Beschluss vom 30.09.2013, 12 W 261/13, juris Rdnr. 2; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 524a).

18 2. Nach diesen Maßstäben kann die Antragstellerin kein berechtigtes Interesse darlegen.

19 a) Sie konzidiert selbst, dass sie erst durch die vorzunehmende Einsicht in eine Vielzahl von Grundbuchblättern, wenn auch beschränkt auf das Bestandsverzeichnis und die dortigen Namen und Anschriften der gegenwärtigen Eigentümer, in der Lage wäre, mit diesen in Kontakt zu treten. Dies wäre ihr nach eigener Darlegung ebenso gut auch über die Einsicht in das Liegenschaftsverzeichnis möglich. Das vom BayVGh hierfür bereits bejahte ausreichende Interesse kann, entgegen der Annahme der Antragstellerin, aber nicht „im Rückschluss“ auf die Grundbucheinsicht übertragen werden.

20 Im Falle der begehrten Grundbucheinsicht fehlt die nach eigenem Vorbringen fehlende Kenntnis über die Person des Grundstückseigentümers. Der Fall liegt nicht anders als derjenige, in denen der Interessent am Erwerb eines ihm nur nach dessen Lage und allenfalls noch Größe bekannten Grundstücks über die Grundbucheinsicht den aktuellen Eigentümer zu erfahren versucht. Für eine solche Ausforschung von Eigentumsverhältnissen ist weder das Grundbuch selbst noch die Einsicht in dieses geschaffen.

21 Auch entbehrt eine solche Ausforschung von personenbezogenen Daten mit dem primären Ziel einer initialen Kontaktaufnahme gegenüber Eigentümern von Grundstücken der notwendigen vorherigen wirtschaftlichen oder anderweitigen Verbindung mit diesen.

22 b) Es ist auch nicht erkennbar, dass die bislang existierenden Privilegierungen einzelner Einsichtsberechtigter (§§ 43, 86a GBV) durch § 2 Satz 2 EEG 2023 erweitert oder gar auf Unternehmen, zu deren Geschäftsmodell die Errichtung von Anlagen für die Gewinnung von Elektrizität aus erneuerbaren Energien gehört, erstreckt werden soll. Ebenso wenig kann die grundsätzliche Gestattung der Errichtung von PV-Anlagen im bauplanungsrechtlichen Außenbereich (§ 35 Abs. 1 Nr. 8 BauGB) insoweit eine Berücksichtigung finden.

23 d) Ausweislich der Gesetzesbegründung zur Neufassung des § 2 Satz 2 EEG 2023 soll der dort niedergelegte „vorrangige Belang“, der „in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden soll“, zwar „im Rahmen von Abwägungsentscheidungen u. a. gegenüber seismologischen Stationen, Radaranlagen, Wasserschutzgebieten, dem Landschaftsbild, Denkmalschutz oder im Forst-, Immissionsschutz-, Naturschutz-, Bau- oder Straßenrecht“ (BT-Drucks. 20/1630, S. 159) berücksichtigt werden. Dabei handelt es sich, erkennbar ausnahmslos, allerdings jeweils um Abwägungsentscheidungen im öffentlichen Verwaltungs- und Planungsrecht. Diese ist mit der Abwägung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung als Bestandteil der allgemeinen Handlungsfreiheit des im Grundbuch Eingetragenen gegenüber dem erforderlichen Vorliegen eines hinreichend berechtigenden

Interesses für das Einsichtsrecht in das Grundbuch (§ 12 Abs. 1 Satz 1 GBO) nicht ohne Weiteres vergleichbar.

24 c) Weiterhin wäre, vergleichbar der Abwägung widerstreitender Interessen bei der Grundbucheinsicht, namentlich, soweit das berechnete Interesse auf die Pressefreiheit gestützt wird (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, vgl. hierzu BVerfG, Beschluss vom 28.08.2000, 1 BvR 1307/91, juris Rdnr. 14, 25 ff.), auch dann noch zu berücksichtigen, dass es anderweitige Möglichkeiten gibt, die gewünschten Anschriften der Grundstückseigentümer unter geringerer Beeinträchtigung deren Persönlichkeitsschutzes zu erlangen (vgl. hierzu BVerfG, Beschluss vom 28.08.2000, 1 BvR 1307/91, juris Rdnr. 31).

25 d) Entgegen der Rechtsansicht der Antragstellerin hat der BayVGH nicht präjudiziell über den Begriff des berechtigten Interesses im Sinne des § 12 Abs. 1 Satz 1 GBO entschieden, sondern sich *expressis verbis* gerade von einer als uneinheitlich angeführten Praxis dessen Auslegung durch die Grundbuchämter distanziert und – allein – die für ihn als Fachgericht maßgebliche Bestimmung des Art. 11 Abs. 1 Satz 3 1. Hs. VermKatG ausgelegt (vgl. BayVGH, Urteil vom 09.03.2023, 13 a B 22.1688, juris Rdnr. 50).

26 e) Schließlich genügt, entgegen der perpetuierten Auffassung der Antragstellerin, für ein berechtigtes Interesse im Sinne des § 12 Abs. 1 Satz 1 GBO nicht eine schlichte „Auseinandersetzung“ mit den von der Grundbucheinsicht betroffenen Grundstücken (...). Notwendig ist, wie die Judikatur zu notwendigen Kaufverhandlungen als Voraussetzungen für ein berechtigtes Interesse zur – weitergehenden – Grundbucheinsicht belegt, dass bereits eine Kenntnis der Person des Eigentümers des Grundstücks vorhanden ist. Die verfassungsrechtlich anerkannten Ausnahmen aufgrund eines besonderen Informationsbedürfnisses, etwa im Falle der Presseberichterstattung (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG), liegen nicht vor.

(...)

6. Prüfung einer im Außenverhältnis unbeschränkten Vollmacht durch das Grundbuchamt

OLG Köln, Beschluss vom 03.03.2023, 2 Wx 15/23

BGB § 167

GBO §§ 19, 20, 29

LEITSATZ:

Die erst nach Eingang eines Eintragungsantrages beim Grundbuch von diesem erlangte Kenntnis eines von dem Vollmachtgeber erklärten Widerrufs einer Generalvollmacht hindert nicht mehr den Vollzug einer Grundbucheintragung.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 1. Die Beteiligte zu 2 ist im o. g. Grundbuchblatt als die Eigentümerin verzeichnet.

2 In notarieller Urkunde vom 14.04.2021 (UR. Nr. [...] des Notars [...] in [...] [...]) erteilte sie dem Beteiligten zu 1, ihrem Sohn, eine General- und Vorsorgevollmacht, die u. a. die Befugnisse umfasste, Grundbesitz zu verwalten, zu veräußern und zu belasten (I. 2. i)). Dem Beteiligten zu 1 wurde gestattet, Rechtsgeschäfte mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten vorzunehmen (Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB) sowie in Vermögensangelegenheiten in von ihm bestimmten Einzelfällen Untervollmacht zu erteilen (I. 3.). Unter II. „Regelung des Innenverhältnisses“ ist ausgeführt:

„Die nachstehende Vereinbarung regelt die Anwendung der Vollmacht im Innenverhältnis. Dritte, denen gegenüber aufgrund dieser Vollmacht gehandelt wird, haben das Vorliegen der nachstehenden Voraussetzungen nicht zu prüfen. Im Außenverhältnis gilt die Vollmacht also unbeschränkt.

1. Der Bevollmächtigte darf von der Vollmacht erst und nur dann Gebrauch machen, wenn ich zugestimmt habe oder ich aus gesundheitlichen oder sonstigen Gründen verhindert bin, meine Angelegenheiten selbst zu regeln.

2. Die Vollmacht ist jederzeit widerruflich (...)

3 In notarieller Urkunde vom 07.07.2022 („Übertragungsvertrag über Grundbesitz“) (UVZ-Nr. [...] des Notars [...] in [...] [...]) trat Herr (...) als Vertreter ohne Vertretungsmacht, sich deren Genehmigung vorbehaltend, für die Beteiligte zu 2 und als Vertreter ohne Vertretungsmacht, sich dessen Genehmigung vorbehaltend, für den Beteiligten zu 1 auf. In dem Vertrag übertrug die Beteiligte zu 2 unter Auflassung das Eigentum an dem o. g. Grundbesitz auf den Beteiligten zu 1 unter Vorbehalt eines durch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit gesicherten Wohnungsrechts. Bewilligt und beantragt wurden von den Beteiligten die Eintragung des Eigentumswechsels, die Löschung nicht übernommener Rechte, die Eintragung des Wohnungsrechts sowie einer durch den Tod der Berechtigten auflösend befristeten Vormerkung zur Sicherung eines im Vertrag geregelten bedingten Rückübertragungsanspruchs (Abschnitt V.). Wegen aller weiteren Einzelheiten des Vertragsinhalts wird auf (...) Bezug genommen.

4 Mit am 18.07.2022 bei dem Grundbuchamt eingegangenem Schriftsatz vom 14.07.2022 hat der verfahrensbevollmächtigte Notar im Namen aller Antragsberechtigten eine beglaubigte Abschrift seiner Urkunde vom 07.07.2022 zum Vollzug gemäß Abschnitt V. eingereicht. Beigefügt war die mit einer Unterschriftsbeglaubigung des deutschen Honorarkonsuls verbundene Genehmigung des Vertrages vom 07.07.2022 durch den Beteiligten zu 1 am 08.07.2022 im eigenen Namen und als Vertreter der Beteiligten zu 2 aufgrund der General- und Vorsorgevollmacht (...).

5 Mit notariellem Vertrag vom 29.07.2022 (UVZ Nr. [...] des Notars YYY in [...] [...]) übertrug die Beteiligte zu 2 das Eigentum an dem o. g. Grundbesitz auf ihre Tochter (...) unter Vorbehalt eines lebenslangen unentgeltlichen Nießbrauchs (...). Eine beglaubigte Abschrift dieser Urkunde ist mit Schriftsatz des Urkundsnotars vom 01.08.2022 am 03.08.2022

bei dem Grundbuchamt zum Vollzug eingereicht worden (...).

6 Mit einem an den Beteiligten zu 1 gerichteten Schreiben vom 03.08.2022 hat die Beteiligte zu 2 die General- und Vorsorgevollmacht vom 14.04.2022 (...) widerrufen. Des Weiteren hat sie den Vollmachtswiderruf in einem Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten an das Grundbuchamt vom 05.08.2022 erklärt (...). Mit weiterem Schriftsatz an das Grundbuchamt vom selben Tage hat sie die Rücknahme des am 18.07.2022 bei dem Grundbuchamt eingegangenen Eintragungsantrages erklärt und geltend gemacht, aufgrund der Rücknahme des Antrages des Notars (...) sei der Antrag des Notars YYY zu bearbeiten (...).

7 Mit Schriftsatz vom 08.08.2022 hat der Notar (...) um vorläufige Aussetzung des Umschreibungsantrages vom 14.07.2022 gebeten (...).

8 Am 24.08.2022 erließ das LG Köln (2 O 128/22) auf Antrag der Beteiligten zu 2 eine einstweilige Verfügung, durch welche der Beteiligte zu 1 verpflichtet wurde, den bei dem Grundbuchamt auf der Grundlage der Urkunde vom 07.07.2022 gestellten Antrag auf Umschreibung des Eigentums zurückzunehmen sowie es zu unterlassen, einen weiteren Eintragungsantrag auf der Grundlage dieser Urkunde zu stellen (...). Die Entscheidung war im Wesentlichen darauf gestützt, dass der Beteiligte zu 1 weder dargelegt noch glaubhaft gemacht habe, dass die Beteiligte zu 2 ihre Zustimmung vor der Übertragung erteilt habe. Da der Beteiligte zu 1 von der fehlenden Zustimmung gewusst habe, habe ein missbräuchliches Insichgeschäft vorgelegen.

9 Mit Schriftsatz an das Grundbuchamt vom 02.09.2022 hat die Beteiligte zu 2 vorgebracht, die mit Schriftsatz vom 05.08.2022 namens und im Auftrag der Beteiligten zu 2 als Veräußerin erklärte Rücknahme des Eintragungsantrages zum Übertragungsvertrag vom 07.07.2022 könne nicht den vom Beteiligten zu 1 als Erwerber gestellten Umschreibungsantrag umfasst haben. Dieser indes sei aufgrund der einstweiligen Verfügung des LG vom 24.08.2022 zurückgenommen (...).

10 Mit persönlichem Schreiben an das LG vom 08.09.2022 nahm die Beteiligte zu 2 ihren Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen den Beteiligten zu 1 zurück (...). Mit weiterem persönlichem Schreiben an das LG vom 16.09.2022 brachte sie dann vor, sie möchte nach wie vor nicht, dass ihr Haus an den Beteiligten zu 1 übertragen werde, vielmehr wolle sie die Übertragung an ihre Tochter, wofür sie alle notwendigen Schritte unternehmen werde. Mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 05.10.2022 brachte sie vor, ihr Schreiben vom 08.09.2022 sei nicht als Rücknahme des Antrags auf Erlass der einstweiligen Verfügung zu verstehen. Vorsorglich ließ sie eine Anfechtung der Antragsrücknahme wegen Irrtums erklären (...). Mit Schriftsatz vom 05.10.2022 ließ die Beteiligte zu 2 erneut einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mit dem Inhalt des ursprünglichen Antrages vom 06.06.2022 stellen; dieses Verfahren wurde vom LG Köln unter dem Aktenzeichen 2 O 191/22 geführt (...). Mit Beschluss vom 10.10.2022 erlegte das LG die Kosten des (ers-

ten) Verfahrens 2 O 128/22 der Beteiligten zu 2 auf, weil sie mit Schreiben vom 08.09.2022 wirksam die Antragsrücknahme erklärt habe (...). Den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vom 05.10.2022 nahm die Beteiligte mit Schriftsatz vom 10.11.2022 zurück (...).

11 Mit Zwischenverfügung vom 22.12.2022 hat die Grundbuchrechtspflegerin den Eintragungsantrag des Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten zu 1 vom 14.07.2022 beanstandet und gestützt auf den Vollmachtswiderruf der Beteiligten zu 2 unter Fristsetzung um Einreichung einer Genehmigung der Beteiligten zu 2 in Bezug auf den Vertrag vom 07.07.2022 gebeten (...).

12 Hiergegen richtet sich die mit Schriftsatz des verfahrensbevollmächtigten Notars vom 27.12.2022 eingelegte Beschwerde des Beteiligten zu 1, mit welcher er geltend macht, der Vollmachtswiderruf habe nur ex nunc gewirkt. Der Beschluss des LG vom 24.08.2022 setzte sich zwar mit der Frage des Vollmachtmissbrauchs auseinander. Durch jeweilige Antragsrücknahme seien aber die beiden einstweiligen Verfügungsverfahren beendet (...).

13 Die Grundrechtspflegerin hat der Beschwerde durch Beschluss vom 31.01.2022 nicht abgeholfen und die Sache zur Entscheidung dem OLG vorgelegt. Sie hat im Wesentlichen ausgeführt, Zweifel an der vom Grundbuchamt zu prüfenden Wirksamkeit der Vollmacht könnten durch den Widerruf der Vollmacht vom 03. bzw. 05.08.2022 nun nachhaltig nicht mehr ausgeräumt werden.

14 Der Berichterstatter des Senats hat der Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 2 unter Beifügung von Kopien des Aktenstandes ab Erlass der Zwischenverfügung Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt; eine solche ist nicht zu den Akten gelangt.

15 2. Auf die gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde ist die angefochtene Zwischenverfügung aufzuheben. Das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis besteht in Ansehung der vom Beteiligten zu 1 – auch – im eigenen Namen in seiner Eigenschaft als Erwerber mit Schriftsatz des Urkundsnotars vom 14.07.2022 (Eingang am 18.07.2022) gestellten Eintragungsanträge nicht, weil es einer Genehmigung der Beteiligten zu 2 des Vertrages vom 07.07.2022 nicht bedarf. Denn die vom Beteiligten zu 1 am 08.07.2022 – auch – in seiner Eigenschaft als Vertreter auf der Grundlage der General- und Vorsorgevollmacht vom 14.04.2022 im Namen der Beteiligten zu 2 erteilte Genehmigung der vollmachtlosen Vertretung im Vertrag vom 07.07.2022 ist wirksam; eine – weitere – Genehmigung durch die Beteiligte zu 2 selbst ist nicht erforderlich.

16 Die Vertretungsmacht des Beteiligten zu 1 umfasste ausweislich der General- und Vorsorgevollmacht auch Grundstücksgeschäfte, wobei die Vornahme eines Insichgeschäfts gestattet war. Die Vertretungsmacht war im hier maßgeblichen Außenverhältnis unbeschränkt eingeräumt worden.

17 Der Vollmachtswiderruf vom 03.08.2022 und vom 05.08.2022 wirkte sich nicht auf die Wirksamkeit der vom



Beteiligten zu 1 im Namen der Beteiligten zu 2 erklärten Vertragsgenehmigung vom 08.07.2022 aus. Die Wirksamkeit einer vor dem Widerruf aufgrund der Vollmacht abgegebenen Willenserklärung bleibt von dem Widerruf unberührt, da der Widerruf nur Wirkung ex nunc entfaltet (BGH, Urteil vom 11.05.2017, IX ZR 238/15, juris Rdnr. 16; Beschluss vom 19.09.2019, V ZB 119/18, juris Rdnr. 23). Ob der Auffassung zu folgen ist, wonach ein zwar nach Erklärung der Bewilligung, aber noch bis zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der verfahrensrechtlichen Erklärung – etwa durch Vorlage beim Grundbuchamt – erklärter Widerruf der Vollmacht das Wirksamwerden der Bewilligung als verfahrensrechtlicher Erklärung hindert (KG, FGPrax 2015, 10; OLG Düsseldorf, FGPrax 2014, 8; OLG München, FGPrax 2019, 61), bedarf hier keiner Entscheidung, weil der Widerruf der Vollmacht erst nach Einreichung des die Bewilligung enthaltenden Vertrages vom 07.07.2022 einschließlich seiner Genehmigung zum Vollzug erfolgte; der Vollzugsantrag war bereits am 18.07.2022 bei dem Grundbuchamt eingegangen.

18 Auch im Zusammenhang mit den vor dem LG Köln geführten und jeweils durch Antragsrücknahme beendeten einstweiligen Verfügungsverfahren ergeben sich keine im Grundbuchverfahren durchgreifenden Gesichtspunkte gegen die Wirksamkeit der Vertretung. Zwar soll das Grundbuchamt ausnahmsweise auch bei einer im Außenverhältnis unbeschränkten Vollmacht eine Eintragung ablehnen können und müssen, wenn es sichere Kenntnis vom Missbrauch einer im Außenverhältnis unbeschränkten Vollmacht aufgrund von Verstößen gegen im Innenverhältnis bestehende Beschränkungen der Vollmacht hat. Eine solche Kenntnis kann sich aus ihm bekannten offensichtlichen und eindeutig gefassten internen Bindungsklauseln ergeben. Begründet wird diese Auffassung damit, dass das Grundbuchamt aufgrund des Legalitätsprinzips nicht bewusst daran mitwirken darf, das Grundbuch unrichtig zu machen (Senat, FGPrax 2020, 111; OLG München, FGPrax 2013, 111; FamRZ 2019, 868; OLG Düsseldorf, FGPrax 2020, 256; *Demharter*, GBO, 32. Aufl. 2021, Einleitung Rdnr. 1).

19 Eine danach für das Grundbuchverfahren notwendige sichere Kenntnis eines Missbrauchs der Vollmacht steht vorliegend indes nicht fest. Die diesbezügliche Regelung in der General- und Vorsorgevollmacht lautet:

„Der Bevollmächtigte darf von der Vollmacht erst und nur dann Gebrauch machen, wenn ich zugestimmt habe oder ich aus gesundheitlichen oder sonstigen Gründen verhindert bin, meine Angelegenheiten selbst zu regeln.“

Es liegen keine im Grundbuchverfahren verwertbaren Nachweise dafür vor, dass die genannten, im Innenverhältnis geregelten Voraussetzungen für das Gebrauchmachen von der Vollmacht im Zeitpunkt der Genehmigung des Vertrages am 08.07.2022 nicht vorlagen. Die einstweilige Verfügung des LG vom 24.08.2022 war auf die zivilprozessrechtliche Darlegungs- und Beweislastverteilung im einstweiligen Verfügungsverfahren gestützt, wobei der Beteiligte zu 1 nach Auffassung der Kammer weder dargelegt noch glaubhaft gemacht hatte, dass die Beteiligte zu 2 zuvor ihre Zustimmung erteilt hatte. Diese zivilprozessualen Grundsätze

sind auf das Grundbuchverfahren nicht übertragbar; dort vielmehr müsste – was indes hier nicht der Fall ist – für die Feststellung eines Missbrauchs aufgrund grundbuchrechtlich zulässiger Nachweise feststehen, dass die vertraglichen Voraussetzungen für ein Gebrauchmachen von der im Außenverhältnis unbeschränkten Vollmacht nicht vorlagen. Für eine umfassende Tatsachenaufklärung ist im Grundbuchverfahren kein Raum, materiellrechtliche Fragen sind in einem Zivilprozess zwischen den Beteiligten abschließend zu klären (OLG Düsseldorf, a. a. O.). Eine solche Feststellung im Grundbuchverfahren muss hier schon deshalb ausscheiden, weil die zitierte vertragliche Regelung die Erteilung einer mündlichen oder auch nur konkludenten Zustimmung durch die Beteiligte zu 2 nicht ausschloss. Letztlich ist aufgrund der Antragsrücknahmen in den einstweiligen Verfügungsverfahren auch nicht mehr zu einer abschließenden Entscheidung gekommen.

(...)

7. Verlust der Kostenvorschusseinrede infolge Rechtshängigkeit des Grundbuchberichtigungsanspruchs

OLG München, Urteil vom 16.02.2023, 35 U 3149/22

BGB §§ 273, 369, 894, 897
ZPO §§ 93, 894

LEITSATZ:

Erhebt der Gläubiger eines Grundbuchberichtigungsanspruchs nach § 894 BGB Klage, verliert der Schuldner wegen der Wirkungen des § 894 ZPO die sich aus den §§ 897, 369 analog, 273 BGB ergebende Kostenvorschusseinrede. Um einer Kostenpflicht weiterhin zu entgehen, muss er den unbedingten Klageanspruch sofort anerkennen, § 93 ZPO.

AUS DEN GRÜNDEN:

(abgekürzt gemäß § 525 Satz 1, § 313b Abs. 1 Satz 1 ZPO)

1 I. Die Parteien streiten über die Unzulässigkeit einer Zwangsvollstreckung aus einem Kostenfestsetzungsbeschluss und damit zusammenhängende Ansprüche.

2 Nach übereinstimmenden Teilerledigungserklärungen der Parteien und einer von der Klägerin erklärten Teilklagerücknahme hat die Beklagte zu 2 den von der Klägerin zuletzt allein geltend gemachten Anspruch auf Bewilligung der Löschung der im Tenor genannten Zwangssicherungshypothek unter Verwahrung gegen die Kostenlast anerkannt, sodass gemäß § 525 Satz 1, § 307 Satz 1 ZPO Anerkenntnisurteil zu erlassen war.

3 II. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91a, 92, 269 Abs. 3 Satz 2 i. V. m. § 525 Satz 1 ZPO. Erörterungswürdig ist allein Folgendes:

4 Eine Anwendung des § 93 ZPO zugunsten der Beklagten zu 2 kommt hinsichtlich des Anerkenntnisses nicht in Be-

tracht, da sie dieses erst in der mündlichen Verhandlung – und damit nicht sofort im Sinne der Norm – unbedingt erklärt hat. Bis dahin hat die Beklagte zu 2 – auch noch nach der aus ihrer Sicht die Schuld aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss vollständig erfüllenden Überweisung vom 25.05.2022 und dem Hinweisbeschluss des Senats vom 08.12.2022 – darauf beharrt, dass die Klägerin ihr die Kosten für die notarielle Beurkundung der Erklärung vorzuschießen habe und insoweit ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht. Ein solches stand ihr allerdings nicht (mehr) zu. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

5 1. Zwar hat der Gläubiger eines auf § 894 BGB gestützten Grundbuchberichtigungsanspruches gemäß § 897 BGB grundsätzlich die Kosten der zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlichen Erklärungen zu tragen, wozu insbesondere die Kosten einer notariellen Beurkundung gehören können. Auch ist es anerkannt, dass insoweit eine – auf eine Gesamtanalogie zu den § 369 Abs. 1, § 403 Satz 2, § 798 Satz 2, § 799 Abs. 2 Satz 2, § 800 Abs. 2 Satz 2 BGB gestützte – Vorschusspflicht des Gläubigers besteht, die den Schuldner im Wege der Einrede zur Verweigerung der Abgabe der Erklärung berechtigt (Staudinger/*Picker*, Neub. 2019, § 897 Rdnr. 5; MünchKomm-BGB/*H. Schäfer*, 9. Aufl., § 897 Rdnr. 2; BeckOGK-BGB/*Hertel*, Stand: 15.04.2021, § 897 Rdnr. 6; BeckOK-BGB/*H.-W. Eckert*, 64. Ed., § 897 Rdnr. 3).

6 2. Diese materiellrechtliche Regelung ist allerdings in Einklang zu bringen mit der vollstreckungsrechtlichen Norm des § 894 ZPO.

7 a) Gemäß § 894 Satz 1 ZPO gilt die Erklärung des zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilten Schuldners als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat. Das rechtskräftige Urteil „ersetzt“ dabei die Erklärung in der für sie erforderlichen Form (Zöller/*Seibel*, ZPO, 34. Aufl., § 894 Rdnr. 6; Musielak/*Voit/Lackmann*, ZPO, 19. Aufl., § 894 Rdnr. 11; MünchKomm-ZPO/*Gruber*, 6. Aufl., § 894 Rdnr. 15).

8 Würde man – der eben dargestellten materiellrechtlichen Rechtslage folgend – die in der Urteilsformel ausgesprochene Verpflichtung zur Abgabe der Bewilligungserklärung unter den Zug-um-Zug-Vorbehalt der Tragung der Kosten für ihre Form stellen, hätte dies gemäß § 894 Satz 2 ZPO zur Konsequenz, dass die Fiktionswirkung erst einträte, sobald nach den Vorschriften der §§ 726, 730 ZPO eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils erteilt ist. Der Gläubiger wäre also gezwungen, dem Schuldner die Kosten für die Form der Erklärung (beispielsweise die Kosten für eine notarielle Beurkundung) in Annahmeverzug begründender Weise anzubieten und dies im Klauselerteilungsverfahren nach § 726 ZPO entsprechend nachzuweisen. Würde die Klausel erteilt, gälte die Willenserklärung als abgegeben und die Zwangsvollstreckung wäre abgeschlossen (Zöller/*Seibel*, ZPO, § 894 Rdnr. 6; MünchKomm-ZPO/*Wolfsteiner*, § 732 Rdnr. 9).

9 Aufgrund dieser vollstreckungsrechtlichen Regelungen entstehen für den Schuldner im Ergebnis keine Kosten für die Form der Abgabe der Erklärung. Denn das rechtskräftige – und im Falle einer Zug-um-Zug-Verurteilung mit einer

Vollstreckungsklausel versehene – Urteil ersetzt die Erklärung in der notwendigen Form.

10 b) Vor diesem Hintergrund erscheint es daher gerechtfertigt, die Verpflichtung zur Abgabe einer Bewilligungserklärung trotz einer – im vorprozessualen Stadium gemäß § 897, § 369 analog BGB materiellrechtlich begründet – erhobenen Vorschusseinrede in der Urteilsformel unbedingt auszusprechen (so im Ergebnis wohl auch: Staudinger/*Picker*, § 897 Rdnr. 4; BeckOGK-BGB/*Hertel*, § 897 Rdnr. 5).

11 Hierfür spricht, dass es kaum einzusehen ist, dass der Schuldner die ihm im Rahmen der Zwangsvollstreckung vom Gläubiger aufgrund der Zug-um-Zug-Verurteilung angebotenen Kosten für die notarielle Beurkundung der Erklärung entgegennehmen und behalten darf, obwohl er solche aufgrund der Fiktionswirkung des rechtskräftigen (und mit einer Vollstreckungsklausel versehenen) Urteils im Ergebnis nicht tragen muss. Eine Zug-um-Zug-Verpflichtung des Klägers stünde also von vornherein unter dem Damoklesschwert der alsbaldigen Rückforderung der Zug-um-Zug-Leistung (*dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*). Es erscheint widersinnig, im Erkenntnisverfahren eine Zug-um-Zug-Einschränkung auszusprechen, um diese dann im Vollstreckungsverfahren unter Anwendung des § 242 BGB ihrer Geltung zu berauben. Löste man dieses Problem nicht bereits im Vollstreckungsverfahren, wäre ein tatsächlich geleisteter Kostenvorschuss – bei Weigerung des Schuldners – vom Gläubiger in einem weiteren Prozess (gemäß § 812 BGB) zurückzufordern.

12 c) Diese Erwägungen sprechen dafür, die vollstreckungsrechtlichen Vorgaben des § 894 ZPO bereits im Erkenntnisverfahren zu berücksichtigen und dem Erklärungsschuldner die vorprozessual begründete Vorschusseinrede im Rechtsstreit zu nehmen.

13 Rechtsdogmatisch lässt sich dieses Ergebnis durch Auslegung des § 897 BGB erreichen. Denn die grundsätzliche Kostentragungspflicht desjenigen, welcher die Berichtigung verlangt, steht unter dem Vorbehalt, dass sich aus einem zwischen ihm und dem Verpflichteten bestehenden Rechtsverhältnis nichts anderes ergibt. Versteht man das durch die Rechtshängigkeit der Klage zwischen dem Kläger und dem Beklagten begründete Prozessrechtsverhältnis (siehe hierzu: Zöller/*G. Vollkommer*, ZPO, Einleitung Rdnr. 36) als ein solches Rechtsverhältnis, ergibt sich aus der Regelung des § 894 ZPO, dass – von den Gerichtskosten abgesehen – keine (weiteren) Kosten für die Form der Erklärung anfallen (werden). Die Kostentragungspflicht richtet sich bei bestehendem Prozessrechtsverhältnis folglich – von dem Grundsatz des § 897 BGB abweichend – nach den §§ 91 ff. ZPO, die im Ergebnis auch die Kosten der notwendigen Form der Willenserklärung enthalten.

14 Um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der zur Abgabe der Erklärung Verpflichtete vor Begründung des Prozessrechtsverhältnisses materiellrechtlich zu Recht die Vorschusseinrede erheben durfte, wird man bei einem im Rechtsstreit erklärten Anerkenntnis anzunehmen haben, dass der dann Beklagte keinen Anlass zur Klage gegeben hat. Das Anerkenntnis muss allerdings – und dies hat die

Beklagte zu 2 vorliegend nicht getan – sofort und unbedingt erklärt werden; es darf nicht weiter von der Leistung eines Kostenvorschusses abhängig gemacht werden.

ANMERKUNG:

Von Notarassessor **Michael Gritz, München**

Die Namensvettern § 894 BGB – Berichtigung des Grundbuchs – und § 894 ZPO – Fiktion der Abgabe einer Willenserklärung – scheinen zu harmonisieren, bis sich die Frage der Kosten der Berichtigung stellt. In einem elegant knappen Berufungsurteil hilft das OLG München der Anspruchstellerin, der der Berichtigungsschuldner mit Einrede des Kostenvorschusses nach § 897 BGB eine Grube graben wollte.

1. Zum Sachverhalt

In erster Instanz stritten sich die Beteiligten um die Abwicklung der titulierten Verfahrenskosten eines vorangegangenen Rechtsstreits. Die Klägerin als Vollstreckungsschuldnerin wehrte sich gegen die Vollstreckung aus diesen Titeln durch die beiden Beklagten; der Beklagte zu 2 hatte für sich eine Zwangssicherungshypothek über € 2.834 auf einem Grundstück der Klägerin im Raum Traunstein eintragen lassen.¹

Dem OLG München ist es gelungen, das Verfahren auf materieller Ebene abzuschichten; die Klägerin nahm einen Teil der Klage zurück und ein anderer Teil wurde für erledigt erklärt. Der Beklagte zu 2 erkannte den Anspruch auf Bewilligung der Löschung der Zwangssicherungshypothek an. Bis zum Anerkenntnis hatte der Beklagte zu 2 sich darauf berufen, dass dem Anspruch auf Bewilligung jedenfalls die Einrede des Kostenvorschusses nach § 897 BGB entgegensteht.

Damit war nur noch die Kostenentscheidung offen, in der das Gericht im Rahmen des § 93 ZPO zu prüfen hatte, wem nun die Kosten des Anerkenntnisses aufzuerlegen sind: Dem sich sträubenden Beklagten zu 2, der erst im letzten Moment anerkannt hat, oder doch der Klägerin, die keinen Vorschuss auf die Kosten geleistet hat?

2. Rechtliche Würdigung

Das OLG München weist die Kosten zu Recht dem Beklagten zu 2 zu; die Einrede des Kostenvorschusses stand ihm mit Klageerhebung nicht mehr zu, sein Widerstand war nicht gerechtfertigt.

Nach § 93 ZPO fallen dem Kläger die Prozesskosten zur Last, wenn der Beklagte, soweit er nicht durch sein Verhalten Veranlassung zur Klage gegeben hat, den Anspruch *sofort* anerkennt. Sofort im Sinne des § 93 ZPO bedeutet Anerkennung, sobald der Anspruch schlüssig ist; wird die Klage durch Eintritt der Fälligkeit oder ergänzenden Vortrag während des laufenden Verfahrens schlüssig, muss der Beklagte erst dann – dann aber bei

erster Gelegenheit – anerkennen.² Dabei trägt der Beklagte grundsätzlich das Risiko der richtigen rechtlichen Würdigung der vorgebrachten Tatsachen, kann sich also nicht darauf berufen, dass das Gericht seiner Rechtsauffassung „überraschend“ nicht folgt.³

Die Zwangshypothek wird gemäß § 866 Abs. 1 Satz 1, § 867 Abs. 1 Satz 1 1. Hs. ZPO auf Antrag des Gläubigers als Sicherungshypothek eingetragen. Auch die Zwangssicherungshypothek führt ein Doppelleben: Zum einen hängt ihr Bestand vom Bestand des vollstreckbaren Titels ab; wird der Titel aufgehoben oder verliert er seine vorläufige Vollstreckbarkeit oder wird die Zwangsvollstreckung aus ihm für unzulässig erklärt bzw. deren Einstellung angeordnet, erwirbt der Eigentümer des Grundstücks die Hypothek als Eigentümergrundschuld (§ 868 Abs. 1 ZPO).⁴ Zum anderen gilt materiellrechtlich § 1163 Abs. 1 Satz 2, § 1177 Abs. 1 BGB: Befriedigt der Eigentümer die Forderung, steht die akzessorische Zwangssicherungshypothek als Eigentümergrundschuld ihm zu.⁵ In diesem Fall kann der Eigentümer die Löschung der Eigentümergrundschuld beantragen und bewilligen; mangels Voreintragung bewilligt der Buchberechtigte (§ 19 GBO) die Löschung und der Eigentümer stimmt zu (§ 27 GBO).⁶ Weigert sich nun der Buchberechtigte, wie hier der Beklagte zu 2, muss dessen Bewilligung über § 894 BGB eigenklagt werden.⁷

§ 897 BGB legt nun die Kosten der Berichtigung des Grundbuchs, die dem Buchberechtigten entstehen, also meist wegen § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO die Kosten der Unterschriftsbeglaubigung der Bewilligung, dem Anspruchsteller auf. Anerkannt ist hier eine Gesamtanalogie zu anderen Vorschriften über eine Kostentragung (§ 369 Abs. 1, § 403 Satz 2, § 798 Satz 2, § 799 Abs. 2 Satz 2, § 800 Abs. 2 Satz 2), die eine Vorschusspflicht des Anspruchstellers und damit ein Zurückbehaltungsrecht des Buchberechtigten begründet.⁸

- 2 Die Abgrenzung zum Frage der Klageveranlassung ist dabei nicht immer klar: BGH, Beschluss vom 03.03.2004, IV ZB 21/03, NJW-RR 2004, 999: Hier war eine Grundschuld erst im Laufe des Verfahrens fällig geworden; BGH, Beschluss vom 08.03.2005, VIII ZB 3/04, NJW-RR 2005, 1005: Hier konnte sich der Beklagte erfolgreich auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen, das erst mit Übergabe einer tauglichen Rechnung in der Hauptverhandlung erloschen ist; BGH, Beschluss vom 16.01.2020, V ZB 93/18, NJ 2020, 266 Rdnr. 18 f.; MünchKomm-ZPO/Schulz, 6. Aufl. 2020, § 93 Rdnr. 15 f.
- 3 BeckOK-ZPO/Jaspersen, Stand: 01.12.2023, § 93 Rdnr. 6; Saenger/Gierl, ZPO, 10. Aufl. 2023, § 93 Rdnr. 12.
- 4 BeckOGK-BGB/Sauer, Stand: 01.10.2023, § 1163 Rdnr. 17 ff.; MünchKomm-ZPO/Dörndorfer, § 868 Rdnr. 2 ff.
- 5 MünchKomm-ZPO/Dörndorfer, § 868 Rdnr. 11.
- 6 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 2223; BeckOGK-BGB/Sauer, § 1163 Rdnr. 99 ff.
- 7 MünchKomm-BGB/H. Schäfer, 9. Aufl. 2023, § 894 Rdnr. 10; BeckOGK-BGB/Hertel, Stand: 15.04.2021, § 894 Rdnr. 15.
- 8 BeckOGK-BGB/Hertel, § 897 Rdnr. 6 m. w. N. Die hier besprochene Entscheidung listet diverse Fundstellen der Kommentarliteratur in Rdnr. 5.

1 Zum Sachverhalt: LG München II, Urteil vom 19.05.2022, 1 O 2809/21, BeckRS 2022, 43730 Rdnr. 1 ff.



Nur ist diese Einrede zulässig, wenn die Verurteilung gemäß § 894 Satz 1 ZPO die Bewilligung in tauglicher Form⁹ fingiert? Das OLG München verneint zurecht die Anwendung des § 897 BGB, wenn auf die Bewilligung geklagt wird. Der Wortlaut der Norm lässt dies zu, da die Kostentragungspflicht des Anspruchstellers unter dem Vorbehalt steht, dass sich aus dem Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten nichts anderes ergibt. Vorliegend liegt mit dem Prozessrechtsverhältnis ein besonderes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien vor; die §§ 91 ff. ZPO regeln hier abschließend und vorrangig die Kostenverteilung. Ansonsten müsste die Verurteilung Zug-um-Zug (§ 322 Abs. 1 BGB) von der Leistung des Vorschusses auf eine unnötige Unterschriftsbeglaubigung abhängig gemacht werden; die Bewilligung könnte dann wiederum nur nach § 894 Satz 2, §§ 726, 730 ZPO fingiert werden, wenn eine vollstreckbare Ausfertigung nach Nachweis – in öffentlicher Form – der Zahlung des Vorschusses erteilt worden ist. Dieser Vorschuss wäre dann auch kondizierbar, da er gerade nicht zur Erlangung der Bewilligung in öffentlicher Form erforderlich ist. Dem Verlangen des Vorschusses steht damit *dolo agit* (§ 242 BGB) entgegen. Die Einrede des Vorschusses ist rein vorprozessual.¹⁰

Toussaint merkt an, dass nur vermeintlich ein Widerspruch vorliege: In Erwartung der Verurteilung nach § 894 Satz 1 ZPO hat der Buchberechtigte tatsächlich keine Kosten zur Herbeiführung einer tauglichen Bewilligung mehr, dementsprechend keinen Anspruch auf Kostenersatz nach § 897 BGB. § 897 BGB sei auch nicht auf die prozessuale Kostenverteilung anwendbar, die sich allein nach den §§ 91 ff. ZPO bestimme. Der Buchberechtigte könne sich immer noch durch rechtzeitiges Anerkenntnis nach § 93 ZPO retten.¹¹ Welchen argumentativen Weg man auch beschreiten mag, feststeht, dass ein anderes Ergebnis nicht tauglich ist und allenfalls den Buchberechtigten verleiten mag, es auf einen unnötigen Prozess ankommen zu lassen.

Für die notarielle Praxis hat diese Entscheidung zunächst geringe Auswirkungen. Anzudenken wäre bei Bestellung von Sicherungshypotheken, etwa bei Scheidungsfolgenvereinbarungen, eine explizite Regelung über die Kostentragung bei Löschung oder Berichtigung auf den Eigentümer aufzunehmen. Abweichend vom disponiblen § 897 BGB ist es bei gewillkürten Sicherungshypotheken sinnvoll, die Kosten etwaiger Bewilligungen dem Buchberechtigten aufzuerlegen.

9 Das Urteil mit Rechtskraftvermerk genügt der Form des § 29 GBO (BeckOK-GBO/Otto, Stand: 01.11.2023, § 29 Rdnr. 146).

10 Rdnr. 6 ff. der besprochenen Entscheidung.

11 *Toussaint*, FD-ZVR 2023, 456413. Zur Abgrenzung zwischen Prozesskosten und § 897 BGB ferner: MünchKomm-BGB/H. Schäfer, § 897 Rdnr. 1; jurisPK-BGB/Toussaint, Stand: 15.03.2023, § 897 Rdnr. 8; Staudinger/Picker, Stand: 31.12.2021, § 897 Rdnr. 4; BeckOGK-BGB/Hertel, § 897 Rdnr. 5.

8. Unbegründeter Zahlungsanspruch eines Sozialhilfeträgers aus übergeleitetem Recht wegen Verarmung des Schenkers

OLG Celle, Urteil vom 24.10.2022, 6 U 11/22

BewG § 14 Abs. 1

BGB § 528 Abs. 1 Satz 1

LEITSÄTZE:

1. Bei der Bewertung einer Grundstücksübertragung gegen Einräumung eines Wohnungsrechts ist der Jahresnutzwert des Wohnungsrechts als künftig wiederkehrende Leistung mit dem sich nach § 14 BewG ergebenden Faktor in der bei Vertragsschluss maßgeblichen Fassung zu kapitalisieren.
2. Wegen des einer Grundstücksübertragung gegen Einräumung eines Wohnungsrechts innewohnenden Risikos der künftigen Entwicklung bleibt der spätere tatsächliche Verlauf zwischen Vertragsschluss und Erlöschen des Wohnungsrechts aufgrund einer Erkrankung oder des Versterbens des Wohnungsrechtsinhabers unberücksichtigt. Ein angemessener Abschlag von dem sich nach § 14 BewG ergebenden Kapitalisierungsfaktor ist ausnahmsweise dann vorzunehmen, wenn der Wohnungsrechtsinhaber bereits bei Vertragsschluss schwer erkrankt war, daher mit dem baldigen Erlöschen des Wohnungsrechts gerechnet werden musste, dieser Umstand beiden Vertragsschließenden bekannt war, und das Wohnungsrecht auch tatsächlich kurze Zeit nach Vertragsschluss erloschen ist.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 A) Der Kläger verlangt als Sozialhilfeträger aus übergeleitetem Recht Zahlung wegen Verarmung des Schenkers (Bescheide vom 04.01.2017 und 04.07.2017 [...]).

2 Die am 29.04.1951 geborene und am 05.09.2017 verstorbene E M, die Mutter des Beklagten, war mit ihrem Bruder R P je zur ideellen Hälfte Miteigentümer des Grundstücks Am K in B, das mit einem Zweifamilienhaus bebaut ist.

3 Durch notariellen „Kaufvertrag mit Auflassung“ vom 04.04.2012 (...) veräußerte R P seine ideelle Hälfte des Grundbesitzes an den Beklagten und dessen Ehefrau N M.

4 Mit derselben Urkunde („Übergabevertrag im Wege der vorweggenommenen Erbfolge“) übertrug die Mutter des Beklagten ihre ideelle Hälfte allein auf den Beklagten, der sich verpflichtete, die bestehenden Darlehensschulden abzulösen, für die zwei Grundschulden im Grundbuch eingetragen waren. Der Beklagte und seine Ehefrau räumten der Mutter des Beklagten ein lebenslängliches Wohnungsrecht an der im Erdgeschoss des Hauses gelegenen Wohnung ein, bestehend aus vier Zimmern, Küche, Bad, verbunden mit dem Recht, diese unter Ausschluss des Eigentümers auf ihre Lebenszeit als Wohnung zu benutzen, und die gemeinschaftlichen Räume und Einrichtungen des Hauses mitzubewohnen sowie freies Ein- und Umgangsrecht in Haus, Hof und Garten zu jeder Tages- und Nachtzeit. Schuldrechtlich wurde vereinbart:

„§§ 13, 14 ff. Niedersächsisches Ausführungsgesetz zum BGB werden abbedungen. Das Wohnungsrecht erlischt somit ersatzlos, wenn die Berechtigte, aus welchen Gründen auch immer, das Wohnungsrecht nicht mehr in Person ausübt. Den Berechtigten ist es nicht gestattet, die Ausübung des Wohnungsrecht ganz oder teilweise Dritten zu überlassen. (...)“

5 Im November 2013 wurde bei der Mutter des Beklagten eine rasch fortschreitende Demenzerkrankung diagnostiziert mit der Folge, dass sie nicht mehr in der Lage war, ein selbstständiges Leben zu führen. Ab dem 13.11.2013 war sie bis zu ihrem Tod durchgehend in einer vollstationären Pflegeeinrichtung untergebracht, wofür der Kläger ab dem 01.01.2016 Sozialhilfeleistungen für die Mutter des Beklagten in Höhe von insgesamt 14.593,60 € erbrachte (...).

6 Mit der Klage hat der Kläger vom Beklagten Erstattung dieses Betrages nebst Zinsen verlangt und vorgetragen, der Verkehrswert des hälftigen Miteigentumsanteils habe mindestens 135.000 € betragen. Abzüglich der auf die Mutter des Beklagten im Innenverhältnis mit ihrem Bruder entfallenden Darlehensrestschuld i. H. v. 61.200 € (= 50 % von 122.400 €) verbleibe eine Schenkung i. H. v. 73.800 €. Bei der Bewertung des Wohnungsrechts komme es auf den Anspruch zur Löschung der Grundbucheintragung an, weil die Mutter ab dem 13.11.2013 das Wohnungsrecht nicht mehr in Person habe ausüben können.

7 Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, der Wert des Wohnungsrechts sei anhand der üblichen Kapitalisierungstafeln zu bemessen.

8 Das LG hat nach Beweiserhebung zum Grundstückswert (...) die Klage abgewiesen.

9 Gegen dieses Urteil, auf das der Senat wegen der weiteren Einzelheiten der Sachdarstellung verweist, wendet der Kläger sich mit der Berufung und beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils den Beklagten zu verurteilen, an ihn 14.593,60 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.03.2018 zu zahlen.

10 Der Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

11 Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschriften verwiesen.

12 B) Die Berufung ist unbegründet.

13 I. Der Kläger kann von dem Beklagten keine Zahlung verlangen, weil nicht dargelegt ist, dass der Beklagte von seiner Mutter eine Schenkung erhalten hat, die der Kläger als Sozialhilfeträger aus übergeleitetem Recht wegen Verarmung des Schenkers herausverlangen könnte.

14 Gemäß § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Schenker von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenks nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern, soweit der Schenker nach der

Vollziehung der Schenkung außerstande ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten.

15 1. Es kann nicht festgestellt werden, dass der notarielle „Übergabevertrag“ vom 04.04.2012 (...) eine zumindest teilweise Schenkung der Mutter an den Beklagten enthält.

16 Zwar deuten die Überschrift „im Wege der vorweggenommenen Erbfolge“ und die Hinweise des Notars auf §§ 528 und 530 BGB darauf hin, dass der Beklagte und seine Mutter es bei der Beurkundung für möglich hielten, dass die Übertragung eventuell eine teilweise Schenkung der Mutter an den Sohn enthält.

17 Doch haben sie eine solche Schenkung nicht ausdrücklich vereinbart, sondern auch Gegenleistungen des Beklagten, so dass nach den Vorstellungen der Vertragsparteien bei Vertragsschluss die Bewertung, ob die Grundstücksübertragung teilweise unentgeltlich im Wege der Schenkung erfolgt, von den wirtschaftlichen Werten der jeweils vereinbarten Leistungen und deren rechtlichen Bewertung abhängen.

18 2. Nach den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen zum Zeitpunkt der Beurkundung liegt keine Unentgeltlichkeit vor, weil unter Berücksichtigung des Wohnungsrechts die vom Beklagten zu erbringende Gegenleistung zur Tilgung der Darlehensrestschuld i. H. v. 61.200 € höher ist als der Wert der ideellen Grundstückshälfte, die er von seiner Mutter erhalten hat:

19 Wert der ideellen Grundstückshälfte

107.000 €

Wert des Wohnungsrechts

4.000 € x 13,733 = 54.932 €

Differenz

52.068 €

Tilgung der Darlehensrestschuld

61.200 €

20 a) Unstreitig hat sich der Beklagte zur Erbringung der Gegenleistung verpflichtet, die Darlehensrestschuld seiner Mutter zu tilgen, die unstreitig 61.200 € betrug (= 50 % von 122.400 €).

21 b) Der Wert der ideellen Grundstückshälfte, die die Mutter auf den Beklagten übertragen hat, betrug unstreitig 107.000 € (= 50 % von 214.000 €). Dieser Wert ergibt sich aus dem vom LG eingeholten Gutachten, gegen das keine Einwendungen erhoben worden sind. Er weicht nur unwesentlich von dem Wert i. H. v. 215.000 € ab, den die Vertragsparteien aufgrund der damals erfolgten Begutachtung vom 21.11.2011 (...) im Vertrag (...) erwähnt haben.

22 c) Diesen Grundstückswert hat der Beklagte nicht unbelastet erhalten, sondern bei Bewertung von Leistung und Gegenleistung ist zu berücksichtigen, dass er und seine Ehefrau sich im Rahmen des Vertrages verpflichtet haben, für die Mutter das o. g. lebenslängliche Wohnungsrecht zu bestellen.

23 Dieses Wohnungsrecht stammt nicht allein aus der ideellen Eigentumshälfte der Mutter, die ohne Mitwirkung des Eigentümers der anderen ideellen Grundstückshälfte nicht in der Lage gewesen wäre, ein solches Wohnungsrecht zu bestellen. Insoweit ist die Bestellung des Wohnungsrechts durch den Beklagten unter Mitwirkung seiner Ehefrau zumindest teilweise auch eine Gegenleistung. Im Übrigen mindert sich jedenfalls der Wert des von der Mutter übertragenen Grundbesitzes.

24 d) Dieses Wohnungsrecht ist mit dem Wert zu berücksichtigen, den es bei Beurkundung des Vertrages hatte. Der Grundstücksübertragung gegen Einräumung eines solchen Rechts wohnt ein Risikofaktor für beide Vertragsteile inne. Dieser darf nicht dadurch umgangen werden, dass nachträglich auf die tatsächliche Entwicklung abgestellt wird (Urteil des Senats vom 13.06.2002 zu 22 U 104/01, juris Rdnr. 25 ff.). Es handelte sich um ein Geschäft, das für beide Seiten das Prognoserisiko enthielt, auf welche Dauer das Wohnungsrecht ausgeübt wird. Bei Vertragsschluss war den Vertragsparteien unbekannt, ob die Mutter des Beklagten die Wohnung nur kurzzeitig nutzt oder über einen Zeitraum, der deutlich über ihre statistisch zu erwartende Lebenszeit hinausgeht. Dem Senat erscheint es daher angemessen, im Regelfall auf den statistisch durchschnittlichen Verlauf abzustellen und dafür den Kapitalisierungsfaktor anzuwenden, den die Parteien aufgrund der damaligen Veröffentlichungen zugrunde legen konnten.

25 e) Der Wert bei der Beurkundung am 04.04.2012 ist mit einem Betrag von 54.932 € anzunehmen (= 4.000 € Jahreswert x 13,733).

26 Der im Vertrag angegebene Jahreswert von 4.000 € ist unstreitig.

27 Der Kapitalisierungsfaktor für eine 60-jährige Frau betrug damals 13,733 (§ 14 Abs. 1 BewG in Verbindung mit dem im Internet veröffentlichten Schreiben des BMF vom 08.11.2010 zu IV D 4 – S 3104/09/10001).

28 3. An der Bewertung des Wohnungsrechts ändert sich nichts dadurch, dass noch im Laufe des Jahres 2013 die 1951 geborene Mutter des Beklagten erkrankte und ab November 2013 bis zu ihrem Tod 2017 durchgehend in einer vollstationären Pflegeeinrichtung untergebracht war, sowie sich an der Bewertung auch nichts ändern würde, wenn die Mutter des Beklagten ihr Wohnungsrecht länger wahrgenommen hätte als statistisch zu erwarten.

29 Der Auszug der Mutter des Beklagten aus der Wohnung und das sich daraus ergebende vereinbarte Erlöschen des Wohnungsrechts des notariellen Vertrages führt nicht zur Annahme einer gemischten Schenkung. Nach der o. g. Rechtsprechung des Senats (ähnlich OLG Hamburg zu 2 U 11/13 und OLG Köln zu 2 U 19/05) gilt, dass eine Einschränkung vom Grundsatz einer schematisierten Bewertung des Wohnrechts allenfalls dann zuzulassen ist, wenn der Erblasser im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits schwer erkrankt war, mit seinem baldigen Ableben jederzeit gerechnet werden musste, diese Umstände auch beiden Vertragsparteien bewusst waren und der Erblasser tatsächlich kurze Zeit nach Vertragsschluss verstorben ist bzw. sein Wohn-

recht nicht mehr wahrnehmen konnte. Ein solcher Ausnahmefall liegt nicht vor, sodass es beim Regelfall der schematisierten Verteilung des Prognoserisikos verbleiben muss.

30 Auf diese Einschätzung des Senats ist der Kläger bereits durch Schreiben des Senatsvorsitzenden vom 08.09.2022 hingewiesen worden.

31 4. Die darauf erhobenen Einwendungen des Klägers und die Erörterungen in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 20.09.2022 rechtfertigen keine andere Entscheidung.

32 Beim Auszug der Mutter im November 2013 ist keine Schenkung zwischen ihr und dem Beklagten zustande gekommen, ein „Verzichtsfall“ liegt nicht vor. Mutter und Sohn haben zu diesem Zeitpunkt keine weitere Vereinbarung geschlossen. Das Erlöschen des Wohnungsrechts ist allein Folge der Vereinbarung, die die Vertragsparteien im beurkundeten Übertragungsvertrag getroffen haben, weil nunmehr das von der Mutter übernommene Risiko eingetreten ist, dass sie das Wohnungsrecht nur bis November 2013 ausüben konnte.

33 Der Senatsvorsitzende hat den Kläger bereits mit Schreiben vom 14.09.2022 darauf hingewiesen, dass das im Schriftsatz des Klägers vom 13.09.2022 zitierte Urteil des OLG Oldenburg vom 10.11.1998 zu 5 U 91/98 aufgrund der oben genannten Rechtsprechung als überholt anzusehen ist und dass das Urteil des BGH in X ZR 65/17 im entscheidenden Punkt einen abweichenden Sachverhalt zur Grundlage hatte. Dort war es so, dass nachträglich ein ausdrücklicher Verzicht der Grundstücksübertragenden erklärt worden war, zu deren Gunsten acht Jahre vorher ein lebenslanges Wohnungsrecht eingetragen worden war. Eine solche nachträgliche Vereinbarung ist im vorliegenden Fall nicht getroffen worden.

34 6. Die Vereinbarung der Parteien dazu, dass das Wohnungsrecht erlischt, wenn die Berechtigte, aus welchen Gründen auch immer, das Wohnungsrecht nicht mehr in Person ausübt, und die Verpflichtung des Beklagten, die ideelle Grundstückshälfte an seine Mutter zu übertragen, wenn einer der im Vertrag genannten Gründe eintritt, rechtfertigt jedenfalls nicht die Feststellung, dass eine gemischte Schenkung bei Beurkundung vorlag. Die Klausel zum Erlöschen bringt nur zum Ausdruck, dass die Mutter nur ein Wohnungsrecht erhält und dieses sich nicht in einen Zahlungs- oder Vermietungsanspruch wandelt, wenn sie auszieht.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar **Konstantin Sauer**, LL.M. (Oxford),
Nürnberg

Das Gericht stellt in dem vorstehenden Urteil beinahe lehrbuchartig die Anspruchsvoraussetzungen des gesetzlichen Rückforderungsrechts aus § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB dar und geht in diesem Rahmen ausführlich auf die Bewertung eines Wohnungsrechts ein, das sich der Veräußerer bei Überlassung der Immobilie an den Erwerber

vorbehalten hat. Die Entscheidung hat dabei über den Anwendungsbereich des § 528 BGB hinausgehende Relevanz, weil die Einordnung eines Vertrags als entgeltlich oder unentgeltlich in der notariellen Praxis an zahlreichen Stellen Auswirkungen hat.

1. Tatbestandliche Unentgeltlichkeit im Sinne der §§ 516 ff. BGB

Zunächst stellt das OLG Celle klar, dass die Unentgeltlichkeit im Sinne der §§ 516 ff. BGB sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht vorliegen muss.

Nach § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Schenker, soweit er nach der Vollziehung der Schenkung außerstande ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten und die ihm gesetzlich obliegenden Unterhaltungspflichten zu erfüllen, von dem Beschenkten die Rückgabe des Geschenks nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Es handelt sich dabei um eine Rechtsfolgenverweisung in die §§ 812 ff. BGB.¹ Praktische Relevanz entfaltet die Vorschrift vor allem im Zusammenspiel mit § 93 SGB XII, wonach sich der Sozialhilfeträger den Anspruch zur Wahrung des sozialrechtlichen Nachrangprinzips überleiten lassen kann und in der Folge selbst Gläubiger des Rückforderungsanspruchs wird.²

Tatbestandlich setzt die Norm voraus, dass der Rechtsgrund für die Überlassung des nunmehr zurückgeforderten Gegenstands – zumindest teilweise – als Schenkung im Sinne des § 516 BGB zu qualifizieren ist. Eine Schenkung wiederum ist durch die objektive Unentgeltlichkeit des Vertrags definiert, die von einem entsprechenden Willen der Parteien getragen sein muss.³ In objektiver Hinsicht ist daher erforderlich, dass gerade kein Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung im Sinne eines *do ut des* vorliegt, sondern vielmehr nur eine Seite des Vertrags eine endgültige Vermögensmehrung erfährt.⁴ Folglich schließt jeder Vermögensabfluss beim Beschenkten, der als Gegenleistung zur Zuwendung anzusehen ist, eine Schenkung und die Anwendbarkeit der §§ 516 ff. BGB insoweit aus. Ein solcher Vermögensabfluss muss nicht zwingend in Form einer Übertragung von eigenen Vermögenspositionen an den Schenker oder einen Dritten vorliegen, sondern kann auch durch die Übernahme von Verbindlichkeiten erfolgen.⁵ Bei der Übertragung von Grundstücken bewertet die Rechtsprechung die Übernahme von dinglichen Belastungen für sich genommen zwar nicht als Gegenleistung für den Erwerb von Besitz und Eigentum an dem Grundstück, da die

dingliche Haftung sich bereits aus dem Gesetz ergibt;⁶ wird der Veräußerer jedoch zugleich von den zugrunde liegenden schuldrechtlichen Verbindlichkeiten befreit, so ist dies – unabhängig von der rechtlichen Konstruktion – als echte Gegenleistung zu qualifizieren.⁷ Eine solche objektive Entgeltlichkeit kann auch nicht durch den subjektiven Parteiwillen überwunden werden.⁸ Beide Elemente konstituieren die Unentgeltlichkeit kumulativ.

Vor diesem Hintergrund weist das Gericht zu Recht darauf hin, dass weder die Betitelung des beurkundeten Vertrags in dessen Überschrift als „Übergabevertrag im Wege der vorweggenommenen Erbfolge“ noch die in der Urkunde dokumentierten Hinweise des Notars auf §§ 528, 530 BGB zur Einordnung als Schenkung führen können, wenn es an einer objektiven Unentgeltlichkeit fehlt. Zwar können solche Formulierungen bzw. die Aufnahme derartiger Passagen in die Urkunde im Rahmen der Auslegung der Willenserklärungen (§§ 133, 157 BGB) tatsächlich darauf schließen lassen, dass in der Vorstellung der Parteien eine zumindest teilweise Schenkung vorlag, jedoch ist diese Vorstellung (oder gar eine entsprechende Absicht) unschädlich und kann für sich genommen nicht die Anwendbarkeit der §§ 516 ff. BGB begründen. Maßgeblich sind stattdessen in den Worten des OLG Celle die „tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt der Beurkundung“.

Für die Praxis bedeutet dies, dass insbesondere entsprechende Warnhinweise auch weiterhin mit gutem Gewissen in der Urkunde festgehalten werden können, ohne dass es zu einer (ungewollten) Änderung des Vertragscharakters kommt. Insofern ist die durch das Gericht vorgenommene Klarstellung sehr zu begrüßen.

2. Bewertung von Leistung und Gegenleistung im Zeitpunkt der Beurkundung

Im Anschluss legt das Gericht die erforderlichen Rechenschritte dar, welche für die Kategorisierung des Vertrags als entgeltlich oder unentgeltlich vorgenommen werden müssen. Dabei werden Leistung und Gegenleistung jeweils separat bewertet, bevor sie saldiert werden.

Gegenübergestellt werden damit in der typischen Überlassungssituation die Übertragung von Besitz und Eigentum an dem Grundstück (Leistung) einerseits und die Übernahme der auf dem Grundstück lastenden Verbindlichkeiten (Gegenleistung) andererseits. Der Vorbehalt eines Wohnungsrechts – oder anderer Rechte – zugunsten des Veräußerers ist dabei nicht als Gegenleistung einzuordnen, sondern entfaltet seine Relevanz vielmehr als Abzugsposten bei der Bewertung der Leistung.⁹ Ausgehend von der Definition der Leistung als bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens (vgl. § 812

1 BGH, Urteil vom 19.12.2000, X ZR 146/99, NJW 2001, 1207, 1208; MünchKomm-BGB/Koch, 9. Aufl. 2023, § 528 Rdnr. 5.

2 BGH, Urteil vom 20.12.1985, V ZR 66/85, NJW 1986, 1606, 1607; MünchKomm-BGB/Koch, § 528 Rdnr. 10, 28.

3 Grüneberg/Weidenkaff, 83. Aufl. 2024, § 516 Rdnr. 8.

4 BGH, Urteil vom 10.12.2003, IV ZR 249/02, NJW 2004, 1382, 1383.

5 MünchKomm-BGB/Koch, § 516 Rdnr. 11; BeckOK-BGB/Gehrlein, Stand: 01.05.2024, § 516 Rdnr. 5.

6 BGH, Urteil vom 07.04.1989, V ZR 252/87, NJW 1989, 2122.

7 Vgl. zum Ganzen auch Amann, MittBayNot 2002, 245 ff.

8 Grüneberg/Weidenkaff, § 516 Rdnr. 11.

9 BGH, Urteil vom 07.04.1989, V ZR 252/87, NJW 1989, 2122, 2123; Urteil vom 17.01.1996, IV ZR 214/94, NJW-RR 1996, 705, 707.



Abs. 1 Satz 1 BGB)¹⁰ kann diesbezüglich schon deshalb keine (Gegen-)Leistung des Beschenkten vorliegen, da der Beschenkte dem Schenker insofern nichts zuwendet, was nicht ohnehin schon zuvor Bestandteil dessen Vermögens war. Das Eigentum umfasst als Recht, mit der Sache nach Belieben zu verfahren und andere von der Einwirkung auszuschließen (§ 903 Satz 1 BGB), alle Befugnisse, die das Wohnungsrecht dem Berechtigten vermittelt (§ 1093 BGB). Insofern ist folglich auch kein Vermögensabfluss aufseiten des Beschenkten gegeben. Nur der Schenker leistet an den Beschenkten das Delta an Rechtspositionen, welches zwischen ursprünglichem Eigentum und gegenwärtigem Wohnungsrecht besteht (zum Beispiel das Recht zur Verfügung über das Grundstück); in der Konsequenz ist der Wert dieses Deltas, also Wert des Eigentums minus Wert des Wohnungsrechts, für den Wert der Leistung des Schenkers maßgeblich. Der Wert eines auf Lebenszeit bestellten Wohnungsrechts errechnet sich dabei durch das Produkt von jährlichem Wohnwert, repräsentiert durch die (hypothetische) Jahresnettomiete, und der Restlebenserwartung des Berechtigten.¹¹ Der letztgenannte Wert wird hierzu grundsätzlich anhand von statistischen Erfahrungswerten ermittelt.¹²

Das Gericht bringt die vorstehenden Grundsätze in seiner Entscheidung sehr anschaulich zur Anwendung. Es differenziert dabei zunächst zutreffend zwischen den beiden Hälftemiteigentumsanteilen und stellt klar, dass die Bestellung des Wohnungsrechts zugunsten der Mutter des Beklagten im vorliegenden Fall sowohl Wertminderungs- als auch Gegenleistungscharakter hat. Das Wohnungsrecht belastet das gesamte Objekt und hätte an dem ursprünglichen Miteigentumsanteil der Mutter allein nicht bestellt werden können;¹³ folgerichtig hat die Mutter gewisse Vermögenspositionen hinzugewonnen, die sie zuvor als (bloße) Miteigentümerin nicht innehatte, da sie aus dem anderen Miteigentumsanteil herrühren. Es erscheint daher überzeugend, zumindest teilweise von einer echten Gegenleistung des Beklagten zu sprechen. Das Gericht lässt im vorliegenden Fall offen, mit welchen Werten der Abzugsposten bei der Leistung und der Gegenleistung jeweils anzusetzen ist, weil es im Ergebnis keinen rechnerischen Unterschied macht.

Des Weiteren betont der Senat, dass für die Bewertung der Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts maßgeblich ist; spätere Entwicklungen hinsichtlich der Berechnungsfaktoren sollen außen vor bleiben, sofern die Änderungen nicht bereits im Zeitpunkt der Beurkundung absehbar waren. So sollen in der gegenständlichen Entscheidung insbesondere der gesundheitsbedingte Auszug der Mutter aus dem Vertragsobjekt und die daraus

folgende Nichtnutzung der Wohnung nicht zu einer Neutaxierung des Werts des Wohnungsrechts führen, da im Zeitpunkt der Überlassung die Erkrankung der Mutter nicht absehbar war. Stattdessen sei auch in dieser Konstellation auf den statistisch durchschnittlichen Verlauf abzustellen. Das OLG Celle bestätigt hierdurch die Rechtsprechung weiterer OLGs,¹⁴ die sowohl dogmatisch als auch im Ergebnis überzeugt. Zum einen passt sich diese Sichtweise besser in die allgemeinen Risikoverteilungsregeln des Schuldrechts ein; fehlende Nutzbarkeit eines Rechts oder einer Sache durch den Erwerber begründet nach der Vorstellung des Gesetzgebers grundsätzlich keinen Mangel, der zu einer Haftung des Veräußerers führen könnte, da die geplante Verwendung primär Sache des Sachgläubigers ist und damit außerhalb des Einflussbereichs des Sachschuldners liegt.¹⁵ Es bestehen außerdem ausreichende Schutzmöglichkeiten durch vertragliche Vereinbarungen¹⁶ oder gesetzliche Korrekturvorschriften zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse (zum Beispiel § 313 BGB¹⁷). Zum anderen ist es im Interesse der Rechtssicherheit, den Wert des vorbehaltenen Nießbrauchs im Zeitpunkt der Beurkundung endgültig zu bestimmen. Überlassungen werden oftmals von der Motivation des Überlassers getragen, durch die lebzeitige Übertragung Freibeträge nach dem ErbStG auszunutzen, wobei durch vorbehaltene Rechte der Wert der Zuwendung gemindert werden soll. Eine verlässliche Beratung setzt dabei voraus, dass die zugrunde liegenden Werte im Wesentlichen fixiert sind; nachträgliche Neubewertungen würden dies konterkarieren. Insofern stellt das vorliegende Urteil eine willkommene Bestätigung dieser Grundsätze dar.

3. Kein faktischer Verzicht

Schließlich geht das Gericht noch auf die Frage ein, ob in der faktischen Aufgabe des Wohnungsrechts ein konkludenter Verzicht zu sehen ist, und lehnt dies zu Recht ab.

Der Verzicht auf das Wohnungsrecht setzt eine entsprechende Willenserklärung seitens des Berechtigten voraus.¹⁸ Eine Willenserklärung ist eine Erklärung, die auf die Herbeiführung einer bestimmten Rechtsfolge gerichtet ist.¹⁹ In objektiver Hinsicht ist folglich ein Erklärungsakt er-

10 BGH, Urteil vom 31.01.2018, VIII ZR 39/17, NJW 2018, 1079.

11 OLG Oldenburg, Urteil vom 04.06.1996, 5 U 27/96, NJW-RR 1997, 263, 264; Grüneberg/*Weidlich*, § 2325 Rdnr. 21.

12 Grüneberg/*Weidlich*, § 2325 Rdnr. 21.

13 Beck'sches Notar-Handbuch/*Herrler*, 8. Aufl. 2024, § 5 Rdnr. 344.

14 OLG Celle, Urteil vom 13.06.2002, 22 U 104/01, NJW-RR 2002, 1448, 1449; OLG Köln, Urteil vom 05.10.2005, 2 U 19/05, BeckRS 2007, 6081; OLG Hamburg, Urteil vom 02.06.2015, 2 U 11/13, BeckRS 2015, 14453.

15 BGH Urteil vom 12.01.2022, XII ZR 8/21, NJW 2022, 1370, 1376; Urteil vom 13.07.2022, VIII ZR 317/21, NJW 2022, 2830, 2836; MünchKomm-BGB/*Finkenauer*, 9. Aufl. 2022, § 313 Rdnr. 254 f.; BeckOK-BGB/*Lorenz*, Stand: 01.05.2024, § 313 Rdnr. 30.

16 BGH, Urteil vom 16.02.2000, XII ZR 279/97, NJW 2000, 1714, 1717; Urteil vom 23.10.2019, XII ZR 125/18, NJW 2020, 331, 333.

17 MünchKomm-BGB/*Finkenauer*, § 313 Rdnr. 2.

18 Vgl. MünchKomm-BGB/*Pohlmann*, 9. Aufl. 2023, § 1030 Rdnr. 171.

19 Mot. I, S. 126; Grüneberg/*Ellenberger*, Vor § 116 Rdnr. 1.

forderlich, welcher entweder durch ausdrückliche Erklärung oder durch konkludentes Verhalten konstituiert werden kann; in subjektiver Hinsicht muss die Erklärung von einem entsprechenden Willen des Erklärenden getragen werden.²⁰ Das Vorliegen beider Elemente ist bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen durch Auslegung aus dem objektiven Empfängerhorizont zu ermitteln (§§ 133, 157 BGB).²¹ Die früher von Teilen der Literatur²² vertretene Lehre vom faktischen Vertragsschluss, welche das Zustandekommen eines Vertrags auch ohne rechtsgeschäftliche Vereinbarung, allein aufgrund der Betätigung der Beteiligten für möglich hielt, ist überholt und wird ganz überwiegend abgelehnt.²³ Sie wurde überdies allenfalls im Bereich von Massengeschäften²⁴ herangezogen.²⁵

Im vorliegenden Fall lag jedoch keine entsprechende Erklärung, insbesondere keine Löschungsbewilligung, durch den Berechtigten²⁶ vor. Gerade in den Fällen, in denen die Erklärung einen Rechtsverlust aufseiten des Erklärenden zur Folge hat, sind jedoch hohe Anforderungen an das Bestehen eines Rechtsbindungswillens zu stellen.²⁷ Vor diesem Hintergrund weist das Gericht richtigerweise darauf hin, dass die schlichte Nichtausübung des Rechts noch nicht zu dessen Untergang führt. Im Interesse der Rechtssicherheit ist dieser restriktiven Sichtweise beizupflichten.

20 BeckOK-BGB/Wendtland, § 133 Rdnr. 4.

21 MünchKomm-BGB/Busche, 9. Aufl. 2021, § 133 Rdnr. 12.

22 Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse, 1943.

23 BGH, Urteil vom 25.09.1985, IV a ZR 22/84, NJW 1986, 177 f.; MünchKomm-BGB/Armbrüster, 9. Aufl. 2021, Vor § 116 Rdnr. 10.

24 BGH, Urteil vom 14.07.1956, V ZR 223/54, NJW 1956, 1475, 1476; Urteil vom 29.01.1957, VIII ZR 71/56, NJW 1957, 627.

25 MünchKomm-BGB/Busche, Vor § 145 Rdnr. 40.

26 Vgl. BGH, Urteil vom 17.04.2018, X ZR 65/17, NJW 2018, 3775 ff.

27 BGH, Urteil vom 22.06.1995, VII ZR 118/94, NJW-RR 1996, 237; Urteil vom 07.03.2002, IX ZR 293/00, NJW 2002, 1788, 1790; Urteil vom 02.04.2009, I ZR 60/06, NJW-RR 2009, 1335, 1338.

Bürgerliches Recht

FAMILIENRECHT

9. Vollständige Prüfung des Eltern-Kind-Verhältnisses bei Volljährigenadoption

KG, Beschluss vom 10.01.2024, 16 UF 98/23

BGB § 1741 Abs. 1 Satz 1, § 1767 Abs. 1

EGBGB Art. 22 Abs. 1 Satz 1

LEITSÄTZE:

1. Eine zwischen den Annehmenden und der Anzunehmenden bestehende, innige und emotionale, langjährige Bekanntschaft, die längst zu einer engen Freundschaft und wechselseitigen Verbundenheit erstarkt ist, stellt keine Beziehung dar, die in ihrer Intensität und Qualität einem Eltern-Kind-Verhältnis vergleichbar wäre, sodass die Annahme einer Volljährigen als Kind sittlich gerechtfertigt ist.
2. Bei dem Merkmal der ‚sittlichen Rechtfertigung‘ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Seine Ausfüllung ist nicht den eigenen Erklärungen und dem Dafürhalten der Beteiligten überantwortet, sondern die Voraussetzung dafür bzw. das Vorliegen des Merkmals ist vom Familiengericht nach eigener Prüfung positiv festzustellen, um eine Volljährigenadoption aussprechen zu können.
3. Am Bestehen eines Eltern-Kind-Verhältnisses zwischen den Annehmenden und der volljährigen Anzunehmenden darf das Familiengericht zweifeln, wenn die Anzunehmende eine intakte Beziehung zu ihren eigenen leiblichen Eltern bzw. zu ihrer eigenen Familie unterhält.

10. Abgrenzung eines Darlehensvertrags zur ehebedingten Zuwendung

OLG Bremen, Beschluss vom 27.01.2023, 4 UF 57/22

BGB §§ 242, 311b, 313 Abs. 1, § 488 Abs. 1 und 3

LEITSATZ:

Stellt ein Ehegatte dem anderen Ehegatten die Mittel zur Finanzierung des hälftigen Miteigentumsanteils an einem gemeinsamen erworbenen Hausgrundstück zur Verfügung und schließen die Ehegatten hierzu einen schriftlichen Darlehensvertrag, so lässt dies in der Regel auch dann darauf schließen, dass es sich nicht um eine ehebedingte Zuwendung, sondern um einen zwischen den Ehegatten vereinbarten Darlehensvertrag handelt, wenn in der Vertragsurkunde keine Darlehenslaufzeit und keine monatliche Ratenzahlungsverpflichtungen des Darlehensnehmers vereinbart sind.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Antragsteller nimmt die Antragsgegnerin auf Darlehensrückzahlung in Anspruch.

2 Die Beteiligten, die am (...) 2006 die Ehe miteinander geschlossen haben, leben seit (...) 2020 voneinander getrennt. [Von der Darstellung des nachfolgenden Textes wird aus Gründen der Anonymisierung abgesehen – die Redaktion.] Am 31.03.2009 [von der Darstellung des nachfolgenden Textes wird aus Gründen der Anonymisierung abgesehen – die Redaktion] vereinbarten die Beteiligten einen Ehevertrag (UR-Nr. [...]) und schlossen dabei unter anderem für den Fall der Scheidung den Zugewinnausgleich aus.

3 Am 04.10.2011 erwarben die Beteiligten eine in (...), belegene Immobilie zu einem Kaufpreis von 725.000 € zu jeweils hälftigem Miteigentum. Am 26.10.2011 unterzeichneten sie eine mit „Darlehensvertrag“ überschriebene Vereinbarung. In dieser Vereinbarung heißt es unter Ziffer 2:

„Die Mittel zum Erwerb und zur Renovierung des auf den Anteil der Darlehensnehmerin entfallenden Teils des Kaufpreises und der Renovierungskosten erhält die Darlehensnehmerin vom Darlehensgeber als Darlehen.“

4 In Ziffer 3 wird Folgendes geregelt:

„Zum heutigen Tag beträgt die Darlehenssumme die Hälfte aus dem Kaufpreis in Höhe von EUR 725.000 zzgl. EUR 10.000 Maklercourtage = EUR 367.500. Für die Renovierungskosten und weitere mit dem Erwerb verbundenen Kosten wird die Darlehenssumme zu einem späteren Zeitpunkt aktualisiert.“

5 In Ziffer 4 heißt es:

„Das Darlehen wird ausgezahlt, indem der Darlehensgeber den Kaufpreis an den Verkäufer des o. g. Grundstücks vollständig auch für den Anteil der Darlehensnehmerin bezahlt und die Baukosten vollständig auch für den Anteil der Darlehensnehmerin übernimmt.“

6 Ziffer 5 sieht Folgendes vor:

„Das Darlehen entfällt, wenn der Darlehensgeber im Falle einer rechtskräftigen Scheidung von der Darlehensnehmerin deren hälftigen Anteil an dem bezeichneten Grundstück unentgeltlich zurückerhält. In diesem Fall sind alle Tilgungsleistungen, welche die Darlehensnehmerin an den Darlehensgeber erbracht hat, von diesem zurückzuzahlen.“

7 Wegen der weiteren Einzelheiten des Vertrages wird auf die Vertragsurkunde (...) verwiesen.

8 Der Antragsteller hat den Kaufpreis für das Grundstück an die Verkäuferin gezahlt.

9 Er hat behauptet, auch die Maklercourtage und näher bezeichnete Renovierungskosten für das Grundstück gezahlt zu haben.

10 Mit Schreiben vom 09.07.2021 (...) kündigte der Antragsteller das Darlehen zum 15.10.2021. Die Darlehenssumme bezifferte er auf insgesamt 471.318,16 € (...).

11 Der Antragsteller hat erstinstanzlich beantragt,

die Antragsgegnerin zu verpflichten, an den Antragsteller 471.318,16 € nebst 5 % über dem Basiszinssatz jährlich ab dem 16.10.2021 zu zahlen.

12 Die Antragsgegnerin hat beantragt,

den Antrag des Antragstellers abzuweisen.

13 Sie hat die Ansicht vertreten, dass es sich nicht um einen Darlehensvertrag handele, sondern um eine teilweise Abänderung des zwischen den Beteiligten im Jahre 2009 geschlossenen Ehevertrags. Es handele sich der Sache nach um eine güterrechtliche Regelung, die wegen Nichteinhaltung der Formvorschrift des § 1410 BGB nichtig sei. Außerdem enthalte der Vertrag eine Verpflichtung zur Übertragung von Eigentumsrechten an einer Immobilie und sei deswegen auch wegen Nichteinhaltung der Form des § 311b BGB nichtig. Ferner hat die Antragsgegnerin Verwirkung eingewendet, weil der Antragsteller auf ein Akteneinsichtsgesuch der Antragsgegnerin in einem abgeschlossenen, gegen den Antragsteller geführten Strafverfahren mit der unwahren Behauptung, er, der Antragsteller, habe in keinem Verfahren Verwirkung gegenüber der Antragsgegnerin geltend gemacht, reagiert habe.

14 Mit dem angefochtenen Beschluss vom 15.07.2022 hat das AG die Antragsgegnerin – unter konkludenter Abweisung des Antrags im Übrigen – verpflichtet, an den Antragsteller 466.318,16 € nebst Zinsen i. H. v. 5 % über dem Basiszinssatz jährlich ab dem 16.10.2021 zu zahlen.

15 Zur Begründung hat das AG ausgeführt, der Antragsteller habe gegen die Antragsgegnerin einen Anspruch auf Rückzahlung der Darlehensvaluta aus § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB, nachdem er das Darlehen fristgerecht zum 15.10.2021 gekündigt und fällig gestellt habe. Die Auszahlung der Darlehensvaluta sei vorliegend dadurch erfolgt, dass der Antragsteller Zahlungen zur Erfüllung der Verbindlichkeiten der Antragsgegnerin an die Hausverkäuferin, das Grundbuchamt und diverse Handwerker geleistet habe. Lediglich die Zahlung der geltend gemachten Maklergebühren i. H. v. 10.000 € (Anteil der Antragsgegnerin: 5.000 €) habe der Antragsteller nicht nachgewiesen. Der Darlehensvertrag unterliege nicht den Formvorschriften des § 1410 BGB oder des § 311b BGB, da in ihm weder güterrechtliche Regelungen noch die Verpflichtung zur Übertragung von Grundstücksrechten enthalten seien. Der Vertrag biete in Ziffer 5 lediglich die Möglichkeit, die Rückzahlungsverpflichtung für das gewährte Darlehen durch Übertragung des hälftigen Miteigentumsanteils an der Immobilie abzuwenden. Der Anspruch des Antragstellers sei auch nicht verwirkt. Soweit die Antragsgegnerin insoweit auf schriftsätzliche Ausführungen eines Strafverteidigers des Antragstellers in dem gegen ihn geführten Strafverfahren abstelle, seien diese für die Annahme einer Verwirkung nicht ausreichend. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gründe der angefochtenen Entscheidung verwiesen.

16 Hiergegen wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer Beschwerde. Zur Begründung ihres Rechtsmittels wiederholt und vertieft sie ihren erstinstanzlichen Vortrag.

17 Bei dem Streitgegenständlichen Darlehensvertrag handele es sich bei verständiger Würdigung um eine Abänderung des von den Beteiligten im März 2009 geschlossenen Ehevertrages, mit welchem sie für den Fall der Scheidung den Zugewinnausgleich ausgeschlossen hatten. Ohne den Darlehensvertrag hätte die Antragsgegnerin ihren Miteigentumsanteil an dem Haus, der den wesentlichen Bestandteil ihres Vermögens darstelle, behalten dürfen. Aufgrund des Darlehensvertrages habe sie nunmehr Zugewinnausgleich zu leisten, und zwar entweder durch Rückzahlung des Darlehens oder durch Übertragung ihres Miteigentumsanteils.

18 Wegen des enormen Einkommensgefälles der Beteiligten und des deswegen wahrscheinlich vorhandenen hohen Vermögens des Antragstellers sei zudem der zwischen den Beteiligten geschlossene Ehevertrag wegen einseitiger Benachteiligung der Antragsgegnerin sittenwidrig. Auch deswegen bestehe kein Zahlungsanspruch des Antragstellers aus dem Darlehen.

19 Zudem habe das AG übersehen, dass ein Rückzahlungsanspruch nach dem Inhalt des Darlehensvertrages noch gar nicht fällig sei. Denn nach dem Wortlaut der Ziffer 5 des Vertrages solle das Darlehen „entfallen“, wenn der Antragsteller im Falle einer rechtskräftigen Ehescheidung von der Darlehensnehmerin deren hälftigen Miteigentumsanteil unentgeltlich zurückerhalte. Da die Ehe der Beteiligten noch gar nicht geschieden sei, fehle es an den Voraussetzungen für die Fälligkeit.

20 Gegen einen Darlehensvertrag spreche auch die erbrechtliche Regelung in Ziffer 6 des Vertrages, nach dem weitere Ansprüche gegen die anderen Erben der Darlehensnehmerin ausgeschlossen sein sollten, wenn die Darlehensnehmerin vor dem Darlehensgeber verstirbt und ihm den Miteigentumsanteil durch Erbschaft oder Vermächtnis zukommen lasse. Eine solche erbrechtliche Regelung sei untypisch für einen Darlehensvertrag.

21 Die Beschwerdeführerin vertritt ferner die Auffassung, dass es sich vorliegend nicht um ein Darlehen, sondern um eine ehebezogene Zuwendung handele, weil keine Raten zur Rückzahlung vereinbart worden seien und ausdrücklich ein Zusammenhang mit einer rechtskräftigen Scheidung (in Ziffer 5) hergestellt werde. Die Voraussetzungen für einen auf § 313 BGB gestützten Anspruch auf Rückgewähr der Zuwendung seien aber nicht gegeben. Denn die Streitgegenständliche Darlehensforderung falle in Anbetracht des sonstigen Vermögens des Antragstellers für diesen kaum ins Gewicht.

22 Außerdem werde nach wie vor bestritten, dass die Darlehensvaluta ausgezahlt worden sei. Der Antragsteller habe unter Verstoß gegen die Formvorschrift des § 14b FamFG, nach der Schriftsätze und Anlagen elektronisch einzureichen seien, ohne Erläuterung einige Kopien von Kontoauszügen in Papierform im Termin übergeben. Das ersetze keinen ordnungsgemäßen Sachvortrag. Insbesondere sei nichts zu angeblichen Handwerkerrechnungen vorgetragen worden.

23 Die Antragstellerin beantragt,

den am 15.06.2022 (tatsächlich: 15.07.2022) verkündeten Beschluss des AG Bremen, Az. 60 F 1222/22 RI (tatsächlich: 60 F 1220/22 RI), abzuändern und den Antrag abzuweisen.

24 Der Antragsgegner beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

25 Er verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung.

26 II. Die gemäß § 58 FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde der Antragsgegnerin hat in der Sache insoweit Erfolg, als sie sich gegen einen höheren Rückzahlungsanspruch des Antragstellers als 362.500 € wendet. Im Übrigen ist sie unbegründet.

27 1. Bei der zwischen den Beteiligten am 26.10.2011 geschlossenen schriftlichen Vereinbarung handelt es sich um einen Darlehensvertrag im Sinne von § 488 Abs. 1 Satz 1 BGB.

28 a) Der Ansicht der Antragsgegnerin, es handele sich in der Sache um eine güterrechtliche Vereinbarung im Sinne von § 1408 BGB, ist nicht zu folgen. Die Beteiligten haben durch notariellen Ehevertrag vom 31.03.2009 den Zugewinnausgleich für den Fall der Scheidung ausgeschlossen. Anhaltspunkte dafür, dass die als Darlehensvertrag bezeichnete schriftliche Vereinbarung vom 26.10.2011 hieran etwas ändern sollte, sind weder der Vertragsurkunde selbst zu entnehmen noch trägt die Antragsgegnerin irgendwelche außerhalb der Urkunde liegende Begleitumstände vor, die derartiges nahelegen könnten. Soweit die Antragsgegnerin die Auffassung vertritt, das Darlehen führe aus ihrer Sicht faktisch zu einem Zugewinnausgleich, weil es sich bei der Haushälfte um den wesentlichen Bestandteil ihres Vermögens handele, vermag der Senat dieser Argumentation nicht zu folgen. Denn der im Streit stehende Darlehensrückzahlungsanspruch des Antragstellers betrifft nicht die Behandlung vorhandener Vermögenspositionen der Ehegatten im Zugewinnausgleich, sondern die Frage, auf welcher Rechtsgrundlage der Antragsteller der Antragsgegnerin die Mittel zum Erwerb ihrer Haushälfte zugewendet hat.

29 b) Entgegen der von der Antragsgegnerin in der zweiten Instanz erstmals vertretenen Auffassung handelt es sich bei der Vereinbarung vom 26.10.2011 nicht um eine ehebezogene Zuwendung, jedenfalls nicht, soweit es den Kaufpreis für die Immobilie betrifft.

30 aa) Grundsätzlich ist die richtige rechtliche Einordnung einer Zuwendung zwischen Ehegatten wichtig, um zu der für einen möglichen Rückgewähranspruch in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage zu gelangen. Beim Darlehen sind dies §§ 488 ff. BGB, bei der Schenkung §§ 527 ff. BGB, bei der ehebezogenen Zuwendung ist es § 313 BGB (Wever, FamRB 2020, 132, 133). Je nach Einordnung kann es sich um „eheneutrale“ Zuwendungen handeln, deren rechtliche Einordnung den Regeln folgt, die die Eheleute als Basis für das Rechtsgeschäft vereinbart haben (beispielsweise Darlehen). Dienen dagegen Zahlungen eines Ehepartners nicht einem bestimmten Geschäftszweck, sondern der Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft, so liegt kein eheneutrales Rechtsgeschäft, sondern eine ehebezogene Zuwendung vor. Eine Zuwendung unter

Ehegatten ist dann kein eheneutrales Rechtsgeschäft, sondern ehebezogene Zuwendung, wenn ein Ehegatte dem anderen einen Vermögenswert um der Ehe willen und als Beitrag zur Verwirklichung oder Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft zukommen lässt, wobei er die Vorstellung oder Erwartung hegt, dass die eheliche Lebensgemeinschaft Bestand haben und er innerhalb dieser Gemeinschaft am Vermögenswert und dessen Früchten weiter teilhaben werde (BGH, FamRZ 2006, 1022; OLG Frankfurt a. M., FamRZ 2020, 910 Rdnr. 23). Ein typisches Beispiel für eine Zuwendung unter Ehegatten ist die Finanzierung des Erwerbs eines Grundstücks zu Miteigentum beider Eheleute durch einen der Ehegatten (vgl. BGH, FamRZ 1989, 599; *Wever*, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 7. Aufl., Rdnr. 894). Die Einordnung der Zuwendung ist anhand des – ggf. durch Auslegung zu ermittelnden – Parteiwillens vorzunehmen. Dabei ist im Blick zu behalten, dass es sich nach der herrschenden Meinung im Regelfall, jedenfalls bei werthaltigen Zuwendungen, um eine ehebezogene Zuwendung handelt (BGH, FamRZ 1993, 1297, 1298; 1992, 293; 1990, 600; OLG Frankfurt a. M., FamRZ 2020, 910 Rdnr. 25; OLG Köln, FamRZ 2000, 227; *Wever*, FamRB 2020, 132, 133). Lassen sich keine entgegenstehenden Absprachen der Eheleute feststellen, ist also im Zweifel von einer ehebezogenen Zuwendung auszugehen (*Wever*, FamRB 2020, 132, 133). Die Annahme eines Darlehens zwischen Ehegatten setzt einen entsprechenden Rechtsbindungswillen im Sinne eines Darlehensvertrages voraus. Die Ehegatten müssen sich insbesondere einig gewesen sein, dass das Zugewendete zu einem bestimmten Zeitpunkt bzw. nach Kündigung zurückzugeben ist. Fehlt es an einem schriftlichen Darlehensvertrag, kann die Feststellung eines entsprechenden Rechtsbindungswillens Probleme bereiten. Die Darlegungs- und Beweislast für sein Vorliegen trägt derjenige, der sich auf ein Darlehen beruft (*Wever*, a. a. O., Rdnr. 900). Sind Zahlungen ausdrücklich als Darlehen deklariert worden, zum Beispiel auf Überweisungsträgern, ist dies ein Indiz für einen entsprechenden rechtsgeschäftlichen Willen der Ehegatten, für dessen Vorliegen auch tatsächlich erfolgte Rückzahlungen sprechen. Den Umständen kann jedoch etwas anderes zu entnehmen sein (vgl. OLG Frankfurt a. M., FamRZ 2020, 910; OLG Köln, FamRZ 2000, 227; OLG Celle, Urteil vom 05.10.1994, 3 U 219/93; *Wever*, a. a. O., Rdnr. 901).

31 bb) Im vorliegenden Fall stellen sich derartige Abgrenzungsprobleme – jedenfalls im Hinblick auf den Kaufpreis der Immobilie – nicht. Denn die Beteiligten haben ihre schriftliche Vereinbarung vom 26.10.2011 nicht nur ausdrücklich als Darlehensvertrag bezeichnet, sondern auch formuliert, dass der Antragsteller der Antragsgegnerin die Mittel für den Erwerb ihrer Haushälfte als Darlehen zur Verfügung stellt. Weder aus der Vertragsurkunde selbst noch aus sonstigen Umständen ergeben sich hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass es an einem entsprechenden Rechtsbindungswillen der Beteiligten mangeln könnte. Ist aber ausdrücklich zwischen den Beteiligten ein Darlehen vereinbart, kommen die Grundsätze der ehebedingten Zuwendung nicht zum Tragen (OLG Karlsruhe, FamRZ 2008,

1622, 1623). Dies gilt umso mehr, als es für den Fall, dass der Antragsteller der Antragsgegnerin die Mittel zum Erwerb ihrer Haushälfte tatsächlich als ehebezogene Zuwendung hätte zukommen lassen wollen, er dieses schlicht dadurch hätte bewirken können, dass er den Kaufpreis für das Haus leistet (vgl. BGH, FamRZ 1989, 599; *Wever*, a. a. O., Rdnr. 894).

32 cc) Dass der Vertrag keine Ratenzahlungen vorsieht und auch keine Regelung für eine Rückzahlung des Darlehens trifft, steht einer Qualifizierung der Vereinbarung als Darlehen ebenso wenig entgegen wie der Umstand, dass der Antragsteller das Darlehen erst zehn Jahre nach Abschluss des Vertrages und nach der Trennung der Beteiligten gekündigt hat. Zwar hat das OLG Celle entschieden, dass für den Fall, dass ein Ehegatte dem anderen ein Darlehen gewährt, für das Tilgungsraten fest vereinbart waren, dann aber im Laufe der Ehe (dort 20 Jahre) keine Ratenzahlungen geleistet werden, die ursprünglich als Darlehen gewollte Zuwendung den rechtlichen Charakter einer ehebedingten Zuwendung erlangen kann (OLG Celle, Urteil vom 05.10.1994, 3 U 219/93, juris). Die dort angestellten Überlegungen können aber auf den vorliegenden Fall nicht übertragen werden. Denn der hier in Rede stehende Vertrag enthält keine Ratenzahlungsvereinbarung. Zudem lässt die Vereinbarung vom 26.10.2011 deutlich erkennen, dass der Antragsteller sich vor allem für den Fall der Trennung der Beteiligten eine Rückzahlung vorbehalten wollte. Dies ergibt sich unter anderem aus Ziffer 5 der Vereinbarung, der Regelungen für das Szenario einer rechtskräftigen Scheidung trifft. Deswegen kann allein aus dem Umstand, dass der Antragsteller bis zur Trennung der Beteiligten das Darlehen nicht gekündigt hat, nicht der Schluss gezogen werden, dass die ursprünglich als Darlehen bezeichnete Zuwendung zwischenzeitlich den Charakter einer ehebedingten Zuwendung erlangt haben könnte. Die Vereinbarung muss insofern auch vor dem Hintergrund des zwischen den Beteiligten im Jahre 2009 geschlossenen Ehevertrages gesehen werden. Dort ist unter anderem der Zugewinnausgleich für den Fall der Scheidung ausgeschlossen worden. Insofern zeigt sich ein roter Faden, wonach die Beteiligten einander für den Fall der Scheidung möglichst wenig Vermögen wechselseitig zukommen lassen wollten.

33 dd) Zwar wäre es grundsätzlich denkbar, dass es sich bei dem Darlehensvertrag vom 26.10.2011 um eine lediglich zum Schein (§ 117 BGB) geschlossene Vereinbarung handelt, um ggf. anfallende Schenkungsteuer zu vermeiden. Denn nach der Rechtsprechung des BFH unterliegen auch ehebezogene Zuwendungen der Schenkungsteuer (BFH, FamRZ 1994, 887). Der Freibetrag für Schenkungen zwischen Ehegatten beträgt 500.000 €. Möglich wäre, dass die Beteiligten die Vereinbarung vom 26.10.2011 nur zum Schein geschlossen haben, um gegenüber dem FA den Eindruck zu erwecken, der Antragsteller habe der Antragsgegnerin die Mittel für den Erwerb der Haushälfte nicht unentgeltlich zugewendet, sondern ihr lediglich als Darlehen zur Verfügung gestellt. Dass es sich bei der Vereinbarung vom 26.10.2011 um eine von den Beteiligten zum Zwecke der Steuerhinterziehung getroffene Scheinabrede handelt, wird von der Antragsgegnerin aber nicht ausdrücklich be-

hauptet. Soweit die Antragsgegnerin erstinstanzlich vorgebracht hat, es sei dem Antragsteller nur darum gegangen, Vermögenswerte geschickt hin und her zu verschieben, ist dieser Vortrag insofern jedenfalls nicht ausreichend.

34 ee) Die weiteren unstreitigen Vereinbarungen, die der Antragsteller in engem zeitlichen Zusammenhang mit dem hier streitgegenständlichen Vertrag geschlossen hat [von der Darstellung des nachfolgenden Textes wird aus Gründen der Anonymisierung abgesehen – die Redaktion], lassen zwar auf den ersten Blick ihren Sinn nicht erkennen, begründen aber letztlich auch keine durchgreifenden Zweifel daran, dass die Vereinbarung vom 26.10.2011 von den Beteiligten als Darlehen gewollt war.

35 2. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist der Darlehensvertrag auch nicht wegen Nichteinhaltung der Formvorschrift des § 311b BGB nichtig. Insbesondere enthält der Darlehensvertrag keine Verpflichtung zur Übertragung von Grundeigentum. In Ziffer 5 haben die Beteiligten lediglich vereinbart, dass im Falle einer Übertragung der Haushälfte der Antragsgegnerin auf den Antragsteller das Darlehen als zurückgezahlt gilt und der Antragsgegnerin etwaig erbrachte Tilgungsleistungen zurückzuzahlen sind. Eine Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an dem Grundstück ist damit nicht verbunden.

36 3. Der Höhe nach umfasst das Darlehen allerdings nur den Kaufpreis der Immobilie (Anteil Antragsgegnerin: 362.500 €) und die Maklerkosten (Anteil Antragsgegnerin: 5.000 €). Im Hinblick auf die Renovierungskosten kann hingegen kein Rechtsbindungswille der Beteiligten im Hinblick auf ein Darlehen festgestellt werden. Diesbezüglich ist in Ziffer 3 des Vertrages vorgesehen, dass die Darlehenssumme für die Renovierungskosten und weitere mit dem Erwerb verbundene Kosten zu einem späteren Zeitpunkt aktualisiert wird. Nicht zuletzt angesichts der Neigung der Beteiligten, wesentliche Belange ihrer rechtlichen Beziehungen ausdrücklich und schriftlich zu regeln (vergleiche nur die oben angesprochenen Darlehensverträge [von der Darstellung des nachfolgenden Textes wird aus Gründen der Anonymisierung abgesehen – die Redaktion]), dürfte diese Klausel dahin gehend zu verstehen sein, dass insofern eine Nachtragsurkunde vorgesehen war. Eine derartige Nachtragsurkunde ist indes nicht gefertigt worden, sodass im Hinblick auf die Renovierungskosten und die weiteren mit dem Erwerb verbundenen Kosten ein Rechtsbindungswille im Hinblick auf ein Darlehen nicht festgestellt werden kann. Deswegen gilt im Hinblick auf die vom Antragsteller geltend gemachten Renovierungskosten, die ausweislich der zur Akte gereichten tabellarischen Aufstellung den Zeitraum von Anfang 2012 bis Frühjahr 2020 betreffen (...), dass es sich insofern um ehebezogene Zuwendungen handelt.

37 4. Im Hinblick auf den Kaufpreis der Immobilie (Anteil der Antragsgegnerin: 362.500 €) ist der Antragsgegnerin die Darlehensvaluta zur Verfügung gestellt worden, und zwar in der Form, dass der Antragsteller unstreitig (...) entsprechend der Regelung in Ziffer 4 des Darlehensvertrages den Kaufpreis auch im Hinblick auf den Miteigentumsanteil der Antragsgegnerin an die Verkäufer gezahlt hat.

38 5. Auf die von der Antragsgegnerin aufgeworfene Fragestellung, ob trotz der in § 113 Abs. 1 FamFG, § 130d Satz 1 ZPO geregelten „beA-Nutzungspflicht“ die Übergabe von Papierschriftsätzen oder Anlagen im Termin weiterhin möglich ist (vgl. dazu *Hettenbach/Müller*, NJW 2022, 815), kommt es im vorliegenden Verfahren nicht an. Denn die Maklerkosten (Anteil der Antragsgegnerin: 5.000 €) sind in der Beschwerdeinstanz nicht mehr Streitgegenstand, nachdem das AG den Antrag des Antragstellers insoweit abgewiesen und dieser kein Rechtsmittel eingelegt hat.

39 6. Das Darlehen ist durch die vom Antragsteller mit Kündigungsschreiben vom 09.07.2021 ausgesprochene Kündigung zum 15.10.2021 fällig gestellt worden (§ 488 Abs. 3 BGB). Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin regelt Ziffer 5 des Darlehensvertrages nicht die Fälligkeit des Darlehens, sondern ist aus Sicht des gemäß §§ 133, 157 BGB insofern maßgeblichen objektiven Empfängerhorizonts dahin gehend zu verstehen, dass das Darlehen mit Übertragung des hälftigen Miteigentumsanteils der Antragsgegnerin auf den Antragsteller als zurückgezahlt gilt.

40 7. Der Rückzahlungsanspruch ist nicht verwirkt.

41 a) § 1381 BGB ist nicht anwendbar, weil es vorliegend nicht um einen Anspruch des Antragstellers auf Zugewinnausgleich geht. Der Vortrag der Antragsgegnerin, der sich auf die Vorgehensweise des Antragstellers im Hinblick auf ihr Einsichtsgesuch in die Akten des gegen ihn geführten Strafverfahrens bezieht, ist deswegen im vorliegenden Verfahren unerheblich.

42 b) Eine Verwirkung gemäß § 242 BGB kommt nicht in Betracht. Eine Verwirkung nach dieser Vorschrift setzt voraus, dass der Berechtigte ein Recht längere Zeit nicht geltend gemacht hat und der Verpflichtete sich mit Rücksicht auf das gesamte Verhalten des Berechtigten darauf eingerichtet hat und sich auch darauf einrichten durfte, dass dieser das Recht auch in Zukunft nicht mehr geltend machen werde (*Grüneberg/Grüneberg*, 81. Aufl., § 242 Rdnr. 87 mit weiteren Nachweisen). Derartiges ist von der Antragsgegnerin nicht vorgetragen und auch sonst nicht ersichtlich.

43 8. Der Antragsteller kann die geltend gemachten Renovierungskosten in Höhe von insgesamt 92.914,16 € (...), die er der Antragsgegnerin als ehebezogene Zuwendungen hat zukommen lassen (siehe oben Ziffer I. 3), nicht gemäß § 313 BGB unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zurückverlangen.

44 a) Bei der Beurteilung der Frage, ob nach einer ehebezogenen Zuwendung ein Rückgewähranspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage in Betracht kommt, gelten nach der Rechtsprechung unterschiedliche Maßstäbe, je nachdem, ob die Eheleute im gesetzlichen Güterstand gelebt haben oder ob Gütertrennung vereinbart war. Bei gesetzlichem Güterstand legt die Rechtsprechung einen besonders strengen Maßstab an und bringt dies zum Ausdruck, indem sie fordert, das güterrechtliche Ergebnis müsse ohne schuldrechtliche Korrektur „schlechthin unangemessen und untragbar“ sein. Bei Gütertrennung, ggf. auch bei modifiziertem Zugewinnausgleich, gilt ein etwas abgemilderter Maßstab, wonach die Beibehaltung der

durch die Zuwendung geschaffenen Vermögenslage dem Zuwendenden „unzumutbar“ sein müsse (*Wever*, FamRB 2020, 132,133; *ders.*, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, Rdnr. 949 ff.). Im vorliegenden Fall haben die Beteiligten den Zugewinnausgleich für den Fall der Scheidung durch den Ehevertrag vom 31.03.2009 ausgeschlossen. Es kann dahinstehen, ob diese Vereinbarung wirksam ist. Denn selbst unter Zugrundelegung einer Wirksamkeit des Ehevertrages, also des etwas abgemilderten Maßstabes, ist festzustellen, dass es aus Sicht des Antragstellers nicht unzumutbar wäre, wenn die Antragsgegnerin die von ihm zugewendeten Renovierungskosten i. H. v. 92.914,16 € nicht zurückgewähren müsste. Bei der Abwägung, ob und ggf. in welchem Umfang Zuwendungen wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage zurückerstattet werden müssen, ist auch zu berücksichtigen, dass der Partner es einmal für richtig erachtet hat, dem anderen diese Leistungen zu gewähren. Ein korrigierender Eingriff ist grundsätzlich nur gerechtfertigt, wenn dem Leistenden die Beibehaltung der durch die Leistung geschaffenen Vermögensverhältnisse nach Treu und Glauben nicht zuzumuten und deshalb unbillig ist. Das Merkmal der Unbilligkeit impliziert zugleich, dass ein Ausgleich nur wegen solcher Leistungen in Betracht kommt, denen nach den jeweiligen Verhältnissen erhebliche Bedeutung zukommt. Maßgebend ist eine Gesamtabwägung der Umstände des Einzelfalles. Ob und ggf. inwieweit ein Anspruch besteht, hängt mithin insbesondere von der Dauer der Lebensgemeinschaft, dem Alter der Parteien, Art und Umfang der erbrachten Leistungen, der Höhe der dadurch bedingten und noch vorhandenen Vermögensvermehrung sowie von den Einkommens- und Vermögensverhältnissen ab (BGH, Beschluss vom, 19.09.2012, XII ZR 136/10, juris Rdnr. 25). Dabei gebieten es Treu und Glauben zwar nicht zwangsläufig, die Vermögenszuordnung mit dem Hinweis auf die günstigeren Einkommensverhältnisse des Zuwendenden beizubehalten. Wesentliche Bedeutung kommt nach Auffassung des BGH vielmehr auch dem Umstand zu, inwieweit eine Vermögensvermehrung noch vorhanden ist (BGH, Beschluss vom, 19.09.2012, XII ZR 136/10, juris Rdnr. 27). Auf der anderen Seite betont der BGH, dass auch im Fall der Gütertrennung eine angemessene Beteiligung beider Ehegatten an dem gemeinsam erarbeiteten Vermögen dem Charakter der ehelichen Lebensgemeinschaft als einer Schicksals- und Risikogemeinschaft entspricht (BGH, Beschluss vom, 19.09.2012, XII ZR 136/10, juris Rdnr. 26). Denn die erfolgte Zuwendung kann sich als angemessene Beteiligung des Zuwendungsempfängers an dem gemeinsam von beiden Ehegatten – vom Zuwendenden durch seine Erwerbstätigkeit, von dem Zuwendungsempfänger durch gleichwertige Arbeit im Haushalt und bei der Kinderbetreuung – darstellen (vgl. OLG Bamberg, FamRZ 1995, 234; *Wever*, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, Rdnr. 993).

45 b) Letzteres ist vorliegend der Fall. Insbesondere aufgrund des unstreitigen enormen Einkommens- und Vermögensgefälles zwischen den Beteiligten ist es für den Antragsteller nicht unzumutbar, wenn die Antragsgegnerin die zugewendete Finanzierung der Investitionen in das Haus-

grundstück nicht zurückgewährt, obwohl diese in Form der Wertsteigerung ihres Miteigentumsanteils noch vorhanden sind. Der streitgegenständliche Betrag von 92.914,16 € ist für den Antragsteller, der eigenen Angaben zufolge über ein monatliches Nettoeinkommen von 100.000 € verfügt, in Relation zu seinem Einkommen nicht von wesentlicher Bedeutung.

46 9. Ein Anspruch des Antragstellers aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB (Leistungskondiktion) scheidet daran, dass Rechtsgrund für ein Behaltendürfen der Antragsgegnerin die ehebedingte Zuwendung als familienrechtliches Rechtsinstitut eigener Art ist (vgl. OLG Frankfurt a. M., FamRZ 2020, 910; *Wever*, a. a. O., Rdnr. 1062).

47 10. Ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB (Zweckverfehlungskondiktion) scheidet daran, dass ein solcher Anspruch voraussetzt, dass bei der Zuwendung der Fortbestand der Ehe nicht bloß zur Rechtsgrundlage, sondern zu dem Gegenstand einer Zweckabrede geworden ist, was positive Kenntnis, nicht bloßes Kennenmüssen von der Zweckvorstellung des anderen Teils voraussetzt. Eine derartige Zweckverfehlung lässt sich nicht feststellen (vgl. OLG Frankfurt a. M., FamRZ 2020, 910, *Wever*, a. a. O., Rdnr. 1064).

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Daniel Sommer**, Coburg

1. Sachverhalt

Die in Trennung lebenden Ehegatten hatten hier „in guten Zeiten“ den Zugewinnausgleich für den Scheidungsfall ehevertraglich, also in notariell beurkundeter Form ausgeschlossen. Mehr als zwei Jahre später schlossen die Beteiligten einen privatschriftlichen Darlehensvertrag anlässlich des Kaufs einer Immobilie, die die Ehegatten zum Miteigentum zu gleichen Teilen erwarben. In diesem Darlehensvertrag vereinbarten die Ehegatten, dass der Ehemann für die Ehefrau unter anderem den betragsmäßig benannten halben Kaufpreis sowie die bezifferte halbe Maklercourtage als Auszahlung des Darlehens überweisen werde. Ferner sollte der Darlehensvertrag *expressis verbis* für Renovierungskosten und weitere mit dem Erwerb verbundene Kosten zu einem späteren Zeitpunkt aktualisiert werden, was nicht geschah, obwohl der Ehemann im Nachgang auch solche Kosten alleine übernommen hatte. Eine Laufzeit war im Darlehensvertrag ebenso wenig vorgesehen wie eine Tilgung bzw. Annuität. Das Darlehen sollte „entfallen“, wenn der Ehemann bei rechtskräftiger Scheidung den Miteigentumsanteil der Ehefrau unentgeltlich zurückerhalten hätte, wobei er dann auch alle Tilgungsleistungen der Ehefrau wieder erstatten hätte müssen. Für den Fall des Todes der Darlehensnehmerin wurden außerdem Ansprüche gegen ihre (anderen) Erben ausgeschlossen unter der Bedingung, dass sie den Miteigentumsanteil dem Darlehensgeber vermacht.

2. Vertragsart

Das Gericht stellt zunächst zutreffend fest, dass aufgrund der offenkundig gewollten Rückzahlungsverpflichtung

keine ehebedingte Zuwendung hinsichtlich des Kaufpreises und der Maklercourtage angenommen werden kann, die ggf. bei schlichter Zahlung ohne weitere Anhaltspunkte anzunehmen gewesen wäre, sondern ein Darlehen im Sinne des § 488 Abs. 1 BGB. Dass eine Ratenzahlung nicht vorgesehen war, ist insoweit nach zutreffender Meinung des OLG Bremen unschädlich. Ein erst nach Kündigung in einer Summe rückzahlbares Darlehen ist in § 488 Abs. 3 Satz 1 BGB ausdrücklich gesetzlich vorgesehen. Bei Darlehensgestaltungen unter Ehegatten und nicht-ehelichen Lebensgefährten ist eine solche durch die Kündigung ausgelöste Rückzahlungspflicht des gesamten Darlehensbetrags „state of the art“ und in der Regel zu empfehlen. Mit der Kündigung lässt sich die Fälligkeit, auch im Hinblick auf zu berechnende Zinsen, dann regelmäßig treffsicherer bestimmen als zum Beispiel bei einer alternativ denkbaren Anknüpfung an den Trennungzeitpunkt.

Die nach Abschluss des Darlehensvertrags vom Ehemann bezahlten Renovierungskosten bezieht das Gericht nicht in den Darlehensvertrag mit ein, sondern nimmt insoweit eine ehebedingte Zuwendung an. Diese Auslegung ist nachvollziehbar, da der Darlehensvertrag insoweit einen Nachtrag angekündigt hatte, der aber anschließend unterblieb. Hieraus zieht das Gericht den Schluss, dass eine Rückzahlung insoweit doch nicht mehr gewollt gewesen sei. Denkbar wäre auch, dass der Nachtrag ggf. auch aufgrund mangelnder Kenntnis der Notwendigkeit schlicht vergessen wurde. Wollen die Beteiligten dem Grunde nach eine Rückzahlung auch künftiger der Höhe nach noch ungewisser Aufwendungen vereinbaren, bietet es sich aus Sicht des Vertragsgestalters an, abstrakt zu formulieren, dass zum Beispiel alle Aufwendungen für den Erwerb, den Umbau und die Renovierung der Immobilie, die von einem Ehegatten insgesamt getragen werden, zur Hälfte darlehensweise dem anderen Ehegatten zur Verfügung gestellt werden.¹ Ein Darlehensnachtrag wäre dann nicht mehr erforderlich. Es wäre lediglich ein Nachweis über die Zahlung zu führen, was im konkreten Fall gelungen wäre.

3. Formbedürftigkeit des Darlehensvertrags?

Die Ehefrau stützt ihre Beschwerde im Wesentlichen darauf, dass der privatschriftliche Darlehensvertrag gemäß § 125 Satz 1 BGB formnichtig sei, da es sich um einen Ehevertrag im Sinne des §§ 1408, 1410 BGB handle. Des Weiteren nimmt sie auf § 311b Abs. 1 BGB rekurrend eine Beurkundungspflicht des Darlehensvertrags an.

Beiden Einwänden folgt das OLG Bremen zu Recht nicht.

Der Anwendungsbereich des § 1408 Abs. 1 BGB ist dann eröffnet, wenn ein gesetzlich vorgesehener Güterstand gewählt oder hinsichtlich einzelner gesetzlicher Regelungen modifiziert wird.² Die Ehegatten hatten sich hier schon außerhalb des Darlehensvertrags für eine Modifizierung der Zugewinnngemeinschaft der Gestalt entschie-

den, dass bei Scheidung der Ehe kein Zugewinnausgleich erfolgt. Mit dem Darlehensvertrag beabsichtigten die Ehegatten der Zurverfügungstellung von Kapital anlässlich des gemeinsamen Erwerbs der Immobilie eine schuldrechtliche causa zu geben und damit einen späteren Mittelrückfluss sicherzustellen. Die Regelung folgt dabei weder rechtstechnisch noch wirtschaftlich den Vorschriften der §§ 1372 ff. BGB. Der abgeschlossene privatschriftliche Vertrag hat auch nicht das gesamte Vermögen der Ehegatten oder dessen Umverteilung zum Gegenstand, was für eine güterrechtliche Regelung im Sinne des § 1408 Abs. 1 BGB sprechen könnte.³ Dass die Regelung von vergleichbarer wirtschaftlicher Bedeutung wie ein Ehevertrag ist, führt nicht zur Anwendbarkeit des § 1408 Abs. 1 BGB.

Zutreffend verneint das Gericht auch den Anwendungsbereich des § 311b Abs. 1 BGB. Schon dem Wortlaut nach ist die Norm nicht anwendbar, da der Darlehensvertrag keine Verpflichtung enthielt, das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen. Die eingegangene Verpflichtung war entsprechend dem Leitbild des Darlehensvertrags in erster Linie auf Rückzahlung einer Geldsumme gerichtet. Auch der Schutzzweck des § 311b BGB verlangt hier nicht nach dessen Anwendbarkeit, etwa weil ein faktischer Zwang zur Übertragung begründet worden wäre.⁴ Vielmehr war bei verständiger Würdigung des Falls zu erwarten, dass die Darlehenstilgung objektiv in der Regel vorteilhafter sein dürfte als die Übertragung des Miteigentumsanteils. Die Möglichkeit der Auflassung „an Erfüllung statt“ hätte der Ehefrau nur dann eine für sie ökonomisch günstige Option geboten, wenn sich der Wert der Immobilie schlecht entwickelt bzw. vermindert hätte.

4. Anspruch auf Rückzahlung der Baukosten aus § 313 BGB?

Die in Höhe von fünfzig Prozent als ehebedingte Zuwendung eingeordnete Zahlung der gesamten Renovierungskosten hätte der Ehemann – wie bei Investitionen in die selbst genutzte Immobilie üblich – allenfalls auf Basis einer Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB zurückbekommen können. Aufgrund des Vorrangs der §§ 1372 ff. BGB, kann auf § 313 BGB im gesetzlichen Güterstand nur bei schlechthin unzumutbaren und untragbaren Ergebnissen zurückgegriffen werden.⁵ Leben die Ehegatten in Gütertrennung – wobei bei vollständigem Ausschluss des Zugewinnausgleichs für den Fall der Scheidung nichts anderes gelten dürfte –, ist der Zugang etwas erleichtert.⁶ Dennoch hält das OLG die Beibehaltung der Vermögenslage unter Berücksichtigung aller

1 Sikora/Sommer, MittBayNot 2020, 415, 417.

2 BeckOGK-BGB/Reetz, Stand: 01.11.2022, § 1408 Rdnr. 9.

3 MünchKomm-BGB/Münch, 9. Aufl. 2022, § 1408 Rdnr. 9.

4 Vgl. hierzu BGH, Urteil vom 01.07.1970, IV ZR 1178/68, NJW 1970, 1915; Urteil vom 24.06.1981, IVa ZR 159/80, NJW 1981, 2293 und BeckOK-BGB/Gehrlein, Stand: 01.08.2023, § 311b Rdnr. 14 m. w. N.

5 BGH, NJW 1991, 2553, vgl. Sikora/Sommer, MittBayNot 2020, 537, 539 m. w. N.

6 BGH, Urteil vom 19.09.2012, XII ZR 136/10, NJW 2012 3374, 3376.

Gesichtspunkte des vorliegenden Einzelfalls und nach einer Gesamtabwägung für den Ehemann für nicht unzumutbar und verneint folglich einen Erstattungsanspruch bzgl. der hälftigen Renovierungskosten. Ist bei geplanten gemeinsamen Investitionen von Ehegatten, die zumindest zum Teil von einem Ehegatten alleine getragen werden, eine Rückforderungsmöglichkeit gewollt, sollte diese daher auch schon vor der Aufwendung abstrakt möglichst präzise geregelt werden. Den Mandanten ist dann lediglich eine möglichst genaue Buchführung zur Nachweisführung aufzugeben;⁷ die Notwendigkeit weiterer vertraglicher Vereinbarungen kann aber im Idealfall vermieden werden.

5. Einordnung der Vertragsgestaltung

Die Kombination einer modifizierten Zugewinngemeinschaft oder einer Gütertrennung mit einer Darlehensgestaltung kann für den Immobilienerwerb durch Ehegatten durchaus sinnvoll sein. Der Ehevertrag gewährleistet, dass der besserverdienende Ehegatte den bei Kündigung des Darlehens zurückerhaltenen Betrag nicht wieder über den Zugewinnausgleich an den anderen Ehegatten abführen muss soweit er die Darlehensvaluta ehezeitlich erwirtschaftet hat. Im Falle der Trennung erhält er den von ihm überquotal aufgewendeten Geldbetrag zum Nominalwert – ggf. plus eines vereinbarten Zinses zurück.⁸ Die Wertsteigerungen der Immobilie kommen hingegen – anders als zum Beispiel bei einem Alleinerwerb der Immobilie durch den finanzstarken Partner kombiniert mit einer Darlehensgewähr durch den finanzschwächeren Partner bzgl. seiner tatsächlich geleisteten Beiträge – beiden Ehegatten hälftig zugute. Aus Sicht des finanzschwächeren Ehegatten ermöglicht ihm der Darlehensvertrag einen Erwerb von hälftigem Miteigentum und sichert ihm die damit potentiell einhergehenden hälftigen Wertsteigerungen, ohne ein Bankendarlehen hierfür aufnehmen zu müssen. Die Darlehensgestaltung kann auch aus steuerlichen Gründen gewählt werden, zum Beispiel wenn die erworbene Immobilie kein unter § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG fallendes Familienheim ist, bei dem die Übernahme der Erwerbsaufwendungen schenkungsteuerfrei ist und wenn gleichzeitig keine ausreichenden Freibeträge gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG mehr vorhanden sind. Das Darlehen kann dann bei Wiederentstehung der Freibeträge erbschaftsteuerfrei erlassen werden.

⁷ Everts, MittBayNot 2012, 337, 337; Stein, FamFR 2011, 409, 412.

⁸ Zur steuerrechtlichen Einordnung verzinslicher und unverzinslicher Ehegattendarlehen vgl. Sikora/Sommer, MittBayNot 2020, 537, 540.

Bürgerliches Recht

ERBRECHT

11. Dauertestamentsvollstreckung für einen Kommanditanteil

BGH, Beschluss vom 12.03.2024, II ZB 4/23 (Vorinstanz: OLG Köln, Beschluss vom 02.02.2023, 4 U 16/22)

BGB §§ 711a, 2205 Satz 3, § 2206

HGB § 177

ZPO § 246 Abs. 1

LEITSATZ:

Ein im Wege der Sonderrechtsnachfolge übergegangener Kommanditanteil unterliegt auch dann der Testamentsvollstreckung, wenn der Erbe bereits Gesellschafter ist.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Parteien streiten um die Gültigkeit von auf Gesellschafterversammlungen der R Gruppe GmbH & Co. KG Anfang 2020 mit Stimmen der Beklagten gefassten Beschlüssen, mit denen der Abschluss von Geschäftsführerdienstverträgen der Betriebsuntergesellschaft der Kommanditgesellschaft mit den Beklagten genehmigt wurde. Der Kläger und die Beklagte zu 1 sind Kommanditisten der Kommanditgesellschaft. Deren weitere Kommanditistin war die während des zweiten Rechtszugs verstorbene Beklagte zu 2, die von dem Kläger beerbt worden ist. Hinsichtlich ihres Kommanditanteils hat die Erblasserin Dauertestamentsvollstreckung angeordnet, die im Gesellschaftsvertrag der Kommanditgesellschaft zugelassen war.

2 Das Berufungsgericht hat den Rechtsstreit auf Antrag des Prozessbevollmächtigten der Beklagten zu 2 ausgesetzt, soweit sich die Klage gegen diese gerichtet hat. Dagegen wendet sich der Kläger mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde.

3 II. Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Fall 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat das Verfahren gegen die Beklagte zu 2 zu Recht gemäß § 246 Abs. 1 ZPO ausgesetzt.

4 1. Das Berufungsgericht hat zur Begründung der Aussetzungsentscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

5 Der antragsgemäßen Aussetzung des Rechtsstreits stehe nicht das Verbot des Insichprozesses infolge der Beerbung der Beklagten zu 2 durch den Kläger entgegen, da der Kommanditanteil der Testamentsvollstreckung unterliege. Demzufolge sei der Testamentsvollstrecker zur Aufnahme des Verfahrens berufen. Bei der Erbfolge in einen Kommanditanteil sei Testamentsvollstreckung uneingeschränkt möglich, sofern sie, wie im Streitfall, im Gesellschaftsvertrag zugelassen sei. Dies gelte auch dann, wenn der Erbe bereits Gesellschafter sei. Zwar sei die Beteiligung eines Gesellschafters an einer Personengesellschaft notwendig eine einheitliche. Von diesem Grundsatz müsse bei Testa-

mentsvollstreckung allerdings aus praktischen Bedürfnissen eine Ausnahme gemacht werden.

6 2. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung stand. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde steht die Beerbung der Beklagten zu 2 durch den Kläger und der Grundsatz der Einheitlichkeit der Mitgliedschaft der Aussetzung nicht entgegen. Ein im Wege der Sonderrechtsnachfolge übergegangener Kommanditanteil unterliegt auch dann der Dauertestamentsvollstreckung, wenn der Erbe bereits Gesellschafter ist.

7 a) Die gesellschaftsvertraglich zugelassene Anordnung der Testamentsvollstreckung durch die Erblasserin verhindert die uneingeschränkte Vereinigung des Kommanditanteils der Beklagten zu 2 mit dem des Klägers (vgl. BGH, Urteil vom 14.05.1986, IVa ZR 155/84, BGHZ 98, 48, 57; Beschluss vom 10.01, IV ZB 21/94, NJW 1996, 1284, 1285 f.).

8 aa) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass eine Testamentsvollstreckung sich auf einen Kommanditanteil beziehen kann. Das entspricht, sofern die übrigen Gesellschafter einverstanden sind oder, wie hier, der Gesellschaftsvertrag es vorsieht, der Rechtsprechung des BGH (BGH, Beschluss vom 03.07.1989, II ZB 1/89, BGHZ 108, 187, 191 ff.; Beschluss vom 14.02.2012, II ZB 15/11, ZIP 2012, 623 Rdnr. 14, 18).

9 bb) Der Senat hat in seiner Entscheidung vom 03.07.1989 (II ZB 1/89, BGHZ 108, 187, 199) offengelassen, wie sich die Anordnung von Dauertestamentsvollstreckung auswirkt, wenn der Erbe bereits vor dem Erbfall Gesellschafter war und ob insoweit an einer früheren Entscheidung (BGH, Urteil vom 11.04.1957, II ZR 182/55, BGHZ 24, 106, 113) festzuhalten ist, wonach die damit zwangsläufig verbundene Aufspaltung des einheitlichen Gesellschaftsanteils aus Rechtsgründen nicht möglich sei. Auf die zeitlich nachfolgende Anfrage des IV. Zivilsenats hat der Senat mitgeteilt, dass auch nach seiner Rechtsprechung eine Testamentsvollstreckung bezüglich des ererbten Anteils an einer Personengesellschaft nicht schlechthin ausgeschlossen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 10.01.1996, IV ZB 21/94, NJW 1996, 1284, 1286).

10 Mit der herrschenden Meinung im Schrifttum (etwa BeckOK-HGB/Beyer, Stand: 01.01.2024, § 177 Rdnr. 6; Strohn in Ebenroth/Boujong, HGB, 4. Aufl., § 177 Rdnr. 21; von Selle in Ebenroth/Boujong, HGB, 5. Aufl., § 177 Rdnr. 21; Gummert in Henssler/Strohn, GesR, 5. Aufl., § 177 HGB Rdnr. 9; Kindler in Koller/Kindler/Drüen, HGB, 10. Aufl., § 177 Rdnr. 7; Plückelmann in Kroiß/Horn/Solomon, Nachfolgerecht, 3. Aufl., § 177 HGB Rdnr. 14; MünchKomm-BGB/Zimmermann, 9. Aufl., § 2205 Rdnr. 44; MünchKomm-HGB/K. Schmidt/Grüneberg, 5. Aufl., § 177 Rdnr. 24; Oetker/Oetker, HGB, 8. Aufl., § 177 Rdnr. 18; Mock in Röhrich/Graf von Westphalen/Mock/Wöstmann, HGB, 6. Aufl., § 177 Rdnr. 12; Staub/Thiessen, HGB, 5. Aufl., § 177 Rdnr. 29; Pauli in Bengel/Reimann/Holtz/Röhl, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 8. Aufl., § 5 Rdnr. 210 b; K. Schmidt, GesR, 4. Aufl., § 45 I. 2. b) bb), V 8. d); Weidlich, Die Testamentsvollstreckung im Recht der Personengesellschaften, 1993, 98 ff.; Lüttge, NJW 1994, 5, 8; Schmidt-Diemitz in FS Sigle, 2000,

S. 395, 414 ff.; a. A. Hopt/Roth, HGB, 43. Aufl. § 131 Rdnr. 26) ist der der Testamentsvollstreckung unterliegende Gesellschaftsanteil als abspaltbares Sondervermögen anzusehen. Der das Recht der Personengesellschaften beherrschende Grundsatz der Einheitlichkeit der Mitgliedschaft (BGH, Urteil vom 11.04.1957, II ZR 182/55, BGHZ 24, 106, 108; Urteil vom 10.06.1963, II ZR 88/61, WM 1963, 989; Urteil vom 20.04.1972, II ZR 143/69, BGHZ 58, 316, 318; Urteil vom 22.05.1989, II ZR 211/88, ZIP 1052, 1054) steht dem nicht entgegen, weil sich der der Testamentsvollstreckung unterliegende Gesellschaftsanteil angesichts der materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers über die im Gesellschaftsanteil verkörperten Rechte nicht uneingeschränkt mit einem bereits zuvor gehaltenen Gesellschaftsanteil des Erben vereinigt (Ulmer, ZHR 167 [2003], 103, 115; Wertbruch in Ebenroth/Boujong, HGB, § 105 Rdnr. 81 ff.).

11 Die Gegenauffassung muss im Übrigen zu unpraktikablen „Ersatzkonstruktionen“ greifen, um den Erblasserwillen durchzusetzen. So soll der Kommanditisten-Erbe nach Anteilsvereinigung kraft konkludenter Auflage (§§ 1940, 2192 ff. BGB) verpflichtet sein, den ererbten Anteil treuhänderisch an den Testamentsvollstrecker abzutreten (vgl. Ulmer, NJW 1990, 73, 77 m. w. N.). Es kann auf sich beruhen, ob eine solche Auslegung der letztwilligen Verfügung im Einzelfall möglich ist (§ 2084 BGB). Sie ist jedenfalls nicht schon aufgrund der Anordnung der Dauertestamentsvollstreckung zwangsläufig (vgl. BGH, Urteil vom 11.04.1957, II ZR 182/55, BGHZ 24, 106, 113 f.).

12 b) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde umfasst die Testamentsvollstreckung auch den verfahrensgegenständlichen Beschlussmängelstreit.

13 aa) Hat ein Erblasser – wie hier – hinsichtlich einer Beteiligung an einer Gesellschaft unbeschränkte Testamentsvollstreckung angeordnet, sind die Erben grundsätzlich gemäß § 2205 Satz 1, § 2211 BGB von der Ausübung der Gesellschafterbefugnisse ausgeschlossen. Die den Gesellschaftsanteil betreffenden Verwaltungs- und Vermögensrechte werden allesamt von dem Testamentsvollstrecker ausgeübt, der hierbei an den Willen der Erben nicht gebunden ist und in seinen Kompetenzen lediglich durch die Verbote der unentgeltlichen Verfügung nach § 2205 Satz 3 BGB und der Begründung einer persönlichen Haftung der Erben (vgl. § 2206 BGB) sowie durch seine generelle Pflichtenstellung gegenüber den Erben eingeschränkt ist (vgl. BGH, Urteil vom 02.10.1957, IV ZR 217/57, BGHZ 25, 275, 279 f.; Beschluss vom 03.07.1989, II ZB 1/89, BGHZ 108, 187, 189 f.; Beschluss vom 14.02.2012, II ZB 15/11, ZIP 2012, 623 Rdnr. 18; Urteil vom 13.05.2014, II ZR 250/12, BGHZ 201, 216 Rdnr. 14). Die klageweise Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit von Gesellschafterbeschlüssen obliegt deshalb ebenfalls dem Testamentsvollstrecker (§ 2212 BGB), es sei denn, dass der Testamentsvollstrecker selbst unzulässigerweise anstelle der Erben mitgestimmt hat und insoweit seine Verwaltungsbefugnis beschränkt ist (BGH, Urteil vom 12.06.1989, II ZR 246/88, BGHZ 108, 21, 23 f.; Urteil vom 13.05.2014, II ZR 250/12, BGHZ 201, 216 Rdnr. 14). Nämliches gilt für die Verteidigung gegen die klageweise Gel-

tendmachung der Fehlerhaftigkeit eines Gesellschafterbeschlusses.

14 bb) Eine andere Beurteilung ist entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht aufgrund des Inkrafttretens des Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts vom 10.08.2021 (BGBl. I, S. 3436 – MoPeG) und insbesondere von § 711a BGB veranlasst. Mit § 711a BGB wollte der Gesetzgeber im Wesentlichen nur die in § 717 BGB a. F. enthaltenen Regelungen übernehmen (Begr. BReg, BT-Drucks. 19/27635, S. 145 f.). Die in § 711a BGB geregelte eingeschränkte Übertragbarkeit von Gesellschafterrechten trägt zur Beantwortung der vorgelagerten Frage der Spaltung der Mitgliedschaft in einen originären und einen der Testamentsvollstreckung unterliegenden Gesellschaftsanteil nichts bei. Innerhalb des letztgenannten Anteils unterliegt der Testamentsvollstrecker gemäß § 105 Abs. 3, § 161 Abs. 2 HGB den Beschränkungen des § 711a BGB.

(...)

ANMERKUNG:

Von Rechtsanwalt Dr. Julian Klinger, München

1. Einordnung und Hintergrund

- a) Der Beschluss des für das Gesellschaftsrecht zuständigen II. Zivilsenats betrifft die Schnittstelle des Personengesellschaftsrechts zum Erbrecht. Die Kernaussagen der Entscheidung sind bei genauer Betrachtung vielschichtiger als es der kurze amtliche Leitsatz vermuten lässt.
- b) Im vorliegenden Fall ging es um eine Dauer- und nicht um eine Abwicklungsvollstreckung. Letztere ist an einer Kommanditbeteiligung möglich. Abwicklungsmaßnahmen sind aufgrund der Sondererbfolge allerdings nur ausnahmsweise erforderlich.¹ Der BGH hat bereits im Jahr 1989 entschieden, dass eine Kommanditbeteiligung einer Dauervollstreckung unterliegen kann.² Die übrigen Gesellschafter müssen die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte durch den Testamentsvollstrecker in der Gesellschaft („Innenseite“) nur dann hinnehmen, wenn die Testamentsvollstreckung im Gesellschaftsvertrag zugelassen ist oder die Mitgesellschafter der Fremdverwaltung ad hoc zustimmen.³ Das Vermögensstammrecht, die „Außenseite“ der vererbten Beteiligung, unterliegt dem Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers, unabhängig von den gesellschaftsvertraglichen Regelungen

gen oder einer Zustimmung des Erben oder der Mitgesellschafter.⁴

c) Bislang offengelassen hatte der BGH die Frage, ob und in welchem Umfang eine Testamentsvollstreckung an der Innenseite der Kommanditbeteiligung möglich ist, wenn der Erbe im Zeitpunkt des Erbfalls bereits Gesellschafter war.⁵ Im Jahr 1996 hielt er eine Testamentsvollstreckung an einem vererbten Anteil an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, an der der Erbe bereits vor dem Erbfall beteiligt war, zumindest für nicht ausgeschlossen.⁶ Positiv entschieden hatte der BGH dies bis zum Vorliegen dieser Entscheidung nicht.

2. Grundsatz der Einheitlichkeit der Beteiligung

- a) Als rechtlicher Hinderungsgrund wurde bisweilen der Grundsatz der Einheitlichkeit der Beteiligung diskutiert, der besagt, dass ein Gesellschafter einer Personengesellschaft nur eine Beteiligung halten kann, die inhaltlich einheitlich ausgestaltet sein muss. Der Grundsatz hindert im Bereich der Personengesellschaften, was im Bereich der Kapitalgesellschaften üblich ist, nämlich die Übernahme mehrerer Beteiligungen durch einen Gesellschafter.⁷ Der BGH stellt en passant klar, dass das zum 01.01.2024 in Kraft getretene MoPeG diesen Grundsatz unberührt lässt. Er kann auch gesellschaftsvertraglich weder abbedungen noch modifiziert werden. Im Fall des Hinzuerwerbs eines Gesellschaftsanteils durch einen bereits vorhandenen Gesellschafter vereinigen sich die Beteiligungen zu einem vergrößerten einheitlichen Anteil.⁸ Eine Eigenverwaltung des originär gehaltenen Anteils durch den Erben einerseits und eine Fremdverwaltung des hinzutretenden Anteils durch den Testamentsvollstrecker andererseits würde strukturelle Probleme aufwerfen. Dementsprechend hatte die Gestaltungspraxis Ersatzkonstruktionen gesucht, um die hinzutretende Kommanditbeteiligung einer Fremdverwaltung zu unterstellen.⁹
- b) Insoweit schafft der BGH mit seiner Entscheidung Klarheit: Der dem Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers unterliegende Gesellschaftsanteil ist als „abspaltbares Sondervermögen anzusehen“. Der BGH be-

1 Kämper, RNotZ 2016, 625, 628.

2 BGH, Beschluss vom 03.07.1989, II ZB 1/89, MittBayNot 1989, 323 = DNotZ 1990, 183 m. Anm. Reimann; siehe auch Beschluss vom 14.02.2012, II ZB 15/11, MittBayNot 2012, 304; Urteil vom 13.05.2014, II ZR 250/12, MittBayNot 2015, 491 m. Anm. Everts = ZEV 2014, 662 m. Anm. Reimann.

3 BGH, Urteil vom 13.06.1995, IX ZR 121/94, MittBayNot 1995, 397, 400.

4 BGH, Urteil vom 14.05.1986, IVa ZR 155/84, MittBayNot 1986, 191, 193 f.

5 Offengelassen in BGH, Beschluss vom 03.07.1989, II ZB 1/89, MittBayNot 1989, 323; anders noch Urteil vom 11.04.1957, II ZR 182/55, BGHZ 24, 106, 113.

6 BGH, Beschluss vom 10.01.1996, IV ZB 21/94, MittBayNot 1996, 118 m. Anm. Weidlich.

7 Beck'sches Notar-Handbuch/Heckschen/Weitbrecht, 8. Aufl. 2024, § 20 Rdnr. 78 m. w. N.

8 Ebenroth/Boujong/Wertenbruch, HGB, 5. Aufl. 2024, § 105 Rdnr. 79; MünchKomm-HGB/Fleischer, 5. Aufl. 2022, § 105 Rdnr. 248.

9 Staudinger/Dutta, Neub. 2021, § 2205 Rdnr. 149 ff. m. w. N.; Bengel/Reimann/Holtz/Röhl/Pauli, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 8. Aufl. 2023, § 5 Rdnr. 197 ff. m. w. N.; Ulmer, NJW 1984, 1501.

gründet dies mit den zwei wesentlichen Prinzipien der §§ 2197 ff. BGB: der Verdrängungswirkung nach § 2211 Abs. 1 BGB und der Abschirmwirkung nach § 2214 BGB.¹⁰

c) Die Frage, was rechtlich genau unter einem Sondervermögen zu verstehen ist, ist dogmatisch noch nicht vollends geklärt.¹¹ Bereits 1907 stellte *Martin* fest:

„Seit langem pflegt man in der Wissenschaft gewisse typische Rechtserscheinungen, die sich der juristischen Begriffswelt nicht völlig einfügen lassen, durch die Annahme eines ‚Sondervermögens‘ gewissermaßen zu entschuldigen.“¹²

Fest steht, dass Sondervermögen nur kraft einer gesetzlichen Anordnung innerhalb eines bestimmten normativen Systems entstehen. Durch die Ernennung des Testamentsvollstreckers wird der Erbe in seiner Rechtsausübung eingeschränkt, er bleibt aber Rechtsinhaber. Für die Frage der Nachlasssonderung im Bereich der Testamentsvollstreckung bedeutet dies: Die Vermögenssonderung ist eine *Rechtsausübungs-*, keine *Rechtsträger*sonderung („Verwaltungs-sonderung“).¹³ Nach der Begründung des BGH erfolge die Abspaltung allerdings nicht durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung selbst, sondern sei latent mit deren Zulassung im Gesellschaftsvertrag gegeben. Hierdurch würde die uneingeschränkte Vereinigung des Kommanditanteils mit den originären Anteilen des Gesellschafters verhindert werden. Die Realisierung der Abspaltung erfolge dann im Erbfall über die Testamentsvollstreckungsanordnung. Folglich gilt bei unterbliebener Anordnung der Grundsatz der Einheitlichkeit der Beteiligung.

d) Nicht entscheiden musste der BGH, was gilt, wenn die Testamentsvollstreckung an der Innenseite „nur“ durch eine Ad-Hoc-Zustimmung der Mitgesellschafter (ohne Beteiligung des Erben!) zugelassen wird. Die Vermögens- und Verwaltungs-sonderung wären zwar nicht latent vorhanden, allerdings müsste man die Interessen der Mitgesellschafter wohl als ebenso gesichert ansehen.

3. (Ir-)Relevanz der Kernbereichslehre

a) Die Entscheidung ist ferner unter einem weiteren Gesichtspunkt relevant. Teilweise wurde angenommen, dass eine Testamentsvollstreckung im Kernbereich der Mitgliedschaftsrechte unzulässig sei.¹⁴ Der BGH hatte die Frage im Jahr 1989 offengelassen.¹⁵ Auch aufgrund der

hiesigen Entscheidung ist davon auszugehen, dass die Rechte des Testamentsvollstreckers nicht durch einen Kernbereich an Mitgliedschaftsrechten eingeschränkt werden.

b) Das ist richtig. Inzwischen ist die Kernbereichslehre für das Testamentsvollstreckerrecht weitgehend aufgegeben.¹⁶ Der Kernbereichsgedanke enthält keine Aussagekraft in Bezug auf das Verhältnis des Testamentsvollstreckers zum Erben. Der Erbe wird durch das Erbrecht geschützt (§§ 2216, 2219 und 2205 Satz 3 BGB).¹⁷ Auch gesellschaftsrechtlich ist der BGH von der Kernbereichslehre als Schutzmechanismus bei der Personengesellschaft abgerückt. Er stellt stattdessen im Rahmen einer materiellrechtlichen Beschlusskontrolle auf die Verletzung gesellschaftsvertraglicher Treuepflichten ab.¹⁸ Die für die Kernbereichslehre entwickelten Grundsätze zur Unterscheidung der einzelnen Gesellschafterrechte sind im Rahmen dieser Prüfung gleichwohl hilfreich.¹⁹

4. Schlussfolgerungen für die Praxis

a) Es ist zu empfehlen, dass Gesellschaftsverträge eine klare Regelung enthalten, ob die Ausübung von Gesellschafterrechten durch den Testamentsvollstrecker zugelassen ist oder nicht.

b) Bei einer lebzeitigen, sukzessiven Beteiligung des Erbanswärters („gleitende Unternehmensübergabe“) ist zu prüfen, wie sich eine umfassende Fremdverwaltung an dem lebzeitig übertragenen Anteil über den Tod des Übergebers hinaus realisieren lässt (zum Beispiel über Sonder- oder Mehrstimmrechte, die nach dem Ableben des Übergebers vom Testamentsvollstrecker ausgeübt werden). Ein klares Governance-Reglement hilft bei der Suche eines Testamentsvollstreckers und sichert, dass das Amt auch angenommen wird.

c) In diesem Zusammenhang empfiehlt es sich, die unterschiedlichen Folgen eines vermächtnisweisen Übergangs der Beteiligung zu prüfen, damit eine Fremdverwaltung Wirkung entfalten kann.

d) Letztlich sollte ein Auffangnetz für den Fall gespannt werden, dass die Testamentsvollstreckung (doch) nur an der Außenseite wirkt (denkbar sind zum Beispiel Poolverträge oder die Fiktion einer Innengesellschaft).

10 So bereits BGH, Urteil vom 01.06.1967, II ZR 150/66, BGHZ 48, 214, 219; Urteil vom 10.01.1983, VIII ZR 231/81, NJW 1983, 2247, 2249; ausf. *Klinger*, Die latente Testamentsvollstreckung, 2019, S. 45 ff.

11 Siehe hierzu *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 38; *Martin*, AcP 102 (1907), 444.

12 *Martin*, AcP 102 (1907), 444.

13 Siehe *Klinger*, Die latente Testamentsvollstreckung, S. 49.

14 Siehe hierzu Mayer/Bonfeld/Tanck/*Weidlich*, Testamentsvollstreckung, 5. Aufl. 2022, § 19 Rdnr. 41 m. w. N.

15 BGH, Beschluss vom 03.07.1989, II ZB 1/89, MittBayNot 1989, 323 = DNotZ 1990, 183 m. Anm. *Reimann*.

16 *Staudinger/Dutta*, § 2205 Rdnr. 190 ff. m. w. N.

17 LG Mannheim, Urteil vom 10.11.1998, 2 O 193/98, NZG 1999, 824 f. m. w. N..

18 BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 84/13, NJW 2015, 859; hierzu *Altmeyden*, NJW 2015, 2065.

19 Mayer/Bonfeld/Tanck/*Weidlich*, Testamentsvollstreckung, § 19 Rdnr. 41 m. w. N.

12. Zur Wirksamkeit eines komplett durchgestrichenen handschriftlichen Testaments

OLG München, Beschluss vom 13.10.2023, 33 Wx 73/23e

BGB § 2255

LEITSÄTZE:

1. **Wird ein privatschriftliches Testament in der Wohnung des Erblassers gefunden und kann ausgeschlossen werden, dass Dritte ungehinderten Zugriff darauf hatten, ist davon auszugehen, dass Veränderungen an der Urkunde vom Erblasser selbst vorgenommen wurden.**
2. **Ohne das Hinzutreten weiterer Umstände kann davon ausgegangen werden, dass großflächige Durchstreichungen, die sich über die gesamte Urkunde erstrecken, in Widerrufsabsicht angebracht worden sind.**
3. **Eine zwei Wochen vor dem Tod der Erblasserin getätigte Aussage, ihre Brüder sollten nichts bekommen, steht der Annahme nicht entgegen, dass die Streichung einer ursprünglichen Enterbungsregelung der Brüder im Testament doch von der Erblasserin stammt und gewünscht war.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Erblasserin ist zwischen dem 25.09.2020 und dem 26.09.2020 verstorben. Sie war geschieden und kinderlos.

2 Sie hinterließ ein handschriftliches Testament vom 07.03.2020. In diesem setzte sie ihren Freund/Lebensgefährten, den Beteiligten zu 1, als Alleinerben ein. Ihre Brüder, die Beteiligten zu 2 und 3, wurden ausdrücklich enterbt. Das dreiseitige Testament weist über alle drei Seiten jeweils mehrere Durchstreichungen auf, die den gesamten Text umfassen. Zudem wurde ein undatiertes und nicht unterschriebenes maschinenschriftliches Testament aufgefunden, das im Wesentlichen denselben Inhalt wie das handschriftliche Testament hat.

3 Auf der Grundlage des Testaments vom 07.03.2020 beantragte der Beteiligte zu 1 einen Erbschein (Antrag vom 30.08.2021), der ihn als Alleinerben ausweisen soll.

4 Das Nachlassgericht kündigte mit Beschluss vom 21.04.2022 die Erteilung eines solchen Erbscheins an. Es begründete seine Entscheidung im angefochtenen Beschluss vom 21.04.2022 im Wesentlichen wie folgt: Das Testament sei durch die Durchstreichungen nicht widerrufen worden. Das eingeholte Sachverständigengutachten könne zwar keinen Aufschluss darüber geben, wann die Durchstreichungen erfolgt sind (mithin also auch nicht belegen, ob oder dass sie nach dem Tod der Erblasserin erfolgten). Da aber Zweifel verblieben, ob die Durchstreichungen von der Erblasserin vorgenommen worden seien, gingen diese Zweifel zulasten der Beteiligten zu 2 und 3.

5 Der Beschwerde der Beteiligten zu 2 und 3 vom 12.05.2022 half das Nachlassgericht nicht ab und legte die Akten dem OLG München zur Entscheidung vor.

6 Der 31. Zivilsenat (31 Wx 291/22) hat die Nichtabhilfeentscheidung mit Beschluss vom 02.08.2022 aufgehoben und das Verfahren zur erneuten Durchführung des Abhilfeverfahrens an das Nachlassgericht zurückgegeben.

7 Nach Richterwechsel hat das Nachlassgericht mit Beschluss vom 13.03.2023 der Beschwerde erneut nicht abgeholfen und die Akten dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. Es stützt seine Entscheidung nunmehr im Wesentlichen auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf (3 Wx 63/16), wonach „bei – unterstellter – Urheberschaft des Erblassers in Bezug auf die Streichung grundsätzlich eine Vermutung für einen entsprechenden Aufhebungswillen spricht, diese widerlegt [sei], wenn sich (...) der Wille des Erblassers ergibt, dass der durch die Streichung nahe gelegte Widerruf der Verfügung bloß eine neue letztwillige Verfügung mit der Bestimmung eines neuen Erben vorbereiten, bis zu deren Errichtung indes die alte fortgelten sollte“. Derartige Zweifel sollen hier bestehen, weil die Erblasserin noch kurz vor ihrem Tod Dritten gegenüber geäußert habe, ihre Brüder (die Beteiligten zu 2 und 3) sollten nichts bekommen.

8 Der Senat hat am 09.10.2023 mündlich verhandelt und die Beteiligten persönlich angehört.

9 II. Die Beschwerde ist zulässig und auch in der Sache erfolgreich.

10 Der Senat teilt die Ansicht des Nachlassgerichts, wonach sich ein Widerrufswille seitens der Erblasserin nicht feststellen lasse und deswegen das handschriftliche Testament vom 07.03.2020 fortgelte, nicht.

11 I. Das Testament vom 07.03.2020 wurde formwirksam errichtet. Zwischen den Beteiligten ist allein streitig, ob dieses Testament, das über alle drei Blätter, die physisch nicht miteinander verbunden sind, jeweils schräge Durchstreichungen enthält, die den gesamten Text umfassen, von der Erblasserin in Widerrufsabsicht durchgestrichen worden ist, oder ob die Durchstreichungen von einer dritten Person, oder aber von der Erblasserin, aber nicht in Widerrufsabsicht, erfolgt sind.

12 a) Grundsätzlich trägt derjenige die Feststellungslast für die Wirksamkeit eines Testaments, der Rechte aus diesem herleiten will. Die Feststellungslast für eine Widerrufshandlung des Erblassers in Widerrufsabsicht trägt derjenige, der sich darauf beruft (BayObLG, Beschluss vom 22.07.1983, 1 Z 49/83, BayObLGZ 1983, 204; MünchKomm-BGB/Sticherling, 9. Aufl. 2022, § 2255 Rdnr. 5; NK-BGB/Kroiß, 6. Aufl. 2022, § 2255 Rdnr. 21). Falls sich die vorhandene Urkunde bis zuletzt im Gewahrsam des Erblassers befand und keine ernsthaften Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Veränderungen an der Urkunde von Dritten vorgenommen worden sind, sind die Anforderungen an den Beweis, dass die Veränderung der Urkunde auf eine Handlung des Erblassers zurückzuführen ist, nicht hoch anzusetzen (BayObLG, a. a. O.; NK-BGB/Kroiß, § 2255 Rdnr. 22; Krätzsche/Falkner/Döbereiner, Nachlassrecht, 12. Aufl. 2022, § 14 Rdnr. 8).



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

13 b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist der Senat davon überzeugt, dass die Erblasserin das fragliche Testament vom 07.03.2020 in Widerrufsabsicht vernichtet hat.

14 aa) Nach den vom Nachlassgericht durchgeführten Ermittlungen und der Beweisaufnahme vor dem Senat befand sich das Testament bis zum Tode der Erblasserin in deren Besitz. Der Beteiligte zu 1 schilderte im Rahmen seiner Anhörung vor dem Senat, dass er das Testament in einem Stapel mit alten Zeitungen, Zeitschriften, Kontoauszügen und Katalogen gefunden hat. Dass es dort dem ungestörten Zugriff Dritter ausgesetzt war, lässt sich praktisch ausschließen, zumal sich die Erblasserin in der letzten Phase ihres Lebens überwiegend auf der Couch im Wohnzimmer aufhielt. Da die Erblasserin zudem als Person mit wenigen sozialen Kontakten beschrieben wurde, kann zur Überzeugung des Senats ausgeschlossen werden, dass Dritte zu Lebzeiten der Erblasserin Zugriff auf das Testament hatten und die Veränderungen vorgenommen haben, zumal nach der durchgeführten Anhörung der Beteiligten zu 2 und 3 feststeht, dass diese zu Lebzeiten keinen Zutritt zur Wohnung der Erblasserin hatten, da zwischen den Geschwistern seit vielen Jahren kein Kontakt mehr bestand.

15 bb) Dass die Veränderungen nach dem Tod der Erblasserin und vor Abgabe der Verfügung an das Nachlassgericht von Dritten vorgenommen worden sind, ist nach der durchgeführten Anhörung der Beteiligten ebenfalls auszuschließen.

16 Der Beteiligte zu 1, der durch das Testament als Erbe berufen wurde, hatte zwar Zutritt zur Wohnung, da er über einen Schlüssel verfügte, aber keinerlei Interesse daran, die Veränderungen an der Urkunde vorzunehmen. Im Gegenteil: Er suchte das Testament und fand es schließlich in einem Stapel von alten Zeitungen und Zeitschriften. Es kann deswegen ausgeschlossen werden, dass der Beteiligte zu 1 die Veränderungen vorgenommen hat.

17 Die Beschwerdeführer hatten lediglich im Anschluss an die Beerdigung der Erblasserin Zutritt zu deren Wohnung und dort nach eigenem Bekunden lediglich Zugriff auf alte Familienfotos, die im Wohnzimmer der Erblasserin verstreut lagen. Für die rein theoretische Möglichkeit, dass sie sich bei dieser Gelegenheit einen Schlüssel zur Wohnung verschafft hätten und das später aufgefundene Testament verändert haben, ließen sich keinerlei Anhaltspunkte finden.

18 Das Testament befand sich mithin bis zum Tode im Besitz der Erblasserin. Der Senat ist aufgrund der von ihm durchgeführten Anhörung überzeugt, dass Dritte die Veränderungen an dem Testament nicht vorgenommen haben, sodass daraus zu schließen ist, dass die Erblasserin die Streichungen vorgenommen hat. Gemäß § 2255 Satz 2 BGB wird mithin vermutet, dass die Erblasserin die Streichungen in Widerrufsabsicht vorgenommen hat.

19 2. Es lässt sich auch nicht feststellen, dass die Erblasserin, entsprechend der vom Nachlassgericht herangezogenen Entscheidung des OLG Düsseldorf, die Absicht hatte, das durchgestrichene Testament fortgelten zu lassen, bis

sie eine neue Verfügung errichtet hatte, die Vermutung des § 2255 Satz 2 BGB mithin widerlegt wäre.

20 Für eine solche Annahme fehlt es schon an belastbaren Anknüpfungstatsachen.

21 Solche ergeben sich nicht aus der Aussage der Zeugin (...). Es mag sein, dass die Erblasserin, auch noch kurz vor ihrem Tod, erklärt hat, ihre Brüder sollten nichts bekommen. Der letzte Kontakt der Zeugin mit der Erblasserin soll aber am 11.09.2020, mithin knapp zwei Wochen vor dem Tod der Erblasserin stattgefunden haben. Für den Zeitraum danach liegen keine Anhaltspunkte in diese Richtung vor. In dieser Zeit, in der es der Erblasserin spürbar schlechter ging – sie hielt sich überwiegend nur noch auf der Couch im Wohnzimmer auf und eine ursprünglich geplante Reise mit dem Beteiligten zu 1 musste wegen ihres Gesundheitszustands abgesagt werden und wurde vom Beteiligten zu 1 allein angetreten –, kann es ohne Weiteres zu einem Sinneswandel bei der Erblasserin gekommen sein, der sie veranlasst hat, die Streichungen auf ihrem Testament vorzunehmen.

22 3. Damit erweist sich die Entscheidung des Nachlassgerichts als unzutreffend. Sie war auf die zulässige Beschwerde aufzuheben und der Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1 zurückzuweisen. Da über den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 2 und 3 noch keine Entscheidung des Nachlassgerichts vorliegt, ist der Senat insoweit nicht zur Entscheidung berufen.

(...)

13. Zur Erstreckung des Zuwendungsverzichts auf Abkömmlinge des Verzichtenden

OLG Celle, Beschluss vom 17.04.2023, 6 W 37/23

BGB §§ 2349, 2352 Satz 3

LEITSATZ:

Keine Erstreckung des Zuwendungsverzichts auf den Abkömmling des Verzichtenden, wenn der Abkömmling ausdrücklich als Ersatzerbe des Verzichtenden bestimmt ist, der Verzichtende weder ein Abkömmling noch ein Seitenverwandter des Erblassers ist und der Zuwendungsverzicht nicht mit einer vollständigen Abfindung des Verzichtenden verbunden war.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 A. Die Beteiligte zu 3 wendet sich mit ihrer Beschwerde gegen die Feststellung des AG, es sei der gemeinschaftliche Erbschein zu erteilen, der als Miterben zu je ½ die Beteiligten zu 1 und 2 ausweist, die ehemaligen Nachbarn der Erblasserin.

2 Seit dem 22.05.1970 war die am (...) 1920 geborene und am (...) 2021 verstorbene Erblasserin in zweiter Ehe mit dem am (...) 1911 geborenen und am (...) 1982 verstorbenen J W verheiratet. Die am (...) 1939 geborene Beteiligte zu 3 ist

dessen Tochter aus erster Ehe und die Mutter der am (...) 1966 ehelich geborenen Beteiligten zu 4 (Geburtsurkunde vom [...]).

3 Die Erblasserin und ihr zweiter Ehemann schlossen den notariellen Ehe- und Erbvertrag vom 23.06.1970 (...). Die Eheleute vereinbarten Gütertrennung. Der Ehemann setzte die Erblasserin und die Beteiligte zu 3 zu gleichen Teilen als Erben ein. Als Vorausvermächtnis wandte er der Erblasserin das – wenn sie nicht wiederheiratet lebenslängliche – Nießbrauchsrecht an dem Grundstück in B zu. Die Erblasserin setzte den Ehemann als Alleinerben ein. Der Überlebende der Ehegatten setzte jeweils die Beteiligte zu 3 als „Alleinerbin“ ein und bestimmte:

„Ersatzerben sind deren ehelichen Abkömmlinge stammesweise zu gleichen Teilen.“

4 Der Ehemann der Erblasserin verstarb am (...) 1982.

5 Die Erblasserin und die Beteiligte zu 3 schlossen den notariellen Vertrag zur „Erbauseinandersetzung mit Erbverzicht“ vom 16.09.2019 (...). In der Urkunde ist festgestellt, dass die Erblasserin und die Beteiligte zu 3 Erben des Ehemanns der Erblasserin zu je ½-Anteil sind und zum Nachlass nur noch der Grundbesitz in B. mit einem Verkehrswert von ca. 250.000 € gehört. Diese Erbengemeinschaft setzten die Vertragsbeteiligten dahin auseinander, dass die Beteiligte zu 3 alleinige Eigentümerin wird und die Erblasserin auf ihren Nießbrauch verzichtet. Weiter heißt es im Vertrag:

„§ 3 Ausgleichszahlungen/Gegenleistungen

3.1.1 Ausgleichszahlungen zwischen den Beteiligten werden nicht vereinbart.

3.1.2 Gemäß Erbvertrag zwischen J W und (der Erblasserin) vom 23.06.1970 (...) ist Schlusserbe nach dem Tode des Längerlebenden von ihnen die (Beteiligte zu 3). (Der Ehemann der Erblasserin) ist bereits verstorben, sodass (die Beteiligte zu 3) Alleinerbin nach der (Erblasserin) werden würde. (Die Erblasserin) möchte jedoch neu über ihren Nachlass verfügen.

3.1.3 Als Gegenleistung für die heutige Zuwendung und den Verzicht auf den Nießbrauch verzichtet daher die (Beteiligte zu 3) hiermit für sich persönlich und für ihre Abkömmlinge auf alle Erbansprüche beim Tode der (Erblasserin). Diese nimmt den Verzicht an.

3.1.4. Der Verzicht kann nur von den Erschienenen gemeinsam wieder aufgehoben oder geändert werden.

3.1.5 Der Notar hat die Erschienenen ausdrücklich über die Folgen dieses Vertrages belehrt.“

6 In seiner Kostenrechnung für diese Beurkundung vom 26.09.2019 setzte der Notar als Geschäftswert 350.000 € an (...).

7 Mit notariell beurkundetem Testament vom 25.10.2019 (...) widerrief die Erblasserin unter Verweis auf die notariellen Urkunden vom 23.06.1970 und 16.09.2019, „soweit rechtlich möglich“, sämtliche früheren Verfügungen von Todes wegen, setzte die am (...) 1968 geborene Beteiligte zu 1 und die

am (...) 1947 geborene Beteiligte zu 2 als Erben zu je ½ ein und ordnete Vermächtnisse an.

8 Am (...) 2021 verstarb die Erblasserin.

9 Die Beteiligte zu 1 hat die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins beantragt,

der die Beteiligten zu 1 und 2 als Miterben zu je ½ ausweist.

10 Den Nachlasswert hat sie mit 923.000 € angegeben.

11 Die Beteiligte zu 3 hat der Erbscheinserteilung widersprochen und geltend gemacht, der Zuwendungsverzicht sei unwirksam.

12 Das AG hat Beweis erhoben in der Sitzung vom 19.10.2022 (...) durch Vernehmung des Notars Dr. S und der Beteiligten zu 4 als Zeugen.

13 Mit Beschluss vom 19.12.2022 (...) hat das AG festgestellt, es sei ein Erbschein zu erteilen, der die Beteiligten zu 1 und 2 als Miterben zu je ½ ausweist. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, das Testament der Erblasserin vom 25.10.2019 sei wirksam, weil der notarielle Vertrag vom 16.09.2019 einen wirksamen Zuwendungsverzicht der Beteiligten zu 3 für sich und ihre Abkömmlinge enthalte.

14 Gegen diesen Beschluss, auf dessen Einzelheiten der Senat zur näheren Sachdarstellung verweist, wendet die Beteiligte zu 3 sich mit ihrer Beschwerde, mit der sie ihr erstinstanzliches Ziel weiterverfolgt.

15 B. Die Beschwerde ist begründet.

16 I. Der Senat hat in vollem Umfang zu prüfen, ob der angekündigte Erbschein richtig ist.

17 Zwar hat die Beteiligte zu 4 bisher nicht geltend gemacht, Alleinerbin der Erblasserin geworden zu sein.

18 Doch hat „im Erbscheinsverfahren (...) das Beschwerdegericht die Richtigkeit des angekündigten Erbscheins auch insoweit zu prüfen, als der Beschwerdeführer durch eine Unrichtigkeit des Erbscheins nicht beschwert sein kann“. „Gegenstand des Beschwerdeverfahrens im Falle eines Feststellungsbeschlusses nach § 352e FamFG (...) ist der vom Nachlassgericht angekündigte Erbschein, für dessen Erlass es die Tatsache als festgestellt erachtet hat. Hierbei handelt es sich (...) um einen unteilbaren Verfahrensgegenstand, über den der Beschwerdeführer nicht disponieren kann und der deshalb unter allen erbrechtlichen Gesichtspunkten zu Überprüfung durch das Beschwerdegericht gestellt ist.“ (Beschluss des BGH vom 16.12.2015, IV ZB 13/15, juris Rdnr. 18).

19 II. Es sind nicht die Tatsachen für festgestellt zu erachten (§ 352e Abs. 1 Satz 1 FamFG), die erforderlich sind, den von der Beteiligten zu 1 am 28.09.2021 beantragten gemeinschaftlichen Erbschein zu erteilen, der die Beteiligten zu 1 und 2 als Miterben zu je 1/2 ausweist.

20 Die Erblasserin ist allein von der Beteiligten zu 4 beerbt worden, weil die Beteiligte zu 3 durch notariellen Vertrag mit der Erblasserin vom 16.09.2019 wirksam auf ihre Einsetzung als alleinige Schlusserbin der Erblasserin aus dem notariell-



len Erbvertrag vom 23.06.1970 verzichtet hat, sodass die Erbschaft der Beteiligten zu 4 als Ersatzerbin angefallen und die Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 und 2 aus dem notariellen Testament vom 25.10.2019 gemäß § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam ist.

21 1. Für den eingetretenen Fall, dass ihr Ehemann vorversterbt, hat die Erblasserin mit diesem erbvertragsmäßig (§ 2278 Abs. 1 BGB) bestimmt, dass die Beteiligte zu 3, die Tochter des Ehemanns der Erblasserin aus dessen erster Ehe, ihre „Alleinerbin“ wird und ferner:

„Ersatzerben sind deren ehelichen Abkömmlinge stammesweise zu gleichen Teilen“.

22 2. Diese Erbeinsetzungen sind nicht nach § 7 des Erbvertrages entfallen, wonach ein Abkömmling der Eheleute „mit seinem gesamten Stamm von allen (...) Zuwendungen ausgeschlossen und auf den Pflichtteil beschränkt sein“ soll, wenn er „aus dem Nachlass des betreffenden Elternteils seinen Pflichtteil verlang(t)“. Ein solches Pflichtteilsverlangen ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

23 3. Der Ehemann der Erblasserin verstarb am (...) 1982.

24 4. Auf diese Erbeinsetzung hat die Beteiligte zu 3 mit notariellem Vertrag vom 16.09.2019 gegenüber der Erblasserin wirksam verzichtet.

25 a) Nach § 2352 Satz 1, 2 BGB kann derjenige, der „durch (Erbvertrag) als Erbe eingesetzt oder mit einem Vermächtnis bedacht ist, (...) durch Vertrag mit dem Erblasser auf die Zuwendungen verzichten“.

26 Der Erbvertrag, den die Erblasserin mit dem Vater der Beteiligten zu 3 geschlossen hat, enthält die Zuwendung der Erblasserin an die Beteiligte zu 3, sie als Alleinerbin für den eingetretenen Fall einzusetzen, dass der Vater der Beteiligten zu 3 vorversterbt.

27 b) § 3 des notariellen Vertrages vom 16.09.2019 enthält in wenigen, einfachen und für alle Beteiligten klar verständlichen Worten die Erklärung, dass die Beteiligte zu 3 nach dem „Erbvertrag (...) vom 23.06.1970 (...) Alleinerbin nach der (Erblasserin) werden würde (; diese) (...) jedoch neu über ihren Nachlass verfügen (möchte und die Beteiligte zu 3) hiermit für sich persönlich und für ihre Abkömmlinge auf alle Erbensprüche beim Tode“ der Erblasserin „verzichtet“.

28 Die Erklärung bringt klar und deutlich zum Ausdruck, dass die Beteiligte zu 3 „als Gegenleistung für die heutige Zuwendung und den Verzicht auf den Nießbrauch“ „auf alle Erbensprüche beim Tode der Erblasserin“ „verzichtet“.

29 c) Die umfangreichen Schriftsätze der Beteiligten zu 3 enthalten nichts für die Feststellung, dass sie bei Abschluss des Vertrages über dessen Inhalt im Unklaren war und die behaupteten Belehrungs- oder Beurkundungsmängel für den Abschluss des Vertrages ursächlich geworden sind.

30 Sinn und Zweck der Regelung in § 3 sind eindeutig.

31 Die Beteiligte zu 3, die nicht wissen konnte, ob sie die Erblasserin überlebt, wollte mit dem notariellen Vertrag die Erbauseinandersetzung für den Nachlass ihres Vaters herbeiführen, damit sie das Grundstück für sich nutzen oder

verwerten kann. Durch den notariellen Vertrag verschaffte sich die Beteiligte zu 3 die Möglichkeit, noch zu ihren Lebzeiten über den Nachlass ihres Vaters verfügen zu können. Eine Unkenntnis oder ein Irrtum der Beteiligten zu 3 über den Wert des sonstigen Vermögens der Erblasserin war insoweit unerheblich.

32 d) Der Wirksamkeit des Verzichts steht nicht entgegen, dass der Notar die Vertragsüberschrift „Erbauseinandersetzung mit Erbverzicht“ gewählt hat. § 3 des Vertrages enthält nicht den Begriff „Erbverzicht“, sondern die Begriffe „Verzicht“ und „verzichtet“. Der Oberbegriff Verzicht gilt nicht nur für einen Erbverzicht im engeren Sinne des § 2346 BGB, sondern auch für einen Zuwendungsverzicht im Sinne des § 2352 BGB.

33 e) Dieser Zuwendungsverzicht der Beteiligten zu 3 hat zur Folge, dass ihr die Erbschaft nicht angefallen ist.

34 Er entkleidet als abstraktes Verfügungsgeschäft die betreffende Verfügung von Todes wegen im Umfang des Verzichts ihrer Wirkung, hebt sie aber nicht auf. Der Anfall der Zuwendung unterbleibt, wie wenn der Bedachte den Erbfall nicht erlebt hätte (Grüneberg/Weidlich, 82. Aufl. 2023, § 2352 Rdnr. 4).

35 5. Mit dem Eintritt des Erbfalls am 24.02.2021 ist die Erbschaft der Beteiligten zu 4 angefallen, weil die Beteiligte zu 3 aufgrund ihres Verzichts als Erbe weggefallen ist (siehe oben) und für einen solchen Wegfall die Erblasserin und der Vater der Beteiligten zu 3 im Erbvertrag vom 23.07.1970 angeordnet haben, dass „Ersatzerben (...) deren ehelichen Abkömmlinge stammesweise zu gleichen Teilen“ sind, hier allein die Beteiligte zu 4, das einzige Kind der Beteiligten zu 3, das aus der Ehe mit dem Dipl.-Ing. H S stammt (...).

36 6. Der Zuwendungsverzicht der Beteiligten zu 3 aus dem notariellen Vertrag vom 16.09.2019 erstreckt sich nicht auf die Beteiligte zu 4, die an dem notariellen Vertrag nicht beteiligt war.

37 Zwar enthält § 3 des notariellen Vertrages vom 16.09.2019 die Erklärung der Beteiligten zu 3, „für sich persönlich und für ihre Abkömmlinge auf alle Erbensprüche“ beim Tod der Erblasserin zu verzichten.

38 Doch hat diese Erklärung nicht zur Folge, dass die Erbeinsetzung der Beteiligten zu 4 entfällt. Denn § 2352 Satz 3 BGB bestimmt nur, „die Vorschriften der §§ 2347 bis 2349 (BGB) finden Anwendung“.

39 a) Die Voraussetzungen des § 2349 BGB liegen nicht vor.

40 Diese Vorschrift lautet:

„Verzichtet ein Abkömmling oder ein Seitenverwandter des Erblassers auf das gesetzliche Erbrecht, so erstreckt sich die Wirkung des Verzichts auf seine Abkömmlinge, sofern nicht ein anderes bestimmt wird.“

41 Die Beteiligte zu 3 ist aber weder ein „Abkömmling“ noch ein „Seitenverwandter“ der Erblasserin, sondern nur deren Stieftochter. Auf die Stiefkinder eines Erblassers findet § 2349 BGB keine direkte Anwendung.

42 b) Im vorliegenden Fall kommt keine entsprechende Anwendung des § 2349 BGB auf die Beteiligte zu 4 als Abkömmling der „Stieftochter“ in Betracht.

43 Bei der Frage, auf wen sich ein Zuwendungsverzicht erstreckt, sind mindestens drei Fälle zu unterscheiden:

44 1. Der Verzichtende ist mit dem Erblasser, mit dem er den Zuwendungsverzichtsvertrag schließt, im Sinne des § 2349 BGB verwandt („Abkömmling oder ein Seitenverwandter des Erblassers“). Dann findet § 2349 BGB auf den Zuwendungsverzichtsvertrag unmittelbare Anwendung.

45 2. Der Verzichtende ist nicht mit dem Erblasser, sondern mit demjenigen, der die erbvertragliche Bindung herbeigeführt hat (beim gemeinschaftlichen Testament der vorverstorbenen Ehegatte oder beim Erbvertrag die vorverstorbenen Erbvertragspartei, die mit dem Erblasser bindende letztwillige Verfügungen getroffen hat) als „Abkömmling“ oder „Seitenverwandter“ verwandt (zum Beispiel ein Kind aus erster Ehe des Vorverstorbenen).

46 3. Für den Verzichtenden besteht keine Verwandtschaft nach Nr. 1 oder 2 (zum Beispiel das Patenkind des vorverstorbenen Erblassers).

47 Für die Fallgruppe Nr. 3 ist unstreitig, dass § 2349 BGB keine entsprechende Anwendung findet (Staudinger/Schotten, Neub. 2022, § 2352 Rdnr. 76 m. w. N., juris).

48 Für die Fallgruppe Nr. 2 wird eine analoge Anwendung teilweise für zulässig gehalten (Staudinger/Schotten, a. a. O. und Grüneberg/Weidlich, § 2352 Rdnr. 5 m. w. N.).

49 Die Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung des § 2349 BGB auf die Fallgruppe Nr. 2 liegen zur Überzeugung des Senats nicht vor.

50 aa) Für die Analogie gelten folgende Grundsätze:

51 Sie ist die Übertragung der für einzelne bestimmte Tatbestände im Gesetz vorgesehene Regel auf einen anderen, aber rechtsähnlichen Tatbestand, von dem angenommen werden kann, dass der Gesetzgeber bei einer Interessenabwägung nach den Grundsätzen, von denen er sich bei Erlass der herangezogenen Norm hat leiten lassen, zum gleichen Abwägungsergebnis gekommen wäre (BGH, NJW 2021, 1942). Sie überschreitet die Grenze des möglichen Wortsinnes, die für die eigentliche, auch die extensive Auslegung eine Schranke darstellt und setzt voraus, dass das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält (BGHZ 149, 165, 174). Bei der Einzelanalogie wird die Rechtsfolge einer Norm auf einen vergleichbaren Fall übertragen. Bei der Rechtsanalogie wird aus mehreren Rechtssätzen ein übergeordnetes Prinzip herausgearbeitet und sodann auf ähnliche gelagerte Fälle angewendet (Grüneberg, Vor § 1 Rdnr. 48 m. w. N.).

52 Eine Lücke im Gesetz liegt nicht schon vor, wenn es für eine bestimmte Fallgestaltung keine Regelung enthält. Sie ist nur bei einer planwidrigen Unvollständigkeit gegeben. Dabei muss der dem Gesetz zugrunde liegende Regelungsplan im Wege historischer und teleologischer Auslegung ermittelt werden. Die Regelungslücke kann von Anfang an bestanden haben. Hier sind zwei Unterarten zu

unterscheiden, die bewusste und die unbewusste Regelungslücke. Die erste liegt vor, wenn der Gesetzgeber eine Frage offengelassen hat, um sie der Entscheidung durch Rechtsprechung und Lehre zu überlassen, die zweite, wenn der Gesetzgeber ein regelungsbedürftiges Problem übersehen oder nicht entsprechend den Vorgaben ranghöheren Rechts geregelt hat. Eine nachträgliche Lücke kann durch wirtschaftliche oder technische Änderungen entstehen. Sie kann auch dann zu bejahen sein, wenn das Recht zwar formell eine Regelung enthält, diese aber wegen einer wesentlichen Änderung der Verhältnisse offensichtlich nicht sachgerecht ist. Die Feststellung einer Lücke ist danach ein wertender Vorgang. Die Ausfüllung der Regelungslücke muss entsprechend den allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen in möglichst enger Anlehnung an das geltende Recht vorgenommen werden. Sie geschieht in der Regel durch Analogie (Grüneberg, a. a. O. Rdnr. 55 f. m. w. N.).

53 bb) Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze gilt für den vorliegenden Fall:

54 Zu § 2352 BGB heißt es im „Gesetzentwurf der Bundesregierung“ (BT-Drucks. 16/8954 vom 24.04.2008):

„Zu Nummer 31 (§ 2352 BGB)

Nach § 2352 BGB kann ein Verzicht auch für Zuwendungen, die auf einer Verfügung von Todes wegen beruhen, vereinbart werden. Ein solcher Zuwendungsverzicht erstreckt sich – im Gegensatz zu einem Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht nach § 2346 BGB – nicht auf Abkömmlinge des Verzichtenden.

In der Praxis kann aber der Erblasser bei Erbeinsetzungen oder Vermächtnissen, die in einem gemeinschaftlichen Testament oder Erbvertrag bindend angeordnet wurden, das Bedürfnis haben, sich davon wieder zu lösen, weil er zum Beispiel den Erben oder Vermächtnisnehmer bereits zu Lebzeiten durch eine Zuwendung abfinden will. Der Erblasser kann hier einen Zuwendungsverzicht mit dem Begünstigten vereinbaren. Dabei ist regelmäßig gewollt, dass sich dieser Zuwendungsverzicht auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstreckt. Andernfalls kann dies zu ungerechten Ergebnissen führen, insbesondere wenn der Erbe für seinen Verzicht vollständig abgefunden wird und danach seine Abkömmlinge an seiner Stelle erben (Doppelbegünstigung des Stammes des Verzichtenden).

Daher hat die Rechtsprechung durch einen Rückgriff auf die allgemeinen Vermutungsregeln die Möglichkeit geschaffen, eine solche Doppelbegünstigung des Stammes zu vermeiden, indem der Zuwendungsverzicht unter bestimmten Voraussetzungen doch wieder auf Abkömmlinge erstreckt wird:

Ist der Verzichtende für seinen Verzicht vollständig abgefunden worden und hat der Erblasser keinen Ersatz erben ausdrücklich eingesetzt, kämen also die Abkömmlinge des Verzichtenden aufgrund der Auslegungsregel des § 2069 BGB zum Zuge; so besteht nach Ansicht der Rechtsprechung eine Vermutung dahin gehend, dass die Abkömmlinge von der Erbfolge

ausgeschlossen sein sollen (ausführlich dazu Staudinger/Schotten, Neub. 1997, § 2352 Rdnr. 31 ff.).

Dem bestehenden praktischen Bedürfnis, den Zuwendungsverzicht auch auf die Abkömmlinge zu erstrecken, soll künftig durch eine ausdrückliche Regelung entsprochen werden. Die Verweisung in § 2352 BGB-E wird auf § 2349 BGB erweitert. Damit wird vermutet, dass sich der Zuwendungsverzicht künftig auf die Abkömmlinge erstreckt, unabhängig davon, ob der Verzichtende für seinen Verzicht abgefunden wird oder nicht. Will der Erblasser diese Folge ausschließen, muss er künftig ausdrücklich bestimmen, dass diese vermutete Erstreckung nicht gilt.

Die vorgeschlagene Regelung stärkt die Testierfreiheit des Erblassers.“

55 Zum Gesetzgebungsverfahren gilt ferner:

„In der Gesetzesbegründung und bei den Beratungen zur Erbrechtsreform 2010 wurde – soweit ersichtlich – das Problem nicht thematisiert; auch in der Sachverständigenanhörung vor dem Rechtsausschuss wurde § 2349 BGB nur am Rande erwähnt (...). Selbst wenn die Frage im Rechtsausschuss erörtert worden sein sollte (...), dürfte der Gesetzgeber die Vielschichtigkeit der Probleme, die bei der Anwendung des allein auf die gesetzliche Erbfolge zugeschnittenen § 2349 BGB im Rahmen der gewillkürten Erbfolge entstehen, kaum in ausreichender Weise im Blick gehabt haben; anderenfalls hätte er bemerken müssen, dass die gesetzliche Neuregelung bei einer streng am Wortlaut ausgerichteten engen Auslegung in viel zu vielen Fällen ihren Zweck, nämlich dem Zuwendungsverzicht endlich zu einem geeigneten Mittel der Rechtsgestaltung zu machen, verfehlt hätte.“ (Staudinger/Schotten, § 2352 Rdnr. 76 m. w. N.).

56 Die für die Analogie angeführten Gründe überzeugen den Senat nicht.

57 Die Annahme, ein sachlicher Grund, warum sich der Zuwendungsverzicht nur bei Verwandten des Erblassers und nicht auch bei Verwandten des meist vorverstorbenen Ehegatten auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstrecken soll, sei nicht ersichtlich (Staudinger/Schotten, a. a. O. Rdnr. 75), ist nicht tragfähig, weil die Gründe für die erbvertragliche Bindung und die ausdrücklich erfolgte Ersatzerbenanordnung auch aus Sicht des Vorverstorbenen zu beurteilen ist, der an der Vereinbarung der erbvertraglichen Bindung beteiligt war.

58 Das weitere Argument, eine Differenzierung hinsichtlich der Person des Verzichtenden zwischen eigenen Verwandten einerseits und den Verwandten des meist vorverstorbenen Ehegatten bzw. eingetragenen Lebenspartners des Erblassers oder sonstiger Personen andererseits hätte zur Folge, dass der Zweck der gesetzlichen Regelung, den Zuwendungsverzicht zu einem geeigneten Mittel der Rechtsgestaltung zu machen, zu einem wesentlichen Teil verfehlt würde, insbesondere würden Regelungen bei der immer öfter anzutreffenden Patchworkfamilie erschwert oder so-

gar unmöglich gemacht (Staudinger/Schotten, a. a. O.), überzeugt nicht, weil der Wille des Vorverstorbenen übergegangen wird, der den Erblasserwillen durch wechselbezügliches gemeinschaftliches Testament oder durch Erbvertrag gebunden hat. Bei der „Vielschichtigkeit der Probleme“ ist eine Entscheidung des Gesetzgebers erforderlich, die nicht vorliegt. Obwohl offensichtlich war, dass für die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit sich ein Zuwendungsverzicht auf Abkömmlinge des Verzichtenden erstrecken soll, zwischen dem Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht im Sinne der §§ 2346, 2349 BGB und einem Zuwendungsverzicht nach § 2352 BGB erhebliche Unterschiede bestehen, hat der Gesetzgeber nur für die Fallgruppe Nr. 1 eine Entscheidung dahin getroffen, dass allein auf den Willen des noch lebenden Erblassers abzustellen ist. Das kann gerechtfertigt sein, weil es sich um seine eigenen Abkömmlinge oder Seitenverwandten handelt und hier eher die Annahme gerechtfertigt ist, dass der vorverstorbenen Ehegatte dem überlebenden Ehegatten freie Hand lassen wollte.

59 Für die Fallgruppen zu Nr. 2 und 3 hat der Gesetzgeber keine Entscheidung getroffen. Insoweit enthält das Gesetz nicht die vom AG angenommene „Systematik“, ob und wenn ja in welcher Weise insbesondere der Wille desjenigen zu berücksichtigen ist, der die erbvertragliche Bindung mit herbeigeführt hat und vorverstorben ist.

60 Zum einen beschränkt sich § 2352 Satz 3 BGB darauf, § 2349 BGB für anwendbar zu erklären, ohne anzuordnen, dass die Vorschrift entsprechende Anwendung findet. Es war offensichtlich, dass diese Verweisung keine Personen erfasst, die nicht mit dem Erblasser, hier der Erblasserin, verwandt sind. Das können Stiefkinder oder Dritte sein (zum Beispiel das Patenkind des vorverstorbenen Ehegatten als Ersatzerbe).

61 Bei Stiefkindern ist keine analoge Anwendung gerechtfertigt, weil nicht nur auf den Willen der Parteien des Zuwendungsverzichtsvertrages, sondern auch auf denjenigen der vorverstorbenen Partei des Erbvertrages abzustellen ist, die mit dem Erbvertrag eine erbvertragliche Bindung für Personen herbeigeführt hat, die nicht mit der anderen Partei des Erbvertrages verwandt sind, sondern nur mit ihr.

62 7. Im Übrigen spricht für die Entscheidung des Senats folgende ergänzende Auslegung.

63 a) Zum einen hat der Senatsbeschluss keine „Doppelbegünstigung des Stammes des Verzichtenden“ zur Folge. Die Beteiligte zu 3 ist nicht „vollständig“ oder „vollwertig“ abgefunden worden (vgl. zu einer ergänzenden Auslegung des Erblasserwillens für den Fall, dass eine analoge Anwendung des § 2349 BGB nicht erfolgt: Staudinger/Schotten, § 2352 Rdnr. 77 m. w. N.).

64 b) Zum anderen wird für den Fall der entsprechenden Anwendung des § 2349 BGB die Ansicht vertreten, es gebiete die Testierfreiheit des Erblassers, dass dieser die Erstreckungswirkung in der Verfügung von Todes wegen, auf der die Zuwendung beruht, als anderweitige Bestimmung im Sinne des § 2349 BGB („sofern nicht ein anderes bestimmt wird“) ausschließen kann, was durch ggf. ergänzende Auslegung festzustellen ist (so Grüneberg/Weidlich,

§ 2352 Rdnr. 5, a. A. Staudinger/Schotten, a. a. O. Rdnr. 70 und 74).

65 c) Die nach diesen beiden Meinungen erforderliche ergänzende Auslegung ergibt, dass die Erblasserin und ihr Ehemann die Erstreckungswirkung des Zuwendungsverzichts auf die Beteiligte zu 4 ausgeschlossen hätten, wenn sie bei Abschluss des Erbvertrages den eingetretenen Fall bedacht hätten, dass die im Zuwendungsverzichtsvertrag vereinbarte Abfindung sich nur auf die Vermögenswerte bezieht, die aus dem Nachlass des Ehemanns stammen, aber nicht auf das sonstige Vermögen der Erblasserin. Denn der Ehemann der Erblasserin hat das Erbrecht seiner Tochter, der Beteiligten zu 3, durch den Nießbrauch zugunsten der Erblasserin an dem o. g. Grundstück und durch die Pflichtteils Klausel (§ 7 des Erbvertrages) erheblich eingeschränkt und als Ausgleich dafür vorgesehen, dass beide Eheleute („jeder von uns“) die Beteiligte zu 3 als alleinige Schluss erbin einsetzen, was in der Abfindungsvereinbarung keine ausreichende Berücksichtigung gefunden hat. Nach dem Willen des Ehemannes der Erblasserin sollten seine Enkel erben, wenn die Beteiligte zu 3 vor Eintritt des Erbfalls wegfällt. Diese ausdrückliche und nicht auf § 2069 BGB beruhende Ersatzerbfolge sollte nicht dadurch umgangen werden, dass die Beteiligte zu 3 eine Abfindung erhält, die sich auf die Vermögenswerte beschränkt, die aus dem Nachlass des Ehemanns der Erblasserin stammen, sondern sollte das Vermögen der Erblasserin insgesamt umfassen, soweit keine Vermächtnisanordnung eingreift.

66 Die vereinbarte Abfindung war als Gegenleistung nicht angemessen, weil unstrittig ist, dass das Vermögen der Erblasserin mehr als 900.000 € betrug.

67 Der erbrechtliche Stamm der Beteiligten zu 3 wird nicht doppelt begünstigt, weil die Beteiligte zu 3 ohne Verzichtsvertrag beim Schlusserbfall sowohl die darin vereinbarte Abfindung als auch das restliche Vermögen der Erblasserin als Alleinerbin erhalten hätte.

68 8. Die Anordnung aus dem notariellen Testament der Erblasserin vom 25.10.2019, sämtliche früheren Verfügungen von Todes wegen zu widerrufen und die Beteiligten zu 1 und 2 als Erben zu je ½ einzusetzen, ist nach § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam. Nach dieser Vorschrift ist „eine spätere Verfügung von Todes wegen unwirksam“, „soweit sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde“.

69 Wie bereits ausgeführt ist, ist die Beteiligte zu 4 durch den Erbvertrag vom 23.06.1970 vertragsmäßig als Ersatzerbin bedacht worden, sodass die Erblasserin diese Erbeinsetzung der Beteiligten zu 4 nicht mehr einseitig widerrufen konnte und die abweichende Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 und 2 das Erbrecht der Beteiligten zu 4 beeinträchtigen würde, weil sie dann den Nachlass der Erblasserin nicht vollständig erhalte.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. Roman Kaiser, Berlin

1. Sachverhalt

Ein in zweiter Ehe verheiratetes Paar hatte 1970 einen Erbvertrag geschlossen. Für den Fall des Erstversterbens setzte die Ehefrau den Ehemann als Alleinerben ein, der Ehemann setzte seine Ehefrau sowie seine Tochter aus erster Ehe zu gleichen Teilen ein, wobei er der Ehefrau im Wege des Vorausvermächtnisses einen Grundstücksnießbrauch zuwandte. Für den Fall des Letztversterbens setzten beide in erbvertraglich bindender Weise die Tochter des Ehemannes als Alleinerbin ein, wobei als Ersatzerben deren ehelichen Abkömmlinge stammesweise zu gleichen Teilen bestimmt wurden. Der Ehemann verstarb 1982.

Durch notarielle Urkunde aus 2019 setzten die Ehefrau und ihre Stieftochter sich hinsichtlich des nur noch aus dem Grundstück bestehenden Nachlasses dahin gehend auseinander, dass die Stieftochter alleinige Eigentümerin wurde und die Ehefrau auf ihren Nießbrauch verzichtete. Außerdem erklärte die Stieftochter gegenüber der Ehefrau einen Zuwendungsverzicht, und zwar „für sich persönlich und für ihre Abkömmlinge“. Die Ehefrau errichtete später ein Testament, in dem sie ihre ehemaligen Nachbarn als Erben einsetzte, die nach ihrem Tod im Jahr 2021 die Erteilung eines Erbscheins beantragten.

2. Fragestellung

Wie ist über den Erbscheinsantrag zu entscheiden? Die Erbeinsetzung der Nachbarn ist unwirksam, wenn ihr die Bindungswirkung des Erbvertrags entgegensteht (§ 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB). Diese zu beseitigen war Ziel des von der Stieftochter abgegebenen Zuwendungsverzichts (§ 2352 BGB). Es stellt sich jedoch die Frage, ob sich dieser Zuwendungsverzicht auch auf die Abkömmlinge der Stieftochter erstreckt, die im Erbvertrag als Ersatzerben eingesetzt worden waren. Falls nein, sind nicht die Nachbarn Erben geworden, sondern die Tochter der Stieftochter (also die Enkelin des Ehemannes).

Zwar hatte die Stieftochter den Zuwendungsverzicht auch „für ihre Abkömmlinge“ abgegeben. Die Erstreckung auf Abkömmlinge steht aber nicht im Belieben des Verzichtenden, da die Abkömmlinge ja aufgrund einer eigenen (gesetzlichen oder testamentarischen) Erbestellung zum Zuge kommen.¹ Für den Erbverzicht wurde deshalb bereits in die Urfassung des BGB die Ausnahmebestimmung des § 2349 BGB aufgenommen, nach der sich der Verzicht eines Abkömmlings oder Seitenverwandten des Erblassers auch auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstreckt, sofern nicht ein anderes bestimmt wird. Seit der Reform des Erb- und Pflichtteilsrechts im Jahr 2010 findet diese Vorschrift auch auf den Zuwendungsverzicht Anwendung (§ 2352 Satz 3 BGB). Der Gesetzgeber ist dadurch „einem langjährigen Desiderat der Kautelarjurisprudenz“² nachgekommen, näm-

¹ Vgl. RG, Urteil vom 19.05.1905, VII 489/04, RGZ 61, 14, 16.

² Everts, ZEV 2010, 392 (dort auch ausführlich gegen die Kritik).

lich dem Wunsch, durch den Zuwendungsverzicht die erbvertragliche Bindungswirkung auch dann beseitigen zu können, wenn – wie nicht selten – die Abkömmlinge des Erben als Ersatzerben eingesetzt sind.

Dabei findet § 2349 BGB, der als Regelung über den Erbverzicht auf die gesetzliche Erbfolge zugeschnitten ist, nur dann unmittelbare Anwendung, wenn der Verzichtende ein Abkömmling oder Seitenverwandter des Erblassers ist, nicht aber wenn – was bei letztwilliger Erbeinsetzung ja unproblematisch der Fall sein kann – keine solche Verwandtschaft zwischen Erblasser und Verzichtendem besteht.³ Hier ist die Frage nach einer analogen Anwendung des § 2349 BGB aufzuwerfen.⁴ Praktisch relevant wird dies insbesondere für den Fall, dass der Verzichtende nicht mit dem Erblasser, aber mit demjenigen, der die erbvertragliche Bindungswirkung herbeigeführt hatte (also dem anderen Teil des Erbvertrags oder gemeinschaftlichen Testaments), als Abkömmling oder Seitenverwandter verwandt ist, etwa als voreheliches Kind des vorverstorbenen Ehegatten des Erblassers. Genau über diesen Fall hatte das OLG Celle zu entscheiden.

3. Entscheidung

Das Gericht lehnt eine analoge Anwendung des § 2349 BGB ab. Der Gesetzgeber habe bei der Neufassung des § 2352 Satz 3 BGB lediglich den von § 2349 BGB erfassten Fall einer Verwandtschaft zum Erblasser geregelt. Dabei sei angesichts des offensichtlichen Unterschieds zwischen Erbverzicht und Zuwendungsverzicht ersichtlich gewesen, dass die Fälle, in denen keine solche Verwandtschaft zum Erblasser besteht, nicht erfasst würden. In diesen Fällen, insbesondere dem eines Stiefkindes, sei nicht allein der Wille des noch lebenden Verzichtsempfängers entscheidend, sondern müsse auch der Wille des vorverstorbenen Teils berücksichtigt werden, der eine erbvertragliche Bindung für Personen herbeigeführt hat, die mit dem anderen Teil nicht verwandt sind (sondern im Fall des Stiefkindes nur mit ihm).

4. Bewertung

Die Entscheidung des OLG Celle verkennt die gesetzgeberische Intention sowohl der Erweiterung des § 2352 Satz 3 BGB als auch des § 2349 BGB selbst. Durch die Aufnahme der Verweisung auf § 2349 BGB in § 2352 Satz 3 BGB wollte der Gesetzgeber dem „bestehenden praktischen Bedürfnis, den Zuwendungsverzicht auch auf die Abkömmlinge zu erstrecken“,⁵ Rechnung tragen. Dass eine Beschränkung auf Fälle gewollt war, in denen zwischen Erblasser und Verzichtendem ein Verwandtschaftsverhältnis im Sinne des § 2349 BGB besteht, lässt sich der Gesetzesbegründung gerade nicht

entnehmen. Das Ziel, die Testierfreiheit des Erblassers zu stärken,⁶ spricht ebenfalls für einen weiten Anwendungsbereich,⁷ insbesondere im Hinblick auf Stiefkinder, zielte doch die Erbrechtsreform insgesamt darauf, neueren gesellschaftlichen Entwicklungen, zu denen nicht zuletzt Patchwork-Familien zu zählen sind, gerecht zu werden.⁸ Unabhängig davon, inwieweit die Probleme der Verweisung auf § 2349 BGB im Rechtsausschuss behandelt wurden,⁹ spricht dies dafür, dass dem Gesetzgeber nicht bewusst war, dass der beschränkte Kreis der vom Wortlaut des § 2349 BGB erfassten Fälle dem Regelungszweck der Gesetzesänderung widerspricht.¹⁰

Darüber hinaus hat *Weidlich*¹¹ zutreffend auf die Entstehungsgeschichte des § 2349 BGB selbst hingewiesen, mit dem ermöglicht werden sollte, dass der Verzichtende – anders als etwa beim Wegfall aufgrund Ausschlagung¹² – durch Vertrag den ganzen Stamm von der Erbfolge ausschließen kann. Die tatbestandliche Einschränkung, dass der Verzichtende Abkömmling oder Seitenverwandter des Erblassers sein muss, erfolgte dabei, um in bestimmten Fällen die Erstreckungswirkung auszuschließen:¹³ Erstens würde sonst nämlich der Erbverzicht eines Ehegatten auch die gemeinsamen Abkömmlinge erfassen, obwohl diese eigenständig und nicht erst durch Wegfall des Ehegatten zu Erben berufen sind; zweitens sollte der Verzicht eines Vorfahren nicht zulasten der Geschwister des Erblassers gehen.

Eine analoge Anwendung von § 2349 BGB beim Zuwendungsverzicht muss deshalb für die Fälle, dass der Ehegatte oder ein Vorfahre des Erblassers oder des vorverstorbenen Teils verzichtet, ausscheiden.¹⁴ Dafür jedoch, darüber hinaus alle Fälle von der Erstreckungswirkung des Zuwendungsverzichts auszuschließen, bei denen der Verzichtende mit dem Erblasser nicht verwandt ist – Fälle also, die bei § 2349 BGB gar nicht zu bedenken waren, weil sie beim Erbverzicht nicht möglich sind –, ist ein sachlicher Grund nicht ersichtlich. Denn es mag zwar noch der Gedanke des OLG Celle nachvollziehbar sein, dass der erstversterbende Ehegatte dem überlebenden Ehegatten bei gemeinsamen Kindern eher freie Hand lassen wolle als bei Kindern, die nur mit ihm verwandt sind.¹⁵ Nur schwer nachvollziehbar ist aber, dass den Ab-

3 Staudinger/Schotten, Neub. 2022, § 2352 Rdnr. 75; MünchKomm-BGB/Wegerhoff, 9. Aufl. 2022, § 2352 Rdnr. 15.

4 § 2352 Satz 3 BGB erklärt die Vorschriften der §§ 2347 bis 2349 BGB gerade *nicht* für „entsprechend“ anwendbar, so dass nur eine echte Analogie in Betracht kommen kann.

5 BT-Drucks. 16/8954, S. 26.

6 Ebd.

7 *Weidlich*, ZEV 2023, 456, 457.

8 Vgl. BT-Drucks. 16/8954, S. 1 f.

9 Vgl. einerseits *Müller-Engels* in FS 25 Jahre DNotI, 2018, S. 677, 691; andererseits BeckOGK-BGB/Everts, Stand: 01.09.2023, § 2352 Rdnr. 32.

10 So auch Staudinger/Schotten, § 2352 Rdnr. 76.

11 ZEV 2023, 456, 457.

12 MünchKomm-BGB/Wegerhoff, § 2349 Rdnr. 1.

13 Vgl. zum Folgenden *Regler*, DNotZ 1970, 646, 648 f.

14 So auch Staudinger/Schotten, § 2352 Rdnr. 76.

15 *Weidlich*, ZEV 2023, 456, 457, weist zutr. darauf hin, dass dieser Gedanke aber keine Grundlage in der Gesetzesbegründung des § 2352 Satz 3 BGB findet.

kömmlingen einer gar nicht verwandten Person eine bessere Stellung eingeräumt werden sollte als den (gemeinsamen) Kindern.¹⁶

5. Praxisfolgen

Der Zuwendungsverzicht ist weiterhin „kein umfassendes Gestaltungsmittel“¹⁷ zur Korrektur der Nachlassplanung. Alternative bzw. ergänzende Gestaltungen sind möglich, aber ebenfalls unsicher.¹⁸ Mit Eintritt der erbvertraglichen Bindungswirkung ist also das Kind in den Brunnen gefallen und nur schwer wieder zu bergen. Solange der Gesetzgeber nicht den Brunnen sicherer gestaltet – soll heißen: die erbvertragliche Bindungswirkung reformiert¹⁹ –, bleibt nur die Möglichkeit, das Kind kautelarjuristisch nicht an den Brunnen heranzulassen. In diesem Sinne als Sicherheitshinweis zu verstehen ist die Empfehlung, in Verfügungen von Todes wegen für den Fall eines Zuwendungsverzichts den ersatzlosen Wegfall der vorgesehenen Ersatzerben festzulegen.²⁰

16 *Weidlich*, FamRZ 2010, 166, 170. Skurrilerweise behauptet das Gericht, in Fällen, in denen weder zum vorverstorbenen noch zum überlebenden Teil eine Verwandtschaft i. S. d. § 2349 BGB bestehe, werde eine analoge Anwendung „unstreitig“ abgelehnt, obwohl sich dies aus der vom Gericht zitierten Stelle bei Staudinger/Schotten, § 2352 Rdnr. 76, nicht ergibt und Schotten in der darauffolgenden Rdnr. sogar das vom Gericht genannte Beispiel eines Patenkindes ausdrücklich aufführt.

17 BeckOGK-BGB/Everts, § 2352 Rdnr. 33.

18 Ausführlich *Weidlich*, ZEV 2007, 463.

19 So die Forderung von *Everts*, ZEV 2010, 392, 396.

20 *Weidlich*, ZEV 2023, 456, 458; Formulierungsvorschlag bei MAH-Erbrecht/Spall, 6. Aufl. 2024, § 31 Rdnr. 82.

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

14. Kein Widerspruchsrecht des GmbH-Geschäftsführers gegen Eintragung von Geburtsdatum und Wohnort im Handelsregister

BGH, Beschluss vom 23.01.2024, II ZB 7/23 (Vorinstanz: OLG Celle, Beschluss vom 24.02.2023, 9 W 16/23)

DS-GVO Art. 17 Abs. 1, Art. 18 Abs. 1 lit. d, Art. 21 Abs. 1

GmbHG § 7 Abs. 1, § 10 Abs. 1

HGB § 9 Abs. 1, § 10 Abs. 1

HRV § 24 Abs. 1, § 43 Nr. 4 Satz 1 lit. b

LEITSÄTZE:

1. Der Geschäftsführer einer GmbH hat keinen Anspruch aus Art. 17 Abs. 1 DS-GVO auf Löschung seines Geburtsdatums und seines Wohnorts im Handelsregister.
2. Der Wohnort des Geschäftsführers einer GmbH ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

3. Ein Widerspruchsrecht gemäß Art. 21 Abs. 1 DS-GVO besteht nicht, wenn die Datenverarbeitung aufgrund von Art. 6 Abs. 1 lit. c DS-GVO zur Erfüllung einer rechtlichen Pflicht des Verantwortlichen erfolgt. Das gilt auch dann, wenn die Verarbeitung zugleich nach Art. 6 Abs. 1 lit. e DS-GVO erlaubt wäre. Auch ein Anspruch aus Art. 18 Abs. 1 lit. d DS-GVO auf Einschränkung der Verarbeitung besteht in diesem Fall nicht.

HINWEIS DER SCHRIFTLICHTUNG:

Diese Entscheidung ist abgedruckt in der DNotZ 2024, 449.

15. Zur Anmeldung eines Vereins mit gemeinnützigen Zwecken ohne finanzamtliche Bescheinigung

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 22.01.2024, 19 W 80/23 (Wx)

BGB § 57 Abs. 1, §§ 60, 79 Abs. 1

EStG § 10 b Abs. 1 Satz 1

FamFG § 15 Abs. 2 Satz 1, § 41 Abs. 1 Satz 2, § 65 Abs. 1

ZPO § 172 Abs. 1 Satz 1

LEITSATZ:

Die Anmeldung eines Vereins kann zurückgewiesen werden, wenn die Satzung auf die Verfolgung gemeinnütziger Zwecke im Sinne der Abgabenordnung verweist, ein dies anerkennender Bescheid des FA aber nicht vorliegt.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die in der Gründungsversammlung vom 20.07.2022 gewählte Vorsitzende und ihre zweite Stellvertreterin meldeten mit unterschrittsbeglaubigter Erklärung vom 19.08.2022 unter Beifügung von Gründungsprotokoll und Satzung den Verein zur Eintragung an. Die Satzung enthält in § 2 Abs. 1 den Hinweis, dass der Verein ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke im Sinne der AO verfolge. Eine finanzamtliche Bescheinigung über die (vorläufige) Anerkennung der Gemeinnützigkeit war nicht beigelegt.

2 Mit Schreiben vom 22.08.2022 beanstandete das Registergericht, dass es an einer vorläufigen Bescheinigung des FA über die Gemeinnützigkeit fehle; ferner wurden eine Satzungsregelung in § 13 Abs. 3 zur Einberufung der Mitgliederversammlung auf Minderheitenantrag und der – das Existenzrecht Israels in Frage stellende – Vereinsname beanstandet. Der Verein teilte daraufhin mit Schreiben vom 21.10.2022, dass er seinen Vereinsnamen beibehalten werde. Die Satzung sei in § 13 Abs. 3 geändert worden; hierzu wurde ein Protokoll „Orga Gruppe [...]“ vom 16.10.2022 beigelegt. An dieser Mitgliederversammlung nahmen 12 – nur mit ihrem Vornamen bezeichnete – Personen teil, unter denen jedenfalls nicht die in der Erstversammlung gewählte Vorsitzende war. Vom FA habe man bisher keine Rückmeldung erhalten, weshalb man die gerichtlichen Gebühren für die Eintragung selbst tragen werde. Das AG wies hierzu mit

Schreiben vom 26.10.2022 darauf hin, dass die Mitgliederversammlung vom 16.10.2022 nicht fristgerecht einberufen worden sei; die Regelungen in § 2 und § 15 der Satzung bedürften wegen der fehlenden Anerkennung der Gemeinnützigkeit der Änderung. Für den Verein meldete sich daraufhin deren Verfahrensbevollmächtigter, der mitteilte, eine Satzungsänderung zu der Frage der Gemeinnützigkeit sei nicht beabsichtigt; es sei die Entscheidung des FA abzuwarten. Es gebe keinen Grund, warum die Gemeinnützigkeit nicht zuerkannt werden könnte. Eingereicht wurde außerdem das Protokoll einer Mitgliederversammlung vom 12.02.2023; in dieser wurde erneut die Änderung von § 13 Abs. 3 der Satzung, nicht aber weiterer Satzungsbestimmungen beschlossen.

3 Mit Beschluss vom 13.09.2023 wies das Registergericht den Eintragungsantrag zurück. Die Satzung sei zu beanstanden, weil sie auf eine – tatsächlich weder vorläufig noch endgültig bestätigte – Gemeinnützigkeit Bezug nehme. Ferner verweise die Satzung noch auf das Datum einer nicht formgerecht abgehaltenen Mitgliederversammlung. Entsprechende Monierungen seien ohne Erfolg geblieben. Die Entscheidung wurde am 13.09.2023 an den Verein gegen Postzustellungsurkunde und gegen Empfangsbekanntnis an deren Verfahrensbevollmächtigten herausgegeben. Ein Empfangsbekanntnis des Verfahrensbevollmächtigten ist nicht zu den Akten gelangt; die Zustellung an den Verein ist ausweislich der Zustellungsurkunde am 15.09.2023 erfolgt. Gegen diese Entscheidung richtet sich die am 16.10.2023 durch den Verfahrensbevollmächtigten eingereichte Beschwerde; eine – zunächst angekündigte – Begründung des Rechtsmittels ist nicht erfolgt. Das AG hat der Beschwerde nicht abgeholfen. Die Beschwerde sei verspätet eingelegt. Zwar sei mangels Empfangsbekanntnis nicht bekannt, wann dem Verfahrensbevollmächtigten der Beschluss zugestellt worden sei. Da jedoch die Anschrift des Vereins mit derjenigen des Anwalts übereinstimme, sei davon auszugehen, dass dieser den Beschluss – wie in der Zustellungsurkunde des Vereins angegeben – am 15.09.2023 erhalten habe. In der Sache sei die Beschwerde nicht begründet, weil die Regelungen zum Vereinszweck und zum Datum der satzungsändernden Mitgliederversammlung nicht geändert worden seien.

4 Während des Beschwerdeverfahrens hat das FA M mitgeteilt, dass der Antrag auf Anerkennung der Gemeinnützigkeit am 14.12.2023 zurückgewiesen worden sei. Der hierzu angehörte Verein hat keine Stellungnahme abgegeben.

5 II. Die nach § 58 FamFG i. V. m. § 11 RPfIG zulässige Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg.

6 A. 1. Es ist allerdings – entgegen der vom AG vertretenen Auffassung – von einer fristgerechten Beschwerdeeinlegung auszugehen. Der angefochtene Beschluss war, da er dem erklärten Willen der Beteiligten nicht entsprach, gemäß § 41 Abs. 1 Satz 2 FamFG zuzustellen, wobei sich die Zustellung gemäß § 15 Abs. 2 Satz 1 FamFG nach den §§ 166 ff. ZPO richtet. Das hat zur Folge, dass die Zustellung in einem anhängigen Verfahren an den für den Rechtszug bestellten Prozessbevollmächtigten zu erfolgen hat, § 172 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Die Zustellung an Prozessbevollmächtig-

te erfolgt grundsätzlich gegen Empfangsbekanntnis, § 175 Abs. 1 ZPO. Ein solches Empfangsbekanntnis ist hier nicht abgegeben worden; das AG hätte daher – da auch eine Anmahnung des Empfangsbekanntnisses erfolglos geblieben ist – eine Zustellung an den Verfahrensbevollmächtigten gegen Zustellungsurkunde bewirken müssen. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Anschrittentidentität zwischen Verein und Verfahrensbevollmächtigten die Annahme rechtfertigt, dass diesem die an ihn gerichtete Sendung an demselben Tage zugegangen ist, was zwar nicht fernliegt, aber wegen möglicher Störungen im Postlauf keineswegs zwingend erscheint. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH genügt für die Wirksamkeit einer in dieser Form vorgenommenen Zustellung jedenfalls nicht der tatsächliche Zugang des Schriftstücks. Hinzukommen muss vielmehr die Äußerung des Willens, das zur Empfangnahme angebotene Schriftstück dem Angebot entsprechend als zugestellt entgegenzunehmen (BGH, NJW 2011, 3581 Rdnr. 16). Dass ein solcher Empfangswille hier (bereits) am 15.09.2023 vorlag, ist nicht festgestellt.

7 2. Dass die Beschwerde weder in der Rechtsmittelschrift selbst noch später mit Gründen versehen ist, steht der Zulässigkeit nicht entgegen. Zwar sieht § 65 Abs. 1 FamFG vor, dass die Beschwerde mit Gründen versehen werden soll; bei ihrem Fehlen darf sie indes nicht (allein) aus diesem Grunde verworfen werden (BeckOK-FamFG/*Obermann*, Stand: 01.11.2023, § 65 Rdnr. 2 m. w. N.).

8 B. In der Sache bleibt das Rechtsmittel ohne Erfolg. Das AG hat die Anmeldung nach § 60 BGB zu Recht zurückgewiesen.

1. Eine Vereinsanmeldung kann zurückgewiesen werden, wenn die in §§ 56 bis 59 BGB genannten Bestimmungen verletzt sind oder andere Vorschriften des zwingenden öffentlichen oder privaten Vereinsrechts verletzt sind. Alle Rechtsverhältnisse des Vereins müssen in der Satzung ohne Gesetzesverstoß geregelt sein. Es kommt nicht darauf an, ob die verletzte Vorschrift eine Soll- oder Mussvorschrift ist (jurisPK-BGB/D. U. *Otto*, 10. Aufl., § 60 Rdnr. 2).

2. Zu den in § 57 Abs. 1 geregelten Mindestanforderungen an die Vereinssatzung gehört es, dass diese den Vereinszweck wiedergibt. Die Vorschrift dient – neben der Ermöglichung der Vereinsaufsicht – auch dem Verkehrsschutz (MünchKomm-BGB/*Leuschner*, 9. Aufl., § 57 Rdnr. 1). Wer daher von dem in § 79 Abs. 1 BGB einschränkungslos gewährten Recht auf Einsicht in das Vereinsregister und die eingereichten Unterlagen Gebrauch macht, muss aus der Satzung ein zutreffendes Bild von den Verhältnissen des Vereins gewinnen können. Dazu gehört für potenzielle Spender auch die Information, ob ein Verein gemeinnützige Zwecke verfolgt und dies von der zuständigen Finanzbehörde anerkannt ist; hiervon hängt nämlich ab, ob die Spende nach § 10b Abs. 1 Satz 1 EStG steuermindernd geltend gemacht werden kann. Hier enthält die Satzung des Vereins zwar nicht die ausdrückliche Behauptung, dass die Gemeinnützigkeit des Vereins vom FA anerkannt worden sei. Der in § 2 enthaltene Hinweis, dass der Verein ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke im Sinne der

AO verfolge, erweckt aber den Eindruck einer solchen Anerkennung und ist daher geeignet, bei Dritten einen entsprechenden Eindruck einer Anerkennung zu erwecken. Eine solche ist aber tatsächlich nicht erfolgt; der entsprechende Antrag ist – wie das FA mitgeteilt hat – zurückgewiesen worden. Dass gegen den entsprechenden Bescheid Einspruch (§ 347 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO) eingelegt worden ist oder dies noch innerhalb der Einspruchsfrist (§ 355 Abs. 1 Satz 1 AO) beabsichtigt sei, hat der zu der Mitteilung des FA angehörte Verein nicht geltend gemacht. Unabhängig davon kann die Eintragung des Vereins jedenfalls nicht erfolgen, solange über einen etwaigen Widerspruch nicht im Sinne des Vereins entschieden ist.

3. Es kann daher offenbleiben, ob das Gebot zutreffender Darstellung der Verhältnisse auch – wie vom AG angenommen – deshalb verletzt ist, weil die Satzung das Datum der (wirksamen) Beschlussfassung über die Satzungsänderung falsch angibt.

3. Ob darüber hinaus – wie im ursprünglichen Beanstandungsschreiben des Registergerichts ausgeführt – der Name des Vereins unzulässig ist, bedarf vor diesem Hintergrund ebenfalls keiner Vertiefung.

(...)

16. Zur Notwendigkeit einer vorliegenden Schlussbilanz des übertragenden Rechtsträgers

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.01.2024, 3 Wx 181/23

UmwG § 17 Abs. 2 Satz 1 und 4

LEITSÄTZE:

1. Die Verschmelzung einer GmbH kann nur dann im Handelsregister eingetragen werden, wenn eine im Zeitpunkt der Handelsregisteranmeldung bereits existente Schlussbilanz des zu übertragenden Rechtsträgers vorliegt. Ob die Bilanz dem Registergericht bereits mit der Anmeldung vorgelegt oder nachgereicht wird, ist unerheblich.
2. Eine Schlussbilanz, die erst nach der Handelsregisteranmeldung erstellt worden ist, erfüllt die Voraussetzungen des § 17 Abs. 2 Satz 1 und 4 UmwG nicht.

(...)

17. Keine analoge Anwendung des § 179a AktG auf eine Publikums-KG im Falle der Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens

OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 12.09.2023, 5 U 116/22

AktG § 179 Abs. 2 Satz 1, § 179a Abs. 1 Satz 1

HGB §§ 119, 161 Abs. 2

LEITSATZ:

§ 179a AktG ist nicht analog auf eine Publikums-KG anwendbar, wenn die Gesellschafter der Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens zustimmen müssen.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Parteien streiten um das Zustandekommen und die Nichtigkeit eines Gesellschafterbeschlusses.

2 Die Beklagte ist eine Publikums-KG, deren Gesellschaftskapital sich auf € 37.324.307,77 beläuft. Ihr Gesellschaftsgegenstand ist ausweislich § 3 des Gesellschaftsvertrags der Erwerb, die Bebauung, Vermietung, Verpachtung und Verwaltung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, insbesondere die Errichtung von Verwaltungsgebäuden in Stadt 1 im Rahmen einer Miteigentümergeinschaft nach WEG und deren langfristige Vermietung. Sie hält als einzige Immobilie eine mit einem Bürogebäude bebaute und von ihr vermietete Liegenschaft in Stadt 1, das sog. „Finanzzentrum Stadt 1“. Geschäftsführungs- und vertretungsberechtigt sind die Komplementäre A mbH und Herr B.

3 Der Kläger ist mit Anteilen in Höhe von € 102.258,38 Kommanditist der Beklagten.

4 In § 10 Ziffer 4 des Gesellschaftsvertrags der Beklagten heißt es:

„Zu den folgenden Geschäften bedürfen die persönlich haftenden Gesellschafter der Zustimmung der Gesellschafterversammlung:

[...]

b) Erwerb und Veräußerung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten;

[...]

f) Eingehen von Rechtsgeschäften und Vornahme von Rechtshandlungen, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb des Unternehmens hinausgehen oder für die Gesellschaft von besonderer Bedeutung sind.“

5 In § 11 Ziffer 7 des Gesellschaftsvertrags ist geregelt:

„Die Gesellschafter beschließen über die im Gesetz zwingend vorgesehenen und in diesem Vertrag bestimmten Fälle. Die Gesellschafter sind insbesondere zuständig für folgende Beschlussfassungen:

a) Zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäfte gemäß § 10 Ziffer 4 dieses Vertrages,

[...]

- f) Änderungen des Gesellschaftsvertrages,
- g) Änderungen oder Abweichungen vom Investitionsplan,
- [...]
- j) Auflösung der Gesellschaft.“

6 § 11 Ziffer 10 des Gesellschaftsvertrags lautet:

„Alle Beschlüsse bedürfen der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen, soweit nicht durch Gesetz oder in diesem Vertrag etwas anderes bestimmt ist. [...] Beschlüsse zu § 11 Ziffer 7 f) bis h) und j) bedürfen einer Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen.“

7 Nach § 11 Ziffer 2 des Gesellschaftsvertrags findet auf Antrag von Gesellschaftern, die mindestens 10 % des Gesellschaftskapitals vertreten, eine außerordentliche Gesellschafterversammlung statt.

8 § 24 Ziffer 1 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags sieht vor, dass die Gesellschaft durch Beschluss der Gesellschafterversammlung, der einer Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen bedarf, aufgelöst werden kann.

9 Wegen des weiteren Inhalts des Gesellschaftsvertrags wird auf die Anlage 2 (...) Bezug genommen.

10 Mit Schreiben vom 09.12.2019 (...) übersandte die geschäftsführende Komplementär-GmbH dem Kläger und den übrigen Gesellschaftern eine Beschlussvorlage zur Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren. Beschlussgegenstand war die Zustimmung zur vorzeitigen Veräußerung sämtlicher Miteigentumsanteile der Beklagten an der Fondsimmoblie. Das Schreiben enthält auf S. 5 eine Rückflussbetrachtung. In dieser heißt es:

„Es ist geplant, den Liquiditätszufluss nach Kaufpreiszahlung in drei Tranchen an die Anleger auszuzahlen. Die erste große Tranche soll zeitnah nach Kaufpreiseingang auf dem Konto der Fondsgesellschaft und Liquidationsbeschluss unter Berücksichtigung der Bildung entsprechender Reserven für Kosten der Liquidation der Fondsgesellschaft ausgezahlt werden (voraussichtlich 2./3. Quartal 2020). Die zweite Tranche erfolgt nach Ablauf aller kaufvertraglichen und sonstigen Haftungen (voraussichtlich im 2. Quartal 2021). Die dritte und letzte Tranche erfolgt nach vollständiger Schlussliquidation der Gesellschaft, einhergehend mit der Löschung aus dem Handelsregister.“

11 Der Kläger stimmte gegen den Beschluss. Mit Schreiben vom 16.01.2020 teilte die geschäftsführende Komplementär-GmbH mit, dass bei einer Beteiligung von 67,86 % aller Stimmen dem schriftlichen Verfahren 59,31 % der stimmberechtigten Gesellschafter und der vorzeitigen Veräußerung der Fondsimmoblie 79,01 % der abgegebenen Stimmen zugestimmt hätten, weshalb der Beschlussvorschlag angenommen worden sei.

12 Am 24.01.2020 wurde zu UR-Nr. (...) des Notars (...) in Stadt 2 (...) ein Grundstückskaufvertrag zwischen der Beklagten einerseits und der S-Bank sowie der Landesbank T andererseits beurkundet. Dieser stand unter anderem unter

der aufschiebenden Bedingung eines Gesellschafterbeschlusses der Beklagten, mit dem der Veräußerung des Grundbesitzes zugestimmt würde.

13 Mit Schreiben vom 19.02.2020 nebst Anlagen (...) übersandte die geschäftsführende Komplementär-GmbH diesen Kaufvertrag und einen weiteren Beschlussantrag, mit dem die Gesellschafter im schriftlichen Umlaufverfahren über die Zustimmung zum abgeschlossenen Kaufvertrag beschließen sollten. Dem Schreiben beigegeben ist eine Anlage 3 (...), die eine Prognose des Veräußerungsvorgangs einschließlich der Kosten bis zur Liquidation der Fondsgesellschaft enthält und auch eine Liquidationsgebühr vorsieht.

14 Der Kläger stimmte gegen den Beschluss. Mit Schreiben vom 02.04.2020 (...) erklärte die geschäftsführende Komplementär-GmbH, bei einer Beteiligung von 74,46 % aller Stimmen hätten dem schriftlichen Verfahren 58,09 % der stimmberechtigten Gesellschafter und dem Vertrag zur Veräußerung der Fondsimmoblie 67,01 % der abgegebenen Stimmen zugestimmt, weshalb der Beschlussvorschlag angenommen worden sei.

15 Gegen diese beiden Beschlüsse geht eine Kommandistin im Klageweg vor. Das LG Frankfurt a. M. stellte mit Urteil vom 05.02.2021, Az. 3-13 O 25/20, die Nichtigkeit der beiden Beschlüsse fest, da diese nicht im schriftlichen Verfahren hätten gefasst werden dürfen. Die hiergegen von der Beklagten eingelegte Berufung ist vor dem Senat anhängig.

16 Daraufhin berief die Beklagte eine Gesellschafterversammlung für den 23.04.2021 ein und stellte die Genehmigung des Verkaufs der Fondsimmoblie zur Abstimmung. Der diesbezügliche Beschlussantrag war inhaltsidentisch mit demjenigen, der mit Schreiben vom 02.04.2020 zur Abstimmung gestellt worden war. Dem Einladungsschreiben zur Gesellschafterversammlung war eine Anlage „Informationen zum Verkauf der Fondsimmoblie“ (...) beigegeben. In dieser ist unter Ziffer 3 (...) ausgeführt, dass bei einer Zustimmung zum Kaufvertrag über die Immobilie und bei einer Nichtanfechtung des Beschlusses mit einer Schlusszahlung von voraussichtlich 41 % bezogen auf das eingesetzte Eigenkapital zu rechnen sei. Die dem Schreiben ebenfalls beigegebene aktualisierte Prognoserechnung sieht eine Liquidationsgebühr vor.

17 In der Gesellschafterversammlung am 23.04.2021 stimmte der Kläger gegen den Beschluss. Dieser wurde mit einer für die Genehmigung stimmenden Mehrheit von 67,21 % der Stimmen getroffen.

18 Der Kläger hat die Auffassung vertreten, dass der Beschluss in der Gesellschafterversammlung vom 23.04.2021 nicht wirksam zustande gekommen sei, da er einer Mehrheit von 75 % bedürft hätte.

19 Mit der Veräußerung der einzigen Fondsimmoblie sei die Auflösung der Gesellschaft verbunden. Dies löse das qualifizierte Mehrheitserfordernis nach § 24 Ziff 1. Satz 1 des Gesellschaftsvertrags bzw. § 11 Ziffer 7 lit. j) i. V. m. § 11 Ziffer 10 Satz 3 des Gesellschaftsvertrags aus.

20 Zudem führe die Veräußerung der Immobilie zu einer Änderung des Gesellschaftszwecks, was eine Änderung des Gesellschaftsvertrags erfordere. Auch hierfür sei nach § 11 Ziffer 7 lit. f) i. V. m. § 11 Ziffer 10 Satz 3 des Gesellschaftsvertrags eine Stimmmehrheit von 75 % erforderlich.

21 Die Beklagte habe bereits im Sommer 2019 die interne Entscheidung getroffen, die werbende Tätigkeit mit der beabsichtigten Veräußerung der Immobilie und Aufhebung des Mietvertrags zu beenden und in die Abwicklung der Gesellschaft einzutreten. Dies lasse sich aus den Erläuterungen zu den Beschlüssen, die im schriftlichen Umlaufverfahren getroffen worden seien, entnehmen. Insbesondere sei eine Liquidationsgebühr vorgesehen worden. Die angekündigte Auskehrung des nach Abzug von Verbindlichkeiten verbleibenden Veräußerungserlöses und damit des Gesellschaftsvermögens stelle als vorweggenommene Auseinandersetzung eine Auflösung der Beklagten dar.

22 Jedenfalls ergebe sich aus einer analogen Anwendung von § 179 a Abs. 1 S. 1 AktG i. V. m. § 179 Abs. 2 S. 1 AktG, dass der streitgegenständliche Beschluss einer Mehrheit von 75 % bedürftig habe.

23 Der Kläger hat beantragt, festzustellen, dass der auf der Gesellschafterversammlung vom 23.04.2021 mit einer Mehrheit von 67,21 % der Stimmen getroffene Beschluss der Beklagten, wonach „der Abschluss des Kaufvertrages gemäß der UR-Nr. (...) des Notars (...) in Stadt 2 vom 24.01.2020 zwischen der Fondsgesellschaft als Verkäuferin und der Landesbank T sowie der S-Bank als Käuferinnen der Fondsimmoblie („Kaufvertrag“) vorbehaltlos und vollinhaltlich genehmigt wird“, nicht wirksam zustande gekommen ist, hilfsweise hierzu festzustellen, dass der auf der Gesellschafterversammlung vom 23.04.2021 mit einer Mehrheit von 67,21 % der Stimmen getroffene Beschluss der Beklagten, wonach „der Abschluss des Kaufvertrages gemäß der UR-Nr. (...) des Notars (...) in Stadt 2 vom 24.01.2020 zwischen der Fondsgesellschaft als Verkäuferin und der Landesbank T sowie der S-Bank als Käuferinnen der Fondsimmoblie („Kaufvertrag“) vorbehaltlos und vollinhaltlich genehmigt wird“, nichtig ist.

24 Die Beklagte hat die Abweisung der Klage verfolgt. Der Gesellschafterbeschluss sei mit der erforderlichen einfachen Mehrheit gefasst worden. Dies ergebe sich aus § 11 Ziffer 4 lit. b) i. V. m. § 11 Ziffer 7 lit. a) i. V. m. § 11 Ziffer 10 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags.

25 Das LG hat mit am 24.06.2022 verkündetem Urteil die Klage abgewiesen.

26 Zur Begründung hat es ausgeführt, in Zusammenschau der § 11 Ziffer 4 lit. b) i. V. m. § 11 Ziffer 7 lit. a) i. V. m. § 11 Ziffer 10 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags ergebe sich, dass eine einfache Mehrheit für die Zustimmung zur Veräußerung eines Grundstücks hinreichend sei.

27 Das Mehrheitserfordernis von 75 % wegen der Auflösung der Gesellschaft nach § 24 Ziff 1. Satz 1 des Gesellschaftsvertrags bzw. § 11 Ziffer 7 lit. j) i. V. m. § 11 Ziffer 10 Satz 3 des Gesellschaftsvertrags greife nicht. Die Gesellschafter hätten nicht über die Auflösung der Beklagten be-

schlossen, sondern den Verkauf der Fondsimmoblie genehmigt. Nach § 3 Ziffer 1 des Gesellschaftsvertrags sei Gegenstand der Gesellschaft der Erwerb, die Bebauung, Vermietung, Verpachtung und Verwaltung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten. Die Errichtung von Verwaltungsgebäuden sei nur „insbesondere“ genannt. Der Beklagten bleibe es unbenommen, mit dem Veräußerungserlös ein weiteres Gebäude zu erwerben und einen entsprechenden Beschluss zu fassen. Deshalb hätten die Gesellschafter mit dem streitgegenständlichen Gesellschafterbeschluss auch nicht die Auflösung der Gesellschaft beschlossen. Eine interne Entscheidung der Geschäftsführung der Beklagten im Sommer 2019, in die Abwicklung einzutreten, sei rechtlich nicht relevant, weil hierüber die Gesellschafterversammlung zu entscheiden habe. Insofern bedürfte es eines gesonderten Gesellschafterbeschlusses.

28 § 179a AktG sei nicht analog anzuwenden. Der BGH habe mit Urteil vom 15.02.2022, II ZR 235/20, NJW 2022, 1878, die analoge Anwendbarkeit von § 179a AktG auf eine KG abgelehnt, jedoch offengelassen, ob die Norm auf eine Publikums-KG anzuwenden sei. Er habe dies jedoch nur auf solche Publikums-personengesellschaften bezogen, die in ihrer Struktur einer Aktiengesellschaft angenähert und bei der die Einwirkungsmöglichkeiten des Kommanditisten denjenigen eines Aktionärs vergleichbar gering seien. Es sei jedoch nicht ersichtlich, dass die Beklagte eine Publikums-KG in diesem Sinn sei. Nach § 10 Ziffer 4 lit. f) des Gesellschaftsvertrags benötigten die persönlich haftenden Gesellschafter stets die Zustimmung der Gesellschafter zu Fragen der Geschäftsführung, wenn ein Geschäft über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehe. Die Einflussmöglichkeiten der Gesellschafter seien daher in der Beklagten stärker ausgeprägt als diejenigen von Aktionären, was eine geringere Schutzbedürftigkeit zur Folge habe.

29 Wegen der weiteren Einzelheiten der landgerichtlichen Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils (...) verwiesen.

30 Hiergegen richtet sich die klägerische Berufung.

31 Mit ihr macht der Kläger geltend, der Gegenstand der Gesellschaft erfasse gerade nicht die Veräußerung von Grundstücken, weshalb mit der Veräußerung der letzten verbliebenen Fondsimmoblie eine Änderung des Unternehmensgegenstandes einhergehe. Denn der Verkauf von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten sei nicht in § 3 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags als Gesellschaftsgegenstand genannt. Zur Ermöglichung der Veräußerung hätte es deshalb einer Änderung des Gesellschaftsvertrags mit einer Mehrheit von 75 % gemäß § 11 Abs. 7 lit. f) i. V. m. § 11 Abs. 10 Satz 3 des Gesellschaftsvertrags bedurft.

32 Selbst wenn man dies anders sehe, fehle es im Gesellschaftsvertrag an einer ausdrücklichen Regelung, welche Beschlussmehrheit für die Veräußerung von Grundstücken notwendig sei. Der Gesellschaftsvertrag sei dahin gehend auszulegen, dass eine Mehrheit von 75 % erforderlich sei, wie das OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.11.2017, I-6 U 225/16, NZG 2018, 297, in einem vergleichbar gelagerten Sachverhalt entschieden habe.

33 Bei der Auslegung des Gesellschaftsvertrags sei nach der Entscheidung BGH, Urteil vom 27.11.2000, II ZR 218/00, NJW 2001, 1270, 1271, der Emissionsprospekt in den Blick zu nehmen. Aus der für den Beitritt zur Beklagten verwendeten, vorformulierten Beitrittserklärung ergebe sich, dass neben dem Gesellschaftsvertrag auch der Emissionsprospekt Vertragsbestandteil geworden sei. Der Anleger bestätige nämlich, vom Inhalt des Emissionsprospekts in vollem Umfang Kenntnis genommen und ein Exemplar erhalten zu haben. Im Emissionsprospekt, S. 31 (...), sei ausdrücklich ausgeführt, dass der Erwerb und die Veräußerung von Immobilien einer Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen bedürften. Dies sei eine ergänzende Klarstellung des Gesellschaftsvertrags.

34 Zudem sei zu bedenken, dass der Gesellschaftsvertrag für die Änderung des Gesellschaftsvertrags, für Änderungen oder Abweichungen vom Investitionsplan, für den Ausschluss von Gesellschaftern und für die Auflösung der Gesellschaft eine Mehrheit von 75 % verlange. Die Veräußerung des einzigen Vermögensgegenstandes müsse aufgrund ihrer Bedeutung desselben Quorums bedürfen, wie sich aus OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.11.2017, I-6 U 225/16, NZG 2018, 297, 299 f. Rdnr. 33, ergebe. Insbesondere der Vergleich zwischen der Abweichung vom Investitionsplan mit der Veräußerung der letzten verbliebenen Immobilie zeige, dass für die Veräußerung eine qualifizierte Mehrheit von 75 % erforderlich sein müsse.

35 Zudem hätten die Gesellschafter mit dem Veräußerungsbeschluss konkludent über die Auflösung der Gesellschaft entschieden, weshalb nach § 11 Ziffer 7 lit. j) i. V. m. § 11 Ziffer 10 Satz 3 des Gesellschaftsvertrags eine Mehrheit von 75 % nötig sei.

36 Je nach Einzelfall könne in einem Beschluss über die Veräußerung des letzten Fondsgrundstücks konkludent ein Beschluss über die Liquidation der Gesellschaft zu sehen sein, wie das OLG München, Beschluss vom 08.05.2019, 7 W 467/19 (...), entschieden habe. Für einen konkludenten Auflösungsbeschluss spreche, dass anlässlich der Gesellschafterversammlung vom 23.04.2021 die Auflösung der Gesellschaft nicht als weiterer Tagesordnungspunkt zur Abstimmung gestellt worden sei. Da im schriftlichen Beschlussverfahren, das mit Schreiben vom 02.04.2020 eingeleitet worden sei, nur eine Mehrheit von 67,01 % für die Veräußerung votiert habe, habe die Geschäftsführung damit rechnen müssen, dass eine 75 %-Mehrheit für die Liquidation nicht zustande kommen werde. Deshalb habe sie pflichtwidrig darauf verzichtet, über die Liquidation abstimmen zu lassen. Dies zwingt zur rechtlichen Wertung, dass die Gesellschafter mit der Veräußerung konkludent über die Auflösung der Gesellschaft mitentschieden hätten.

37 Anhaltspunkte für eine Absicht, die Gesellschaft fortzuführen, hätten nicht bestanden. Aus der Anlage zum Einladungsschreiben vom 17.03.2021 „Informationen zum Verkauf der Fondsimmoblie“, Ziffer 3 (...), lasse sich ersehen, dass eine Schlusszahlung geplant gewesen sei. Die dem Schreiben ebenfalls beigegebene aktualisierte Prognoserechnung sehe die Liquidationsgebühr vor. Hieraus ergebe sich, dass die Geschäftsführung der Beklagten mit dem

Veräußerungsbeschluss konkludent auch die Auflösung der Gesellschaft zur Abstimmung gestellt habe.

38 Zudem sei es der Beklagten aus Rechtsgründen, nämlich wegen § 353 Abs. 2 KAGB, nicht möglich, in ihrer jetzigen Struktur eine weitere Immobilie zu erwerben. Wollte sie dies tun, müsse sie in ein reguliertes Alternatives Investmentvermögen überführt werden. Eine solche Strukturmaßnahme habe satzungsändernden Charakter und bedürfte deshalb einer Mehrheit von 75 %.

39 Zudem seien §§ 179a, 179 AktG analog anzuwenden. Da der Gesellschaftsvertrag einen Zustimmungsvorbehalt der Gesellschafterversammlung vorsehe, stelle sich nur die Frage, ob das in § 179 Abs. 2 Satz 1 AktG festgeschriebene Mehrheitserfordernis analog angewendet werden müsse. Diese sei zu bejahen, weil Anleger einer Publikumskommanditgesellschaft im Gegensatz zur gesetzestypischen Personengesellschaft regelmäßig einen vorformulierten Gesellschaftsvertrag vorfinden, auf den sie keinen mitgestaltenden Einfluss ausüben könnten. Der Gesetzgeber sei von einem Aushandeln des Gesellschaftsvertrags in der Kommanditgesellschaft ausgegangen. Bei Publikumskommanditgesellschaften sei dies indes nicht der Fall. Daher müssten aus Gründen des Anlegerschutzes die kapitalgesellschaftlichen Mindestquoren Anwendung finden.

40 Der Kläger beantragt, unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils festzustellen, dass der auf der Gesellschafterversammlung vom 23.04.2021 mit einer Mehrheit von 67,21 % der Stimmen getroffene Beschluss der Beklagten, wonach „der Abschluss des Kaufvertrages gemäß der UR-Nr. (...) des Notars (...) in Stadt 2 vom 24.01.2020 zwischen der Fondsgesellschaft als Verkäuferin und der Landesbank T sowie der S-Bank als Käuferinnen der Fondsimmoblie („Kaufvertrag“) vorbehaltlos und vollinhaltlich genehmigt wird“, nicht wirksam zustande gekommen ist, hilfsweise hierzu festzustellen, dass der auf der Gesellschafterversammlung vom 23.04.2021 mit einer Mehrheit von 67,21 % der Stimmen getroffene Beschluss der Beklagten, wonach „der Abschluss des Kaufvertrages gemäß der UR-Nr. (...) des Notars (...) in Stadt 2 vom 24.01.2020 zwischen der Fondsgesellschaft als Verkäuferin und der Landesbank T sowie der S-Bank als Käuferinnen der Fondsimmoblie („Kaufvertrag“) vorbehaltlos und vollinhaltlich genehmigt wird“, nichtig ist.

41 Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

42 Sie verteidigt das landgerichtliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags.

43 Insbesondere macht sie geltend, dass § 11 Abs. 10 Satz 1 und 3 i. V. m. § 10 Abs. 4 lit. b) und § 11 Abs. 7 lit. a) des Gesellschaftsvertrags ausdrücklich eine einfache Mehrheit für die Veräußerung einer Immobilie genügen lasse. Der vorliegende Sachverhalt sei daher ein anderer als derjenige, in welchem das OLG Düsseldorf, NZG 2018, 297, obiter das Erfordernis einer Mehrheit von 75 % zur Veräußerung einer Fondsimmoblie angenommen habe. Raum für eine Auslegung sei vorliegend nicht.

44 Aus dem Umstand, dass für eine Änderung oder Abweichung vom Investitionsplan eine Mehrheit von 75 % erforderlich sei, lasse sich nicht ableiten, dass für die Veräußerung der Immobilie eine ebensolche Mehrheit erreicht werden müsse. Die zu Beginn beigetretenen Gesellschafter hätten ihre ursprüngliche Investitionsentscheidung im Vertrauen auf den Investitionsplan getroffen. Die qualifizierte Mehrheit zu Änderung dieses Planes habe den Schutz dieses besonderen Vertrauens im Blick gehabt. Die Veräußerung einer Immobilie sei keine Abweichung vom zu erwartenden Verlauf einer Gesellschaft wie der Beklagten. Vorgaben im Investitionsplan fänden sich insofern nicht.

45 Durch den Gesellschaftsvertrag sei in Abweichung vom Einstimmigkeitserfordernis nach § 119 Abs. 1 HGB festgelegt worden, dass eine einfache Mehrheit zur Veräußerung einer Immobilie hinreiche. Dies ergebe sich aus § 11 Abs. 10 Satz 1 und 3 i. V. m. § 10 Abs. 4 lit. b) und § 11 Abs. 7 lit. a) des Gesellschaftsvertrags. Dies sei zulässig und lasse sich nicht mit dem Argument des Minderheitenschutzes relativieren.

46 Der Beteiligungsprospekt könne nach BGH, Urteil vom 09.06.2015, II ZR 420/13, NZG 2015, 995, 998 Rdnr. 31 zur Auslegung des Gesellschaftsvertrags nur herangezogen werden, wenn der Gesellschaftsvertrag auf ihn verweise. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Zudem habe sich der Kläger nicht auf Grundlage des Prospekts oder der Beitrittsvereinbarung beteiligt. Er habe die Beteiligung im Jahr 2019 über den Zweitmarkt erworben.

47 Eine Änderung des Gesellschaftszwecks oder eine Auflösung der Beklagten sei mit der Veräußerung der Immobilie nicht verbunden. Der Wortlaut des Beschlusses vom 23.04.2021 enthalte keinen Anhaltspunkt für eine Entscheidung über eine Auflösung.

48 Aus obergerichtlicher Rechtsprechung, insbesondere auch aus dem Beschluss des Senats vom 08.03.2019, 5 U 102/18, ergebe sich, dass die Veräußerung der letzten Fondsimmobilie einer Publikums-KG nicht deren Auflösung zur Folge habe. Auch das OLG München, Beschluss vom 08.05.2019, 7 W 467/19 (...), habe es nur als abstrakt diskutabel bezeichnet, in einem Beschluss über die Veräußerung des letzten Fondsgrundstücks zugleich konkludent einen Beschluss über die Liquidation der Gesellschaft zu erblicken. Auch nach dieser Entscheidung komme es auf den Einzelfall an. Eine Pflicht zur Abstimmung über die Liquidation der Gesellschaft habe am 23.04.2021 nicht bestanden.

49 Im Einladungsschreiben zur Gesellschafterversammlung (...) heiße es, dass bei Nichtanfechtung des Beschlusses über die Genehmigung des Kaufvertrags zügig über die Erlösverwendung und Auszahlungen entschieden werden könne. Es sei damit ausdrücklich auf das Erfordernis einer weiteren Beschlussfassung hingewiesen worden.

50 Die Beklagte verfüge über ein Bankguthaben von rund € 18.800.000 und könne damit ihren Gesellschaftszweck unproblematisch weiterhin verfolgen, sei hieran jedoch aufgrund der Rechtsstreite um die Wirksamkeit der Beschlüsse vom 10.01.2020, vom 20.03.2020 und vom 23.04.2021 aus Gründen kaufmännischer Vorsicht gehindert. Der Ge-

sellschaftszweck sei nicht auf eine bestimmte Immobilie beschränkt. Unter dem Aspekt der Verwaltung einer Immobilie sei auch deren Veräußerung erfasst. Nach § 10 Abs. 4 lit. b) des Gesellschaftsvertrags seien Erwerb und Veräußerung von Grundstücken eine Maßnahme, für welche die Geschäftsführung der Zustimmung der Gesellschafter bedürfe. Dies mache deutlich, dass Erwerb und Veräußerung von Grundstücken vom Gesellschaftszweck gedeckt seien.

51 § 353 Abs. 2 KAGB stehe einem Immobilienerwerb nicht entgegen. Die Norm enthalte kein Verbot. Sie betreffe zudem EU-AIF-Verwaltungsgesellschaften im Sinne von § 1 Abs. 17 KAGB und ausländische AIF-Verwaltungsgesellschaften im Sinne von § 1 Abs. 18 KAGB. Die Beklagte habe ihren Sitz in der Bundesrepublik Deutschland und sei daher weder eine EU-AIF-Verwaltungsgesellschaft noch eine ausländische AIF-Verwaltungsgesellschaft. Sollte ein Immobilienerwerb zur Anwendbarkeit des KAGB führen, bliebe die Beklagte gemäß § 139 Satz 1 KAGB eine Kommanditgesellschaft, nämlich eine Investmentkommanditgesellschaft. Es ergäben sich allenfalls ggf. Änderungen in der Verwaltung.

52 § 179a AktG sei nicht analog anwendbar. Der Gesellschaftsvertrag enthalte insofern eine ausdrückliche Regelung, dass für die Veräußerung der Immobilie eine einfache Mehrheit genüge. Auch in einer Aktiengesellschaft genüge für die Veräußerung einer Immobilie gemäß § 133 Abs. 1 AktG die einfache Stimmehrheit, wenn die Frage überhaupt vom Vorstand nach § 119 Abs. 2 AktG den Aktionären vorgelegt werde. Eine planwidrige Regelungslücke im Gesetz bestehe zudem nicht, weil der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts die Publikumspersonenhandelsgesellschaft im Blick gehabt habe, § 179a AktG aber gerade nicht auf diese für anwendbar erklärt habe.

53 II. Die zulässige Berufung bleibt ohne Erfolg.

54 1. Die Berufung zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 517, 519 Abs. 1 und 2, 520 Abs. 2 und 3 ZPO).

55 2. Die Berufung ist aber in der Sache erfolglos, da die angefochtene Entscheidung im Ergebnis nicht auf einem Rechtsfehler beruht (§ 546 ZPO) und gemäß § 529 Abs. 1 ZPO abweichend von der ersten Instanz zugrunde zu legenden Tatsachen keine andere Beurteilung veranlassen (§ 513 Abs. 1 ZPO).

56 Zu Recht hat das LG die Klage abgewiesen. Der angegriffene Beschluss vom 23.04.2021 ist wirksam zustande gekommen. Zu seiner Fassung genüge die einfache Stimmehrheit.

57 a) In einer Kommanditgesellschaft bedarf es gemäß § 119 HGB i. V. m. § 161 Abs. 2 HGB zur Fassung eines Gesellschafterbeschlusses grundsätzlich der Einstimmigkeit, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt. Wie das LG zutreffend ausgeführt hat, findet sich eine solche abweichende gesellschaftsvertragliche Regelung im Gesellschaftsvertrag der Beklagten.

58 aa) Aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt sich, dass für den Beschluss der Gesellschafterversammlung über die

Veräußerung einer Immobilie eine einfache Mehrheit genügt.

59 (1) § 11 Ziffer 10 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags enthält den Grundsatz, dass Beschlüsse der Gesellschafterversammlung der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen bedürfen. Dies wird durch die Wendung „alle Beschlüsse“ klar zum Ausdruck gebracht. Als Ausnahme vorbehalten ist eine andere Bestimmung durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Gesetz. § 11 Ziffer 10 Satz 3 des Gesellschaftsvertrags nennt Beschlüsse nach § 11 Ziffer 7 lit. f) – h) und j) des Gesellschaftsvertrags als solche, welche einer Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen bedürfen. Damit wird e contrario klargestellt, dass für Beschlüsse nach § 11 Ziffer 7 lit. a) – e) und i) des Gesellschaftsvertrags die Grundregel aus § 11 Ziffer 10 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags gelten soll, mithin die einfache Mehrheit für diese Beschlüsse genügt.

60 § 11 Ziffer 7 lit. a) des Gesellschaftsvertrags nennt zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäfte gemäß § 10 Ziffer 4 des Gesellschaftsvertrags. In der Liste der zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfte finden sich in § 10 Ziffer 4 lit. b) des Gesellschaftsvertrags der Erwerb und die Veräußerung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten.

61 Aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt sich damit, dass ein Beschluss der Gesellschafterversammlung über die Veräußerung eines Grundstücks der einfachen Mehrheit bedarf. Soweit die Berufung der Auffassung ist, es fehle an einer solchen ausdrücklichen gesellschaftsvertraglichen Regelung, weshalb der Gesellschaftsvertrag auszulegen sei, steht diesem die vorstehend dargelegte gesellschaftsvertragliche Gestaltung entgegen.

62 (2) Vor diesem Hintergrund ist die Entscheidung OLG Düsseldorf, a. a. O., NZG 2018, 297 mit dem vorliegenden Sachverhalt nicht vergleichbar. Denn im Sachverhalt, welcher der Entscheidung des OLG Düsseldorf zugrunde lag, existierte nur eine allgemeine Mehrheitsklausel, welche die einfache Stimmmehrheit genügen ließ. Für die Beschlussfassung über die Veräußerung des Fondsobjekts enthielt der Gesellschaftsvertrag – anders als der vorliegend streitgegenständliche – soweit aus der Entscheidung ersichtlich keine ausdrückliche Regelung (vgl. OLG Düsseldorf, a. a. O., NZG 2018, 297, 299 Rdnr. 31). Zudem sind die Ausführungen des OLG Düsseldorf, a. a. O., NZG 2018, 297, 299 in der dortigen Entscheidung nicht tragend, weil angenommen wurde, dass unter Treuepflichtaspekten eine Pflicht zur Zustimmung bestanden habe.

63 bb) Wollte man entgegen dem Vorstehenden den Gesellschaftsvertrag im Hinblick auf das für die Veräußerung eines Grundstücks erforderliche Quorum für auslegungsfähig halten, ergibt sich nichts Abweichendes.

64 (1) Der Inhalt des Emissionsprospekts, in welchem eine Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen für die Veräußerung einer Immobilie genannt wird, kann für die Auslegung nicht herangezogen werden. Zutreffend verweist die Beklagte darauf, dass nach BGH, a. a. O., NZG 2015, 995, 998 Rdnr. 31 der Emissionsprospekt zur objektiven Ausle-

gung des Gesellschaftsvertrags nur herangezogen werden kann, wenn er im Vertrag in Bezug genommen worden ist. Dies ist Konsequenz der erforderlichen objektiven Auslegung eines Gesellschaftsvertrags, nach der nur solche Umstände bei der Auslegung berücksichtigt werden können, die für jeden Dritten erkennbar sind (MünchKomm-HGB/*Grunewald*, 5. Aufl. 2022, § 161 Rdnr. 121). Der Inhalt eines nicht im Vertrag in Bezug genommenen Emissionsprospekts ist jedoch nicht für jeden Dritten erkennbar. Eine Bezugnahme auf den Emissionsprospekt ist im vorliegend streitgegenständlichen Gesellschaftsvertrag nicht vorhanden.

65 Dass ein beitretender Anleger im Rahmen der Beitrittsklärung erklären musste, den Prospekt zur Kenntnis genommen und ihn akzeptiert zu haben, ist vor diesem Hintergrund unerheblich, zumal der Kläger nach unstrittigem Beklagtenvortrag die Beteiligung am Zweitmarkt durch Abtretung erwarb. Soweit sich die Berufung auf BGH, a. a. O., NJW 2011, 1270, 1272 stützt, ist dies unbehelflich. Denn in diesem Fall war der Emissionsprospekt gemäß dem formularmäßigen Beteiligungsvertrag dessen Bestandteil. Dies grenzt die Entscheidung BGH, a. a. O., NJW 2011, 1270 von der vorliegend einschlägigen Entscheidung BGH, a. a. O., NZG 2015, 995 ab.

66 (2) Auch die Bedeutung der Veräußerung des einzigen Vermögensgegenstandes veranlasst nicht anzunehmen, dass eine Mehrheit von 75 % für die streitgegenständliche Beschlussfassung erforderlich sei. Zwar ist die Veräußerung der einzigen Fondsimmobilie von hervorgehobener Bedeutung für die Beklagte und ihre Gesellschafter und mag in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung einer Änderung oder Abweichung vom Investitionsplan gleichstehen. Jedoch gestattet der Gesellschaftsvertrag kein Verständnis dahin gehend, dass sämtliche Geschäfte, welche in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung einer Änderung oder Abweichung vom Investitionsplan gleichkommen, einer Mehrheit von 75 % der Stimmen bedürfen. Denn er geht – wie dargelegt – in seiner Grundkonzeption davon aus, dass Beschlüsse mit der einfachen Mehrheit der Stimmen zu fassen sind. Von diesem Grundsatz finden sich enumerative Ausnahmen in § 11 Ziffer 7 lit. f) – h) und j) des Gesellschaftsvertrags, wie sich aus § 11 Ziffer 10 Satz 3 des Gesellschaftsvertrags ergibt. Eine Ausweitung dieser enumerativ genannten Ausnahmen durch eine weitere Fallgruppe von Geschäften, deren wirtschaftliche, rechtliche oder tatsächliche Bedeutung den ausdrücklich genannten Fällen – Änderung des Gesellschaftsvertrags, Änderung oder Abweichung vom Investitionsplan, Ausschluss von Gesellschaftern, Auflösung der Gesellschaft – gleichsteht, ist ersichtlich gerade nicht gewollt. Sie führte zudem zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten im Einzelfall bei der Beantwortung der Frage, ob ein konkretes Geschäft in seiner Bedeutung den genannten Geschäften gleichzustellen ist.

67 b) Der Beschluss vom 23.04.2021 bedurfte auch nicht nach § 11 Ziffer 10 Satz 3 des Gesellschaftsvertrags i. V. m. § 11 Ziffer 7 lit. f) des Gesellschaftsvertrags wegen einer Änderung des Gesellschaftsvertrags einer Mehrheit von 75 %. Mit dem Beschluss wurde der in § 3 Ziffer 1 des Gesell-

schaftsvertrags definierte Gegenstand der Gesellschaft nicht geändert, sodass die Voraussetzungen der vorzitierten Regelungen des Gesellschaftsvertrags nicht erfüllt sind.

68 Zwar ist in § 3 Ziffer 1 des Gesellschaftsvertrags die Veräußerung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten nicht ausdrücklich genannt. Hieraus folgt jedoch nicht, dass die Veräußerung eines Grundstücks nicht vom Gesellschaftszweck gedeckt wäre. Dies ergibt sich aus § 10 Ziffer 4 lit. b) des Gesellschaftsvertrags. In diesem ist die Veräußerung eines Grundstücks als ein Geschäft genannt, zu welchem die persönlich haftenden Gesellschafter der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedürfen. Es wäre widersinnig, ein für die Geschäftsführung zustimmungspflichtiges Geschäft vorzusehen, das nicht vom Gesellschaftszweck gedeckt ist. Dies zeigt, dass die Veräußerung eines Grundstücks vom Gesellschaftszweck erfasst wird. Die Veräußerung lässt sich jedenfalls als eine für die Erreichung des Gesellschaftszwecks erforderliche und dienliche Maßnahme im Sinne von § 3 Ziffer 2 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags auffassen.

69 Zudem ist der Gesellschaftszweck nicht auf das Halten und Vermieten der Immobilie, deren Veräußerung am 23.04.2021 beschlossen wurde, beschränkt. Wie das LG zutreffend dargelegt hat, nennt § 3 Ziffer 1 des Gesellschaftsvertrags „insbesondere“ die Errichtung von Verwaltungsgebäuden in E als Gesellschaftszweck. Bereits die Nennung von „Verwaltungsgebäuden in E“ beschränkt sich gerade nicht auf die konkret gehaltene Fondsimmoblie. Zudem ist durch die Wendung „insbesondere“ klargestellt, dass eine Einschränkung des Erwerbs, der Bebauung, der Vermietung, Verpachtung und Verwaltung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten hierin nicht liegt.

70 c) Der Beschluss vom 23.04.2021 bedurfte auch nicht nach § 11 Ziffer 7 lit. j) i. V. m. § 11 Ziffer 10 Satz 3 oder § 24 Ziffer 1 des Gesellschaftsvertrags wegen der Auflösung der Gesellschaft einer Mehrheit von 75 %. Die Auflösung der Beklagten wurde nicht beschlossen.

71 aa) Der Beschluss beschränkt sich seinem Wortlaut nach auf die Genehmigung des notariellen Kaufvertrags. Er ist auch nicht dahin auszulegen, dass über die Auflösung der Gesellschaft konkludent mitbeschlossen wurde.

72 Soweit die Berufung darauf recurriert, dass die Geschäftsführung der Beklagten es pflichtwidrig unterlassen habe, die Liquidation der Gesellschaft zur Abstimmung zu stellen, weil sie nach der vorherigen Erfahrung im schriftlichen Verfahren nicht mit der erforderlichen Mehrheit von 75 % habe rechnen können, gibt dies – den Vortrag in tatsächlicher Hinsicht als zutreffend unterstellt – keinen Grund, den tatsächlich zur Abstimmung gestellten Beschluss dahin gehend auszulegen, dass eine Entscheidung über die Liquidation enthalten ist. Vielmehr hätte die Geschäftsführung in diesem Szenario schlicht die Liquidation in Erwartung der Verfehlung der erforderlichen Mehrheit nicht zur Abstimmung gestellt.

73 bb) Anderes ergibt sich nicht aus der Entscheidung OLG München, Beschluss vom 08.05.2019, 7 W 467/19 (...). Zutreffend weist die Beklagte darauf hin, dass das OLG Mün-

chen, a. a. O., es nur als abstrakt diskutabel angesehen hat, in einem Beschluss über die Veräußerung des letzten Fondsgrundstücks einen konkludenten Liquidationsbeschluss zu erblicken, im konkreten Fall dies aber gerade nicht angenommen hat. Die Veräußerung der einzigen Fondsimmoblie einer Publikums-KG hat auch nicht notwendigerweise bzw. zwingend die Auflösung der Gesellschaft zur Folge. Vielmehr ist eine Fortsetzung der unternehmerischen Tätigkeit, beispielsweise unter Verwendung des nach Tilgung der Verbindlichkeiten verbliebenen Veräußerungserlöses und/oder Einwerbung frischen Kapitals, grundsätzlich möglich (vgl. Senat, Beschluss vom 08.03.2019, 5 U 102/18, S. 12). Eine solche Fortsetzung ist vorliegend auch vom Gesellschaftsgegenstand gedeckt, der sich – wie dargestellt – nicht auf das Halten und Vermieten der konkreten Fondsimmoblie beschränkte.

74 Zwar mag es zutreffen, dass die Geschäftsführung der Beklagten deren Liquidation als anzustrebendes Ziel des weiteren Vorgehens oder zumindest als ein naheliegendes Szenario vorsah. Hierfür spricht, dass bereits anlässlich des – vorliegend nicht streitgegenständlichen – schriftlichen Beschlussverfahrens vom 09.12.2019 (...) eine Rückflussbetrachtung vorgelegt wurde, welche eine Auszahlung in drei Tranchen vorsah, von denen die letzte nach vollständiger Schlussliquidation der Gesellschaft, einhergehend mit der Löschung aus dem Handelsregister, gezahlt werden sollte. Hieraus folgt jedoch nicht, dass der vorliegend angegriffene Beschluss vom 23.04.2021 über seinen Wortlaut hinaus dahin gehend aufzufassen ist, dass die Liquidation beschlossen wurde. Hiergegen spricht das Einladungsschreiben zur Gesellschafterversammlung (...), S. 2, in welchem ausdrücklich aufgeführt wird, dass nach Beschlussfassung über den Kaufvertrag und Nichtanfechtung „anschließend zügig über die Verwendung des [...] erzielten Verkaufserlöses beschlossen und insbesondere die Vornahme der [...] Auszahlung entschieden werden“ könne. Damit ist klargestellt, dass über die Verwendung des Verkaufserlöses gerade nicht am 23.04.2021 und damit einhergehend über eine etwaige Liquidation der Beklagten beschlossen werden sollte. Zudem war Grund der Beschlussfassung am 23.04.2021, dass das LG Frankfurt a. M. die zuvor im schriftlichen Verfahren gefassten Beschlüsse für nichtig erachtet hatte und dieser Fehler durch Neuvernahme beseitigt werden sollte. Auch vor diesem Hintergrund ist ein Verständnis dahin gehend, dass mit dem Beschluss vom 23.04.2021 ein weitergehender Zweck als derjenige verfolgt werden sollte, den Kaufvertragsschluss zu genehmigen, fernliegend.

75 cc) Soweit die Berufung darauf recurriert, dass es der Beklagten wegen § 353 Abs. 2 KAGB nicht möglich sei, in ihrer vorliegenden Struktur eine weitere Immobilie zu erwerben, ist dies – wie die Beklagte überzeugend aufgezeigt hat – insofern unzutreffend, als § 353 Abs. 2 KAGB auf die Beklagte nicht anwendbar ist, da sie keine EU-AIF-Verwaltungsgesellschaft oder ausländische AIF-Verwaltungsgesellschaft ist. Einschlägig wäre vielmehr § 353 Abs. 1 KAGB. Ob und ggf. welche gesellschaftsrechtlichen Strukturmaßnahmen erforderlich wären, um den Erwerb einer neuen Immobilie zu ermöglichen, kann indes dahinstehen. Denn über solche Maßnahmen – so sie erforderlich wären – wäre

frühestens dann zu entscheiden, wenn die Gesellschafter über die Verwendung des Erlöses aus dem Veräußerungsgeschäft entscheiden.

76 d) Der Beschluss vom 23.04.2021 ist auch nicht deshalb unwirksam, weil er nicht die von § 179 Abs. 2 Satz 1 AktG geforderte Mehrheit von 75 % erhielt. § 179a Abs. 1 Satz 1 AktG i. V. m. § 179 Abs. 2 Satz 1 AktG ist auf die Beklagte nicht analog anzuwenden.

77 aa) Der BGH, a. a. O., NJW 2022, 1878, hat entschieden, dass § 179a AktG grundsätzlich nicht analog auf die Kommanditgesellschaft anwendbar ist. Er hat in dieser Entscheidung, a. a. O. Rdnr. 36 ausgeführt:

„Ob eine entsprechende Anwendung von § 179a AktG auf die Kommanditgesellschaft auch bei Publikums-personengesellschaften ausscheidet, bei denen die Struktur einer Aktiengesellschaft angenähert ist und die Einwirkungsmöglichkeiten des Kommanditisten denjenigen eines Aktionärs vergleichbar gering sind, bedarf keiner Entscheidung.“

78 Das landgerichtliche Verständnis dieser Passage geht dahin, dass eine analoge Anwendung des § 179a AktG auf eine Publikums-KG nur dann in Betracht kommt, wenn sie die beiden genannten Merkmale – Strukturnähe zur AG und vergleichbar geringe Einwirkungsmöglichkeit des Kommanditisten – erfüllt. Dies sei, so das LG, bei der Beklagten jedoch nicht der Fall, weil nach § 10 Ziffer 4 lit. f) des Gesellschaftsvertrags die persönlich haftenden Gesellschafter stets die Zustimmung der Gesellschafter zu Fragen der Geschäftsführung benötigten, wenn ein Geschäft über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehe. Nach diesem Verständnis ist die Beklagte eine AG-unähnliche Publikums-KG, weshalb § 179a AktG auf sie nicht analog anwendbar ist.

79 Stimmen in der Literatur sind hingegen der Auffassung, dass zur Beantwortung der Frage, ob § 179a AktG auf eine Publikums-AG analog anwendbar ist, die Ausgestaltung des Innenverhältnisses keine Rolle spielen dürfe. Wollte man auf die konkrete Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags abstellen, wäre der redliche Rechtsverkehr nicht geschützt, zumal der Gesellschaftsvertrag einer KG nicht im Handelsregister einsehbar sei (*Keller/Schümmer*, DB 2022, 1625, 1628; vgl. auch *Ebbinghaus/Metzen*, NZG 2022, 697, 701). Deshalb ist nach wohl herrschender Auffassung in der Literatur die analoge Anwendung von § 179a AktG auf die Publikums-KG wegen des in § 126 Abs. 2, § 161 Abs. 2 HGB normierten Grundsatzes der Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht abzulehnen (*Ebbinghaus/Metzen*, NZG 2022, 697, 701; *Keller/Schümmer*, DB 2022, 1625, 1628; *Wagner/Bärnreuther*, NotBZ 2022, 338, 340; *Witt*, ZGR 2022, 893; krit. *Wentz*, WM 2022, 2262, 2668, da wegen der Besonderheit der Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens regelmäßig vertiefte Kenntnisse über die rechtlichen Verhältnisse des Geschäftspartners bestünden). Die Gegenansicht hält die analoge Anwendung des § 179a AktG auf die Publikums-KG wegen des aktionärgleichen Ausschlusses der Gesellschafter von Geschäftsführungsentscheidungen und der

noch prononcierter zu Tage tretenden Schutzdefizite für geboten (*Tröger*, WuB 2022, 247, 250; offengelassen von *Seulen/Weise*, DB 2022, 1380; *Stumpf*, BB 2022, 1107).

80 bb) § 179a AktG ist jedenfalls dann nicht analog auf eine Publikums-KG anwendbar, wenn die Gesellschafter – wie vorliegend gemäß § 10 Ziffer 4 lit. h) des Gesellschaftsvertrags – der Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens zustimmen müssen.

81 (1) Eine Analogie setzt voraus, dass das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke aufweist und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (BGH, a. a. O., NJW 2022, 1878, 1879 Rdnr. 25 m. w. N.).

82 Obgleich der genaue Schutzgehalt des § 179a AktG im Einzelnen umstritten ist, gewährleistet die Norm jedenfalls einen materiellen Schutz der Aktionäre vor einer ohne ihre Beteiligung vorgenommenen Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens dadurch, dass sie einen mit Außenwirkung verbundenen Beschlussvorbehalt vorsieht und dem Vorstand Informationspflichten zugunsten der Aktionäre auferlegt (BGH, Urteil vom 08.01.2019, II ZR 364/18, NJW 2019, 1512, 151, Rdnr. 25).

83 Dieser Schutz ist bei einer Publikums-KG nicht erforderlich, wenn – wie vorliegend bei der Beklagten – die Beteiligung der Gesellschafter an der Übertragung des Gesellschaftsvermögens sichergestellt ist. Es liegt dann gerade kein aktionärgleicher Ausschluss der Gesellschafter von der betreffenden Geschäftsführungsentscheidung vor. In einem solchen Fall fehlt es deshalb an der Vergleichbarkeit des Sachverhalts mit dem in § 179a AktG geregelten Tatbestand, der eine Analogie tragen könnte. Diejenigen Stimmen in der Literatur, die von einer Analogie grundsätzlich eröffnenden Regelungslücke ausgehen, nehmen dies unter der Prämisse an, dass außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen in der Publikums-KG typischerweise nicht der Zustimmung der Gesellschafter bedürften (*Ebbinghaus/Metzen*, NZG 2022, 697, 701; *Keller/Schümmer*, DB 2022, 1625, 1629; *Witt*, ZGR 2022, 893).

84 (2) Zwar ist für die vorstehende Abgrenzung – so man die analoge Anwendung von § 179a AktG auf eine Publikums-KG nicht umfänglich ausschließt – die Kenntnis vom Innenverhältnis, d. h. vom Gesellschaftsvertrag, notwendig. Dies hat jedoch nicht zur Folge, dass der redliche Rechtsverkehr nicht hinreichend geschützt wird, auch wenn der Gesellschaftsvertrag einer KG nicht im Handelsregister eingesehen werden kann.

85 Denn möchte man für Zwecke der analogen Anwendung des § 179a AktG zwischen KG und Publikums-KG differenzieren, ist der redliche Rechtsverkehr jedenfalls darauf angewiesen, diese Unterscheidung zu treffen. Die Publikums-KG ist indes keine eigene Rechtsform. Die Einordnung einer KG als Publikums-KG ist mangels einer eindeutigen Defini-

tion oftmals nicht trennscharf möglich (*Seulen/Weise*, DB 2022, 1380). Bei der Publikums-KG handelt es sich vielmehr um eine Kommanditgesellschaft, die vor allem aus steuerlichen Gründen in dieser Rechtsform gegründet wird. Nach BGH, Urteil vom 14.04.1975, II ZR 147/73, NJW 1975, 1318, 1319 zeichnet sie aus, dass sie zur Kapitalsammlung eine unbestimmte Vielzahl von Kommanditisten aufnimmt und die Kommanditisten untereinander und zu den eigentlichen Unternehmensgesellschaftern in keinerlei persönlichen oder sonstigen näheren Beziehungen stehen, wie es in der „normalen“ KG regelmäßig der Fall ist. In der Öffentlichkeit geworben, können sie, wenn sie beitreten wollen, nur einen Gesellschaftsvertrag unterzeichnen, der fertig vorformuliert ist und auf dessen Inhalt sie keinen irgendwie gearteten mitgestaltenden, ihre Interessen währenden Einfluss ausüben können. Ob, mit welchem Aufwand und mit welchem Sicherheitsgrad ein Geschäftspartner einer KG in der Lage ist festzustellen, dass diese Merkmale vorliegen und es sich mithin um eine Publikums-KG handelt, ist daher einzelfallabhängig.

86 Außerdem genügt für die Anwendbarkeit von § 179a AktG, dass ein wesentlicher Teil des Vermögens der Gesellschaft übertragen werden soll. Der Verbleib einzelner, verhältnismäßig unbedeutender Gegenstände hindert die Anwendung nicht (K. Schmidt/Lutter/*Seibt*, AktG, 4. Aufl. 2020, § 179a Rdnr. 8). Insofern ist es für den Vertragspartner oft nicht möglich, sicher zu erkennen, ob die übertragenen Vermögensgegenstände das wesentliche Vermögen der Gesellschaft sind (vgl. Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 179a AktG Rdnr. 4), sodass er auf eine diesbezügliche Information durch die Gesellschaft angewiesen ist. Der von § 126 Abs. 2, § 161 Abs. 2 HGB vermittelte Drittschutz wäre – wollte man § 179a AktG analog anwenden – bei Geschäften über das ganze Gesellschaftsvermögen auch unter diesem Gesichtspunkt eingeschränkt (vgl. auch BGH, a. a. O., NJW 2022, 1878, 1881 Rdnr. 35). Deshalb steht die Notwendigkeit, das Innenverhältnis der Gesellschaft zu kennen, der vorliegend vorgenommenen Abgrenzung – so man die Anwendbarkeit des § 179a AktG auf die Publikums-KG nicht gänzlich ausschließen möchte, was indes vorliegend keiner Entscheidung bedarf – nicht entgegen.

87 e) Der Hilfsantrag, gerichtet auf die Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses, war ebenfalls abzuweisen. Der Kläger macht allein das Nichtzustandekommen des angegriffenen Beschlusses wegen Verfehlers des Quorums geltend. Nichtigkeitsgründe sind weder vorgebracht noch ersichtlich.

(...)

BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

18. Ermessen des Notars für Einsichtsrecht eines Beteiligten in die Nebenakte

BGH, Beschluss vom 11.01.2024, V ZB 63/22 (Vorinstanz: LG Essen, Beschluss vom 16.11.2022, 7 T 351/21)

BeurkG § 51 Abs. 3

BNotO § 18 Abs. 1 und 2

NotAktVV § 40

LEITSATZ:

Der Notar, der von der Pflicht zur Verschwiegenheit befreit worden ist, entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen, ob und in welchem Umfang er einem Beteiligten Einsicht in die Nebenakte gestattet; er ist zur Gewährung der Einsicht in die Nebenakte berechtigt, aber nicht verpflichtet.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligten sind Geschwister und die befreiten Vorerben ihrer am 05.08.2016 verstorbenen Mutter (nachfolgend: Erblasserin). Am 02.06.2016 beurkundete der Notar einen Grundstücksübertragungsvertrag, mit dem die Erblasserin der Beteiligten zu 2 eine Eigentumswohnung schenkte (...). Mit notarieller Urkunde vom selben Tag erteilte die Erblasserin der Beteiligten zu 2 eine Generalvollmacht (...). Die Beteiligten streiten vor dem LG darüber, ob der Grundstücksübertragungsvertrag wegen Geschäftsunfähigkeit der Erblasserin unwirksam ist. Das LG ordnete die Einholung eines medizinischen Sachverständigengutachtens an. Beide Beteiligten erklärten, den Notar von seiner Verschwiegenheit auch im Hinblick auf die Einsicht in die Nebenakten zu befreien. Die Präsidentin des LG als Aufsichtsbehörde erteilte anstelle der Erblasserin dem Notar am 06.07.2020 die Befreiung von der Pflicht zur Verschwiegenheit gemäß § 18 Abs. 2 2. Hs. BNotO zu der Urkundenrolle (...) (Grundstücksübertragungsvertrag), soweit dies erforderlich ist, um den Beweisbeschluss des LG zum Zustand und zur Medikation der Erblasserin im Mai/Juni 2016 auszuführen.

2 Der Beteiligte zu 1 hat bei dem Notar beantragt, ihm die Einsichtnahme in die Nebenakte zu dem Grundstücksübertragungsvertrag insoweit zu gewähren, als daraus Umstände und Wahrnehmungen zur Geschäftsfähigkeit der Erblasserin hervorgingen. Ferner hat er den Notar aufgefordert, Auskunft darüber zu erteilen, ob sich in den Nebenakten schriftliche Aufzeichnungen bzw. Vermerke über den Gesundheitszustand der Erblasserin und über die Art und Weise der Feststellung der Geschäftsfähigkeit befinden, sowie die vorbezeichneten Aufzeichnungen zur Einsicht zu geben. Schließlich hat er die umfassende Einsicht in die auf den Grundstücksübertragungsvertrag bezogene Nebenakte sowie die Erteilung einer beglaubigten Ablichtung verlangt. Der Notar hat mit Entscheidung vom 05.08.2021 die Anträge abgelehnt. Der dagegen gerichteten Beschwerde, mit der der Beteiligte zu 1 seine Anträge auf Einsicht und Auskunft auf die Nebenakte zu der Urkundenrolle Nr. (...) (Gene-



ralvollmacht) erstreckt hat, hat der Notar nicht abgeholfen und ergänzend erklärt, dass er in die Nebenakte zu dem Grundstücksübertragungsvertrag einen Vermerk über Feststellungen zu der Geschäftsfähigkeit der Erblasserin nicht aufgenommen habe; es finde sich dort lediglich seine handschriftliche Notiz „voll geschäftsfähig“. Das LG hat die Beschwerde zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Beteiligte zu 1 sämtliche Anträge weiter.

3 II. Das Beschwerdegericht verneint einen Anspruch des Beteiligten zu 1 gegen den Notar auf Einsicht in dessen Nebenakten aus § 51 Abs. 3 BeurkG. Der Beteiligte zu 1 sei als Rechtsnachfolger der Erblasserin zwar anspruchsberechtigte Person im Sinne dieser Vorschrift. Soweit er die Einsicht in die kompletten Nebenakten verlange, liege aber schon die dafür erforderliche Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht gegenüber der Erblasserin nicht vor. Soweit der Notar hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit der Erblasserin von der Verschwiegenheitspflicht entbunden worden sei, bestehe keine Pflicht zur Gewährung der Einsicht in die Nebenakte. § 51 Abs. 3 BeurkG regle ein Recht auf Einsicht in die notarielle Nebenakte nicht. Der Notar sei bei Vorliegen des Einverständnisses aller Beteiligten nur berechtigt, nicht aber verpflichtet, die Einsichtnahme in die Nebenakte zu gestatten. Etwas anderes folge nicht aus der Entscheidung des BayObLG vom 02.07.1992 (BayObLGZ 1992, 220) zu dem Einsichtsrecht eines Urkundsbeteiligten bei Niederlegung von Feststellungen des Notars zu der Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten in einem Aktenvermerk statt in der Niederschrift. Der Beteiligte zu 1 sei nicht Urkundsbeteiligter. Der Notar habe zudem erklärt, in der Nebenakte nur handschriftlich notiert zu haben, dass die Erblasserin voll geschäftsfähig sei. Daraus ergebe sich kein Recht auf Einsichtnahme in weitere Bestandteile der Nebenakte.

4 Das Auskunftsverlangen des Beteiligten zu 1 habe der Notar mit der Erklärung, in der Nebenakte fände sich lediglich seine handschriftliche Notiz „voll geschäftsfähig“, erfüllt. Ein Anspruch auf Erteilung einer Ablichtung der Nebenakte stehe dem Beteiligten zu 1 ebenfalls nicht zu. Da den Notar keine Pflicht zur Gewährung von Einsicht in die Nebenakte treffe, sei er erst recht nicht zur Erteilung von Ablichtungen verpflichtet.

5 III. Die infolge der Zulassung statthafte (§ 70 Abs. 1, Abs. 2 FamFG i. V. m. § 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO und § 54 Abs. 2 Satz 2 BeurkG) Rechtsbeschwerde ist auch im Übrigen zulässig (§ 71 FamFG). Sie hat in der Sache keinen Erfolg. Ein im Rahmen der Notarbeschwerde allein zu prüfendes pflichtwidriges Handeln des Notars (vgl. Senat, Beschluss vom 09.12.2021, V ZB 25/21, DNotZ 2022, 271 Rdnr. 5) liegt nicht vor.

6 1. Das Beschwerdegericht lehnt es zu Recht ab, den Notar zur Gewährung der Einsicht in die Nebenakten zu verpflichten.

7 a) Das Recht auf Einsicht beschränkt sich nach § 51 Abs. 3 BeurkG auf die Urschrift derjenigen Urkunden, von denen die in § 51 Abs. 1 BeurkG bezeichneten Personen Ausfertigungen oder Abschriften verlangen können.

Ob daneben ein Recht auf Einsicht in die Nebenakten des Notars besteht, ist gesetzlich nicht geregelt; § 13 FamFG, in dem – wie früher in § 34 FGG – die Einsichtnahme in Gerichtsakten geregelt ist, ist nicht anwendbar (vgl. Senat, Beschluss vom 31.01.2013, V ZB 168/12, DNotZ 2013, 711 Rdnr. 17 zu § 22 Abs. 1 DNot; BGH, Urteil vom 30.11.1989, III ZR 112/88, BGHZ 109, 260, 273 zu § 34 FGG).

8 b) Ohne Erfolg macht die Rechtsbeschwerde geltend, der Notar sei deshalb verpflichtet, dem Beteiligten zu 1 Einsicht in die Nebenakten zu gewähren, weil er umfassend, jedenfalls aber im Hinblick auf die Frage nach der Geschäftsfähigkeit der Erblasserin, von der Pflicht zur Verschwiegenheit entbunden worden sei.

9 aa) Richtig ist im Ausgangspunkt, dass die Nebenakte des Notars (§ 40 NotAktVV) von der Verschwiegenheitspflicht gemäß § 18 BNotO erfasst ist (näher Senat, Beschluss vom 31.01.2013, V ZB 168/12, DNotZ 2013, 711 Rdnr. 20 m. w. N.). Deshalb besteht Einigkeit darüber, dass der Notar den in § 51 Abs. 1 BeurkG bezeichneten Personen Einsicht in Dokumente der Notarakte gewähren darf, wenn alle Beteiligten, denen gegenüber er gemäß § 18 Abs. 1 BNotO zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, ihr Einverständnis erklären. Fehlt die Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht aber, darf die Einsicht nicht gewährt werden (vgl. Senat, Beschluss vom 31.01.2013, V ZB 168/12, DNotZ 2013, 711 Rdnr. 18; BGH, Urteil vom 30.11.1989, III ZR 112/88, BGHZ 109, 260, 273; *Eickelberg* in Armbrüster/Preuß, BeurkG, 9. Aufl., § 51 Rdnr. 6; BeckOGK-BeurkG/Regler, Stand: 01.10.2023, § 51 Rdnr. 63; BeckOK-BeurkG/Kleba, Stand: 01.09.2023, § 51 Rdnr. 26; Eschwey/Sander, BNotO, 11. Aufl., § 18 Rdnr. 50; *Grziwotz/Heinemann*, BeurkG, 3. Aufl., § 51 Rdnr. 45; Staudinger/Hertel, Neub. 2023, BeurkG Rdnr. 649; Weingärtner/Ulrich, DNotO/NotAktVV, 14. Aufl., § 22 DNot Rdnr. 13), und der Notar darf und muss diese verweigern.

10 bb) Wie weit die Entbindung des Notars von der Verschwiegenheitspflicht durch die Präsidentin des LG als Aufsichtsbehörde für die Erblasserin gemäß § 18 Abs. 2 2. Hs. BNotO (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 20.04.2009, NotZ 23/08, DNotZ 2009, 876 Rdnr. 6) reicht, kann dahinstehen. Denn jedenfalls hat der Notar die Einsicht in die Nebenakten insgesamt verweigert. Ein pflichtwidriges Verhalten, das der Notarbeschwerde zum Erfolg verhelfen könnte, liegt darin nicht.

11 (1) Ob der Notar bei Einverständnis aller Beteiligten lediglich berechtigt oder auch verpflichtet ist, Einsicht in die Nebenakte zu gewähren, hat der BGH bislang offengelassen (vgl. Senat, Beschluss vom 31.01.2013, V ZB 168/12, DNotZ 2013, 711 Rdnr. 17; BGH, Urteil vom 30.11.1989, III ZR 112/88, BGHZ 109, 260, 273). Das wird unterschiedlich beurteilt. Die ganz überwiegende Ansicht verneint grundsätzlich eine Pflicht des Notars, einem Beteiligten bzw. dessen Rechtsnachfolgern die Einsicht in die notarielle Nebenakte zu gestatten. Die Gewährung der Einsicht, auch hinsichtlich ihres Umfangs, stehe im Ermessen des Notars (*BeckOGK-BeurkG/Regler*, § 51 Rdnr. 62 f.; *Eickelberg* in Armbrüster/Preuß, BeurkG, § 51 Rdnr. 6; *Frenz/Miermeister/Bremkamp*, BNotO, 5. Aufl., § 18 Rdnr. 28; *Frenz/Miermeister/Ellefret*,

BNotO, § 22 DONot Rdnr. 16; *Mack* in *Schöneberg-Wessel/Plottek/Sikora*, BNotO, Stand: 2023, § 18 Rdnr. 24; *Winkler*, *BeurkG*, 21. Aufl., § 51 Rdnr. 37; *Klingler*, *RNotZ* 2013, 57, 68 f.; *Naumann*, *MittBayNot* 2002, 524 f.; *Regler*, *MittBayNot* 2022, 205, 207 f.). Insbesondere bestehe kein Einsichtsrecht in die komplette Akte und auch nicht hinsichtlich der von dem Notar selbst gefertigten Aufzeichnungen, Anmerkungen und Vermerke (vgl. *BeckOGK-BeurkG/Regler*, a. a. O. Rdnr. 63; *Mack*, a. a. O. Rdnr. 26). Nur vereinzelt wird ein Anspruch eines Beteiligten auf Einsicht in die notarielle Nebenakte in analoger Anwendung von § 51 Abs. 1 *BeurkG* (vgl. *Lersch*, *BeurkG*, 5. Aufl., § 22 DONot Rdnr. 7; anders allerdings *ders.*, *BeurkG*, § 51 Rdnr. 15) oder aus § 18 BNotO (vgl. *HK-NotarR/Strauß*, Stand: 2022, § 40 NotAktVV Rdnr. 15) hergeleitet.

12 (2) Die zuerst genannte Ansicht trifft zu. Der Notar, der von der Pflicht zur Verschwiegenheit befreit worden ist, entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen, ob und in welchem Umfang er einem Beteiligten Einsicht in die Nebenakte gestattet; er ist zur Gewährung der Einsicht in die Nebenakte berechtigt, aber nicht verpflichtet.

13 (a) Im Ausgangspunkt gilt für die Nebenakte des Notars seit dem 29.10.2020 die Vorschrift des § 40 NotAktVV (vgl. Art. 3 Abs. 2 Nr. 1 der Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse sowie zur Änderung der Verordnung über die notarielle Fachprüfung vom 13.10.2020, BGBl. I 2246), die die frühere Vorschrift des § 22 DONot ersetzt. Nach § 40 Abs. 1 Satz 1 NotAktVV kann der Notar Nebenakten führen; soweit dies zur Vornahme eines Amtsgeschäfts geboten ist, muss eine Nebenakte geführt werden (§ 40 Abs. 1 Satz 2 NotAktVV). Nebenakten enthalten diejenigen Unterlagen, die im sachlichen Zusammenhang mit einem Amtsgeschäft anfallen, aber nicht Bestandteil der Urkundensammlung werden (vgl. *BeckOK-BNotO/Sauer*, Stand: 01.08.2023, § 40 NotAktVV Rdnr. 2; *HK-NotarR/Strauß*, § 44 NotAktVV Rdnr. 1). Die Grundsätze der Aktenführung ergeben sich aus § 35 BNotO. Der Notar muss die Verfügbarkeit, die Integrität und die Transparenz der Akten gewährleisten (vgl. *BT-Drucks.* 18/10607, S. 53). Damit die Nebenakten zu einem späteren Zeitpunkt nach Abschluss des Amtsgeschäfts zur Verfügung stehen, sind sie zu archivieren (§ 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 NotAktVV). Der Notar führt die Nebenakte im Rahmen dieser Vorgaben in eigener Verantwortung und in pflichtgemäßem Ermessen. Welche Unterlagen er in die Nebenakte aufnimmt, entscheidet er danach, welche Informationen für das jeweilige Amtsgeschäft von Bedeutung sind (vgl. *BeckOGK-BeurkG/Regler*, § 51 Rdnr. 61, 62; *Eschwey/Sauer*, BNotO, § 40 NotAktVV Rdnr. 7; *Klingler* in *Armbrüster/Preuß*, *BeurkG*, § 40 NotAktVV Rdnr. 48; *Frenz/Miermeister/Ellefret*, BNotO, § 22 DONot Rdnr. 3; *HK-NotarR/Strauß*, § 40 NotAktVV Rdnr. 1; *Regler*, *MittBayNot* 2022, 205, 207). § 40 Abs. 2 NotAktVV enthält lediglich eine unverbindliche und nicht abschließende Aufzählung möglicher Inhalte. Neben den in dem Katalog des § 40 Abs. 2 NotAktVV genannten personenbezogenen Daten sowie dem Schriftverkehr mit Beteiligten und Dritten zählen dazu insbesondere auch Entwürfe oder Anmerkungen, die dem Notar als Gedächtnisstütze und zur Selbstkontrolle dienen. Alle diese Unterlagen sind

in erster Linie für interne Zwecke und nicht zur Einsicht eines Beteiligten bestimmt (vgl. *BeckOK-BeurkG/Kleba*, § 40 NotAktVV Rdnr. 1; *Frenz/Miermeister/Ellefret*, BNotO, § 22 DONot Rdnr. 3).

14 (b) Das Gesetz sieht ein Einsichtsrecht eines Urkundsbeteiligten in die notarielle Nebenakte nicht vor. Aus der eigenverantwortlichen Führung der Nebenakte folgt im Gegenteil, dass der Notar auch über die Gewährung von Einsicht eines Beteiligten in die Nebenakte eigenverantwortlich entscheidet; eine Pflicht zur Gewährung von Akteneinsicht trifft ihn nicht.

15 (aa) § 51 Abs. 3 *BeurkG* ist auf die Nebenakte des Notars nicht entsprechend anwendbar. Es fehlt an der für eine Analogie erforderlichen planwidrigen Regelungslücke. Eine der Vorschrift des § 51 Abs. 3 *BeurkG* entsprechende Regelung hat der Gesetzgeber für die Nebenakte bewusst nicht geschaffen. Er hat vielmehr mit Inkrafttreten des *BeurkG* die das Einsichtsrecht eines Beteiligten in die Akten des Notars regelnde Vorschrift des Art. 22 Abs. 1 des bayerischen Notariatsgesetzes vom 09.06.1899 (Bereinigte Sammlung des bayerischen Landesrechts, Bd. III S. 41) aufgehoben (vgl. *Drucks.* V/3282, S. 15 unter § 60 Ziffer 7) und zuletzt auch bei der Neuregelung von § 40 NotAktVV davon abgesehen, ein solches Einsichtsrecht (wieder) einzuführen.

16 (bb) Das Einverständnis aller Beteiligten, denen gegenüber der Notar gemäß § 18 BNotO zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, zur Einsichtnahme in die Nebenakte alleine genügt nicht, um einen Anspruch auf Einsicht zu begründen. Ein solcher Anspruch kann entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde nicht damit begründet werden, der Notar werde im Auftrag der Urkundsbeteiligten tätig und die notarielle Verschwiegenheitspflicht gemäß § 18 BNotO diene nur deren Schutz. Der Notar steht, obwohl § 19 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. BNotO von dem „Auftraggeber“ des Notars spricht, zu den Beteiligten nicht in einem privatrechtlichen Vertragsverhältnis. Anders als der Rechtsanwalt nimmt der Notar seine Amtsgeschäfte aufgrund seiner Eigenschaft als unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege wahr (§ 1 BNotO; vgl. dazu *BGH*, Urteil vom 30.11.1989, III ZR 112/88, *BGHZ* 109, 260, 273 m. w. N.). Das gilt nicht nur für die Urkundstätigkeit, sondern auch für die sonstige Amtstätigkeit des Notars.

17 (cc) Aus dem Umstand, dass die Nebenakte des Notars nach dem Willen des Gesetzgebers auch dem öffentlichen Interesse dient, ergibt sich ebenfalls nicht, dass ein Recht eines Beteiligten auf Einsicht besteht. Hierzu heißt es in den Gesetzesmaterialien lediglich (*BR-Drucks.* 420/20, S. 60):

„Die Führung von Nebenakten liegt im Interesse einer funktionsfähigen Rechtspflege, weil sie den Nachweis von Tatsachen erlaubt, die sich nicht unmittelbar aus der Urkunde oder anderweitig zu verwahrenden Dokumenten ergeben. Die Nebenakten können dadurch wertvolle Auslegungshinweise liefern und bei Bedarf Hintergründe beleuchten, die nachträglich von Interesse sind.“

Dass der Gesetzgeber den Beteiligten einen Anspruch gegen den Notar auf Einsicht in die Nebenakte gewähren woll-

te, ergibt sich daraus nicht. Dem öffentlichen Interesse wird vielmehr dadurch Genüge getan, dass der Notar verpflichtet ist, eine Nebenakte zu führen, wenn dies geboten ist. Die Aufsichtsbehörde (§ 93 Abs. 2 Satz 3, Abs. 4 BNotO) und die Notarkammer (§ 67 Abs. 1 BNotO) haben ein unbeschränktes Recht auf Einsicht in die Notarakte. Insoweit liegt die Führung von Nebenakten zugleich im Interesse des Notars, um ggf. nachweisen zu können, dass er seine Amtspflichten ordnungsgemäß erfüllt hat (BR-Drucks. 420/20, S. 60; BeckOK-BNotO/*Hushahn*, Stand: 01.08.2023, § 35 Rdnr. 1; BeckOK-BeurkG/*Kleba*, § 40 NotAktVV Rdnr. 1; Frenz/*Miermeister/Frohn*, BNotO, § 35 Rdnr. 2; HK-NotarR/*Strauß* § 40 NotAktVV Rdnr. 1). Soweit es in einem Rechtsstreit auf die von dem Notar getroffenen Feststellungen ankommt, kann der von der Verschwiegenheitspflicht entbundene Notar als Zeuge vernommen werden. Die Nebenakte steht dem Notar zur Vorbereitung seiner Aussage zur Verfügung.

18 c) Der Beteiligte zu 1 kann nicht mit der Begründung Einsicht in die Notarakte verlangen, diese enthielten Feststellungen des Notars zur Geschäftsfähigkeit der Erblasserin, die wegen deren schwerer Erkrankung nach § 11 Abs. 2 BeurkG in die Niederschriften hätten aufgenommen werden müssen.

19 aa) Nach § 11 BeurkG soll die Beurkundung abgelehnt werden, falls einem Beteiligten nach Überzeugung des Notars die Geschäftsfähigkeit fehlt (§ 11 Abs. 1 Satz 1 BeurkG). Zweifel an der erforderlichen Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten soll der Notar in der Niederschrift feststellen (§ 11 Abs. 2 Satz 2 BeurkG). Ist ein Beteiligter schwer krank, so soll dies in der Niederschrift vermerkt und angegeben werden, welche Feststellungen der Notar über die Geschäftsfähigkeit getroffen hat (§ 11 Abs. 2 BeurkG). Zweck des Vermerks ist in erster Linie die Beweissicherung. Bei einem späteren Rechtsstreit, der die Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten zum Gegenstand hat, soll den Beteiligten die Beweisführung über das Bestehen bzw. das Fehlen der erforderlichen Geschäftsfähigkeit ermöglicht werden (vgl. *Piegsa* in *Armbrüster/Preuß*, BeurkG, § 11 Rdnr. 35).

20 bb) Das BayObLG hat ein Einsichtsrecht eines Beteiligten in den Aktenvermerk des Notars bejaht, wenn dieser entgegen § 11 BeurkG Feststellungen über die Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten anlässlich einer Beurkundung nicht in der Niederschrift, sondern in einem von der Urkunde getrennten Aktenvermerk niedergelegt hat. In diesem Fall beurteile sich das Recht auf Einsichtnahme in den Aktenvermerk ausschließlich danach, ob dem Gesuchsteller ein Recht auf Einsicht in die Urkunde selbst zustehe. Habe dieser das Recht auf Erteilung einer Ausfertigung der Urkunde nach § 51 Abs. 1 BeurkG, sei er auch berechtigt, eine beglaubigte Abschrift des Aktenvermerks zu verlangen. Deren Erteilung sei insbesondere nicht davon abhängig, dass in einem solchen Fall sämtliche Beteiligte den Notar von einer dann nicht bestehenden Verschwiegenheitspflicht entbänden (BayObLGZ 1992, 220 ff.).

21 cc) Es kann dahinstehen, ob diese Ansicht zutrifft (abl. *Eickelberg* in *Armbrüster/Preuß*, BeurkG, § 51 Rdnr. 7; *Piegsa* in *Armbrüster/Preuß*, a. a. O., § 11 Rdnr. 44; *Staudinger/Herstel*, BeurkG, Rdnr. 339, 649; *Mack* in *Schöneberg-Wessel*

Plottek/Sikora, BNotO, § 18 Rdnr. 25; *Winkler*, BeurkG, § 51 Rdnr. 41; *Kanzleiter*, DNotZ 1993, 434, 436; zust. *Weingärtner/Ulrich*, DONot/NotAktVV, § 22 DONot Rdnr. 14). Um die Einsicht in den Vermerk, dessen Inhalt er kennt, geht es dem Beteiligten zu 1 nicht.

22 (1) Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts wäre der Beteiligte zu 1 zwar Berechtigter im Sinne des § 51 Abs. 3 BeurkG. Er ist Rechtsnachfolger der Erblasserin, die ihrerseits Berechtigte im Sinne des § 51 Abs. 1 BeurkG war. Bei mehreren Gesamtrechtsnachfolgern stehen jedem einzelnen die Befugnisse des § 51 BeurkG zu (OLG Karlsruhe, DNotZ 2008, 139 Rdnr. 14; BeckOGK-BeurkG/*Regler*, § 51 Rdnr. 35).

23 (2) Der Beteiligte zu 1 verlangt aber keine Einsicht in den nach Auskunft des Notars in der Nebenakte zu dem Grundstückskaufvertrag enthaltenen handschriftlichen Vermerk über die Geschäftsfähigkeit der Erblasserin. Er meint vielmehr, der Vermerk „voll geschäftsfähig“ begründe – über ein Recht auf bloße Einsicht in diesen Vermerk hinaus – ein Recht auf vollständige Einsichtnahme in die Nebenakte mit allen die Geschäftsfähigkeit der Erblasserin betreffenden Indizien, weil der Eintrag „voll geschäftsfähig“ nur den Schluss zulasse, dass die dahin gehende Erkenntnis des Notars, auch bezogen auf den maßgeblichen Zeitpunkt der Beurkundung, auf anderen Einträgen in der Nebenakte beruhe. Diese Ansicht trifft nicht zu. Selbst wenn der Notar einen Vermerk über die Geschäftsfähigkeit der Erblasserin gemäß § 11 Abs. 2 BeurkG in die Niederschrift hätte aufnehmen müssen, berechtigt § 51 Abs. 3 BeurkG den Beteiligten zu 1 jedenfalls nicht dazu, die komplette notarielle Nebenakte einzusehen und nach weiteren Inhalten zu durchsuchen, die er für die Klärung der Frage der Geschäftsfähigkeit der Erblasserin im Zeitpunkt der Beurkundung benötigt und von denen er nicht weiß, ob es sie gibt.

24 2. Das Beschwerdegericht lehnt es auch zu Recht ab, den Notar anzuweisen, dem Beteiligten zu 1 Auskunft darüber zu erteilen, ob und in welcher Form sich in den Nebenakten Vermerke über Feststellungen zu der Geschäftsfähigkeit der Erblasserin befinden. Ob ein dahin gehender Auskunftsanspruch besteht, kann offenbleiben. Rechtsfehlerfrei nimmt das Beschwerdegericht nämlich an, dass der Notar die verlangte Auskunft jedenfalls erteilt hat. Die Erklärung des Notars, dass ein Vermerk über Feststellungen zu der Geschäftsfähigkeit der Erblasserin nicht in die Nebenakte aufgenommen worden sei, dort fände sich lediglich seine handschriftliche Notiz „voll geschäftsfähig“, ist entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde nicht widersprüchlich. Hält der Notar Feststellungen nach § 11 Abs. 1 oder Abs. 2 BeurkG nicht für geboten, kann er gleichwohl für rein interne Zwecke als Erinnerungsstütze einen Vermerk über die Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten in die Nebenakte aufnehmen. Über den Inhalt des internen Vermerks hat der Notar dem Beteiligten zu 1 Auskunft erteilt. Dass die Auskunft unvollständig ist, weil die Nebenakte weitere Vermerke über Feststellungen zu Geschäftsfähigkeit der Erblasserin enthält, vermutet der Beteiligte zu 1 nur. Anhaltspunkte dafür bestehen nicht.

25 3. Weil der Notar aus den unter 1. genannten Gründen (vgl. Rdnr. 14 ff.) nicht verpflichtet ist, dem Beteiligten zu 1 Einsicht in die Nebenakten zu gewähren, nimmt das Beschwerdegericht rechtsfehlerfrei an, dass er auch die Erteilung von Ablichtungen verweigern durfte.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notarassessor Benjamin Lorenz, München

Die Behandlung von Einsichts- oder Auskunftersuchen in Bezug auf die notarielle Nebenakte sorgt in der Praxis immer wieder für Unsicherheiten. Hintergrund ist, dass hierfür anders als für Einsichts- oder Abschriftersuchen in Bezug auf notarielle Niederschriften (§ 51 Abs. 1 und 3 BeurkG) keine gesetzliche Spezialregelung existiert. Ob der Notar einem Ersuchen nachkommen darf, richtet sich daher nach allgemeinen berufsrechtlichen Regeln, insbesondere der Verschwiegenheits- (§ 18 BNotO) und der Neutralitätspflicht (§ 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO). Während dies schon bisher gefestigte Rechtsprechung war,¹ stand im Zentrum der vorliegenden Entscheidung die bislang offengebliebene Frage,² ob eine berufsrechtliche zulässige Einsicht in die Nebenakte auf Verlangen auch gewährt werden muss. Konkret verlangte ein bei einer früheren Grundstücksüberlassung übergangener Erbe Einsicht in einen Aktenvermerk des Notars zur Geschäftsfähigkeit der Übergeberin. Der Senat lehnt eine Pflicht zur Einsichtsgewährung mit der insoweit ganz herrschenden Meinung³ zutreffend ab und stellt sie ins freie Ermessen des Notars.

Die Entscheidung bietet Gelegenheit für eine kurze Skizze der berufsrechtlichen Grundlagen zur Einsichts-, Abschrifts- und Auskunftserteilung außerhalb des Anwendungsbereichs des § 51 BeurkG:

1. Zulässigkeit der Einsichtsgewährung oder sonstigen Auskunftserteilung

§ 18 Abs. 1 BNotO verpflichtet den Notar zur Verschwiegenheit gegenüber jedermann. Soll Dritten eine der Verschwiegenheit unterliegende Information offenbart werden, ist hierfür gemäß § 18 Abs. 2 1. Hs. BNotO eine *höchstpersönlich* abzugebende Befreiungserklärung aller Beteiligten erforderlich. Die Handhabung dieser auf den ersten Blick eindeutigen Regelung kann in der Praxis diffizil sein. Hintergrund ist, dass § 18 BNotO ein eigener verschwiegenheitsrechtlicher Beteiligtenbegriff zugrunde liegt. Danach kommt es nicht auf die Beteiligung an einem Amtsgeschäft, sondern an einer Information an. Beteiligt ist derjenige, dessen persönliche und wirtschaftliche Verhältnisse betroffen sind.⁴ Der Notar

darf eine Information nur dann offenbaren, wenn ihm *sämtliche* an ihr beteiligten Personen eine Befreiung erteilt haben. Schildert etwa eine Testierende gegenüber dem Notar den Lebenswandel ihres Sohnes, so ist auch der Sohn Beteiligter im Sinne von § 18 BNotO. Zugleich ist die Testierende Beteiligte hinsichtlich der Tatsache, dass dies Gegenstand des notariellen Beratungsgesprächs war. Auch gegenüber dem Sohn dürfte der Notar diese Umstände daher nur offenbaren, wenn er hierfür von der Testierenden noch zu Lebzeiten von der Verschwiegenheitspflicht befreit wurde.⁵ Für eine Auskunft gegenüber anderen Dritten wäre zudem *zusätzlich* eine Befreiung durch den Sohn erforderlich.

Zurück zur Nebenakte: In dieser finden sich gerade in Fällen lebzeitiger oder letztwilliger Vermögensnachfolge regelmäßig Informationen zu zahlreichen Personen. Eine allgemeine Einsicht in die Nebenakte dürfte nur gewährt werden, wenn der Notar zuvor sämtliche Beteiligte im Sinne des § 18 BNotO ermittelt hat und ihm höchstpersönliche Befreiungserklärungen von ihnen vorliegen.⁶ Das Risiko, einzelne Beteiligte zu übersehen, ist naturgemäß hoch. Schon aus diesem Grund sollte einem solchen allgemeinen Einsichtersuchen nicht nachgekommen werden. Aber selbst, wenn nur in Bezug auf einzelne Dokumente Einsicht verlangt wird, hat der Notar sorgfältig zu prüfen, wer hieran verschwiegenheitsrechtlich beteiligt ist und darf eine Einsicht, Abschrift oder Auskunft nur gewähren, wenn ihm alle erforderlichen Befreiungserklärungen vorliegen. Auch hier kann es empfehlenswert und im Einzelfall geboten sein, einem verschwiegenheitsrechtlich zulässigen Einsichtersuchen nicht nachzukommen. Letztlich kommt es auf den Kontext des Ersuchens im konkreten Einzelfall an. Vorsicht ist insbesondere geboten, wenn sich das Ersuchen auf ein länger zurückliegendes Amtsgeschäft bezieht oder wenn beurkundungsrechtlich nicht am Amtsgeschäft beteiligte Personen Einsicht oder Auskunft verlangen und ein „friedlicher“ Grund nicht auf den ersten Blick erkennbar ist. Wie die vorliegende Entscheidung anschaulich zeigt, steht hinter derartigen Ersuchen häufig das Ziel einer einseitigen Beweisbeschaffung durch eine Partei in einem laufenden oder bevorstehenden Rechtsstreit. In derartigen Fällen widerspräche selbst eine verschwiegenheitsrechtlich zulässige Einsicht oder Auskunft der notariellen Neutralitätspflicht (§ 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO). Daher sollte sich der Notar grundsätzlich nur gegenüber dem Gericht im Rahmen einer Zeugenvernehmung oder schriftlichen Anhörung äußern. Denkbar ist außerdem eine einheitliche Auskunft gegenüber allen Streitparteien, wenn diese hiermit einverstanden sind und ein gerichtliches Verfahren hierdurch möglicherweise abgewendet oder verkürzt

1 BGH, Beschluss vom 31.01.2013, V ZB 168/12, MittBayNot 2013, 331, 332 f.

2 Ebd.

3 Vgl. statt vieler Regler in BeckOGK-BeurkG, Stand: 01.04.2024, § 51 Rdnr. 63 m. w. N.

4 BGH, Beschluss vom 31.01.2013, V ZB 168/12, DNotZ 2013, 711 Rdnr. 22.

5 Ein Antrag auf Befreiung durch die Aufsicht gemäß § 18 Abs. 2 2. Hs. BNotO würde keinen Erfolg versprechen, da Aussagen zu den Motiven nicht dem hypothetischen Interesse der Verstorbenen entsprechen.

6 Hierzu schon OLG Zweibrücken, Beschluss vom 10.07.2002, 3 W 137/02, MittBayNot 2002, 523, 524, allerdings unzut. nur auf formelle Beteiligung abstellend; siehe dazu auch Naumann, MittBayNot 2002, 524, 525.

werden kann. Voraussetzung ist freilich stets, dass alle erforderlichen Befreiungserklärungen vorliegen, in Nachlassstreitigkeiten regelmäßig also auch eine Befreiung durch die Aufsichtsbehörde anstelle des verstorbenen Erblassers (§ 18 Abs. 2 2. Hs. BNotO).

2. Kein durchsetzbarer Anspruch auf Einsicht oder Auskunft

Nur wenn eine Einsicht oder Auskunft nach vorgenannten Grundsätzen berufsrechtlich überhaupt zulässig ist, stellt sich die Folgefrage, ob der Notar einem entsprechenden Ersuchen auch nachkommen *muss*. In Bezug auf eine Einsichtsgewährung hat dies der Senat in der vorliegenden Entscheidung mit zutreffender Begründung verneint und das insoweit freie Ermessen des Notars hervorgehoben.

Offengelassen wurde jedoch, ob ein Einsichtsanspruch ausnahmsweise aus § 51 Abs. 3 BeurkG folgt, wenn der Notar Feststellungen zur Geschäfts- oder Testierfähigkeit entgegen § 11 Abs. 1 Satz 2, § 11 Abs. 2 oder § 28 BeurkG nicht in der Niederschrift, sondern in einem Aktenvermerk niedergelegt hat. Diese Rechtsansicht hat das BayObLG in einem vereinzelt gebliebenen und stark in die Jahre gekommenen Beschluss vertreten.⁷ Der Beschluss ist in der Literatur zu Recht auf starke Ablehnung gestoßen,⁸ dürfte jedoch ohnehin nur selten praktisch werden, da vorgenannte Vorschriften nur die Feststellung des Ergebnisses der Prüfung in der Niederschrift verlangen. Einzelne Wahrnehmungen oder Ermittlungsschritte des Notars müssen nicht in der Urkunde niedergelegt werden.⁹ Fertigt der Notar einen ergänzenden Aktenvermerk über seine Wahrnehmungen und Ermittlungsschritte, ist dies zulässig und kein Pflichtbestandteil der Niederschrift.

Offengelassen wurde zudem, ob ein Anspruch auf *Auskunft* über den Inhalt der Nebenakte besteht. Richtigerweise ist auch dies nicht der Fall, was sich aus denselben Erwägungen ergibt, die der Senat zur Nichtexistenz eines Einsichtsanspruchs heranzieht: Der Notar wird nicht aufgrund eines privatrechtlichen Auftrags, sondern als unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes tätig. Seine Nebenakte führt er im eigenen Interesse und nicht im Interesse der Parteien. Eine § 666 BGB oder § 13 FamFG vergleichbare Vorschrift existiert im notariellen Berufsrecht bewusst nicht¹⁰ und auch § 810 BGB ist auf die notarielle Nebenakte nicht anwendbar.¹¹ Ein allgemeiner Auskunftsanspruch wäre in Bezug auf die notarielle Tätigkeit auch wesensfremd: Auskunftsansprüche dienen entwe-

der der Prüfung und Berechnung eines Hauptanspruchs (zum Beispiel § 2314 BGB) oder einer sonst nicht möglichen Überwachung eines Beauftragten durch den Geschäftsherrn (§ 666 BGB). Eine Auskunft über den Inhalt der Nebenakte fällt in keine dieser Kategorien. Der Vorbereitung eines Einsichtsanspruchs kann sie nicht dienen, da ein solcher nach der vorliegenden Entscheidung ohnehin nicht existiert. Auch zum Zweck der Ermittlung potenzieller Ansprüche gegen Dritte kann ein Auskunftsanspruch gegen den Notar nicht bestehen, da dem schon die Neutralitätspflicht entgegensteht (siehe oben). Und schließlich kommt auch ein Auskunftsanspruch zur „Beaufsichtigung“ des Notars durch die Beteiligten nicht in Betracht, da die Beteiligten nicht „Geschäftsherren“ des Notars sind, sondern dieser unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes ist (§ 1 BNotO). Er unterliegt daher nicht privatrechtlicher, sondern allein staatlicher Aufsicht (§§ 92 ff. BNotO). Dies ist auch wesentlicher Unterschied zu anderen Berufsgruppen, etwa Rechtsanwälten, die keiner staatlichen Aufsicht unterliegen und privatrechtlich tätig werden. Im Übrigen macht es keinen Unterschied, ob sich Auskunftsersuchen auf den physischen Inhalt der Nebenakte oder auf dort nicht niedergelegte Erinnerungen des Notars bezieht. Auch in Bezug auf solche Erinnerungen bestehen aus vorgenannten Gründen grundsätzlich keine Auskunftsansprüche.

3. Fälle verpflichtender Einsichtsgewährung oder Auskunft

Eine Pflicht des Notars zur Auskunft kann sich im Einzelfall allenfalls aus anderen berufsrechtlichen Vorschriften ergeben. So wird eine Beantwortung von Fragen der Beteiligten zu einem laufenden Amtsgeschäft, etwa zum Vollzugsstand, häufig Teil der notariellen Betreuung gemäß § 17 Abs. 1 und 2 BeurkG sein. Auch können nachgelagerte Belehrungspflichten zur Abwehr konkreter drohender Schäden zu einer Auskunftspflicht führen. Diese (eher seltenen) Fälle sind jedoch anders gelagert, da sich hier nicht der Notar einem Auskunftsersuchen eines Beteiligten ausgesetzt sieht, sondern umgekehrt der Notar aktiv für eine Information des Beteiligten sorgen muss. In Zweifelsfällen kann hier ein Antrag gemäß § 18 Abs. 3 BNotO Sicherheit schaffen.

Schließlich wird vertreten, der Notar müsse auf Verlangen stets Einsicht in oder Abschrift von solchen Schriftstücken gewähren, die von dem anfragenden Beteiligten selbst stammen. Diese Ansicht fußt auf einer Entscheidung des LG Frankfurt a. M. aus dem Jahr 1988, das den Anspruch auf eine entsprechende Anwendung von § 51 Abs. 3 BeurkG stützte.¹² Dieser Argumentation hat der Senat den Boden entzogen, indem er klargestellt hat, dass § 51 Abs. 3 BeurkG auf die Nebenakte nicht anwendbar ist. Auch hier gelten daher die erläuterten allgemeinen Grundsätze und steht eine Einsichtsgewährung grundsätzlich im freien Ermessen des Notars.

7 BayObLG, Beschluss vom 02.07.1992, 3 Z BR 58/92, DNotZ 1993, 471, 473.

8 Vgl. etwa *Regler*, a. a. O., § 51 Rdnr. 65; *Kleba* in BeckOK-BeurkG, Stand: 01.03.2024, § 51 Rdnr. 28 m. w. N.

9 Vgl. je m. w. N. *Bord* in BeckOGK-BeurkG, § 11 Rdnr. 27, 31; *Grziwotz* in BeckOGK-BeurkG, § 28 Rdnr. 12.

10 LG Frankfurt a. M., Beschluss vom 16.03.1988, 2/9 T 1197/87, DNotZ 1990, 393 ff. m. Anm. *Winkler*; *Regler* in BeckOGK-BeurkG, § 51 Rdnr. 63.

11 *Naumann*, MittBayNot 2002, 524, 524.

12 LG Frankfurt a. M., Beschluss vom 16.03.1988, 2/9 T 1197/87, DNotZ 1990, 393 ff. m. Anm. *Winkler*.

ÖFFENTLICHES RECHT

19. Heimfall des Erbbaurechts – Verjährungsbeginn bei Pflichtverletzung

BGH, Urteil vom 20.10.2023, V ZR 205/22 (Vorinstanz: OLG Hamm, Urteil vom 17.10.2022, 5 U 15/21)

BGB § 214 Abs. 1, § 273 Abs. 1 und 3
Erbbaurechtsgesetz § 2 Nr. 4, § 4

LEITSATZ:

Verstößt der Erbbauberechtigte gegen seine im Erbbaurechtsvertrag vereinbarte Pflicht zur Erhaltung des Bauwerks, so beginnt die Verjährung des für diesen Fall vereinbarten Heimfallanspruchs des Eigentümers nicht zu laufen, solange die Pflichtverletzung andauert.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Mit notariellem Vertrag vom 02.05.1996 räumten die Kläger dem Beklagten, ihrem Vater bzw. Schwiegervater, ein Erbbaurecht an ihrem Grundstück für die Dauer von 99 Jahren ein. In Abschnitt II Ziffer 3 des Erbbaurechtsvertrags (nachfolgend ErbbV) verpflichtete der Erbbauberechtigte sich, das Grundstück innerhalb von zwei Jahren mit einem Mietwohngebäude zu bebauen und Gebäude, Einfriedungen und Gärten stets in gutem Zustand zu erhalten. Für den Fall, dass er dem nicht nachkommt, sind die Eigentümer berechtigt, die notwendigen Instandhaltungsarbeiten auf Kosten des Erbbauberechtigten selbst vorzunehmen. Gemäß Abschnitt II. Ziffer 6 ErbbV ist der Erbbauberechtigte u. a. dann verpflichtet, das Erbbaurecht auf Verlangen des Eigentümers an diesen zu übertragen (sog. Heimfall), wenn der Erbbauberechtigte den Bestimmungen in Abschnitt II Ziffer 3 zuwiderhandelt. Bei Ausübung des Heimfallanspruchs haben die Eigentümer dem Erbbauberechtigten für die Bauwerke eine Entschädigung zu gewähren. Deren Zahlung hat gemäß Abschnitt II Ziffer 9 ErbbV unverzüglich nach Rückübertragung des Erbbaurechts zu erfolgen. Das Erbbaurecht wurde in das Erbbaugrundbuch eingetragen.

2 Der Beklagte ließ auf dem Grundstück ein Wohngebäude errichten und vermietete es an die Kläger. In der Folgezeit rügten die Kläger verschiedene Mietmängel und kürzten ab dem Jahr 2005 ihre Mietzahlungen. Der Beklagte erklärte die Kündigung des Mietverhältnisses und nahm die Kläger im Jahr 2008 in zwei getrennten Verfahren auf Räumung und Zahlung rückständiger Mieten in Anspruch. Daraufhin drohten die Kläger im Juli 2008 an, ihren Heimfallanspruch geltend zu machen. Nachdem sie im April 2018 zur Räumung und Zahlung von 51.598,31 € verurteilt worden waren, forderten sie den Beklagten mit Schreiben vom 20.07.2018 zur Rückübertragung des Erbbaurechts auf. Im Februar 2019 räumten die Kläger das Grundstück und erfüllten den titulierten Zahlungsanspruch.

3 Mit der im Jahr 2018 erhobenen Klage verlangen die Kläger von dem Beklagten die Rückübertragung des Erbbaurechts. Der Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung und meint hilfsweise, der Klage könne nur Zug um Zug gegen

Zahlung einer Entschädigung i. H. v. 200.000 € stattgegeben werden. Das LG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Kläger hat das OLG den Beklagten zur Rückübertragung des Erbbaurechts verurteilt. Mit der von dem OLG zugelassenen Revision möchte der Beklagte die Wiederherstellung der landgerichtlichen Entscheidung erreichen. Die Kläger beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

4 I. Das Berufungsgericht meint, die Kläger hätten gegen den Beklagten einen Anspruch auf Rückübertragung des Erbbaurechts aus Abschnitt II Ziffer 6 i. V. m. Abschnitt II Ziffer 3 ErbbV. Der Beklagte habe die Immobilie nicht stets in einem guten Zustand erhalten. Das Erfordernis des „stets guten Zustands“ sei dahin auszulegen, dass keine substanzschädigenden Mängel, sondern allenfalls überschaubare optische Beeinträchtigungen vorhanden sein dürften, dass die technischen Einrichtungen funktionsfähig sein müssten und dass kein nennenswerter Renovierungsstau bzw. Instandsetzungsbedarf bestehen dürfe. Der Beklagte habe die Wartung bzw. Instandsetzung der Immobilie pflichtwidrig unterlassen. Das ergebe sich aus einer wertenden Betrachtung mehrerer Punkte. So habe der Beklagte die beschädigten Palisaden, die abgerutschten Hänge und die unebenen Terrassenplatten nicht instandgesetzt. Einen Riss in der Stufe vor der Hauseingangstür habe er nicht beseitigt. Indem er seit 1996 die Holzelemente an Dachsims, Erkerfenster und Balkongeländer des Wohngebäudes nicht gewartet habe, habe er gegen die vereinbarte Erhaltungspflicht verstoßen. Die Abplatzungen am Holz und die verwitterte Optik stellten sich als Substanzbeeinträchtigungen infolge mangelhafter Wartung dar, die mit einem guten Zustand nicht mehr vereinbar seien. Der Zaun zum Nachbargrundstück sei teilweise eingestürzt. Die 2011 und 2016 dokumentierten Verschmutzungen der Fassade und deren Moos- und Algenbewuchs hätten jedenfalls im Jahr 2018 ein Ausmaß angenommen, welches einem guten Gebäudezustand nicht mehr entspreche. Schließlich habe der Beklagte seit 1996 weder die Dachflächen und -rinnen gereinigt noch den Teppichboden im Elternschlafzimmer ausgetauscht. Dass er gegenüber dem Erhaltungsanspruch der Kläger ein Zurückbehaltungsrecht wegen ausstehender Mietzahlungen geltend gemacht habe, habe der Beklagte nicht dargelegt.

5 Der Heimfallanspruch sei nicht verjährt. In dem Unterlassen von Erhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten liege eine fortdauernde Vertragswidrigkeit. Solange der Verstoß gegen die erbaurechtliche Instandhaltungspflicht andauere, könne die Verjährung des Heimfallanspruchs nicht eintreten. Der Anspruch der Kläger sei nicht verwirkt. Die Geltendmachung des Heimfallanspruchs sei auch nicht rechtsmissbräuchlich oder unverhältnismäßig. Sowohl im Innenbereich des Hauses als auch am Haus und auf dem übrigen Grundstück lägen zahlreiche Umstände vor, die das Gesamtbild des Objekts erheblich beeinträchtigten und mit einem guten Zustand nicht mehr in Einklang zu bringen seien. Schließlich stehe dem Beklagten gegenüber dem Heimfallanspruch kein Zurückbehaltungsrecht zu. Einen Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung habe er der Höhe nach nicht hinreichend konkret dargelegt.

Der Anspruch auf Zahlung der Heimfallentschädigung sei gemäß Abschnitt II Ziffer 9 ErbbV erst nach Rückübertragung des Erbbaurechts fällig.

6 II. Die Revision hat keinen Erfolg.

7 1. Die Revision ist allerdings unbeschränkt zulässig. Die von dem Berufungsgericht in der Formel seines Urteils unbeschränkt ausgesprochene Zulassung der Revision erfährt durch die Ausführungen in den Urteilsgründen keine Einschränkung. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Zulassungsentscheidung am Schluss des Urteils ausgeführt, die Rechtsache erfordere eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Klärung der Frage, ob und ggf. wann die Verjährungsfrist eines Heimfallanspruchs, der für den Fall der Verletzung der Pflicht zur Erhaltung eines Gebäudes vereinbart ist, zu laufen beginne. Damit hat es die unbeschränkte Zulassung der Revision in der Urteilsformel lediglich näher erläutert. Ein Wille, die unbeschränkte Zulassung inhaltlich einzuschränken, lässt sich seinen Ausführungen dagegen nicht, jedenfalls nicht mit der notwendigen Eindeutigkeit und Klarheit entnehmen (vgl. dazu Senat, Urteil vom 20.11.2020, V ZR 64/20, ZWE 2021, 223 Rdnr. 8).

8 2. Die Revision ist jedoch unbegründet. Rechtsfehlerfrei bejaht das Berufungsgericht einen Heimfallanspruch der Kläger gegen den Beklagten auf der Grundlage von Abschnitt II Ziffer 6 i. V. m. Abschnitt II Ziffer 3 ErbbV.

9 a) Im Ausgangspunkt bestehen gegen die Wirksamkeit der im Erbbaurechtsvertrag getroffenen Heimfallregelung keine Bedenken. Die Zuwiderhandlung gegen die vertraglich vereinbarte Pflicht des Erbbauberechtigten, Gebäude, Einfriedungen, Gärten und sonstige unbebaute Flächen stets in gutem Zustand zu erhalten, ist ein zulässiger Heimfallgrund nach § 2 Nr. 4 ErbbauRG. Nach dieser Vorschrift kann als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart werden, dass der Eigentümer bei Eintritt „bestimmter Voraussetzungen“ die Übertragung des Rechts auf sich oder an einen Dritten verlangen kann. Damit kann grundsätzlich jedes Ereignis als den Heimfallanspruch auslösend vereinbart werden. Der Bestimmtheitsgrundsatz des Grundbuchrechts steht der Verwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs – wie hier dem des „stets guten Zustands“ – zur Umschreibung der Voraussetzungen des Heimfalls nicht entgegen (vgl. Senat, Urteil vom 11.07.2003, V ZR 56/02, WM 2004, 230; zu dem Begriff des guten und betriebsfähigen Zustands vgl. Senat, Urteil vom 29.01.1988, V ZR 271/86, WM 1988, 786, 787).

10 b) Auch die Auslegung des Berufungsgerichts der – aufgrund der Grundbucheintragung als Inhalt des dinglichen Rechts vereinbarten (§ 2 Nr. 4 ErbbauRG) – Regelung zum Heimfall des Erbbaurechts in Abschnitt II Ziffer 3 ErbbV, wonach ein „stets guter Zustand“ bedeutet, dass keine substanzschädigenden Mängel der Immobilie, sondern allenfalls überschaubare optische Beeinträchtigungen vorhanden sein dürfen, dass die technischen Einrichtungen funktionsfähig sein müssen und dass kein nennenswerter Renovierungsstau bzw. Instandsetzungsbedarf bestehen darf, hält der revisionsrechtlich uneingeschränkten (vgl. Senat Urteil vom 28.09.1984, V ZR 135/83, NJW 1985, 1464,

1465; Urteil vom 11.07.2003, V ZR 56/02, WM 2004, 230; Urteil vom 06.11.2015, V ZR 165/14, BGHZ 207, 334 Rdnr. 37; jew. m. w. N.) Nachprüfung stand. Die Annahme des Berufungsgerichts, nach dem Wortlaut und dem vereinbarten Zweck des Erbbaurechtsvertrags sei kein „sehr guter“ oder „perfekter“, sondern ein Zustand gemeint, der die Vermietung des Wohngebäudes ermöglicht und einen über die reine Abnutzung hinausgehenden Wertverlust vermeidet, ist nächstliegend.

11 c) Rechtsfehlerfrei sieht das Berufungsgericht die Heimfallvoraussetzungen gemäß Abschnitt II Ziffer 3 ErbbV als gegeben an.

12 aa) Das Berufungsgerecht meint, dass sich bei wertender Betrachtung mehrerer Punkte ergebe, dass der Beklagte gegen die sich aus dem Erbbaurechtsvertrag ergebende Erhaltungspflicht verstoßen hat. Dem Berufungsurteil lässt sich allerdings nicht eindeutig entnehmen, ob das Berufungsgericht jeden einzelnen Punkt für sich gesehen als für den Heimfall ausreichend ansieht oder ob es die bejahten Punkte nur in einer Gesamtschau ausreichen lässt. Zugunsten der Revision ist deshalb davon auszugehen, dass das Berufungsgericht nur aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände die Überzeugung gewonnen hat, dass der Beklagte das Gebäude, die Einfriedungen und den Garten nicht stets in einem guten Zustand erhalten hat.

13 bb) Die tatrichterliche Gesamtwürdigung ist jedoch nicht zu beanstanden. Sie kann von dem Revisionsgericht nur darauf überprüft werden, ob das Berufungsgericht wesentliche Umstände übersehen oder nicht vollständig gewürdigt, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt oder von der Revision gerügte Verfahrensfehler begangen hat (vgl. Senat, Urteil vom 16.04.2021, V ZR 17/20, NJW 2021, 3060 Rdnr. 8 m. w. N.). Derartige Rechtsfehler liegen nicht vor.

14 (1) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts weisen die Holzelemente an Dachsimen, Erkerfenster und Balkongeländer des Wohngebäudes Abplatzungen und Verwitterungserscheinungen auf, und die Fassade ist verschmutzt und mit Moos und Algen bewachsen. Dass das Berufungsgericht diesem Zustand im Rahmen seiner Gesamtwürdigung eine gewichtige Bedeutung zumisst, weil es sich um eine erhebliche optische Beeinträchtigung handelt, die auf eine mangelnde Wartung und Pflege zurückzuführen ist, ist nicht zu beanstanden. Die in diesem Zusammenhang erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und als nicht durchgreifend erachtet (§ 564 ZPO).

15 (2) Das Berufungsgericht hat weiter festgestellt, dass der Beklagte die abgebrochenen und zum Teil schief stehenden Palisaden im Bereich der Terrasse und der Treppe sowie die abgesackten Terrassenplatten nicht instandgesetzt hat; zudem hat er die abrutschenden Beete am Hang nicht befestigt. Diese Punkte sind im Rahmen der Gesamtwürdigung berücksichtigungsfähig. Ohne Erfolg verweist die Revision auf den unter Beweis gestellten Sachvortrag des Beklagten, wonach die Kläger im Jahr 2006 die Mitarbeiter der von ihm mit der Instandsetzung beauftragten Firma des Grundstücks verwiesen habe. Das Berufungsgericht hat diesen Vortrag rechtsfehlerfrei für unerheblich gehalten,

weil der Beklagte durch einen im Jahr 2006 erfolglos erteilten Instandsetzungsauftrag nicht von seiner Erhaltungspflicht befreit wurde und er bis zum Jahr 2018 keinerlei Erhaltungsarbeiten an den Palisaden und der Terrasse durchgeführt hat.

16 (3) Die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte hätte die Beschädigung der Stufe vor der Hauseingangstür beseitigen müssen, hält ebenfalls den Angriffen der Revision stand. Den von der Revision aufgezeigten Sachvortrag des Beklagten, die Kläger hätten mit den für die Beseitigung zu erwartenden Kosten gegen offene Mietforderungen des Beklagten aufgerechnet, hat das Berufungsgericht aus Rechtsgründen für unbeachtlich gehalten. Das hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand. Die Ersatzvornahme durch den Eigentümer auf Kosten des Erbbauberechtigten gemäß Abschnitt II Ziffer 3 ErbbV lässt dessen Erhaltungspflicht nicht entfallen.

17 (4) Rechtsfehlerfrei berücksichtigt das Berufungsgericht im Rahmen seiner Gesamtabwägung ferner, dass seit einem Sturm im Jahr 2008 der Zaun zu dem Nachbargrundstück beschädigt ist. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte hätte unabhängig davon, ob die Kläger den Zaun errichtet und dabei nachbar- und baurechtliche Vorschriften nicht beachtet haben, den beschädigten Zaun nicht einfach liegen lassen dürfen, ist nicht zu beanstanden.

18 (5) Schließlich hält es sich im Rahmen tatrichterlicher Würdigung, wenn das Berufungsgericht als weitere Umstände berücksichtigt, dass der Beklagte in den 22 Jahren nach Errichtung des Hauses weder die Dachflächen und die Dachrinnen gereinigt noch den von ihm im Jahr 1996 verlegten Teppichboden ausgetauscht hat. Die in diesem Zusammenhang erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 ZPO).

19 cc) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, der Heimfallgrund sei deshalb nicht eingetreten, weil dem Beklagten gegenüber dem Erhaltungsanspruch der Kläger aus Abschnitt II Ziffer 3 ErbbV ein Zurückbehaltungsrecht wegen ausgebliebener Mietzinszahlungen zugestanden habe (§ 273 Abs. 1 BGB).

20 (1) Es ist schon zweifelhaft, ob – was Voraussetzung für die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts wäre (vgl. Senat, Urteil vom 21.02.2014, V ZR 176/12, NJW 2014, 2177 Rdnr. 29 m. w. N.) – dem Anspruch des Beklagten auf Zahlung des Mietzinses aus dem Mietvertrag und dem Anspruch der Kläger auf Erhaltung der Immobilie in einem stets guten Zustand gemäß Abschnitt II Ziffer 3 ErbbV ein innerlich zusammenhängendes Lebensverhältnis im Sinne des § 273 Abs. 1 BGB zugrunde liegt. Die Mietminderung der Kläger betrifft den Mietvertrag. Als Vermieter war der Beklagte verpflichtet, die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten (§ 535 Satz 2 BGB). Die Erfüllung dieser Pflicht konnte er nicht von der Zahlung der einbehaltenen Miete abhängig machen. Durch die Mietminderung (§ 536 BGB) soll nämlich das von den Vertragsparteien festgelegte Äquivalenzverhältnis zwischen den Leistungen des Vermieters – der Be-

reitstellung einer im Vertragssinne nutzbaren Mietsache – und der Leistung des Mieters – der Mietzahlung – bei einer Störung auf der Vermieterseite wiederhergestellt werden (vgl. BGH, Urteil vom 06.04.2005, XII ZR 225/03, BGHZ 163, 1, 6; Urteil vom 17.04.2019, VIII ZR 33/18, NJW 2019, 2464 Rdnr. 27). Könnte sich der Beklagte gegenüber dem Anspruch der Kläger auf Erhaltung der Immobilie aus dem Erbbaurechtsvertrag auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen, bliebe das Äquivalenzverhältnis zwischen den wechselseitigen Ansprüchen aus dem Mietvertrag gestört.

21 (2) Das kann jedoch dahinstehen. Jedenfalls hat sich der Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts gegenüber dem Instandhaltungsanspruch der Kläger aus Abschnitt II Ziffer 3 ErbbV nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 1 BGB wegen ausstehender Mietzahlungen berufen. Ein Zurückbehaltungsrecht kann zwar auch durch schlüssige Handlung ausgeübt geltend gemacht werden; es muss jedoch – schon wegen der Abwendungsbefugnis nach § 273 Abs. 3 BGB – immer erkennbar sein, dass und insbesondere in welcher Höhe ein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt wird (vgl. Senat, Urteil vom 27.10.1982, V ZR 136/81, NJW 1983, 565). Das ist, wovon das Berufungsgericht zutreffend ausgeht, dem Vortrag des Beklagten nicht zu entnehmen.

22 d) Der Heimfallanspruch der Kläger ist nicht verjährt (§ 214 Abs. 1 BGB).

23 aa) Gemäß § 4 ErbbauRG verjährt der Heimfallanspruch in sechs Monaten von dem Zeitpunkt an, in dem der Grundstückseigentümer von dem Vorhandensein der Voraussetzungen Kenntnis erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in zwei Jahren von dem Eintreten der Voraussetzungen an. Die Vorschrift regelt Beginn und Dauer der Verjährungsfrist für den Heimfallanspruch abweichend von §§ 196, 200 BGB; im Übrigen gelten die allgemeinen Bestimmungen der §§ 194 ff. BGB (vgl. Grüneberg/Wicke, 82. Aufl., § 4 ErbbauRG Rdnr. 1; Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, 7. Aufl., § 4 Rdnr. 126). Während nach §§ 196, 200 BGB die Verjährung mit dem Entstehen des Anspruchs beginnt, wofür in der Regel der Zeitpunkt der Fälligkeit maßgeblich ist (vgl. Senat, Urteil vom 17.12.1999, V ZR 448/98, NJW-RR 2000, 647, 648 zu § 198 Satz 1 BGB; für gegenseitige Verträge vgl. Senat, Beschluss vom 29.06.2023, V ZR 137/22, juris Rdnr. 2), stellt § 4 ErbbauRG für den Verjährungsbeginn ausdrücklich nicht auf die Entstehung des Heimfallanspruchs, sondern auf die Kenntnis des Eigentümers von dem Eintritt der Voraussetzungen für den Heimfall (Verjährungsfrist sechs Monate) bzw. unabhängig von der Kenntnis auf den Eintritt dieser Voraussetzungen ab (Verjährungsfrist zwei Jahre). Erlangt der Eigentümer Kenntnis von den Voraussetzungen für den Heimfallanspruch, muss er diesen also innerhalb von sechs Monaten gegenüber dem Erbbauberechtigten geltend machen. Macht der Grundstückseigentümer nach Eintritt eines Heimfallgrundes den Heimfallanspruch geltend, indem er die Übertragung auf sich oder einen Dritten gemäß § 3 ErbbauRG verlangt, wird dadurch – als unmittelbare rechtliche Folge – zwar die Übertragungspflicht des Erbbauberechtigten fällig gestellt (vgl. Senat, Urteil vom 18.05.1990,

V ZR 190/89, NJW-RR 1990, 1095, 1096). Der Beginn der Verjährung des § 4 ErbbauRG ist davon aber unabhängig.

24 bb) Die Voraussetzungen der Verjährung gemäß § 4 ErbbauRG liegen nicht vor. Dabei kommt es nicht darauf an, wann die Kläger erstmals Kenntnis von dem nicht „stets guten Zustand“ der Immobilie erlangt haben. Die Kenntnis der Kläger von der Verletzung der Erhaltungspflicht des Beklagten gemäß Abschnitt II Ziffer 3 ErbbV hat den Lauf der Verjährung gemäß § 4 ErbbauRG nicht in Gang gesetzt.

25 (1) Bei der Verletzung von erbbaurechtsvertraglichen Pflichten ist, wie allgemein bei der Verletzung vertraglicher Pflichten, für die Verjährung danach zu unterscheiden, ob eine abgeschlossene oder fortdauernde Handlung vorliegt. Bei einer abgeschlossenen Verletzungshandlung beginnt die Verjährungsfrist für den Heimfallanspruch mit der Kenntnis des Grundstückseigentümers von dieser Pflichtverletzung bzw. mit dem Eintritt der Voraussetzungen für den Heimfall; der Umstand, dass der Eingriff noch fortbesteht, steht dem Beginn der Verjährung nicht entgegen (vgl. Senat, Urteil vom 28.09.1984, V ZR 135/83, NJW 1985, 1464, 1465). Beruht die Vertragsverletzung auf wiederholten Handlungen, löst jeder neue Verstoß einen neuen Heimfallanspruch und damit eine neue Verjährungsfrist aus. Handelt es sich dagegen um eine fortdauernde Vertragswidrigkeit, kann die Verjährung des Heimfallanspruchs nicht eintreten, solange der Verstoß andauert. Das hat der Senat für eine fortdauernde vertragswidrige Nutzung bereits ausgesprochen (vgl. Senat, Urteil vom 26.06.2015, V ZR 144/14, BGHZ 206, 120 Rdnr. 34) und ist auch in der Literatur anerkannt (vgl. BeckOK-BGB/*Maaß*, Stand: 01.08.2023, § 4 ErbbauRG Rdnr. 3; Grüneberg/*Wicke*, § 4 ErbbauRG Rdnr. 3; *Hustedt* in Ingenstau/*Hustedt*, ErbbauRG, 12. Aufl., § 4 Rdnr. 9; *Czub/Lemke* in Lemke, GBO, 3. Aufl., § 4 ErbbauRG Rdnr. 3; MünchKomm-BGB/*Weiβ*, 9. Aufl., § 4 ErbbauRG Rdnr. 5; *Nagel* in Nagel, ErbbauRG, § 4 Rdnr. 15; RGRK/*Räfle*, BGB, 12. Aufl., § 4 ErbbauVO Rdnr. 3; *Rapp* in Harz/Riecke/Schmid, Handbuch des Fachanwalts Miet- und Wohnungseigentumsrecht, 7. Aufl., Teil 3 Kapitel 26 Rdnr. 262, a. A. Staudinger/*Rapp*, Neub. 2021, § 4 ErbbauRG Rdnr. 1 d, 2 für die Zuwiderhandlung gegen eine Selbstnutzungspflicht). Die von der Revision in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat gezogene Wertungsparallele zu der Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses besteht nicht. Es fehlt an einer Vergleichbarkeit. Weder begründet der Vertrag über die Bestellung eines Erbbaurechts ein Dauerschuldverhältnis (vgl. Senat, Urteil vom 15.03.2013, V ZR 201/11, NJW-RR 2013, 1318 Rdnr. 27 m. w. N.) noch ist der Heimfallanspruch ein Gestaltungsrecht (vgl. Senat, Urteil vom 18.05.1990, V ZR 190/89, NJW-RR 1990, 1095 f.).

26 (2) Das führt allerdings, anders als das Berufungsgericht offenbar meint, nicht zur Unverjährbarkeit des Heimfallanspruchs. Die von ihm herangezogene Rechtsprechung des Senats zu dem Anspruch des Wohnungseigentümers auf ordnungsmäßige Verwaltung gemäß § 18 Abs. 2 WEG ist auf den Heimfallanspruch nicht übertragbar. Der Anspruch auf ordnungsmäßige Verwaltung gemäß § 18 Abs. 2 WEG betrifft eine in die Zukunft gerichtete Dauerverpflichtung, die gleichsam ständig neu entsteht und deshalb unverjährbar

ist (vgl. Senat, Urteil vom 27.04.2012, V ZR 177/11, NJW-RR 2012, 910 Rdnr. 10 zu § 21 Abs. 4 WEG a. F.; zum Anspruch des Mieters auf Erhaltung der Mietsache nach § 535 Abs. 2 Satz 2 BGB vgl. BGH, Urteil vom 17.02.2010, VIII ZR 104/09, BGHZ 184, 253 Rdnr. 17). Wird eine im Interesse ordnungsmäßiger Verwaltung gebotene Maßnahme vorgenommen, ist der darauf bezogene Anspruch erfüllt. Anders ist es bei dem Heimfallanspruch als Sekundäranspruch. Kommt der Erbbauberechtigte der verletzten Pflicht nach, bleibt der infolge der Pflichtverletzung entstandene Heimfallanspruch davon unberührt (vgl. Senat, Urteil vom 28.09.1984, V ZR 135/83, NJW 1985, 1464, 1465; Urteil vom 29.01.1988, V ZR 271/86, NJW-RR 1988, 715, 716 f.). Mit dem Ende der Pflichtverletzung beginnt für den Grundstückseigentümer der Lauf der kenntnis- bzw. kenntnisunabhängigen Verjährungsfrist des § 4 ErbbauRG.

27 (3) Für die Frage, ob eine abgeschlossene oder fortdauernde Vertragspflichtverletzung vorliegt, kommt es auf den Inhalt der vertraglich übernommenen Verpflichtung an. Das Berufungsgericht geht davon aus, dass der Beklagte sich in Abschnitt II Ziffer 3 ErbbV zu einer fortwährenden und gleichbleibenden Erhaltung der Immobilie in gutem Zustand und damit zur Vornahme von Erhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten verpflichtet hat. Diese Auslegung hält der uneingeschränkten rechtlichen Nachprüfung (vgl. oben Rdnr. 13) stand. Der Begriff des „Erhaltens“ eines guten Zustands ist nächstliegend so zu verstehen, dass dauerhaft die Verpflichtung besteht, Maßnahmen zu ergreifen, damit die Immobilie stets in einem guten Zustand ist. Mit dem Eintritt des „nicht mehr“ guten Zustandes ist die Pflichtverletzung nicht abgeschlossen. Deshalb ist der vereinbarte Heimfallgrund der Zuwiderhandlung gegen die Verpflichtung, die Immobilie stets in einem guten Zustand zu halten, entgegen der Ansicht der Revision nicht vergleichbar mit dem Heimfallgrund einer rechtswidrigen Baumaßnahme. Während der zuletzt genannte Heimfallgrund nicht an die Pflicht zur Wiederherstellung des vertragsgemäßen Zustands knüpft, sodass die Verjährung mit der Kenntnis von der rechtswidrigen Baumaßnahme beginnt (vgl. Senat, Urteil vom 28.09.1984, V ZR 135/83, NJW 1985, 1464, 1465), begründet jede Zuwiderhandlung gegen die Erhaltungspflicht wegen der Pflicht zum Tätigwerden den Heimfallanspruch von neuem. Verstößt der Erbbauberechtigte gegen seine im Erbbaurechtsvertrag vereinbarte Pflicht zur Erhaltung des Bauwerks, so beginnt die Verjährung des für diesen Fall vereinbarten Heimfallanspruchs des Eigentümers nicht zu laufen, solange die Pflichtverletzung andauert.

28 (4) Etwas anderes folgt nicht aus dem Sinn und Zweck der kurzen Verjährungsfrist des § 4 ErbbauRG. Zwar sollen dadurch schnell klare Rechtsverhältnisse geschaffen werden; der Erbbauberechtigte soll innerhalb kurzer Zeit Gewissheit darüber erhalten, ob er das Erbbaurecht zurückübertragen muss und damit das Eigentum an dem Gebäude verliert (vgl. Senat, Urteil vom 11.07.2003, V ZR 56/02, NJW-RR 2003, 1524, 1525; BeckOGK-ErbbauRG/*Toussaint*, Stand: 01.09.2023, § 4 Rdnr. 4; MünchKomm-BGB/*Weiβ*, § 4 ErbbauRG Rdnr. 1 f.; Staudinger/*Rapp*, § 4 ErbbauRG Rdnr. 1a; *Nagel* in Nagel, ErbbauRG, § 4 Rdnr. 1). Verstößt der

Erbbauberechtigte aber fortdauernd gegen seine vertraglichen Pflichten, ist sein Vertrauen auf die Untätigkeit des Grundstückseigentümers nicht schutzwürdig. Hinzu kommt, dass mit der kurzen Verjährungsfrist die mit einem größeren Zeitablauf verbundenen Beweisschwierigkeiten vermieden werden sollen (vgl. RGRK/Räffle, BGB, § 4 ErbbauVO Rdnr. 1). Bei einer fortdauernden Vertragswidrigkeit gibt es diese Beweisschwierigkeiten nicht. Insoweit liegt es auch im Interesse des Erbbauberechtigten, dass der Grundstückseigentümer nicht wegen der kurzen Verjährungsfrist zu einem schnellen Handeln gezwungen ist. Denn dadurch hat der Erbbauberechtigte die Möglichkeit, den Verlust des Gebäudes durch die Erfüllung seiner Pflichten abzuwenden. Der Grundstückseigentümer kann abwarten und seinen Heimfallanspruch erst als letzte und schärfste Sanktion geltend machen (vgl. MünchKomm-BGB/Weiß, § 2 ErbbauRG Rdnr. 25).

29 e) Das Berufungsgericht geht weiter rechtsfehlerfrei davon aus, dass den Klägern die Geltendmachung des Heimfallanspruchs nicht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt ist.

30 aa) Allerdings gilt für die Ausübung des Heimfallanspruchs der Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. Senat, Urteil vom 24.02.1984, V ZR 187/82, NJW 1984, 2213, 2214). Die Geltendmachung des Heimfallanspruchs kann etwa dann eine unzulässige Rechtsausübung sein, wenn der Grundstückseigentümer durch eigenes vertragswidriges Verhalten den Heimfallgrund herbeigeführt hat (vgl. Senat, Urteil vom 11.12.1992, V ZR 131/91, NJW-RR 1993, 465, 466; Lemke in Lemke, GBO, 3. Aufl., § 2 ErbbauRG Rdnr. 32).

31 bb) Die tatrichterliche Würdigung, ob ein Verhalten als rechtsmissbräuchlich im Sinne von § 242 BGB zu bewerten ist, ist revisionsrechtlich nur eingeschränkt daraufhin überprüfbar, ob der Tatrichter den Sachverhalt zutreffend festgestellt hat, ob er den unbestimmten Rechtsbegriff des Rechtsmissbrauchs richtig erfasst hat oder ob seine Wertung gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (vgl. BGH, Urteil vom 08.06.2005, IV ZR 225/04, NJW-RR 2005, 1341, 1342; Urteil vom 04.02.2015, VIII ZR 154/14, BGHZ 204, 145 Rdnr. 16; Urteil vom 08.11.2022, II ZR 91/21, BGHZ 235, 57 Rdnr. 45). Sie ist in diesem Rahmen nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht kommt im Rahmen seiner Gesamtwürdigung vertretbar zu dem Ergebnis, dass das Gesamtbild des Hauses und des Grundstücks aufgrund der zahlreichen Pflichtverstöße erheblich beeinträchtigt ist und von einer geringfügigen Vertragsverletzung keine Rede sein kann. Ohne Erfolg macht der Beklagte geltend, die Kläger hätten sich selbst vertragsuntreu verhalten, indem sie fällige Mietzinszahlungen nicht entrichtet und dadurch den Heimfall ausgelöst hätten. Dem steht schon entgegen, dass der Beklagte sich gegenüber dem Erhaltungsanspruch der Kläger aus Abschnitt II Ziffer 3 ErbbV nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen hat (vgl. oben Rdnr. 21).

32 cc) Die weitere tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, der Heimfallanspruch der Kläger sei nicht verwirkt, lässt ebenfalls keine Rechtsfehler erkennen.

33 f) Schließlich hat das Berufungsgericht den Beklagten zu Recht ohne einen Zug-um-Zug-Vorbehalt zur Rückübertragung des Erbbaurechts verurteilt.

34 aa) Auf ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 1 BGB wegen eines Anspruchs auf Nutzungsentschädigung für die Zeit zwischen der Kündigung des Mietverhältnisses und dem Auszug der Kläger kann sich der Beklagte nicht berufen. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei eine hinreichend konkrete Darlegung der Anspruchshöhe vermisst. Keinen Erfolg hat die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe insoweit die richterliche Hinweispflicht verletzt (§ 139 Abs. 1 ZPO). Ein Rechtsmittelführer, der die Verletzung einer gerichtlichen Hinweispflicht gemäß § 139 ZPO geltend macht, muss darlegen, wie er auf einen entsprechenden Hinweis reagiert, insbesondere was er hierauf im Einzelnen vorgetragen hätte, und wie er weiter vorgegangen wäre (vgl. Senat, Urteil vom 11.03.2005, V ZR 160/04, NJW-RR 2005, 965, 966; BGH, Urteil vom 26.01.2021, II ZR 391/18, WM 2021, 390 Rdnr. 32 m. w. N.). Daran fehlt es. Die bloße Bezugnahme der Revision auf das gesamte Vorbringen des Beklagten in dem vor dem AG geführten Mietrechtsstreit ersetzt den erforderlichen Vortrag nicht.

35 bb) Dem Beklagten steht auch kein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 1 BGB wegen der Heimfallvergütung (§ 32 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG) zu (in dem Erbbaurechtsvertrag als „Entschädigung“ bezeichnet). Der Anspruch auf Heimfallvergütung begründet zwar ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Heimfallanspruch des Eigentümers nach § 273 Abs. 1 BGB, denn dafür genügt, dass der Gegenanspruch mit Erfüllung der eigenen Leistung entsteht und fällig wird, hier mit dem dinglichen Vollzug des Heimfallanspruchs durch Übertragung des Erbbaurechts und Grundbucheintragung (vgl. Senat, Urteil vom 20.04.1990, V ZR 301/88, BGHZ 111, 154, 156; Urteil vom 06.11.2015, V ZR 165/14, NJW 2016, 3167 Rdnr. 16, insoweit in BGHZ 207, 334 nicht abgedruckt). Die Parteien haben aber in dem Erbbaurechtsvertrag eine abweichende Vereinbarung gemäß § 32 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG hinsichtlich der Fälligkeit der Heimfallvergütung vereinbart. Nach Abschnitt II Ziffer 9 ErbbV hat die Zahlung erst „unverzüglich nach“ der Rückübertragung des Erbbaurechts zu erfolgen. Die Auslegung des dinglichen, von der Eintragungsbewilligung umfassten Inhalts des Erbbaurechtsvertrags durch das Berufungsgericht, wonach der Anspruch auf Zahlung der Heimfallvergütung erst nach und nicht mit der Rückübertragung fällig werden soll, hält der revisionsrechtlich uneingeschränkten Nachprüfung stand. Damit haben die Parteien das dem Beklagten von Gesetzes wegen zustehende Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen und ihn zur Vorleistung verpflichtet.

(...)

STEUERRECHT

20. Versteuerung von „Earn-Out-Zahlungen“ im Zusammenhang mit der Veräußerung eines Mitunternehmeranteils

BFH, Urteil vom 09.11.2023, IV R 9/21 (Vorinstanz:
FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 30.03.2021, 5 K 2442/17)

AO § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2

LEITSÄTZE:

1. Im Fall der Veräußerung eines Mitunternehmeranteils sind neben dem Festkaufpreis zu leistende gewinn- oder umsatzabhängige Kaufpreisbestandteile erst im Zeitpunkt des Zuflusses als nachträgliche Betriebseinnahmen zu versteuern. Sie erhöhen den im Jahr der Veräußerung entstandenen Veräußerungsgewinn nach § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG nicht (Bestätigung der Rechtsprechung).
2. Dies gilt auch für sog. Earn-Out-Klauseln, bei denen das Entstehen der sich hieraus ergebenden variablen Kaufpreisbestandteile sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach ungewiss ist.

21. Jastrowsche Klausel im Berliner Testament – Besteuerung eines betagten Vermächtnisses

BFH, Urteil vom 11.10.2023, II R 34/20 (Vorinstanz:
FG Hamburg, Urteil vom 21.02.2020, 3 K 191/18)

BGB §§ 1922, 2147, 2269

ErbStG § 3 Abs. 1 Nr. 1, § 6 Abs. 2, Abs. 4, § 10 Abs. 5 Nr. 1,
§ 15 Abs. 3

GG Art. 103 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Setzen Ehegatten in einem sog. Berliner Testament sich gegenseitig als Alleinerben ein und gewähren denjenigen Kindern ein betagtes Vermächtnis, die beim Tod des Erstversterbenden ihren Pflichtteil nicht fordern (sog. Jastrowsche Klausel), kann der überlebende Ehegatte als Erbe des erstversterbenden Ehegatten die Vermächtnisverbindlichkeit nicht als Nachlassverbindlichkeit in Abzug bringen, da das Vermächtnis noch nicht fällig ist.
2. Das Kind hat den Erwerb des betagten Vermächtnisses bei dem Tod des überlebenden Ehegatten als von diesem stammend zu versteuern. Ist es zugleich Erbe des zuletzt verstorbenen Ehegatten, kann es das Vermächtnis als Nachlassverbindlichkeit in Abzug bringen.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) hatte fünf Geschwister. Die Eltern der Klägerin verfassten ein sog. Berliner Testament. Sie setzten sich gegenseitig zu Alleinerben ein, wobei der überlebende Ehegatte über den Nachlass und sein eigenes Vermögen frei verfügen konnte. Als Erben des Überlebenden (sog. Schlusserben) setzten die Eheleute die Klägerin und drei ihrer Schwestern (A, B und C) ein. Der Bruder (D) und eine weitere Schwester (E) wurden enterbt. Weiter enthielt das Testament eine sog. Jastrowsche Klausel. Diese regelte für den Fall, dass eines der Kinder auf den Tod des Erstversterbenden den Pflichtteil verlangen sollte, dieses Kind auch vom Nachlass des überlebenden Ehegatten nur den Pflichtteil erhalten sollte. Die zu Erben des Überlebenden berufenen Geschwister, die den Pflichtteil bei Tod des Erstversterbenden nicht verlangten, sollten in diesem Fall aus dem Nachlass des Erstversterbenden ein Vermächtnis erhalten, das so hoch sein sollte, wie ihr Erbanteil bei gesetzlicher Erbfolge auf Ableben des Erstversterbenden und Übernahme der Pflichtteilslast für die den Pflichtteil fordernden Geschwister. Die Vermächtnisse sollten beim Tod des Erstversterbenden anfallen, aber erst beim Tod des Letztversterbenden ausgezahlt werden.

2 Nach dem Tod des Vaters machten D und E gegenüber der Mutter Pflichtteilsansprüche geltend. Nach dem Tod von C, die keine Abkömmlinge hinterließ, errichtete die Mutter ein Testament, mit dem sie die Klägerin, A und B als Erben einsetzte und D und E von der Erbschaft ausschloss.

3 Nach dem Tod der Mutter, die im Jahr 2012 verstarb, erklärten die Klägerin, A und B in der Erbschaftsteuererklärung unter anderem Nachlassverbindlichkeiten aus betagten Vermächtnissen nach dem Tod des Vaters in Höhe von insgesamt 3.329.593 €.

4 Der Beklagte und Revisionsbeklagte (FA) setzte gegenüber der Klägerin für den Erbfall nach der verstorbenen Mutter zuletzt mit Änderungsbescheid vom 09.07.2018 Erbschaftsteuer i. H. v. 383.531 € fest. Dabei erkannte das FA die erklärten anteiligen Nachlassverbindlichkeiten i. H. v. 1.109.864,33 € (= ein Drittel von 3.329.593 €) aus betagten Vermächtnissen nicht mehr an. Eine Besteuerung des von der Klägerin erworbenen betagten Vermächtnisses – welches beim Tod des Vaters angefallen, jedoch erst mit dem Tod der Mutter fällig geworden war – unterblieb.

5 Den hiergegen erhobenen Einspruch wies das FA mit Einspruchsentscheidung vom 26.09.2018 zurück. Es führte in der Begründung aus, dass in dem Änderungsbescheid vom 09.07.2018 bei der Festsetzung der Erbschaftsteuer die betagten Vermächtnisse zwar nicht anteilig als Nachlassverbindlichkeit in Abzug gebracht worden seien, jedoch der von der Klägerin erworbene Vermächtnisanspruch dem Erwerb auch nicht hinzugerechnet worden sei, sodass sich die beiden Posten im Ergebnis ausgeglichen hätten. Da sowohl die Steuerklasse als auch der Steuersatz bei dem Erwerb von Vater und Mutter identisch gewesen seien, habe keine Aufteilung gemäß § 6 Abs. 2 Satz 3 und 5 ErbStG vorgenommen werden müssen. Gemäß § 6 Abs. 2 Satz 4

ErbStG könne der Freibetrag gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG in der Summe nur einmal berücksichtigt werden.

6 Die Klage vor dem FG, mit der die Klägerin weiterhin begehrt, dass zum einen das betagte Vermächtnis als Nachlassverbindlichkeit bei der Berechnung der Erbschaftsteuer nach dem Tod der Mutter in Abzug gebracht und zum anderen, dass ihr zusätzlich der Freibetrag nach dem Vater gewährt wird, hatte keinen Erfolg.

7 Mit ihrer Revision rügt die Klägerin eine Verletzung von § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG und eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG i. V. m. § 119 Nr. 3, § 96 Abs. 2 FGO).

8 Es käme zu einer doppelten Besteuerung des Vermächtnisses, wenn das Vermächtnis nach dem Tod der Mutter bei ihr – der Klägerin – der Besteuerung unterliege, aber nicht als Nachlassverbindlichkeit in Abzug zu bringen sei. Eine solche Vorgehensweise wäre nur zulässig, wenn das betagte Vermächtnis wie eine Vor- und Nacherbschaft zu behandeln sei. Eine solche Behandlung sei aber unrichtig, sodass das FA eine unzutreffende Hinzurechnung des Vermächtnisses bei dem Erbfall nach dem Tod der Mutter fiktiv nach § 6 Abs. 4 ErbStG vorgenommen habe.

9 Das FG stütze seine Argumentation darauf, dass die Vermächtnisverbindlichkeit nicht in Abzug gebracht werden könne, weil in gleicher Höhe ansonsten wieder eine Hinzurechnung des betagten Vermächtnisses erfolgen müsse. Dieses Argument sei zwischen den Beteiligten nicht diskutiert worden, sodass die FG-Entscheidung überraschend sei. Schließlich seien das zugerechnete betagte Vermächtnis und die abzuziehende Verbindlichkeit nicht identisch. Das betagte Vermächtnis entspreche dem gesetzlichen Erbteil nach dem Tod des Vaters, die Vermächtnisverbindlichkeit sei diejenige, die die nachverstorbene Mutter getroffen habe. Letztere sei höher – auch pro einzelner Erben, weil damals noch vier Erben gelebt hätten – als das erfüllte betagte Vermächtnis an die drei noch lebenden Erben. Deshalb könnten sich Hinzurechnung und Abzug nicht kompensieren.

10 Die Klägerin beantragt, den Änderungsbescheid vom 09.07.2018 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 26.09.2018 dahin gehend zu ändern, dass eine auf die Klägerin entfallende Verbindlichkeit aus Vermächtnissen i. H. v. 1.109.864,33 € zum Abzug zugelassen wird.

11 Das FA beantragt,

die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

12 II. Die Revision ist unbegründet und daher nach § 126 Abs. 2 FGO zurückzuweisen. Das FG hat zu Recht entschieden, dass der angefochtene Erbschaftsteuerbescheid rechtmäßig und die Bemessungsgrundlage für die Erbschaftsteuer nicht um den Betrag der Vermächtnisverbindlichkeit zu mindern ist, da in gleicher Höhe kein Ansatz des erlangten betagten Vermächtnisses bei der Berechnung der Erbschaftsteuer erfolgt ist. Es liegt auch kein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG im Sinne einer Überraschungsentscheidung vor.

13 1. Mit dem Tod der Mutter ist die Klägerin nicht nur Schlusserbin (§ 1922 i. V. m. § 2269 BGB) geworden (siehe hierzu unter 2.), sondern hat als Vermächtnisnehmerin (§§ 2147 ff. BGB) das mit dem Tod der Mutter fällig gewordene Vermächtnis erworben und dieses als von der Mutter stammend nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alternative 2 ErbStG zu versteuern.

14 a) Zivilrechtliche Grundlage hierfür ist das gemeinschaftliche Testament der Eltern der Klägerin. Sie hatten sich in diesem gegenseitig zu Alleinerben und beim Tod des Überlebenden vier ihrer sechs Kinder als Erben eingesetzt (sog. Berliner Testament nach § 2269 Abs. 1 BGB). Die nach dem Tod des überlebenden Ehegatten für den beiderseitigen Nachlass als Erben eingesetzten Kinder sind sog. Schlusserben, auf die erbschaftsteuerrechtlich § 15 Abs. 3 ErbStG Anwendung findet (vgl. Urteil des BFH vom 09.07.2009, II R 42/07, BFH/NV 2009, 1994 unter II. 1. a).

15 Zudem hatten die Eltern der Klägerin in dem Berliner Testament eine Jastrowsche Klausel angeordnet. Durch diese sollte verhindert werden, dass sich die enterbten Kinder, die ihren Pflichtteil verlangen, zulasten der Erben einen höheren Wertanteil am Nachlass des Erstversterbenden verschaffen.

16 b) Danach hatte die Klägerin zwar beim Tod des Vaters aufgrund der Jastrowschen Klausel einen Vermächtnisanspruch erworben, da die enterbten Kinder D und E ihren Pflichtteilsanspruch geltend gemacht hatten. Dieser Vermächtnisanspruch entstand bereits mit dem Tod des Vaters (entgegen der Vermutung des § 2269 Abs. 2 BGB), wurde als betagtes Vermächtnis aber erst mit dem Tod der Mutter fällig (vgl. BFH, Urteil vom 31.08.2021, II R 2/20, BFHE 273, 572 = BStBl. II 2022, S. 387 Rdnr. 17).

17 c) Erbschaftsteuerrechtlich werden nach § 6 Abs. 4 ErbStG Vermächtnisse, die beim Tod des Beschwerten fällig sind, über eine Gleichstellung mit den Nacherbschaften im Wesentlichen so behandelt wie Vermächtnisse, die beim Tod des Beschwerten anfallen (BFH, Urteil vom 31.08.2021, II R 2/20, BFHE 273, 572 = BStBl. II 2022, S. 387 Rdnr. 12). Danach hat die Klägerin das Vermächtnis, das aufgrund der Jastrowschen Klausel mit dem Tod des zuerst verstorbenen Vaters angefallen ist, welches aber erst bei der zuletzt verstorbenen Mutter fällig geworden ist, aufgrund der Fiktion des § 6 Abs. 4, Abs. 2 Satz 1 ErbStG gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 ErbStG als von der Mutter stammend zu versteuern.

18 2. Des Weiteren ist die Klägerin aufgrund der Anordnung des Berliner Testaments neben den weiteren Miterbinnen Schlusserbin des Nachlasses ihrer Mutter geworden, den sie nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 ErbStG zu versteuern hatte. Bei der Ermittlung des steuerpflichtigen Erwerbs war die mit dem Tod der Mutter fällig gewordene Vermächtnisverbindlichkeit als Nachlassverbindlichkeit nach § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG in Abzug zu bringen.

19 a) Nach § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG sind die vom Erblasser herrührenden Schulden als Nachlassverbindlichkeiten abzugsfähig. Darunter fallen alle vertraglichen, außervertraglichen und gesetzlichen Verpflichtungen, die in der Person des Erblassers begründet worden und mit seinem Tod nicht



erloschen sind (vgl. BFH, Urteil vom 01.09.2021, II R 8/20, BFHE 275, 253 = BStBl. II 2022, S. 475 Rdnr. 10).

20 b) Zwar konnte die Mutter als Erbin des Vaters die aufgrund der Jastrowschen Klausel bereits mit dem Tod des Vaters angefallenen betagten Vermächtnisse nicht als Nachlassverbindlichkeit gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG in Abzug bringen, da sie zu diesem Zeitpunkt noch nicht fällig waren. Die Vermächtnisse stellten erst im Zeitpunkt des Todes des überlebenden Ehegatten – vorliegend der Mutter – die für den Abzug notwendige wirtschaftliche Belastung dar, da sie erst zu diesem Zeitpunkt fällig wurden (vgl. BFH, Urteil vom 14.10.2020, II R 30/19, BFHE 272, 93 = BStBl. II 2022, S. 216 Rdnr. 11). Dies hat zur Folge, dass der Nachlass des Vaters ungeschmälert durch die betagten Vermächtnisse auf die Mutter übergang.

21 c) Der Nachlass der Mutter ging danach auf die Klägerin als Erbin und die Miterbinnen ungeschmälert durch die betagten Vermächtnisse über. Jedoch konnte die Klägerin als (Mit-)Erbin die zu diesem Zeitpunkt fällig gewordenen Vermächtnisansprüche nach § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG anteilig als Nachlassverbindlichkeit vom Nachlass der Mutter abziehen.

22 3. Die zweifache Entstehung von Erbschaftsteuer in Bezug auf das durch die Jastrowsche Klausel begründete Vermächtnis zum einen mit dem Tod des zuerst verstorbenen Vaters, bei dem die Mutter als Erbin das betagte Vermächtnis mangels Fälligkeit nicht als Nachlassverbindlichkeit abziehen konnte, und zum anderen mit dem Tod der zuletzt verstorbenen Mutter, bei dem die Klägerin das zu diesem Zeitpunkt fällig gewordene betagte Vermächtnis als Vermächtnisnehmerin nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 ErbStG zu versteuern hat, ist systemimmanent und nicht zu beanstanden (vgl. BFH, Beschluss vom 06.11.2006, II B 37/06, BFH/NV 2007, 342).

23 a) Eine Doppelbesteuerung im engeren Sinn liegt nicht vor, da es sich bei dem Erwerb des überlebenden Ehegatten, der Mutter, von dem zuerst verstorbenen Ehegatten, dem Vater, einerseits und dem späteren Erwerb des Kindes, der Klägerin, als Vermächtnisnehmer von dem zuletzt verstorbenen Ehegatten, der Mutter, andererseits nicht um denselben Lebenssachverhalt handelt. Es liegen zwei zeitlich nacheinander erfolgende Erwerbsvorgänge von unterschiedlichen Erblassern mit unterschiedlichen Begünstigten vor.

24 b) Zudem konnte die Klägerin nach dem Tod der zuletzt verstorbenen Mutter als Miterbin die Vermächtnisschuld als Nachlassverbindlichkeit nach § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG vom Nachlass abziehen. Hierdurch neutralisiert sich, dass sie selbst das Vermächtnis nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 ErbStG versteuern muss.

25 4. In dem angefochtenen Bescheid erfolgte – entgegen der klägerischen Auffassung – keine zweifache „Hinzurechnung“ und dadurch bedingte doppelte Besteuerung des betagten Vermächtnisses. Das FA hatte – wie in der Einspruchsentscheidung dargelegt – in dem Änderungsbescheid vom 09.07.2018 bei der Berechnung der Erbschaftsteuer für den Erwerb von Todes wegen nach der Mutter

weder das betagte Vermächtnis gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 ErbStG der Besteuerung unterworfen noch die anteiligen Vermächtnisverbindlichkeiten als Nachlassverbindlichkeit im Sinne des § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG in Abzug gebracht. Da sich beide Positionen im Ergebnis ausgleichen, erfolgte keine doppelte Besteuerung des betagten Vermächtnisses bei der Klägerin.

26 5. Der anteilige Erwerb der Klägerin als Schlusserbin und der weitere Erwerb als Vermächtnisnehmerin nach dem Tod der Mutter konnten im Streitfall in einem Bescheid, dem Erbschaftsteuerbescheid vom 09.07.2018 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 26.09.2018, erfasst werden.

27 a) Die Klägerin war gleichzeitig Schlusserbin (§ 2269 BGB i. V. m. § 15 Abs. 3, § 6 Abs. 2 Satz 3 bis 5, § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 ErbStG) und Vermächtnisnehmerin des betagten Vermächtnisses (§ 6 Abs. 4 i. V. m. Abs. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 ErbStG), jeweils mit dem Tod der Mutter. Das FA hat zwar im Erbschaftsteuerbescheid vom 09.07.2018 den Vermächtnisanspruch und die hieraus entstandene Nachlassverbindlichkeit beim Erbanfall nicht getrennt ausgewiesen. Es hat aber in der Einspruchsentscheidung vom 26.09.2018 klargestellt, dass es diese Besteuerungsgrundlagen bei der Berechnung der Erbschaftsteuer berücksichtigt hat und zutreffend begründet, dass aufgrund derselben Höhe von Vermächtnisanspruch und Nachlassverbindlichkeit dies keine Auswirkung auf die Höhe der festgesetzten Erbschaftsteuer hatte. Die Klägerin konnte den Betrag in derselben Höhe, wie er ihr aus dem betagten Vermächtnis zugewandt wurde, als Nachlassverbindlichkeit bei ihrem Erwerb von Todes wegen nach dem Tod der Mutter in Abzug bringen, da im Streitfall die Anzahl der Schlusserbinnen und Vermächtnisnehmerinnen identisch war.

28 b) Wie das FA in der Einspruchsentscheidung zutreffend ausgeführt hat, waren beide Vermögensanfälle hinsichtlich der Steuerklasse nicht getrennt zu behandeln. Zwar sieht § 15 Abs. 3 i. V. m. § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 ErbStG vor, dass beim Berliner Testament bei der Besteuerung des Schlusserven und Vermächtnisnehmers unter den dort genannten weiteren Voraussetzungen auf Antrag das Verhältnis des Schlusserven oder Vermächtnisnehmers zum zuerst verstorbenen Ehegatten zugrunde zu legen ist und dass beide Vermögensanfälle hinsichtlich der Steuerklasse getrennt zu behandeln sind. Im Streitfall war aber aufgrund des Verwandtschaftsverhältnisses der Klägerin als Kind sowohl für den Erwerb nach dem Vater als auch nach der Mutter jeweils die Steuerklasse I gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG anzuwenden, sodass § 15 Abs. 3 Satz 2 i. V. m. § 6 Abs. 2 Satz 3 ErbStG keine Auswirkung hatte. Zudem war – in der Revision nunmehr unter den Beteiligten unstrittig – der Freibetrag gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG nach § 15 Abs. 3 Satz 2 i. V. m. § 6 Abs. 2 Satz 4, Abs. 4 ErbStG nur einmal zu gewähren.

29 6. Das FG hat nicht den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG i. V. m. § 119 Nr. 3, § 96 Abs. 2 FGO verletzt.

30 a) Nach Art. 103 Abs. 1 GG hat vor Gericht jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör. Die Verfahrensbeteiligten

haben einen Anspruch darauf, dass das Gericht sie auch in rechtlicher Hinsicht auf entscheidungserhebliche Erwägungen und Gesichtspunkte hinweist, mit denen sie erkennbar nicht gerechnet haben und auch nicht rechnen mussten. Eine Überraschungsentscheidung liegt vor, wenn das FG sein Urteil auf einen bis dahin nicht erörterten Gesichtspunkt stützt und dem Rechtsstreit eine Wendung gibt, mit der auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter selbst unter Berücksichtigung der Vielzahl vertretener Rechtsauffassungen nach dem bisherigen Verlauf der Verhandlungen nicht rechnen musste. Dies kann unter anderem der Fall sein, wenn ein entscheidungserheblicher Umstand vom FG erst mit dem Endurteil in das Verfahren eingebracht wird (BFH, Urteil vom 12.01.2022, II R 11/20, BFH/NV 2022, S. 812 Rdnr. 13).

31 b) Im Streitfall hat das FA bereits in der Einspruchsentscheidung vom 26.09.2018 darauf hingewiesen, dass das Vermächtnis bei der Festsetzung der Erbschaftsteuer der Klägerin weder der Besteuerung unterworfen noch als Nachlassverbindlichkeit in Abzug gebracht worden sei. Die Hinzurechnung des Vermächtnisses und dessen Abzug als Nachlassverbindlichkeit waren mithin schon Verfahrensgegenstand im Besteuerungsverfahren. Die Klägerin konnte deshalb nicht dadurch überrascht worden sein, dass das FG diese Thematik in den Entscheidungsgründen seines Urteils berücksichtigt hat.

(...)

22. Kein anteiliger Erwerb eines zur Erbmasse gehörenden Grundstücks bei entgeltlichem Erwerb eines Miterbenanteils

BFH, Urteil vom 26.09.2023, IX R 13/22 (Vorinstanz: FG München, Urteil vom 21.07.2021, 1 K 2127/20)

AO § 39 Abs. 2 Nr. 2

EStG §§ 6, 9, 22 Nr. 2, § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Satz 4, Abs. 3

FGO § 118 Abs. 2

HGB § 255 Abs. 1

LEITSATZ:

Der entgeltliche Erwerb eines Anteils an einer Erbengemeinschaft führt nicht zur anteiligen Anschaffung eines zum Gesamthandsvermögen der Erbengemeinschaft gehörenden Grundstücks (Änderung der Rechtsprechung sowie entgegen Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 14.03.2006, BStBl. I 2006, S. 253 Rdnr. 43).

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligten streiten über das Vorliegen von Einkünften nach § 22 Nr. 2 i. V. m. § 23 EStG in der im Streitjahr 2018 gültigen Fassung wegen der Veräußerung von zur Erbmasse gehörendem Grundbesitz nach dem Erwerb aller übrigen Miterbenanteile durch einen Erben.

2 Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) ist Erbe mit einem Erbanteil von 52 % nach der am xx.xx.2015 verstorbenen Frau (...) (Erblasserin). Zu seinen Lasten wurde Nacherbfolge angeordnet. Weitere Erben zu jeweils 24 % und zugleich Nacherben nach dem Kläger wurden die Kinder der Erblasserin. Aufgrund eines Vorausvermächtnisses erhielt der Kläger den gesamten Hausrat, das Mobiliar und den Personenkraftwagen der Erblasserin. Im Übrigen bestand der Nachlass aus dem Grundbesitz mit der Gemarkung (...) unter der Anschrift (...) sowie (...) (Grundstück) sowie einem Geschäftsanteil an der (...) GmbH (GmbH) in Höhe von (...) DM. Das Stammkapital der GmbH betrug (...) DM.

3 Der Kläger und die Kinder der Erblasserin wurden am 27.08.2015 im Grundbuch des Grundstücks als Eigentümer in Erbengemeinschaft eingetragen.

4 Mit notarieller Urkunde vom 18.04.2017 übertrugen die Kinder der Erblasserin als Nacherben das Nacherbenanwartschaftsrecht an dem Erbteil des Klägers mit allen Rechten und Pflichten an diesen zur Alleinberechtigung und traten dieses Recht mit sofortiger dinglicher Wirkung ab.

5 In der Folge übertrugen die Kinder der Erblasserin mit notarieller Urkunde vom 27.04.2017 ihren Erbanteil an einen Dritten. Nach der Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechts übertrug dieser die von den beiden Kindern der Erblasserin erworbenen Erbanteile mit notarieller Urkunde vom 20.10.2017 auf den Kläger. Zugleich wurde die Erbengemeinschaft auseinandergesetzt. Nach Abzug der anteiligen Nachlassverbindlichkeiten vom Kaufpreis von (...) € verblieb ein als Restkaufpreis bezeichneter Betrag von (...) €. Unter Berücksichtigung weiterer Kosten und Gebühren wendete der Kläger insgesamt (...) € laut notarieller Urkunde vom 20.10.2017 für die Erbanteile der Kinder der Erblasserin auf.

6 Der Kläger veräußerte mit notarieller Urkunde vom 09.02.2018 den aus dem Nachlass stammenden Grundbesitz für (...) €.

7 Der Beklagte und Revisionsbeklagte (FA) kam zu dem Ergebnis, dass hinsichtlich des Erwerbs der Erbanteile vom Dritten eine anteilige entgeltliche Anschaffung des Grundbesitzes in Höhe von 48 % durch den Kläger vorliege. Da zwischen dem Erwerb der Erbanteile und dem Verkauf des Grundbesitzes nicht mehr als zehn Jahre gelegen hätten, lägen sonstige Einkünfte aufgrund eines privaten Veräußerungsgeschäfts vor.

8 Mit geändertem Einkommensteuerbescheid für 2018 vom 25.08.2020 berücksichtigte das FA daher zusätzlich Einkünfte aus einem privaten Veräußerungsgeschäft in Höhe von (...) €.

9 Die hiergegen erhobene Sprungklage zum FG blieb aus den in EFG 2022, 1907 genannten Gründen ohne Erfolg (Urteil vom 21.07.2021, 1 K 2127/20).

10 Hiergegen richtet sich die Revision, mit der der Kläger im Wesentlichen die Verletzung materiellen Rechts rügt.

11 Der Kläger beantragt, das Urteil des FG München vom 21.07.2021, 1 K 2127/20 aufzuheben und die Einkommen-



steuer ohne Berücksichtigung von Einkünften nach § 22 Nr. 2 i. V. m. § 23 EStG festzusetzen.

12 Das FA beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

13 Die veräußerten Objekte seien erst durch den Erwerb der Erbanteile in das Eigentum des Klägers übergegangen. Die Entscheidungen des X. Senats des BFH vom 04.10.1990, X R 148/88 (BFHE 162, 304 = BStBl. II 1992, S. 211) sowie vom 10.07.1996, X R 103/95 (BFHE 183, 1 = BStBl. II 1997, S. 678) seien auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar. Während es in den dortigen Verfahren um die Frage der Weiterveräußerung eines KG-/GbR-Anteils gegangen sei, werde vorliegend kein Anteil an der Erbengemeinschaft, sondern ein zur Erbmasse gehörendes Grundstück veräußert.

14 II. Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO) und – da der Senat in der Sache selbst entscheiden kann – zur Stattgabe der Klage. Das FG hat zu Unrecht einen vom Kläger zu versteuernden Gewinn aus einem privaten Veräußerungsgeschäft nach § 22 Nr. 2, § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG in Höhe von (...) € wegen der Veräußerung des Grundstücks angenommen.

15 1. Sonstige Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften sind nach § 22 Nr. 2 i. V. m. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG Veräußerungsgeschäfte bei Grundstücken und Rechten, die den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Grundstücke unterliegen (zum Beispiel Erbbaurecht, Mineralgewinnungsrecht), bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als zehn Jahre beträgt.

16 a) Die in § 23 EStG verwendeten Begriffe „Anschaffung“ und „Anschaffungskosten“ sind im Sinne des § 6 EStG und des § 255 Abs. 1 HGB auszulegen (st. Rspr., siehe nur Senatsurteil vom 08.11.2017, IX R 25/15, BFHE 260, 202 = BStBl. II 2018, S. 518 Rdnr. 16 m. w. N.). Unter Anschaffung bzw. Veräußerung im Sinne des § 23 EStG ist danach die entgeltliche Übertragung eines Wirtschaftsguts auf einen Dritten zu verstehen (zum Beispiel Senatsurteile vom 31.01.2017, IX R 26/16, BFHE 257, 78 = BStBl. II 2018, S. 341 Rdnr. 14; vom 08.04.2003, IX R 1/01, BFH/NV 2003, S. 1171 unter II. 1. b) aa) und vom 02.05.2000, IX R 73/98, BFHE 192, 435 = BStBl. II 2000, S. 614 zur Anschaffung unter II. 3. a) und zur Veräußerung unter II. 3. b), jew. m. w. N.). Anschaffungskosten sind nach § 255 Abs. 1 HGB unter anderem die Aufwendungen, die geleistet werden, um einen Vermögensgegenstand zu erwerben.

17 b) Nach dem Wortlaut sowie dem Sinn und Zweck des § 23 EStG sollen innerhalb der Veräußerungsfrist realisierte Wertänderungen eines bestimmten Wirtschaftsguts im Privatvermögen des Steuerpflichtigen der Einkommensteuer unterworfen werden. Daraus ergibt sich das Erfordernis der Nämlichkeit von angeschafftem und innerhalb der Haltefristen veräußertem Wirtschaftsgut, wobei Nämlichkeit Identität im wirtschaftlichen Sinn bedeutet. Wirtschaftliche Teilidentität ist grundsätzlich ausreichend, begründet ein privates Veräußerungsgeschäft aber nur für diesen Teil des betreffenden Wirtschaftsguts. Ob und in welchem Umfang

Nämlichkeit gegeben ist oder ein anderes Wirtschaftsgut („aliud“) vorliegt, richtet sich nach einem wertenden Vergleich von angeschafftem und veräußertem Wirtschaftsgut unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls. Maßgebliche Kriterien sind die Gleichartigkeit, Funktionsgleichheit und Gleichwertigkeit von angeschafftem und veräußertem Wirtschaftsgut (Senatsurteile vom 08.11.2017, IX R 25/15, BFHE 260, 202 = BStBl. II 2018, S. 518 Rdnr. 17 und vom 12.06.2013, IX R 31/12, BFHE 241, 557 = BStBl. II 2013, S. 1011 Rdnr. 13 f. m. w. N.).

18 c) Im Grundsatz führt der entgeltliche Erwerb eines Anteils an einer gesamthänderischen Beteiligung nicht zur (anteiligen) Anschaffung der Wirtschaftsgüter des Gesamthandsvermögens (entgegen Schreiben des BMF vom 14.03.2006, BStBl. I 2006, S. 253 Rdnr. 43).

19 aa) Eine gesamthänderische Beteiligung ist kein Grundstück und auch kein Recht, das den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Grundstücke unterliegt. Das gilt selbst dann, wenn sich im Gesamthandsvermögen nur Grundstücke befinden. Der Tatbestand des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. a EStG a. F. ist zivilrechtlich zu verstehen. Eine gesamthänderische Beteiligung vermittelt aber keinen sachenrechtlich fassbaren Anteil und infolgedessen auch kein Verfügungsrecht des Einzelnen an den Gegenständen des Gesamthandsvermögens. Sie kann deshalb einem Grundstück oder einem grundstücksgleichen Recht nicht gleichgestellt werden (BFH, Urteil vom 04.10.1990, X R 148/88, BFHE 162, 304 = BStBl. II 1992, S. 211 unter 1. und 2.; bestätigt durch Urteil vom 10.07.1996, X R 103/95, BFHE 183, 1 = BStBl. II 1997, S. 678 unter II. 2.).

20 bb) Daran ändert § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO nichts. Nach dieser Vorschrift werden Wirtschaftsgüter, die mehreren zur gesamten Hand zustehen, den Beteiligten anteilig zugerechnet, soweit eine getrennte Zurechnung für die Besteuerung erforderlich ist. Nach gefestigter Rechtsprechung des BFH, der sich der Senat anschließt, wird eine anteilige Zurechnung im Sinne des § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO im Rahmen des § 23 Abs. 1 Satz 1 EStG nur erforderlich, wenn die Gesamthand selbst, die nicht Schuldnerin der Einkommensteuer ist, den Besteuerungstatbestand erfüllt. Bei Anschaffungs- oder Veräußerungsvorgängen, die – wie hier – von einzelnen Gesellschaftern oder Gemeinschaftern verwirklicht werden, ist dagegen eine Zurechnung nach Bruchteilen nicht erforderlich (BFH, Urteil vom 04.10.1990, X R 148/88, BFHE 162, 304 = BStBl. II 1992, S. 211 unter 1. und 2.; bestätigt durch Urteil vom 10.07.1996, X R 103/95, BFHE 183, 1 = BStBl. II 1997, S. 678 unter II. 2.). § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO ist daher nicht anzuwenden, wenn der Tatbestand eines privaten Veräußerungsgeschäfts deshalb nicht erfüllt ist, weil kein Grundstück, sondern ein Gesellschafts- oder Gemeinschaftsanteil angeschafft worden ist (vgl. auch *Drüen* in Tipke/Kruse, AO, FGO, § 39 AO Rdnr. 94). Diese allgemein gültige Aussage, die den Anwendungsbereich des § 39 AO betrifft und der sich die Finanzverwaltung für vor dem 01.01.1994 verwirklichte Sachverhalte angeschlossen hatte (vgl. BMF-Schreiben vom 20.10.1997, BStBl. I 1997, S. 899), ist nach wie vor zu beachten. Soweit der Senat mit Urteil vom 20.04.2004, IX R 5/02 (BFHE 206, 110 = BStBl. II 2004,

S. 987) eine hiervon abweichende Auffassung vertreten hat, hält er hieran nicht länger fest.

21 cc) Entgegen der Ansicht des FA findet die Rechtsprechung auch auf den vorliegenden Fall Anwendung. Zwar bestrafen die angeführten BFH-Urteile Sachverhalte mit Beteiligungen an einer KG bzw. GbR. Die dargestellten Grundsätze gelten jedoch ohne Einschränkungen für alle Gesamthandsgemeinschaften. Dazu gehört auch die Erbengemeinschaft (Urteil des BGH vom 11.09.2002, XII ZR 187/00, NJW 2002, 3389, unter II. 1., BeckOK-BGB/Lohmann, Stand: 01.08.2023, § 2032 Rdnr. 2; MünchKomm-BGB/Gergen, 9. Aufl., § 2032 Rdnr. 19; Staudinger/Löhnig, Neub. 2020, Vor § 2032 Rdnr. 8).

22 dd) Etwas anderes ergibt sich nicht aus dem Beschluss des Großen Senats des BFH vom 05.07.1990, GrS 2/89 (BFHE 161, 332 = BStBl. II 1990, S. 837) zur Erbauseinander-setzung. Soweit dort ausgeführt ist, dass dem Erbanteils-käufer Anschaffungskosten für die hinzuerworbenen Anteile am Gemeinschaftsvermögen entstehen (Beschluss des Großen Senats des BFH vom 05.07.1990, GrS 2/89, BFHE 161, 332 = BStBl. II 1990, S. 837 unter C. II. 2. a)), lässt diese Aussage nicht hinreichend klar erkennen, ob die Anschaffungskosten den Anteilen oder den Gegenständen im Gemeinschaftsvermögen zuzuordnen sind. Einer Anfrage an die anderen Senate bzw. einer erneuten Anrufung des Großen Senats des BFH (§ 11 Abs. 2 und Abs. 3 FGO) bedarf es mithin nicht.

23 ee) Auch aus § 23 Abs. 1 Satz 4 EStG ergibt sich nichts anderes.

24 (1) Nach dieser Vorschrift gilt die Anschaffung oder Veräußerung einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung an einer Personengesellschaft als Anschaffung oder Veräußerung der anteiligen Wirtschaftsgüter. Die Vorschrift erfasst nach ihrem klaren und eindeutigen Wortlaut nur Beteiligungen an Personengesellschaften. Dies schließt eine Anwendung der Regelung auf Erbengemeinschaften aus, da diese nicht zu den Personengesellschaften zählen (so auch *Carlé* in Korn, EStG, § 23 Rdnr. 66.5; *Musil* in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG, KStG, § 23 EStG Rdnr. 240; *Tiedtke/Wälzholz*, BB 2001, 234, 238; *Wernsmann* in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 23 Rdnr. B 100; vgl. BFH, Urteil vom 19.01.2023, IV R 5/19, BFHE 279, 450 = BStBl. II 2023, S. 649 Rdnr. 38; a. A. *Kube* in Kirchhof/Seer, EStG, 22. Aufl., § 23 Rdnr. 10).

25 (2) § 23 Abs. 1 Satz 4 EStG kann auch nicht über seinen Wortlaut hinaus auf Erbengemeinschaften angewandt werden. Mit der Einfügung von § 23 Abs. 1 Satz 2 EStG a. F. (heute: § 23 Abs. 1 Satz 4 EStG) hat der Gesetzgeber auf das BFH, Urteil vom 04.10.1990, X R 148/88 (BFHE 162, 304 = BStBl. II 1992, S. 211) reagiert. Er hat dabei aber weder § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO geändert noch eine spezielle Zurechnungsnorm für sämtliche Gesamthandsgemeinschaften geschaffen, sondern den Anwendungsbereich des § 23 Abs. 1 Satz 4 EStG bewusst auf Personengesellschaften beschränkt (BR-Drucks. 612/93, S. 61). Vor diesem Hintergrund fehlt es bereits an einer planwidrigen Regelungslücke (BFH-Urteile vom 27.11.1985, I R 42/85, BFHE 145, 217 = BStBl. II

1986, S. 272 unter II. 2.; vom 28.10.2020, X R 29/18, BFHE 271, 370 = BStBl. II 2021, S. 675 Rdnr. 33).

26 (3) § 23 Abs. 1 Satz 4 EStG fingiert in seinem (hier nicht eröffneten) Anwendungsbereich den Tatbestand des § 23 Abs. 1 Satz 1 EStG, macht damit eine Anwendung von § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO obsolet und bestätigt durch seine Existenz zugleich die Grundannahme in den BFH-Urteilen vom 04.10.1990, X R 148/88 (BFHE 162, 304 = BStBl. II 1992, S. 211 unter 1. und 2.) und vom 10.07.1996, X R 103/95 (BFHE 183, 1 = BStBl. II 1997, S. 678), wonach die Anschaffung eines Gesellschafts- oder Gemeinschaftsanteils den Tatbestand der Anschaffung eines Wirtschaftsguts nicht erfüllt.

27 d) Nach diesen Maßstäben liegen die Voraussetzungen eines privaten Veräußerungsgeschäfts im Sinne von § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG nicht vor. Es besteht keine Nämlichkeit zwischen dem angeschafften und dem veräußerten Wirtschaftsgut. Aufgrund notarieller Urkunde vom 20.10.2017 erwarb der Kläger die Erbanteile der beiden Kinder der Erblasserin, mithin die quotenmäßig bestimmte Teilhaberschaft an der Erbengemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft (Staudinger/Löhnig, § 2033 Rdnr. 6; MünchKomm-BGB/Musielak, Vor § 2371 Rdnr. 5, jew. m. w. N.). Mit notarieller Urkunde vom 09.02.2018 veräußerte er hingegen das aus dem Nachlass stammende Grundstück.

28 2. Die Sache ist spruchreif. Der Senat kann aufgrund der vom FG festgestellten Tatsachen in der Sache selbst entscheiden und gibt der Klage statt.

29 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 1 FGO.

ANMERKUNG:

Von Richter am BFH Dr. **Nils Trossen**, München¹

Die nunmehr geänderte Rechtsauffassung des BFH² hat erhebliche Bedeutung für die Auseinandersetzung von Erbengemeinschaften mit Privatvermögen, in denen Grundstücke enthalten sind.³ Die Entscheidung lässt sich in vier Kernsätzen zusammenfassen:

- Für die Frage des angeschafften und veräußerten Wirtschaftsguts i. S. d. § 23 Abs. 1 Satz 1 EStG kommt es auf den zivilrechtlich vereinbarten Vertragsgegenstand (Anteil an der Erbengemeinschaft oder Grundstück) an.
- Der Erwerb eines Anteils an einer Erbengemeinschaft führt nicht zur (anteiligen) Anschaffung der Wirtschaftsgüter des Gesamthandsvermögens.
- Erbengemeinschaften sind nicht i. S. d. § 23 Abs. 1 Satz 4 EStG steuerlich transparent, da sie keine „Personengesellschaften“ darstellen.

¹ Diese Anmerkung ist in nicht dienstlicher Eigenschaft verfasst und spiegelt lediglich die persönliche Auffassung des Verfassers wider.

² A. A. noch BFH, Urteil vom 20.04.2004, IX R 5/02, BFHE 206, 110 = BStBl. II 2004, S. 987.

³ Wie *Wälzholz* in ZEV 2024, 127 zutr. ausführt, sind Immobilien des Betriebsvermögens nicht betroffen.

- Die Anwendung der allgemeinen Regelung des § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO ist nicht möglich, weil nicht die Gesamthand (Erbengemeinschaft) den Besteuerungstatbestand erfüllt, sondern allenfalls der Miterbe.

Die Entscheidung hat nicht nur Auswirkungen für die im Streitfall betroffene Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft, sondern reicht darüber hinaus. Sie hat auch für die seit dem 01.01.2024 geltende Rechtslage nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts⁴ Bedeutung. Denn die Erbengemeinschaft bleibt weiterhin eine nicht rechtsfähige Gesellschaft und eine Gesamthand (§ 705 Abs. 2 Alt. 2, § 2032 BGB).⁵ Keine Auswirkung besteht hingegen für die Gütergemeinschaft, da deren Anteile anders als Erbteile nicht frei veräußerbar sind.⁶

Im Besprechungsfall war das Grundstück, das in die Erbengemeinschaft fiel, nicht nach § 23 EStG steuerverhaftet. Einer der Erben hatte vom anderen Erben im Rahmen der Auseinandersetzung dessen Anteil an der Erbengemeinschaft (und damit das hälftige Miteigentum am Grundstück) erworben. Anschließend hat er das Grundstück zeitnah wieder veräußert. Daher stellte sich im Entscheidungsfall die Streitfrage, ob der Erwerb des Anteils an der Erbengemeinschaft über § 23 Abs. 1 Satz 4 EStG als Anschaffung des entsprechenden Grundstücksanteils zu werten ist und damit die Behaltefrist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG von zehn Jahren auslöst. Der BFH hat das Vorliegen der Anschaffung des Grundstücks verneint. Damit fehlte es an den Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG, weil angeschafftes Wirtschaftsgut (Anteil an der Erbengemeinschaft) und veräußertes Wirtschaftsgut (Grundstück) nicht identisch waren. Es fehlte mithin an der für § 23 EStG erforderlichen Identität (Nämlichkeit)⁷ von angeschafftem und veräußertem Wirtschaftsgut.⁸

Auswirkungen hat die Entscheidung des BFH auch für die Fallgestaltung, dass der Erblasser ein im Zeitpunkt des Erbfalls noch steuerverhaftetes Grundstück angeschafft hatte, mithin der Erbfall binnen zehn Jahren nach Anschaffung des Grundstücks eintritt. Wird der Erblasser von mehreren Personen beerbt, treten diese nach § 23 Abs. 1 Satz 3 EStG in die laufende Spekulationsfrist ein. Den Erben ist eine nicht steuerbare Veräußerung daher grundsätzlich erst nach Abwarten der Zehnjahresfrist möglich. Die Steuerhaftung des Grundstücks können die Erben nach den Maßstäben der Besprechungsentscheidung aushebeln, in dem sie an einen interessierten Erwerber nicht das Grundstück als zivilrechtlichen Ver-

tragsgegenstand veräußern, sondern ihren jeweiligen Anteil an der Erbengemeinschaft.^{9,10} Ebenso kann zwecks Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft ein Erbe den Anteil des anderen Erben an der Erbengemeinschaft erwerben, ohne die Voraussetzungen eines privaten Veräußerungsgeschäfts zu verwirklichen.¹¹ Ist am Erbfall ein Alleinerbe beteiligt und erwirbt er im Wege der Gesamtrechtsnachfolge ein innerhalb der Zehnjahresfrist noch steuerverhaftetes Grundstück als im Wesentlichen einzigen Nachlassgegenstand, kann es sich ggf. anbieten, anstelle des Grundstücks die gesamte Erbschaft im Wege des Erbschaftskaufs zu veräußern, um die Steuerbarkeit der Grundstücksveräußerung zu vermeiden.

Aktuell stellt sich zudem die Frage, ob die Auswirkungen der Besprechungsentscheidung nur Grundstücke und sonstige Wirtschaftsgüter i. S. d. § 23 Abs. 1 EStG betreffen, die Bestandteil einer Erbengemeinschaft sind. Ungeklärt ist, ob die gleichen Grundsätze auch für Anteile i. S. d. § 17 EStG oder einlagequalifizierte Anteile i. S. d. § 20 UmwStG Anwendung finden.¹² Gerade bei § 17 EStG entspricht es bislang herrschender Auffassung, dass die Erbengemeinschaft hier als steuerlich transparent zu behandeln ist.¹³

Zu beachten ist, dass die Entscheidung des BFH in Widerspruch zur Auffassung der Finanzverwaltung im BMF-Schreiben zur Erbengemeinschaft¹⁴ steht. Dort wird die Veräußerung eines Erbteils unter den Voraussetzungen des § 23 EStG als steuerbar eingestuft. Die Finanzverwaltung geht daher davon aus, dass die Veräußerung eines Erbteils zur Steuerbarkeit führt, wenn dort Gegenstände enthalten sind, die nach den für ein privates Veräußerungsgeschäft geltenden Grundsätzen steuerverhaftet sind. Die Entscheidung ist aus diesem Grund bislang auch nicht im Bundessteuerblatt veröffentlicht. Im aktuellen Referentenentwurf für ein Jahressteuergesetz 2024¹⁵ ist keine Regelung dazu vorgesehen. Aktuell ist daher unklar, ob der Gesetzgeber auf Initiative der Finanzverwaltung mit einem Nichtanwendungsgesetz auf die Besprechungsentscheidung reagiert (zum Beispiel in Gestalt einer Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 23 Abs. 1 Satz 4 EStG) oder ggf. im BMF-Schreiben seine Auffassung ändert.¹⁶

In der Vergangenheit hatte der Gesetzgeber die hier vertretene Ansicht nicht (auf Dauer) akzeptiert. Zunächst war lange Zeit weitgehend unstrittig, dass sowohl die Veräu-

4 MoPeG vom 10.08.2021, BGBl. 2021 I, S. 3436.

5 Vgl. *Kamps/Gravenhorst*, ErbStB 2024, 69, 70.

6 Vgl. *Wälzholz*, ZEV 2024, 127, 128 f.

7 Vgl. dazu BFH, Urteil vom 31.01.2017, IX R 26/16, BFHE 260, 202 = BStBl. II 2018, S. 518 Rdnr. 17.

8 Vgl. *Brandis/Heuermann/Ratschow*, Ertragsteuerrecht (Stand: 17. EL März 2024), § 23 EStG Rdnr. 130; *BeckOK-EStG/Trossen*, Stand: 15.03.2024, § 23 Rdnr. 111 f.

9 Vgl. dazu auch zutr. *Wälzholz*, ZEV 2024, 127, 128.

10 Vgl. dazu auch zutr. *Wälzholz*, ZEV 2024, 127, 128.

11 Vgl. dazu auch zutr. *Wälzholz*, ZEV 2024, 127, 128.

12 Vgl. dazu *Hamacher*, HFR 2024, 210, 211; *Neuffer*, beSt 2004, 21, 22; *Wälzholz*, ZEV 2024, 127, 128.

13 Vgl. u. a. *BeckOK-EStG/Trossen*, § 17 Rdnr. 182.1.

14 BMF-Schreiben vom 14.03.2006, BStBl. I 2006, S. 253 Rdnr. 43.

15 Veröffentlicht am 08.05.2024.

16 So auch *Hamacher*, HFR 2024, 210, 211.



berung eines Anteils an einer Personengesellschaft als auch an einer Erbengemeinschaft nach § 23 Abs. 1 EStG steuerbar ist.¹⁷ Im Jahr 1990 hatte dies die seinerzeitige BFH-Rechtsprechung dann erstmals anders gesehen.¹⁸ Diese (für die Praxis seinerzeit durchaus überraschende) Entscheidung¹⁹ war Anlass für die Einfügung von § 23 Abs. 1 Satz 2 EStG (jetzt Satz 4) durch das Missbrauchsbekämpfungsgesetz und Steuerbereinigungsgesetz.²⁰

Die mit dem Missbrauchsbekämpfungsgesetz und Steuerbereinigungsgesetz neu eingefügte Regelung des § 23 Abs. 1 Satz 2 (jetzt Satz 4 EStG) bezieht sich allein auf „Perso-

nengesellschaften“. Hintergrund war, dass die seinerzeitige Rechtsprechungsänderung eine Personengesellschaft (vermögensverwaltende KG) betraf. Im Jahr 2004 hat der BFH gleichwohl die Auffassung vertreten wonach die Veräußerung des Anteils an einer Erbengemeinschaft als anteilige Veräußerung des Grundstücks zu werten ist.²¹ Es ist vor dem Hintergrund der historischen Entwicklung des § 23 Abs. 1 Satz 4 EStG daher nicht auszuschließen, dass der Gesetzgeber die Besprechungsentscheidung zum Anlass nimmt, die bislang nur für Personengesellschaften geltende Regelung des § 23 Abs. 1 Satz 4 EStG auch auf andere Gesamthandsgemeinschaften wie die Erbengemeinschaft auszudehnen.²²

17 Vgl. Schmidt/*Heinicke*, EStG, 8. Aufl. 1989, § 23 Anm. 5a.

18 BFH, Urteil vom 04.10.1990, X R 148/88, BFHE 162, 304 = BStBl. II 1992, S. 211.

19 Vgl. Schmidt, FR 1991, 16.

20 StMGB vom BGBl. 1993 I, S. 211.

21 BFH, Urteil vom 20.04.2004, IX R 5/02, BFHE 206, 110 = BStBl. II 2004, S. 987.

22 Vgl. dazu *Wiesmann*, BFH/PR 2024, 103, 104.



Veranstaltungshinweise

NotaReG-Tagung des Instituts für geschichtliche Rechtswissenschaft der Universität Heidelberg

„Neurodegenerative Erkrankungen in der notariellen Praxis“

Freitag, 22.11.2024, 12:30–18:00 Uhr

Hörsaal 06 der Neuen Universität (Universitätsplatz 1, 69117 Heidelberg)

Inhalt und Ablauf:		15:45 Uhr	Fragen der Geschäftsunfähigkeit in der gerichtlichen Praxis – Oberlandesgericht
12:30 Uhr	Empfang		
13:00 Uhr	Begrüßung und Einleitung Prof. Dr. iur. <i>Christian Baldus</i> , Heidelberg		Vorsitzende Richterin am OLG Karlsruhe Dr. iur. <i>Claudia Jarsumbek</i> , Freiburg
Vorsitz:	Notar Dr. iur. <i>Thomas Raff</i> , Ludwigshafen am Rhein	16:15 Uhr	Fragen der Geschäftsunfähigkeit in der gerichtlichen Praxis – Landgericht
13:15 Uhr	Neurodegenerative Erkrankungen: Überblick über den Forschungsstand Prof. Dr. med. <i>Lutz Frölich</i> , Leiter der Abteilung Gerontopsychiatrie am ZI Mannheim		Vizepräsident des LG Landau Dr. iur. <i>Robert Schelp</i> , Landau
14:00 Uhr	Begutachtung neurodegenerativer Erkrankungen in juristischem Zusammenhang Prof. Dr. med. <i>Harald Dreßing</i> , Leiter des Bereichs Forensische Psychiatrie am ZI Mannheim	16:45 Uhr	Neurodegenerative Erkrankungen in der notariellen Praxis Notarin Dr. iur. <i>Laura Hundertmark</i> , Schifferstadt
14:30 Uhr	War der Erblasser noch bei Sinnen? Praktischer Umgang bei Streitigkeiten über die Testierfähigkeit nach Eintritt des Erbfalls – Ein Bericht aus der anwaltlichen Praxis Rechtsanwalt Dr. iur. <i>Martin Feick</i> , Partner bei SZA Mannheim	17:15 Uhr	Diskussion
15:00 Uhr	Diskussion und Kaffeepause	18:00 Uhr	Empfang

Teilnahmebeitrag: kostenlos

Kontakt/Anmeldung:
Nutzen Sie für die Anmeldung bitte das Anmeldeformular auf der Homepage
<https://www.jura.uni-heidelberg.de/igr/notareg/anmeldung.html>

Tagung zur Geldwäschebekämpfung in der notariellen Praxis

Donnerstag, 31. Oktober 2024, ab 16:00 Uhr

Universität Bonn, Juridicum Hörsaal G, Adenauerallee 24-42, 53113 Bonn

Inhalt und Ablauf:

16:00 Uhr	Eröffnung und Begrüßung Professor Dr. <i>Mathias Schmoeckel</i> , Rheinisches Institut für Notarrecht, Universität Bonn
16:05 Uhr	„Das EU-Geldwäschepaket – ein Überblick“ Prof. Dr. <i>Martin Böse</i> , Universität Bonn
16:45 Uhr	„Geldwäschebekämpfung in der notariellen Praxis in Deutschland“ Notar Dr. <i>Martin Thelen</i> , Köln
17:25 Uhr	Pause
17:40 Uhr	„Geldwäschebekämpfung in der notariellen Praxis in den Niederlanden“ Prof. Dr. <i>Guus Stille</i> , Amsterdam
18:20 Uhr	„Geldwäschebekämpfung aus Sicht der FIU“ Dr. <i>Thora Funken</i> , stellvertretende Leitung der Financial Intelligence Unit (FIU)

Tagungsbeitrag: Der Tagungsbeitrag beträgt 80 € für Nichtmitglieder, 40 € für Mitglieder der NotRV und des Förderkreises des Rheinischen Instituts für Notarrecht, Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung. Für Notarassessoren, die Mitglied der NotRV sind, Hochschullehrer, Uni-Angehörige und Studierende ist die Tagung beitragsfrei.

Kontakt/Anmeldung:

Anmeldungen erfolgen bitte per E-Mail an notarrecht@uni-bonn.de oder per Post an Rheinisches Institut für Notarrecht, Adenauerallee 46a, 53113 Bonn



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Veranstaltungen des DAI

1. **Gesellschafts- und Registerrecht für Mitarbeiter**
(Tondorf)
05.09.2024, Bochum und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035258
2. **22. Jahresarbeitsstagung des Notariats**
(Leitung: Winnen)
12.09.–14.09.2024, Berlin und Live-Stream (18 Zeitstd.)
Nr. 034849
3. **Mitarbeiterlehrgang: (Wieder-)Einstieg in die Praxis des Notariats**
(Tondorf)
23.09.–27.09.2024, Heusenstamm und Live-Stream (30 Zeitstd.)
Nr. 035145
4. **Gestaltungstraining GmbH**
(Szalai, Staake)
25.09.2024, Berlin und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035293
5. **Aktuelle Brennpunkte der notariellen Praxis**
(Leitung: Diehn)
27.09.2024, Hamburg (6 Zeitstd.)
Nr. 03245911
6. **Die Immobilie in der Krise**
(Krauß)
28.09.2024, Köln (6 Zeitstd.)
Nr. 035221
7. **Digitale Urkunden und Vermerke, Schritte zur Optimierung der Notarstelle**
(Tondorf)
02.10.2024, Heusenstamm und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035275
8. **Grundlagen der notariellen Gestaltung im Familienrecht**
(Reetz)
07.10.2024, Berlin und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035295
9. **Update Grundstückskaufvertrag**
(Krauß)
11.10.2024, Kassel (6 Zeitstd.)
Nr. 035204
10. **Aktuelle Entwicklungen im Notariat: Gesellschaftsrecht und Geldwäscheprävention**
(Berkefeld, Bayram)
11.10.2024, Potsdam (6 Zeitstd.)
Nr. 03245867
11. **Der digitale Nachlass in der Gestaltungspraxis**
(Raude)
25.10.2024, Oldenburg (4 Zeitstd.)
Nr. 035210
12. **Aktuelle Themen aus dem Notariat 2024 für Mitarbeiter**
(Tondorf)
29.10.2024, Heusenstamm und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035277
13. **Neue Entwicklungen zu Rechten in Abt. II des Grundbuchs**
(Berkefeld, Meier)
05.11.2024, Heusenstamm und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035266
14. **Internationales Privatrecht für Mitarbeitende im Notariat**
(Primaczenko)
07.11.2024, Berlin und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035296
15. **Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag**
(Krauß)
07.11.2024, Bochum und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035255
16. **GmbH-Recht für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**
(Herzog)
07.11.2024, Köln (6 Zeitstd.)
Nr. 035222
17. **Update Grundstückskaufvertrag**
(Krauß)
08.11.2024, Heusenstamm und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035192
18. **Aktuelle Probleme der notariellen Gestaltung im Erb- und Familienrecht**
(Müller-Engels, Keim, Reetz)
11.11.2024, Heusenstamm und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035278
19. **Die Notarprüfung – Aktuelle Schwerpunkte der notariellen Amtsprüfung durch die Aufsichtsbehörde**
(Blaeschke)
13.11.2024, Bochum und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035267
20. **Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag**
(Krauß)
15.11.2024, Berlin und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035196

Informationen und Anmeldungen:

Deutsches Anwaltsinstitut e. V.
Gerard-Mortier-Platz 3, 44793 Bochum
Tel.: 0234 970640
E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de
Web: www.anwaltsinstitut.de

Neuerscheinungen

1. Böttcher/Habighorst/Schulte: Umwandlungsrecht. 3. Aufl., Nomos. 2727 S., 229,00 €
2. Braeuer/Todorow: Der Zugewinnausgleich. 3. Aufl., Giesecking, 2024. 517 S., 74,00 €
3. Braun: Insolvenzordnung mit EulnsVO. 10. Aufl., Beck, 2024. 2322 S., 179,00 €
4. Brock: Geldwäschegesetz. 1. Aufl., Carl Heymanns, 2024. 836 S., 169,00 €
5. Bunjes: Umsatzsteuergesetz. 23. Aufl., Beck, 2024. 2177 S., 149,00 €
6. Carlé/Bodden: Die Betriebsaufspaltung. 3. Aufl., Otto Schmidt, 2024. 456 S., 98,00 €
7. Deutsches wissenschaftliches Institut der Steuerberater e. V.: Handbuch Erbschaftsteuer und Bewertung 2024: BewG, ErbStG, GrEStG, GrStG. Beck, 2024. 1758 S., 89,00 €
8. Fleischer/Hüttemann: Rechtshandbuch Unternehmensbewertung. 3. Aufl., Otto Schmidt, 2024. 1796 S., 229,00 €
9. Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch: Internationales Erbrecht. 4. Aufl., Nomos, 2024. 1167 S., 129,00 €
10. Haase/Jachmann: Beck'sches Handbuch Immobiliensteuerrecht. 3. Aufl., Beck, 2024. 721 S., 159,00 €
11. Heringer/Heitzer/Vollrath: Prüfungswissen Kompakt. 2. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2024. 264 S., 24,90 €
12. Horndasch: Die notarielle Fachprüfung im Familienrecht. 5. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2024. 304 S., 54,00 €
13. Hüßtege/Mansel: BGB. Band 6: Rom-Verordnungen, EuGüVO EuPartVO, HUP, EuErbVO. 4. Aufl., Nomos, 2024. 1692 S., 169,00 €
14. Joachim/Lange: Handbuch Erbenhaftung. 5. Aufl., Beck, 2024. 529 S., 119,00 €
15. Kallmeyer: Umwandlungsgesetz. 8. Aufl., Otto Schmidt, 2024. 2220 S., 219,00 €
16. Lutter/Bayer: Holding Handbuch. 7. Aufl., Otto Schmidt, 2024. 1241 S., 259,00 €
17. Renner/Otto/Heinze: Leipziger Gerichts- & Notarkosten-Kommentar (GNotKG). 4. Aufl., Carl Heymanns, 2024. 1890 S., 179,00 €
18. Riedel: Steuern beim Erben und Schenken. 1. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2024. 420 S., 59,00 €
19. Rudolf/Bittler/Roth: Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung und Patientenverfügung. 6. Aufl., Zerb, 2024. 276 S., 49,00 €
20. Sagmeister: Anmeldungen zum Handels- und Vereinsregister. 3. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2024. 172 S., 24,90 €
21. Schmidt/Lutter: Aktiengesetz. 5. Aufl., Otto Schmidt, 2024. 4943 S., 399,00 €
22. Schulze/Grziwotz/Lauda: BGB. Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch. 5. Aufl., Nomos, 2024. 3606 S., 179,00 €
23. Schüppen/Schaub: Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht. 4. Aufl., Beck, 2024. 1869 S., 229,00 €
24. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 449-473; 480-487 (Kaufrecht 2 - Sonderformen des Kaufs, Time-Sharing). Neubearbeitung 2024, De Gruyter. 471 S., 229,00 €
25. Stein: Kommentar zur Zivilprozessordnung. Band 1: Einleitung und §§ 1-77. 24. Aufl., Mohr Siebeck, 2024. 1299 S., 329,00 €
26. Viskorf: Grunderwerbsteuergesetz. 21. Aufl., Beck, 2024. 905 S., 159,00 €.
27. Wachter/Heckschen: Praxis des Handels- und Gesellschaftsrecht. 6. Aufl., ZAP, 2024. 3588 S., 299,00 €
28. Wäger: Umsatzsteuergesetz. 3. Aufl., Otto Schmidt, 2024. 2291 S., 199,00 €
29. Wicke: GmbHG. 5. Aufl., Beck, 2024. 874 S., 79,00 €
30. Wiczorek/Schütze: ZPO. Band 6: §§ 355-510c. 5. Aufl., De Gruyter, 2024. 1171 S., 369,00 €



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

STANDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben

Notar a.D. Dr. Horst Dauberschmidt
verstorben am 19.07.2024

Notar a.D. Dr. Helmut Weber
verstorben am 09.07.2024

Notar a.D. Dr. Wolfgang Leofrid Reuss
verstorben am 03.06.2024

2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 10.08.2024:

Notarin Claudia Stenzel

Mit Wirkung zum 31.08.2024:

Notarin Brigitte Burgmann, Burghausen

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 01.07.2024:

Wunsiedel der Notarassessorin
Stephanie Reber
(bisher in Regensburg)

Würzburg der Notarassessorin
Laura Wanek
(bisher in Nürnberg)

Mit Wirkung zum 01.08.2024:

Bad Brückenau der Notarassessorin
Iris Stocker
(bisher in Bad Brückenau)

4. Erwerb eines akademischen Grades:

Herrn Notarassessor Stefan Neuhöfer wurde mit
Wirkung zum 28.04.2024 der Doktorgrad der
Juristischen Fakultät („Dr. iur.“) verliehen.



Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Notar Dr. Daniel J. Schneider
Neue Anschrift:
Weinstraße 59
67480 Edenk

Abonnement

MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, T. 089 55166-0, F. 089 55089-572, M. mittbaynot@notare-bayern-pfalz.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 56,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 01.07. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15.11. eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Universal Medien GmbH, Fichtenstraße 8, 82061 Neuried, T. 089 5482170, F. 089 555551, notarkammer.universalmedien.de

