

# MittBayNot

Begründet 1864

## 4|2020

Juli/August 2020

Mitteilungen des  
Bayerischen Notarvereins,  
der Notarkasse und der  
Landesnotarkammer  
Bayern

### Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
Vorübergehend:  
Denninger Straße 169  
81925 München

### Herausgeberbeirat:

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

### Schriftleitung:

Benedikt Mack,  
Notarassessor  
Angelika Strähuber,  
Notarassessorin

ISSN 0941-4193

## AUFSÄTZE

- **Aigner:** Die Form der Vollmacht in Italien – insbesondere im Immobilien- und Gesellschaftsrecht . . . . . 311
- **Hecht:** Notariat 4.0 und Blockchain-Technologie . . . . . 314

## RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

- **Raff** zu **OLG München:** Schadensersatz wegen falscher Angabe des Anschaffungspreises einer Küche . . . . . 334
- **Kanzleiter** zu **OLG Düsseldorf:** Eintragungsfähigkeit von Benutzungsdienstbarkeiten bei unbeschränktem Nutzungsrecht. . . . . 340
- **Bernhard** zu **KG:** Aufteilung bei grundstücksübergreifender Tiefgarage . . . . . 343
- **Schmitt** zu **BHG:** Ablehnung der Bestellung eines Ergänzungsbetreibers mangels Genehmigungsfähigkeit . . . . . 356
- **Winkelmann** zu **OLG Frankfurt am Main:** Vereinbarung über ein Wohnrecht des Veräußerers und eine Pflegepflicht des Erwerbers bei einer Grundstücksübertragung kurz vor dem Tod des Veräußerers . . . . . 361
- **Drexler** zu **OLG Naumburg:** Nachweis der Erbenstellung bei testamentarischer Scheidungsklausel. . . . . 365
- **Heckschen** zu **OLG Köln:** Veräußerung und Belastung von Grundstücken durch den für einen als Testamentsvollstrecker eingesetzten Kaufmann handelnden Prokuristen. . . . . 368
- **Sikora** zu **OLG Naumburg:** Gerichtsgebühren im Falle der Zurückweisung einer Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung . . . . 384
- **Trossen** zu **BFH:** Privates Veräußerungsgeschäft: Unentgeltlicher Erwerb bei Übertragung ohne Übernahme der Darlehen des Rechtsvorgängers . . . . . 393

## Impressum

# MittBayNot

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

### Herausgeber:

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

### Herausgeberbeirat:

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

### Schriftleitung:

Notarassessor Benedikt Mack,  
Notarassessorin Angelika Strähuber

### Druck:

Universal Medien GmbH  
Geretsrieder Straße 10  
81379 München

# Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 4 | 2020

## AUFSÄTZE 311

**Aigner:** Die Form der Vollmacht in Italien – insbesondere im Immobilien- und Gesellschaftsrecht 311

**Hecht:** Notariat 4.0 und Blockchain-Technologie 314

## BUCHBESPRECHUNGEN 324

**Bös/Jurkat/Neie/Strangmüller:** Praxishandbuch für Notarfachangestellte (**Schmitz**) 324

**Moes:** Vertragsgestaltung (**Bernauer**) 326

**Münch:** Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis (**Osterholzer**) 327

**Nieder/Kössinger:** Handbuch der Testamentsgestaltung (**Sommer**) 328

## RECHTSPRECHUNG 330

### Bürgerliches Recht

#### ALLGEMEINES

1. Zustimmung des Verwalters zur Veräußerung des Wohnungseigentums und die Kostenfolge (BGH, Urteil vom 18.10.2019, V ZR 188/18) 330

2. Auslegung einer Vertretungsklausel zur Eigentümerversammlung (BGH, Urteil vom 28.6.2019, V ZR 250/18 – Ls.) 332

3. § 181 BGB nicht einschlägig für Verwalterzustimmung zur Veräußerung einer Eigentumswohnung an Verwalter (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.11.2019, 3 Wx 217/19) 332

4. Schadensersatz wegen falscher Angabe des Anschaffungspreises einer Küche (OLG München, Urteil vom 9.10.2019, 20 U 556/19) 333  
mit Anmerkung **Raff** 334

5. Unwirksame Zahlungsklauseln in einem Bauträgervertrag bei der Möglichkeit zur vorzeitigen Übergabe bei freiwilliger Zahlung (OLG Schleswig, Urteil vom 2.10.2019, 12 U 10/18 – Ls.) 336

#### SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

6. Eintragungsfähigkeit von Benutzungsdienstbarkeiten bei unbeschränktem Nutzungsrecht (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.9.2019, I-3 Wx 64/19) 337  
mit Anmerkung **Kanzleiter** 340

7. Aufteilung bei grundstücksübergreifender Tiefgarage (KG, Beschluss vom 10.9.2019, 1 W 127/19) 341  
mit Anmerkung **Bernhard** 343

8. Grundbuchberichtigung ohne Voreintragung der früheren Erben bei Übertragung der Erbteile auf Dritte (KG, Beschluss vom 3.9.2019, 1 W 171/19) 345

9. Unzulässigkeit eines Erbbaurechts vor Feststehen der Art und Weise der Gestaltung des Grundstücks (OLG Hamm, Beschluss vom 14.8.2019, 15 W 284/19) 346

10. Nachweis der Rechtsnachfolge im Grundbuchverfahren durch einen Erbschein mit einem maschinell aufgedruckten Dienstsiegel (OLG München, Beschluss vom 4.7.2019, 34 Wx 386/18) 347

11. Richtigstellung tatsächlicher Angaben im Grundbuch (OLG Naumburg, Beschluss vom 23.5.2019, 12 Wx 20/19 – Ls.) 350

#### FAMILIENRECHT

12. Gesamtschuldnerisch finanzierter Immobilienerwerb – Bewertung im Zugewinnausgleich (BGH, Beschluss vom 6.11.2019, XII ZB 311/18) 350

13. Ablehnung der Bestellung eines Ergänzungsbetreuers mangels Genehmigungsfähigkeit (BGH, Beschluss vom 25.9.2019, XII ZB 251/19) 353  
mit Anmerkung **Schmitt** 356

#### ERBRECHT

14. Vereinbarung über ein Wohnrecht des Veräußerers und eine Pflegepflicht des Erwerbers bei einer Grundstücksübertragung kurz vor dem Tod des Veräußerers (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 6.5.2019, 8 W 13/19) 358  
mit Anmerkung **Winkelmann** 361

# Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 4 | 2020

15. Nachweis der Erbenstellung bei testamentarischer Scheidungsklausel (OLG Naumburg, Beschluss vom 11.12.2018, 12 Wx 59/18) mit Anmerkung <b>Drexler</b>	362 365
---	------------

## Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

16. Gesellschafter-Geschäftsführer als arbeitnehmerähnliche Person i. S. v. § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG (BGH, Urteil vom 1.10.2019, II ZR 386/17 – Ls.)	367
17. Veräußerung und Belastung von Grundstücken durch den für einen als Testamentsvollstrecker eingesetzten Kaufmann handelnden Prokuristen (OLG Köln, Beschluss vom 9.12.2019, 2 Wx 346/19) mit Anmerkung <b>Heckschen</b>	367 368
18. Handelsregistereintragung eines Nießbrauchs an Kommanditanteil (OLG Köln, Beschluss vom 7.10.2019, 18 Wx 18/19)	368
19. Wiedereintragung einer KG bei Nachtragsliquidation (KG, Beschluss vom 9.9.2019, 22 W 93/17)	369
20. Legitimationswirkung alter Gesellschafterlisten (KG, Beschluss vom 20.8.2019, 22 W 1/18)	371

## Internationales Privatrecht

21. Löschung eines aufgrund der Eröffnung eines ausländischen Insolvenzverfahrens im Grundbuch eingetragenen Insolvenzvermerks (OLG Köln, Beschluss vom 21.10.2019, 2 Wx 271/19, 2 Wx 275/19, 2 Wx 287/19)	374
---	-----

## Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

22. Veräußerung des Handelsgeschäfts durch den Schuldner in der Eigenverwaltung (BGH, Urteil vom 3.12.2019, II ZR 457/18)	376
--	-----

## Beurkundungs- und Notarrecht

23. Entfernung eines Anwaltsnotars aus dem Amt auf bestimmte Zeit wegen Verletzung der Mitwirkungspflichten (BGH, Urteil vom 18.11.2019, NotSt (Brg) 1/19)	379
24. Pflicht des Notars zur Einsichtnahme in das Zentrale Testamentsregister (LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 14.11.2019, 4 O 678/19)	381

## Kostenrecht

25. Gerichtsgebühren im Falle der Zurückweisung einer Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung (OLG Naumburg, Beschluss vom 19.9.2018, 12 Wx 40/17) mit Anmerkung <b>Sikora</b>	383 384
--	------------

## Öffentliches Recht

26. Vorläufige Untersagung der Begründung von Wohnungs- oder Teileigentum wegen der Aufstellung einer Erhaltungsverordnung (BGH, Beschluss vom 19.12.2019, V ZB 145/18)	385
--	-----

## Steuerrecht

27. Privates Veräußerungsgeschäft: Unentgeltlicher Erwerb bei Übertragung ohne Übernahme der Darlehen des Rechtsvorgängers (BFH, Urteil vom 3.9.2019, IX R 8/18) mit Anmerkung <b>Trossen</b>	389 393
---	------------

28. Kurzzeitige Vermietung für die Anwendung der Ausnahmegvorschrift des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG unschädlich (BFH, Urteil vom 3.9.2019, IX R 10/19 – Ls.)	395
--	-----

## SONSTIGES 396

<b>Tagungsbericht</b>	396
-----------------------	-----

**Gansmeier:** Vertragliche Instrumente gegen die Wohnungsnot

<b>Neuerscheinungen</b>	400
-------------------------	-----

## STANDESNACHRICHTEN 401

## AUFsätze

## Die Form der Vollmacht für Italien – insbesondere im Immobilien- und Gesellschaftsrecht\*

Von Notar Dr. **Philipp Aigner**, M. Sc. (Oxford), Mühldorf a. Inn

Soll eine in Deutschland erteilte Vollmacht in Italien verwendet werden, stellt sich die Frage, welche Formerfordernisse für diese gelten. In der Praxis kommt es nicht selten vor, dass selbst öffentlich beglaubigte Vollmachten aus Deutschland in Italien als nicht formgerecht angesehen werden, zum Beispiel weil sie ohne Zeugen errichtet wurden.

Dieser Beitrag gibt zunächst einen kurzen Überblick über die Formerfordernisse von Vollmachten im italienischen Grundstücks- und Gesellschaftsrecht (nachfolgend I.). Dann wird darauf eingegangen, ob nach italienischem internationalem Privatrecht für die Form einer in Deutschland erteilten Vollmacht deutsches oder italienisches Recht maßgeblich ist (nachfolgend II.).

## I. Die Form der Vollmacht im italienischen Recht

Nach dem italienischen Zivilgesetzbuch (Codice civile [c. c.])<sup>1</sup> bedarf die Vollmacht der für das Vertretergeschäft bestimmten Form (Art. 1392 c. c.); hierin bereits liegt ein wesentlicher Unterschied zum deutschen Recht, weil § 167 Abs. 2 BGB genau vom Gegenteil ausgeht: In Deutschland muss die Bevollmächtigung nicht in der Form erfolgen, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht. Deshalb ist in Italien für die Form der Vollmacht entscheidend, ob die mit ihr beabsichtigten Rechtsgeschäfte eine notarielle Unterschriftsbeglaubigung (sottoscrizione autentica) erfordern oder gar beurkundet (atto pubblico) werden müssen, ferner ob Zeugen vonnöten sind.

### 1. Immobilienrecht

Kauf- oder Überlassungsverträge über Immobilien können durch öffentliche Urkunde (Art. 2699 ff. c. c.) oder – anders als in Deutschland (vgl. § 311b Abs. 1 BGB) – auch in privatschriftlicher Form (Art. 2702 ff. c. c.) abgeschlossen werden (vgl. Art. 1350 c. c.). Nach dem Codice civile geht das Eigentum an der Immobilie bereits mit Unterzeichnung des Vertrags auf den Erwerber über. Allerdings entfaltet der Immobilienerwerb nur dann Wirkung gegenüber Dritten, wenn der Vertrag

im Liegenschaftsregister eingetragen wird (Art. 2643 Nr. 1, 2644 c. c.). Diese Eintragung erfolgt nur auf der Grundlage einer öffentlichen Urkunde oder einer privatschriftlichen Urkunde mit Unterschriftsbeglaubigung (Art. 2657 c. c.). Gleiches gilt für den in Italien üblichen Vorvertrag (contratto preliminare; vgl. Art. 1351 c. c.).

Für bestimmte, vormalig österreichische Gebiete in Norditalien, insbesondere die Region Trentino-Südtirol,<sup>2</sup> ist das Grundbuchverfahren in einem gesonderten Grundbuchgesetz außerhalb des Codice civile geregelt, das große Ähnlichkeit zur deutschen GBO aufweist: Eine Eintragung (Einverleibung) in das Grundbuch erfolgt nur aufgrund einer öffentlichen oder notariell beglaubigten Urkunde (Art. 31 Grundbuchgesetz). Im Geltungsbereich dieses Gesetzes ist die Eintragung im Grundbuch – wie auch in Deutschland – konstitutiv für den Erwerb dinglicher Rechte (Art. 2 Abs. 1 Grundbuchgesetz).

Die vorstehenden Grundsätze gelten auch für andere Rechte an Immobilien wie zum Beispiel Nießbrauch (Fruchtgenuss), Grunddienstbarkeiten, Wohnungsrechte oder Hypotheken (die Grundschuld ist im italienischen Recht unbekannt): Die Eintragung des Vertrags bzw. Rechts im Liegenschaftsregister bzw. Grundbuch erfolgt nur aufgrund öffentlicher Urkunde oder Privaturkunde mit Unterschriftsbeglaubigung.

Auch Vollmachten für derartige Grundstücksgeschäfte müssen daher diese Form aufweisen. Insofern besteht kein Unterschied zu Deutschland: Hier muss die Vollmacht zum Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt ebenfalls in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form vorliegen (29 GBO).

\* Herzlich danke ich Notar *Dr. Andrea Cipparrone* für die Möglichkeit, in seiner Kanzlei in Brixen einen Einblick in das italienische Notariat zu bekommen.

1 Eine gute Übersetzung des Codice civile in die deutsche Sprache findet sich auf der Internetseite der Südtiroler Landesverwaltung.

2 In den Provinzen Bozen, Trient, Triest und Görz, im Sprengel des Bezirksgerichts Cervignano del Friuli und im Sprengel des Bezirksgerichts Pontebba in der Provinz Udine, im Sprengel des Bezirksgerichts Cortina d'Ampezzo sowie in den Gemeinden Buchenstein und Colle Santa Lucia in der Provinz Belluno, in der Gemeinde Pedemonte und in der Fraktion Casotto der Gemeinde Valdastico in der Provinz Vicenza sowie in der Gemeinde Valvestino in der Provinz Brescia gilt anstelle des Systems der Liegenschaftsregister wie sie im Codice civile vorgesehen sind das Grundbuchsystem gemäß des Königlichen Dekrets vom 28.3.1929, Nr. 499 i. d. F. des Gesetzes vom 4.12.1956, Nr. 1376, des Gesetzes vom 29.10.1974, Nr. 594, und des Gesetzes vom 8.8.1977, Nr. 574 (vgl. vor Art. 2643 c. c.).

## 2. Gesellschaftsrecht

Personengesellschaften können in Italien – wie auch in Deutschland – formlos gegründet werden. Die offene Handelsgesellschaft (Società in nome collettivo [s. n. c.]) und die Kommanditgesellschaft (Società in accomandita semplice [s. a. s.]) müssen jedoch in das Handelsregister eingetragen werden. Dies erfolgt nur, wenn der Gesellschaftsvertrag in einer öffentlichen Urkunde enthalten oder mit den (notariell) beglaubigten Unterschriften der Gründungsgesellschafter versehen ist (Art. 2296 c. c.). Gleiches gilt für Änderungen des Gesellschaftsvertrags oder im Gesellschafterbestand (Art. 2300 c. c.). Vollmachten für vorgenannte Rechtsgeschäfte müssen daher notariell beglaubigt oder in öffentlicher Urkunde erteilt sein.

Auch die Formvorschriften für die Gründung von Kapitalgesellschaften in Italien ähneln sehr dem deutschen Recht: Die in Italien sehr beliebte GmbH (Società a responsabilità limitata [s. r. l.]), die AG (Società per azioni [s. p. a.]) und die KGaA (Società in accomandita per azioni [s. a. p. a.]) können nur in öffentlicher Urkunde gegründet werden (Art. 2463, 2328 Abs. 2 c. c.).<sup>3</sup> Dies gilt auch für jede Änderung der Satzung. Die Abtretung von GmbH-Anteilen (Quotenabtretung) kann grundsätzlich formfrei erfolgen. Wirksam wird sie jedoch erst mit Hinterlegung der mit beglaubigter Unterschrift versehenen Übertragungsurkunde beim Handelsregister (2470 Abs. 2 c. c.).<sup>4</sup>

Die Gründung von Kapitalgesellschaften ist in Italien demnach nur auf Basis einer notariell beurkundeten Vollmacht (öffentliche Urkunde) möglich, für die Errichtung einer deutschen Kapitalgesellschaft reicht hingegen eine öffentlich beglaubigte Vollmacht aus (§ 23 Abs. 2 Satz 2 AktG, § 2 Abs. 2 GmbHG). Anteilsübertragungen an einer italienischen GmbH bedürfen einer öffentlich beglaubigten Vollmachtsurkunde; die Vollmacht zur Abtretung von Anteilen an einer deutschen GmbH bedarf keiner Form (§ 167 Abs. 2 BGB).

## 3. Zeugen

Bestimmte Rechtsgeschäfte können in Italien nur unter Beiziehung von Zeugen vorgenommen werden. So dürfen Notariatsakte, die Schenkungen zum Gegenstand haben, vom Notar nur in Anwesenheit von zwei Zeugen aufgenommen werden. Gleiches gilt, wenn ein Beteiligter nicht lesen oder schreiben kann (Art. 47 f. des italienischen Notariatsgesetzes<sup>5</sup>). Hierauf kann von den Beteiligten nicht verzichtet werden.<sup>6</sup> Auch eine

Vollmacht kann in diesen Fällen nur in Anwesenheit von zwei Zeugen erteilt werden.<sup>7</sup>

## II. Die Form der deutschen Vollmacht für Italien

Vorstehende Grundsätze gelten zunächst nur für Vollmachten, die in Italien erteilt wurden. Daher ist zu klären, welche Formvorschriften maßgeblich sind, wenn die Vollmacht in Deutschland erteilt und in Italien verwendet wird.

### 1. Grundsatz: Einhaltung deutscher Formvorschriften reicht aus

Für die Frage, ob eine in Deutschland erteilte Vollmacht zur Verwendung in Italien dort als formgerecht angesehen wird, ist Art. 60 Abs. 2 des italienischen Internationalen Privatrechts (IPRG) heranzuziehen.<sup>8</sup> Danach ist der Bevollmächtigungsakt wirksam, wenn er entweder dem Geschäftsrecht, also italienischem Recht, entspricht, oder dem Recht des Staates, in dem die Vollmacht erteilt wurde, mithin deutschem Recht. Für die Formwirksamkeit der Vollmacht an sich reicht also die Einhaltung der deutschen Formvorschriften aus.<sup>9</sup>

### 2. Ausnahme Verfahrensrecht: Vorrang italienischen Rechts als *lex fori*

Hingegen unterliegen verfahrensrechtlich zu qualifizierende Rechtsfragen gemäß der international allgemein anerkannten Regel der *lex fori* des mit der Sache befassten Gerichts oder sonstigen öffentlichen Stelle. So ist es im Rahmen des deutschen internationalen Privatrechts unbestritten, dass alle den Register- und Grundbuchvollzug in Deutschland betreffenden Rechtsfragen ausschließlich nach deutschem Recht zu beurteilen sind. Der Nachweis einer ausländischen Vollmacht kann daher sowohl für das deutsche Grundbuch wie auch für das deutsche Handelsregister nur in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form erfolgen (§ 12 Abs. 1 Satz 2 HGB, § 29 Abs. 1 GBO).<sup>10</sup>

#### a) Immobilienrecht im Geltungsbereich des Grundbuchgesetzes (bestimmte Teile Norditaliens)

Diesen Grundsatz der Anwendung der *lex fori* bringt der Kassationsgerichtshof als höchstes italienisches Zivilgericht

3 Ausnahmen gelten für Publikumsaktiengesellschaften, die durch öffentliche Zeichnung gegründet werden können (Art. 2333 c. c.).

4 Seit 2008 kann die Hinterlegung beim Handelsregister auch ohne Mitwirkung eines Notars erfolgen; in der Regel erfolgt die Hinterlegung in diesen Fällen durch einen Steuerberater (commercialista).

5 Gesetz vom 16.2.1913, Nr. 89.

6 Vor der Reform der Notariatsordnung gab es Fälle, in denen zwar grundsätzlich Zeugen hinzuzuziehen waren; hierauf konnte jedoch von allen Beteiligten einvernehmlich verzichtet werden. Der Notar musste dieses Einverständnis ausdrücklich am Anfang der Urkunde erwähnen (so noch DNotI-Gutachten Nr. 107747 vom 8.12.2010).

7 In folgenden weiteren Fällen, die jedoch im Rahmen der Stellvertretung nicht relevant sind, müssen zwei Zeugen anwesend sein: Abschluss und Änderung von Eheverträgen, Erklärungen zur Gütertrennung (Art. 47 italienisches Notariatsgesetz); Eheschließung (Art. 107 Abs. 1 c. c.), wobei eine Stellvertretung nur von Angehörigen der Streitkräfte in Kriegszeiten oder wenn einer der Brautleute im Ausland seinen Wohnsitz hat bei schwerwiegenden Gründen möglich ist (Art. 111 c. c.); Errichtung eines öffentlichen (notariellen) Testaments (Art. 603 Abs. 1 c. c.); Gleiches gilt auch für dessen Widerruf in öffentlicher Urkunde (Art. 680 c. c.); bei bestimmten anderen, kaum praxisrelevanten Formen der Testamenterrichtung (Art. 604 f. 609 ff.); Eröffnung (Veröffentlichung) eines eigenhändigen Testaments durch den Notar (Art. 620 Abs. 3 c. c.).

8 Gesetz vom 31.5.1995, Nr. 518.

9 So auch DNotI-Gutachten Nr. 107747 vom 8.12.2010, 1.

10 Hausmann/Odersky/Schäuble, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2017, § 16 Rdnr. 120.

für die Form von Prozessvollmachten zur Geltung.<sup>11</sup> Gerichte unterer Instanzen<sup>12</sup> übertragen diese Rechtsprechung auf das für bestimmte Teile Norditaliens maßgebliche Grundbuchgesetz,<sup>13</sup> wonach eine Eintragung nur aufgrund einer öffentlichen oder notariell beglaubigten Urkunde erfolgt (Art. 31 Grundbuchgesetz). Auf den ersten Blick erscheint dies unproblematisch, da Grundstücksvollmachten auch in Deutschland in dieser Form vorliegen müssen (vgl. § 29 GBO). Jedoch verlangt die italienische Gerichtsbarkeit darüber hinaus, dass die im Ausland beglaubigte Vollmacht den Mindestanforderungen an die Form genügen, die die italienische Rechts- und Notariatsordnung für die Beglaubigung von Unterschriften oder die Errichtung einer öffentlichen Urkunde vorsieht.

- Insbesondere ist daher im Unterschied zum deutschen Recht Folgendes zu beachten: Der Beglaubigungsvermerk muss die Bestätigung des Notars enthalten, dass die Unterschriftsleistung in seiner Gegenwart erfolgt ist (Art. 2703 Abs. 2 c. c., Art. 72 italienisches Notariatsgesetz). Die Anerkennung einer bereits vor dem Notartermin geleisteten Unterschrift vor dem Notar ist der italienischen Rechtsordnung – anders als dem deutschen BeurkG (§ 40 Abs. 1 Alt. 2 BeurkG) – nicht bekannt.<sup>14</sup>
- Zur Identifikation von Beteiligten und Zeugen sind neben dem Vor- und Nachnamen, Geburtsdatum und Anschrift auch deren Geburtsort anzugeben (Art. 51 Ziffer 3 italienisches Notariatsgesetz).
- Ferner muss nach italienischem Recht die ausdrückliche Erklärung des Notars enthalten sein, dass er sich der persönlichen Identität der Beteiligten sicher ist (Art. 51 Ziffer 4 italienisches Notariatsgesetz).
- Vollmachten zur Schenkung von Grundstücken oder bei lese- oder schreibunfähigen Beteiligten müssen im Beisein von zwei Zeugen erteilt werden.

Daneben sieht das italienische Notariatsgesetz vor, dass die öffentliche Urkunde von den Beteiligten, Übersetzern und Zeugen auf jeder Seite mit dem Nachnamen und auf der letzten Seite mit Vor- und Nachnamen zu unterschreiben ist (Art. 51 Ziffer 10 und 12 italienisches Notariatsgesetz). Die Nichtbeachtung dieser Vorschrift bei ausländischen Vollmachten wird jedoch regelmäßig von italienischen Gerichten nicht beanstandet.

11 Kassationsgerichtshof Zivilsachen, II. Sektion, 12.7.2004, Nr. 12821; Kassationsgerichtshof Zivilsachen, I. Sektion, 29.4.2005, Nr. 8933.

12 LG Bozen, Grundbuchsdekret, 3.3.2015, T. Z. 189/15; OLG Trient, Entscheidung über Grundbuchsbeschwerde, Nr. 28/2004.

13 Vgl. bereits oben unter I. 1.

14 Spiegelbildlich genügt es nicht den Anforderungen des deutschen Verfahrensrechts (zum Beispiel § 12 HGB, § 29 GBO), wenn eine ausländische Vollmacht im Wege der „Fernbeglaubigung“ entstanden ist oder der Notar ohne Anwesenheit des Unterzeichners die Übereinstimmung der ihm vorgelegten Unterschrift mit der ihm „persönlich bekannten“ Unterschrift des Unterzeichners bzw. mit der bei einer anderen vor ihm vorgenommenen Beurkundung gezeichneten Unterschrift bestätigt. Dies soll in Frankreich, der Schweiz oder in Spanien möglich sein (aus Hausmann/Odersky/Schäuble, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 16 Rdnr. 122).

## b) Immobilienrecht im Geltungsbereich des Codice civile (Restitalien)

Liegt das italienische Grundstück außerhalb des Geltungsbereichs des norditalienischen Grundbuchgesetzes, wird es erfahrungsgemäß nicht beanstandet, wenn die vorgelegte, durch den ausländischen Notar beglaubigte Vollmacht nicht die Anforderungen des italienischen Rechts an eine Unterschriftsbeglaubigung erfüllt. Diese Rechtsauffassung kann sich auf Art. 60 Abs. 2 IPRG stützen, wonach für eine im Ausland erteilte Vollmacht die Einhaltung der ausländischen Formvorschriften ausreicht; zwingend ist dies im Lichte der Rechtsprechung des Kassationsgerichtshofs<sup>15</sup> jedoch nicht: Schließlich erfolgt eine Eintragung des Vertrags in das Liegenschaftsregister auch außerhalb Norditaliens nur auf der Grundlage einer öffentlichen Urkunde oder einer privatschriftlichen Urkunde mit Unterschriftsbeglaubigung, so Art. 2657 c. c. Diese Vorschrift hat verfahrensrechtlichen Charakter, auch wenn sie im Codice civile und nicht in einem separaten Gesetz über das Grundbuchverfahren steht.

## c) Gesellschaftsrecht

Gleiches gilt im Gesellschaftsrecht: Die Rechtspraxis akzeptiert in der Regel für sämtliche gesellschaftsrechtlichen Vorgänge eine nach deutschem Recht beglaubigte Vollmacht; dies gilt selbst für beurkundungsbedürftige Vorgänge im Kapitalgesellschaftsrecht: Bei ausländischen Vollmachten wird meist auf den von Art. 1392 c. c. geforderten Gleichlauf der Form von Vertretergeschäft und Vollmacht verzichtet. Für die Eintragung eines Notaraktes im Handelsregister verlangt der Codice civile allerdings die Vorlage einer beglaubigten oder beurkundeten Erklärung (vgl. zum Beispiel Art. 2296, 2470 Abs. 2 c. c.); auch hierin könnte man eine Verfahrensvorschrift sehen mit der Folge, dass auch für die Form der Vollmacht nach dem Grundsatz der *lex fori* italienisches Recht maßgeblich wäre; diese Ansicht hat sich jedoch bisher nicht durchgesetzt, was aus Sicht der Praxis sehr zu begrüßen ist.

## III. Zusammenfassung und Empfehlungen für die Praxis

Soll eine in Deutschland erteilte Vollmacht in Italien verwendet werden, muss diese sowohl im Immobilien- als auch im Gesellschaftsrecht wenigstens notariell beglaubigt sein.

Für Grundstücksgeschäfte in bestimmten Teilen Norditaliens sind darüber hinaus bei der Vollmachtserteilung besondere italienische Verfahrensvorschriften zu beachten: Die Unterschriftsleistung muss vor dem Notar erfolgen, der Beglaubigungsvermerk hat auch den Geburtsort der Beteiligten und die Gewissheit des Notars über deren Identität zu enthalten, für Schenkungen sind zwei Zeugen hinzuzuziehen.

Jedoch empfiehlt es sich auch in anderen Fällen, diese dem italienischen Rechtsanwender bekannten, italienischen Formvorschriften einzuhalten, sofern dies mit vertretbarem Aufwand möglich ist. So ist es ratsam, dass Vollmachten zur Verwendung im Kapitalgesellschaftsrecht – mit Ausnahme der Abtretung von Anteilen an einer italienischen GmbH (s. r. I.) – grundsätzlich beurkundet werden.

15 Vgl. Fn. 11.

# Notariat 4.0 und Blockchain-Technologie

Von Notar Dr. **Johannes Hecht**, Hengersberg

„Alles, was digitalisiert werden kann, wird digitalisiert.“<sup>1</sup> Diesen Satz hat die damalige Hewlett-Packard-Chefin *Carly Fiorina* bereits vor zehn Jahren geprägt und er ist heute aktueller denn je. So mancher Leser erinnert sich gewiss sehr gut an die Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs im Handelsregister vor eben nunmehr gut zehn Jahren.<sup>2</sup> Seitdem hat sich in der digitalen Welt viel getan, wie alltägliche Meldungen über selbstfahrende Autos, nunmehr sogar autonome Erntemaschinen in der Landwirtschaft,<sup>3</sup> unbesiegbare Schachcomputer mit künstlicher Intelligenz oder roboterassistierte Operationssysteme zeigen. Zumindest Digitalideologen sprechen daher von einem Zeitalter der „Digitalen Revolution“ und erweitern das eingangs zitierte Bonmot von *Carly Fiorina* um vergleichbare Slogans wie „Alles, was sich vernetzen kann, wird vernetzt werden“ oder „Alles, was automatisiert werden kann, wird automatisiert werden“.<sup>4</sup>

Es drängt sich daher die Frage auf, ob bzw. inwieweit zu diesem „Alles“ auch notarielle Amtsgeschäfte gehören.

## I. Einleitung

War die Einführung des elektronischen Handelsregisterverkehrs nur der Anfang, ein erster Baustein in einem fortlaufenden Digitalisierungsprozess im Notariat? Geht mit der „Industrie 4.0“<sup>5</sup> – einem Zukunftsprojekt zur umfassenden Digitalisierung der industriellen Produktion – auch die Schaffung eines „Notariats 4.0“ einher? Projekte wie das „beN“ (besonderes elektronisches Notarpostfach), das von der BNotK kürzlich vorgestellte Konzept „eNotar“, die Einführung eines elektronischen Urkundenarchivs,<sup>6</sup> eines Datenbankgrundbuchs<sup>7</sup> oder die bevorstehende Online-Gründung von Kapitalgesellschaften<sup>8</sup> könnten auf eine solche Entwicklung hindeuten.

1 Siehe next: Das Magazin für Vorausdenker, Ausgabe 04/2015 – Schwerpunkt: Der Wert der Werte, abrufbar unter <https://next.pwc.de/2015-04/christoph-keese.html> (zuletzt abgerufen am 14.4.2020).

2 Siehe Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, HGB, 9. Aufl. 2019, § 8 Rdnr. 2.

3 Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags WD 5 – 3000 – 051/16, S. 8 f., abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/436190/9357690bcba01590e5943a2acf9f511/wd-5-051-16-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 14.4.2020).

4 Politische Studien 479/2018, S. 6.

5 Zukunftsprojekt Industrie 4.0, Website BMBF <https://www.bmbf.de/de/zukunftsprojekt-industrie-4-0-848.html> (zuletzt abgerufen am 14.4.2020).

6 <https://urkundenarchiv.bnotk.de/>.

7 Ausführlich hierzu BeckOK-GBO/Zeiser, Stand: 15.12.2019, GBV Rdnr. 70 ff.

8 Instrukтив zum EU-Company Law Package *Bormann/Stelmaszczyk*, NZG 2019, 601.

Die BNotK geht im Bereich der Digitalisierung aktuell einen weiteren Schritt nach vorne: In einem Pilotverfahren wird derzeit erforscht, inwiefern mit der sog. „Blockchain-Technologie“ ein Gültigkeitsregister für Vorsorgevollmachten entstehen könnte.<sup>9</sup> Auf diese Weise sollen sich Dritte im Rechtsverkehr gleichsam in Echtzeit Gewissheit verschaffen können, ob eine Vorsorgevollmacht noch wirksam besteht oder bereits widerrufen worden ist. Das Mitführen einer papiergebundenen Ausfertigung als Vollmachtenachweis wäre damit obsolet. Eine vergleichbare Idee verfolgt das Bayerische Staatsministerium der Justiz, das ein ebensolches Gültigkeitsregister für Gerichtsurteile auf Blockchain-Basis nutzen möchte. Dritte sollen sich dadurch online verlässlich zum Beispiel darüber informieren können, ob ein Urteil rechtskräftig ist oder nicht. Angesichts dieser parallelen Ideen haben die BNotK und das Bayerische Staatsministerium der Justiz jüngst ihre Kräfte gebündelt und sich für eine gemeinsame Machbarkeitsstudie mit dem Fraunhofer-Institut entschieden.<sup>10</sup>

Die Blockchain-Technologie ist über ihr originäres Anwendungsfeld, die allseits bekannte Kryptowährung Bitcoin, hinausgewachsen und in der allgemeinen gesellschaftlichen Wirklichkeit und Wahrnehmung angekommen. Ziel dieses Beitrags ist es, die Besonderheiten der – offensichtlich auch im Bereich der Justiz und des Notariats hochaktuellen – Blockchain-Technik zu erläutern, deren potenzielle Einsatzmöglichkeiten für das Rechtswesen der Zukunft zu skizzieren und in einigen abschließenden Thesen zu einer vertieften Auseinandersetzung mit der Materie anzuregen.

Aber zunächst der Reihe nach: Was verbirgt sich abstrakt technisch hinter dieser Technologie, welche konkreten Anwendungsbereiche eröffnet sie, welche Chancen bietet sie dem Notariat der Zukunft, welche Risiken oder gar Gefahren gehen von ihr aus?

## II. Technische Aspekte

Zunächst zur Technik, deren Erläuterung – im Hinblick auf den Grundsatz der Digesten „iudex non calculat“<sup>11</sup> und einer Juristen gemeinhin nachgesagten latenten Technikaversion oder gar Technikfeindlichkeit – hier so kurz, knapp und prägnant wie möglich gehalten werden soll. Ein gewisses technisches Grundverständnis ist indes für die spätere rechtliche Beurteilung der derzeit diskutierten praktischen Anwendungsbereiche der Blockchain – auch im Bereich des Notariats der Zukunft – unerlässlich.

9 Vgl. lit. e) der Ausführungen des Bayerischen Staatsministeriums für Digitales zur Blockchain-Strategie – Bayern.Chain – Aktive Umsetzung eigener Anwendungen, <https://www.stmd.bayern.de/themen/blockchain/strategie/> (zuletzt abgerufen am 14.4.2020).

10 A. a. O.

11 Siehe *Spiegelberger*, MittBayNot 2007, 203.



## 1. Distributed-Ledger-Technology

Zunächst sei vorausgeschickt, dass der Begriff „die Blockchain“ irreführend ist, da beliebig viele Blockchains – etwa für diverse Kryptowährungen, aber auch für völlig andere Anwendungen außerhalb des Finanzwesens wie zum Beispiel das soeben genannte Gültigkeitsregister – ins Leben gerufen werden können.<sup>12</sup> Richtigerweise sollte daher von „Blockchain-Technologie“ gesprochen werden. Die Blockchain-Technologie ist wiederum eine Variante bzw. eine spezielle Unterart der sog. Distributed-Ledger-Technology<sup>13</sup> (wörtlich etwa: verteiltes Kontenbuch/Notizbuch, das jeder einsehen kann), womit wir bereits bei einer ihrer wesentlichen Eigenschaften angelangt sind: der Dezentralität.<sup>14</sup> Die Blockchain ist eine „verteilte“ (distributed) Datenbank, die von einer Vielzahl an grundsätzlich gleichberechtigten (englisch: peer) Einzelcomputern (englisch: „nodes“<sup>15</sup>/Knoten) verwaltet wird. Man spricht daher auch abgekürzt von „verteilten Peer-to-Peer<sup>16</sup>-Systemen“, auf denen etwa die bereits angesprochene Kryptowährung „Bitcoin“ basiert, im Gegensatz zu zentralisierten Systemen wie etwa dem Online-Banking mit der Hausbank oder dem elektronischen Handelsregister. Der Kreis der teilnahmeberechtigten nodes kann – wie bei der Bitcoin-Blockchain – völlig offen sein (public blockchain)<sup>17</sup>; er kann jedoch auch bestimmten Personen vorbehalten sein (private blockchains)<sup>18</sup>, wie es bei einer später noch eingehend zu erörternden Grundbuch-Blockchain der Fall wäre.

Erste Überlegungen zur technischen Realisierung dezentraler Netzwerke entstanden bereits in den 90er Jahren, etwa zum Versehen von Dokumenten mit sog. „Zeitstempeln“<sup>19</sup> oder zur Entwicklung des betriebs- und herstellerunabhängigen TCP/IP-Modells,<sup>20</sup> das die technische Grundlage des heutigen Internets bildet. Den Startschuss zur heutigen Blockchain-Technologie lieferte vor zehn Jahren eine bis dato unbekannte Person oder Personengruppe, die unter dem Pseudonym „Satoshi Nakamoto“<sup>21</sup> als Erfinder der Kryptowährung Bitcoin in die Geschichte einging. Die Technik hinter dieser Erfindung, die Nakamoto immerhin eine Nominierung für den Wirt-

schaftsnobelpreis einbrachte,<sup>22</sup> sieht auf den ersten Blick recht einfach aus:

Die Blockchain ist, wie ihr Name bereits suggeriert, eine Kette aus Datenblöcken, die zusammen eine dezentrale Datenbank bilden.<sup>23</sup> Die Raffinesse dieser Technik steckt indes im Detail: So besteht jeder einzelne Datenblock im Wesentlichen aus drei Elementen: den gespeicherten Daten, einem Hash (dazu später) sowie dem Hash des jeweils vorangehenden Datenblocks.<sup>24</sup> Hinsichtlich der im Block gespeicherten Daten ist eine unendliche Vielzahl möglicher Informationen denkbar,<sup>25</sup> etwa bei Bitcoins die Information, welcher Absender welche Menge an Bitcoins an welchen Adressaten übermittelt. Oder eben eine konkrete Vollmacht, ein konkretes Gerichtsurteil, ggf. verbunden mit einem Wirksamkeits- oder Rechtskraftvermerk. Denkbar wäre auch Musik oder ein Film und möglicherweise sogar, worauf später noch detaillierter einzugehen sein wird, die Information, welcher Veräußerer welches Grundstück an welchen Erwerber zu welchen Konditionen veräußert. Der Einsatzbereich der Blockchain ist somit – zumindest abstrakt betrachtet – unendlich groß.

## 2. Hashing

Die jeweiligen Daten werden sodann mit einem „Hash-Wert“ versehen. Hierbei handelt es sich bildlich gesprochen um einen „digitalen Fingerabdruck“.<sup>26</sup> Ebenso wie sich ein menschlicher Fingerabdruck nur einem konkreten Menschen zuordnen lässt, kann ein Hash-Wert (idealerweise) nur einem ganz konkreten Datensatz – zum Beispiel einer Bilddatei einer gescannten notariellen Urkunde – zugeordnet werden. Verändert man auch nur ein einziges Pixel eines solchen Scans, würde aus der solchermaßen manipulierten Datei ein komplett anderer Hash-Wert erzeugt werden.<sup>27</sup> Der Hash-Wert sichert somit die Integrität („Unversehrtheit“)<sup>28</sup> einer Datei. Eine Haupteigenschaft einer Hash-Funktion ist ihre Unumkehrbarkeit,<sup>29</sup> d. h. sie kann nur in eine Richtung verwendet werden. Anders ausgedrückt: Es ist unmöglich, die ursprünglichen Daten – etwa die Bilddatei der eingescannten Urkunde – anhand des Hash-Werts wiederherzustellen und dadurch zum Beispiel ein „verhashtes“ Passwort zu entschlüsseln.<sup>30</sup> Ebenso ist es in der realen Welt unmöglich, vom Fingerabdruck auf das Aussehen des Menschen zurückzuschließen.

12 Kaulartz, CR 2016, 474.

13 Böhme/Pesch, DuD 2017, 474; Kaulartz, a. a. O.

14 Fromberger/Haffke/Zimmermann, BKR 2019, 377.

15 Vgl. hierzu die Definition der BaFin unter [https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/FinTech/Blockchain/blockchain\\_node.html](https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/FinTech/Blockchain/blockchain_node.html) (zuletzt abgerufen am 14.4.2020); Martini/Weinzierl, NVwZ 2017, 1251.

16 Paulus/Matzke, ZfPW 2018, 431, 436.

17 Schrey/Thalhofer, NJW 2017, 1431, 1433.

18 Martini/Weinzierl, NVwZ 2017, 1251, 1252.

19 Haber/Stornetta, How To Time-Stamp a Digital Document, Journal of Cryptology 1991, 99 ff., abrufbar unter <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/BF00196791.pdf> (zuletzt abgerufen am 14.4.2020).

20 Transmission Control Protocol/Internet Protocol, vgl. den Standard der IETF („Internet Engineering Task Force) im Request for Comments („RFC“), Nr. 1122 vom Oktober 1989, abrufbar unter: <https://tools.ietf.org/html/rfc1122> (zuletzt abgerufen am 14.4.2020).

21 Blocher, AnwBl 8+9/2016, 612, 614.

22 Brächer, Handelsblatt, Ausgabe vom 9.12.2015, abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/finanzen/maerkte/devisen-rohstoffe/bitcoin-erfinder-herr-nakamoto-bitte-melden-/12698838.html?ticket=ST-4193630-dfw5w0rG1cm9fDDP1NqZ-ap2> (zuletzt abgerufen am 14.4.2020).

23 Vornholz, Digitalisierung der Immobilienwirtschaft, S. 57.

24 Vgl. Böhme/Pesch, DuD 2017, 473, 474 f., die von einer „authentifzierten Datenstruktur“ sprechen.

25 Vgl. Hosp, Blockchain 2.0 einfach erklärt – weit mehr als nur Bitcoin, 2018, S. 51.

26 Martini/Weinzierl, NVwZ 2017, 1251.

27 Sog. „Pseudozufälligkeit“ von Hash-Funktionen, vgl. Drescher, Blockchain-Grundlagen, 2017, S. 90.

28 Hoeren/Sieber/Holzner/Brisch/Brisch, MMR-HdB, Stand: EL 49 Juli 2019, Teil 13.3 Elektronische Signatur Rdnr. 24.

29 Erguth, MMR 2019, 654, 655.

30 Vgl. Drescher, Blockchain-Grundlagen, S. 91, der insoweit von einer „Einwegfunktion“ spricht.

Notare erzeugen ganz regelmäßig Hash-Werte, und zwar im Rahmen der digitalen Signatur,<sup>31</sup> wie sie – seit inzwischen bereits mehr als zehn Jahren<sup>32</sup> – im elektronischen Handelsregister- und zunehmend auch im elektronischen Grundbuchverkehr zum Einsatz kommt.<sup>33</sup> Um eine Transaktion innerhalb der Blockchain vornehmen zu können, benötigt man – analog zur Signaturkarte eines Notars – ein digitales Schlüsselpaar (private key und public key),<sup>34</sup> das unter Zuhilfenahme eines Zufallsgenerators erzeugt wird.<sup>35</sup> Mithilfe des privaten Schlüssels werden eigene Mitteilungen, etwa das Überweisen von Bitcoins, signiert.<sup>36</sup> Die Geheimhaltung und Sicherung des privaten Schlüssels sind – wie der Schutz der Signaturkarte vor unbefugtem Zugriff – von immenser Wichtigkeit, da man nur mithilfe des privaten Schlüssels Transaktionen vornehmen kann und eine Wiederherstellung eines verlorenen Schlüssels ausgeschlossen ist.<sup>37</sup> Der öffentliche Schlüssel wird den anderen Teilnehmern bekannt gemacht, damit diese Signaturen überprüfen<sup>38</sup> und eigene Mitteilungen bzw. Bitcoins an einen bestimmten Empfänger senden können.

Die Blockchain-Technik geht indes weiter als die digitale Signatur, die lediglich eines von mehreren weiteren Elementen des Blockchain-Mechanismus bildet, wie im Folgenden veranschaulicht werden soll: Man stelle sich einen Hacker vor, der einen der Bitcoin-Blöcke manipulieren möchte, indem er zum Beispiel sich selbst im Datensatz als Erwerber einer dort gespeicherten Bitcoin-Transaktion einträgt. Der Hash-Wert dieses Blocks würde sodann nicht mehr mit den in ihm gespeicherten Daten korrelieren.<sup>39</sup> Allerdings würde diese per se ohne Weiteres nachweisbare, vergleichsweise minimale Manipulation in Relation zu einer entsprechend großen Blockchain (die Bitcoin-Blockchain hat zwischenzeitlich eine Größe von mehreren Hundert Gigabyte)<sup>40</sup> womöglich erst sehr spät oder gar niemals auffallen. Aus diesem Grund erhält jeder Block den Hash-Wert des Vorgängerblocks.<sup>41</sup> Dadurch überträgt sich die Manipulation eines Blocks automatisch auf die Folgeblöcke, die dadurch ungültig werden mit der Folge, dass die Veränderung allen Netzwerkteilnehmern entsprechend schnell publik würde.<sup>42</sup>

Allerdings könnte ein betrügerischer Nutzer mit einem entsprechend leistungsstarken Rechner in sehr kurzer Zeit die zu

den veränderten Daten passenden Hash-Werte aller Folgeblöcke ermitteln und in die Blockchain einpflegen, um den Glauben der Peer-to-Peer-Teilnehmer an die Gültigkeit der Blockchain wiederherzustellen. Anders ausgedrückt ließe sich der Integritätsmechanismus des Hashings umgehen, indem man nur schnell genug die mit der manipulierten Datei und den Folgeblöcken korrespondierenden Hash-Werte errechnet, also sämtliche Folgeblöcke der vorangehenden Manipulation anpasst, ähnlich wie beim betrügerischen Erstellen einer Fake-Website, deren Domainname dem Original zum Verwechseln ähnlich sieht, die aber faktisch aus völlig anderen Daten besteht.

### 3. Konsensalgorithmus

An dieser Stelle setzt der zentrale Sicherheitsmechanismus der Bitcoin-Blockchain ein, und zwar der „proof of work“.<sup>43</sup> Dieser Mechanismus bzw. „Konsensalgorithmus“<sup>44</sup> verzögert gleichsam künstlich die Erzeugung neuer Blöcke, indem er die Bildung eines neuen Blocks an die Lösung eines mathematischen Rätsels („hashpuzzle“<sup>45</sup>) knüpft. Bei der Bitcoin-Blockchain besteht diese Aufgabe beispielsweise darin, einem vorgegebenen Datensatz (payload)<sup>46</sup> – bestehend aus mehreren eingeleiteten, d. h. signierten Transaktionen – eine zu erreichende Zahlen- und Buchstabenkombination („nonce“)<sup>47</sup> zuzufügen. Dieser nonce muss so berechnet werden, dass er zusammen mit dem einzupflegenden Datensatz einen Hash-Wert ergibt, der einer bestimmten, im Rätsel vorgegebenen Form entspricht (zum Beispiel mit drei Nullen beginnt).<sup>48</sup> Da wegen der bereits dargestellten Unumkehrbarkeit einer Hash-Funktion vom Hash-Wert (Output) nicht die Ausgangsdatei (Input) zurückerrechnet werden kann, bedarf es sehr leistungsstarker und energiehungriger Computer, die in einem durchschnittlich zehn Minuten dauernden<sup>49</sup> „trial and error Verfahren“ so lange diverse nonces „durchprobieren bzw. -erraten“, bis der maßgebliche Hash-Wert im vorgegebenen Format erreicht wird. Diese Art der Blockbildung wird auch als „mining“<sup>50</sup> bezeichnet, die daran beteiligten Rechner daher als „miner“<sup>51</sup>.

Grundsätzlich steht es bei einer allgemein zugänglichen Blockchain jedem Nutzer frei, sich in einem node an der Blockbildung zu beteiligen, wobei ein erfolgreiches Mining freilich von der Verfügbarkeit entsprechend leistungsstarker Rechner abhängt.<sup>52</sup> Erfolgreich ist, wer als erster das Rätsel löst und dessen Block mindestens fünf Nachfolgeblöcke beigefügt sind, um konkurrierende Blöcke anderer Miner auszuschneiden. Erfolg wird in der digitalen – ebenso wie in der realen Welt – be-

31 BeckOGK-BGB/Hecht, Stand: 1.4.2020, § 126 Rdnr. 73.

32 Seit Inkrafttreten des EHUG am 1.1.2007, vgl. BeckOK-HGB/Müther, Stand: 15.1.2020, § 8 Rdnr. 7.

33 Instrukтив Büttner/Frohn, DNotZ-Sonderheft 2016, 157 ff.

34 Kleinert/Mayer, EuZW 2019, 857, 858.

35 Löschhorn, MMR 2018, 204, 205.

36 Martini/Weinzierl, NVwZ 2017, 1251, 1252.

37 Arbeitsgruppe Digitaler Neustart der Justizministerkonferenz, Bericht vom 15.4.2019 (nachfolgend „Bericht“), S. 134, abrufbar unter [https://www.justiz.nrw.de/JM/schwerpunkte/digitaler\\_neustart/index.php](https://www.justiz.nrw.de/JM/schwerpunkte/digitaler_neustart/index.php) (zuletzt abgerufen am 14.4.2020).

38 Kilian/Heussen, ComputerR-Handbuch, 1. Abschn. Erläuterungen Teil 15. Datensicherheit Kryptografie Rdnr. 31.

39 Vgl. Drescher, Blockchain-Grundlagen, S. 99.

40 [https://de.wikipedia.org/wiki/Bitcoin#cite\\_note-1-2](https://de.wikipedia.org/wiki/Bitcoin#cite_note-1-2) (262 GB – Stand: Februar 2020).

41 Drescher, Blockchain-Grundlagen, S. 142.

42 Paulus, JuS 2019, 1049.

43 Schrey/Thalhofer, NJW 2017, 1431, 1432; Bericht (Fn. 37), S. 136.

44 Vgl. Janicki/Saive, ZD 2019, 251, 254; Hoffer/Mirtchev, NzKart 2019, 239, 240.

45 Bericht (Fn. 37), S. 136.

46 Knaier/Wolff, BB 2018, 2254, 2256.

47 Martini/Weinzierl, NVwZ 2017, 1251, 1259.

48 Drescher, Blockchain-Grundlagen, S. 107 f.

49 Simmchen, MMR 2017, 162.

50 Englisch für „schürfen“, vgl. Schrey/Thalhofer, NJW 2017, 1431, 1432.

51 D. h. (digitale) „Goldgräber“.

52 Bericht (Fn. 37), S. 140.

lohnt: mit nunmehr 6,25 BTC pro Block,<sup>53</sup> was beim aktuellen Kurs<sup>54</sup> etwa 50.000 € entspricht. Während des Rätsels Lösung schwer zu finden ist, ist seine Validierung – also die Prüfung, ob der vorgegebene Hash zur Ausgangsdatei (payload) samt errechneten nonce passt – sehr einfach und schnell mit „normaler“ Rechenleistung möglich.<sup>55</sup> Die dezentralen Teilnehmer des Bitcoin-Netzwerks, die allesamt die komplette Blockchain auf ihren Rechnern gespeichert haben, fungieren so als neutrale Schiedsrichter über die Echtheit der Transaktion und die Integrität der Blockchain.

Betrügerei wird es schwer gemacht: Wer den Inhalt auch nur eines Blocks manipuliert, müsste den zeit- und energieintensiven „Proof of Work“ für alle Folgeblöcke erbringen, damit die Manipulation im dezentralen Netzwerk nicht auffällt. Um die Blockchain zu manipulieren, muss ein Angreifer daher über 50 Prozent der Rechenleistung des gesamten Netzwerks kontrollieren (sog. 51 %-Attacke).<sup>56</sup> Nach Angabe der Literatur müsste man zu einer erfolgreichen Attacke auf die Bitcoin-Blockchain schätzungsweise rund 1,5 Millionen Spezialrechner betreiben, was einem Wert von mehreren Milliarden € und Stromkosten von täglich mindestens zehn Millionen € entsprechen würde.<sup>57</sup> Ein Aufwand, der jedenfalls monetär höher sein dürfte als der Ertrag, falls die Manipulation tatsächlich gelingen würde.

#### 4. Zwischenfazit

Auf den ersten Blick stellt sich die Blockchain als interessante technische Erfindung dar, die in kreativer Weise verschiedene Prinzipien und technische Mechanismen wie Dezentralität, elektronische Signatur, Verschlüsselung, Hashing und Konsensalgorithmus (bei der Bitcoin ist dies der Proof of Work) zu einer relativ manipulationssicheren Datenbank vereint. Das Revolutionäre an dieser Technik besteht darin, dass sie das sog. „double spending“-Problem löst<sup>58</sup> (also das Problem des doppelten Ausgebens, der unerwünschten Kopie eines digitalen Werts), ohne auf eine zentrale Kontrollinstanz wie zum Beispiel eine Bank zurückgreifen zu müssen. Bei Bargeld sorgen aufwendige Drucktechniken, diverse Sicherheitsmerkmale und nicht zuletzt die Seriennummer jeder Banknote dafür, dass niemand einen Geldschein kopieren und dann mehrfach ausgeben kann. Bei Kryptowährungen handelt es sich zunächst um ganz normale Binärdaten in Dateien, die – wie jede andere Datei auch – mit einem Mausklick kopiert werden können. Die Einbindung dieser Datei in eine Blockchain bietet indes die hinreichende Gewähr dafür, dass der Veräußerer seinen einmal transferierten Bitcoin nie wieder zurückholen, also nicht doppelt ausgeben kann bzw. wird. Der wirtschaftliche Aufwand, den der Veräußerer für eine solche Manipulation betreiben müsste, würde den Wert des zurückgeholten Bitcoins nämlich um ein Vielfaches übersteigen.

53 Vor dem letzten sog. „Bitcoin-halving“, das im Mai 2020 stattfand, waren es noch 12,5 BTC pro Block.

54 Stand: 21.5.2020.

55 Vgl. *Drescher*, Blockchain-Grundlagen, S. 109.

56 Vgl. *Schrey/Thalhofer*, NJW 2017, 1431, 1432; Bericht (Fn. 37), S. 138.

57 Bericht (Fn. 37), S. 139.

58 Vgl. *Drescher*, Blockchain-Grundlagen, S. 226; *John*, BKR 2020, 76, 79.

Ausgerechnet der so manchem Nutzer suspekt Ort des Internets scheint mit der Blockchain eine wahre „Perlenkette“ geschaffen zu haben, in der sich Vermögenswerte und die damit verbundenen Transaktionen einfach, kostengünstig und vor allem integer abbilden lassen. Kein Wunder also, dass die Blockchain-Technologie einen regelrechten Hype ausgelöst hat, der in Superlative mündet, wie sich am Zitat des Branchenkenners und Vordenkers des digitalen Wandels *William Mougayar* ablesen lässt:

„The blockchain cannot be described just as a revolution. It is a tsunami-like phenomenon, slowly advancing and gradually enveloping everything along its way by the force of its progression.“<sup>59</sup>

Ähnlich fasziniert zeigt sich *David Furlonger*, Analyst des US-amerikanischen Marktforschungsunternehmens Gartner:

„This is not just a technology, this is a societal change.“<sup>60</sup>

Es versteht sich daher von selbst, dass die Blockchain auf dem sog. „Gartner-Hype-Cycle“<sup>61</sup> – einem Gradmesser zur Beurteilung der öffentlichen Aufmerksamkeit für neue Technologien – an exponierter Stelle vertreten ist. Sie hat dort soeben den sog. „Gipfel der überzogenen Erwartungen“ überquert und steuert gerade auf das sog. „Tal der Enttäuschungen“ zu. Dies bedeutet freilich nicht, dass die Blockchain nunmehr in Vergessenheit gerät, sondern vielmehr, dass sie sich als Technologie in der Praxis bewähren muss, um dann – so die Prognose von *Gartner* – in fünf bis zehn Jahren ihr volles Potenzial zu entfalten und auf dem Hype-Cycle das sog. „Plateau der Produktivität“ zu erreichen.

### III. Auswirkungen der Blockchain-Technologie auf das Notariat der Zukunft

Das soeben gezogene Zwischenfazit liefert mithin Grund genug zu hinterfragen, inwieweit Notare das Potenzial, welches in der Blockchain-Technologie ruht, aktiv zum Leben erwecken und gestaltend nutzen können aber auch gleichzeitig Grund genug zu überlegen, inwieweit die Blockchain als „demokratische“ Technologie ohne zentrale Kontrollinstanz einen „societal change“, eine gesellschaftliche Veränderung, bewirken könnte. Eine Veränderung, die gleichsam von außen auf das Notariat einwirkt und somit lediglich ein passives Reagieren unsererseits ermöglicht bzw. erfordert.

#### 1. Grundbuch und Handelsregister

Wie bereits weiter oben dargestellt wurde, eignet sich die Blockchain als Datenbanktechnologie<sup>62</sup> zur Validierung einer Transaktion und zum Schreiben neuer Transaktionen. Dies sind zumindest vordergründig genau die Charakteristika, die unser Grundbuch und unser Handelsregister ausmachen.

59 [https://www.brainyquote.com/quotes/william\\_mougayar\\_851415](https://www.brainyquote.com/quotes/william_mougayar_851415) (zuletzt abgerufen am 14.4.2020).

60 Vgl. <https://www.blockchain-infos.de/blockchain-hype/> (zuletzt abgerufen am 14.4.2020).

61 <https://www.gartner.com/en/research/methodologies/gartner-hype-cycle> (zuletzt abgerufen am 14.4.2020).

62 *Paulus/Matzke*, ZfPW 2018, 431, 436.

Bekanntlich sollen die Grundbücher der verschiedenen Bundesländer künftig in ein bundeseinheitliches Datenbankgrundbuch<sup>63</sup> transferiert werden. Insoweit ist die Frage, ob die Implementierung der Blockchain-Technologie in dieses neue Grundbuchsystem Vorteile bietet, aktueller denn je.

Vorreiter bei der Errichtung eines Grundbuchs auf Blockchain-Basis sind in Europa die Länder Georgien und Schweden.<sup>64</sup> Seit die Testphase im Mai 2017 abgeschlossen wurde, arbeitet das schwedische Grundbuchamt mit einer privaten Blockchain, die über das Start-up ChromaWay bezogen wird.<sup>65</sup> Es handelt sich bei dem schwedischen Projekt indes nicht – wie oft behauptet wird – um ein Blockchain-basiertes Grundbuch. Das Ganze ist vielmehr eine auf eine private Blockchain gestützte digitale Transaktionsplattform, auf der nur bestimmte, vertrauenswürdige Teilnehmer, wie zum Beispiel registrierte Banken und Bevollmächtigte sowie das „Lantmäteriet“ (Landesvermessungsamt), Transaktionen und Blocks validieren dürfen.<sup>66</sup> Von einer avisierten vollständigen Umstellung des Grundbuchs auf die Blockchain-Technologie erhofft sich der schwedische Staat, in Zukunft 100 Millionen Euro jährlich einzusparen.<sup>67</sup> Diese Einsparung soll im Wesentlichen durch den Wegfall physischer Grundbuchämter und deren Personals erzielt werden. Das Vertrauen in die zentrale Institution des staatlichen Grundbuchs und seiner Beamten wird durch das Vertrauen in eine per se unbestechliche, dezentrale Blockchain-Technologie ersetzt. Ob dies in Schweden funktioniert bzw. funktionieren wird, sei dahingestellt.

Für das deutsche Grundbuchsystem in seiner aktuellen Form erscheint ein rein Blockchain-basiertes Datenbankgrundbuch unter mehreren Gesichtspunkten als nicht geeignet:

#### a) Realfolium

Das deutsche Grundbuch ist – ähnlich wie das deutsche Handelsregister – mehr als eine bloße Datenbank oder ein großer Datenspeicher. Beim sog. germanischen Modell (Deutschland, Österreich und Schweiz), auch „Realfoliensystem“<sup>68</sup> oder „title register“<sup>69</sup> genannt, werden die Rechte an Grundstücken registriert. Das germanische Modell bietet den Vorteil, dass es den aktuellen Rechtszustand widerspiegelt, also den Eigentümer und die Rechte Dritter am Grundstück exakt benennt.<sup>70</sup>

63 <http://www.grundbuch.eu/>.

64 *Paulus*, JuS 2019, 1049, 1050.

65 <https://www.anlegen-in-immobilien.de/digitalisierung-in-der-immobilienbranche-taugt-die-blockchain-als-grundbuch-ersatz/> (zuletzt abgerufen am 14.4.2020).

66 <https://iot.taylorwessing.com/blockchain-in-der-immobilienwirtschaft/> (zuletzt abgerufen am 14.4.2020).

67 Siehe Fn. 66.

68 Vgl. Bauer/Schaub/Waldner, Grundbuchordnung, 4. Aufl. 2018, § 3 Rdnr. 7 f.

69 Vgl. Nossek, Das Konzept „Grundbuch“: Der Streit um das Grundregister in Deutschland, Frankreich und England zwischen 1652 und 1900, 2019, S. 92.

70 Vgl. Zimmer, Die Blockchain im deutschen Immobiliarsachenrecht – Keine Konkurrenz für Grundbuch, in: Legal Tribune Online (LTO) vom 15.1.2018, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/blockchain-grundstuecksrecht-immobilien-verkauf-notare-grundbuch-transaktionen-sicherheit/> (zuletzt abgerufen am 14.4.2020).

Im romanischen System, dem zum Beispiel Frankreich und Italien angehören, werden indes lediglich die Rechtsgeschäfte, aus denen sich diese Rechte ergeben, registriert, wie etwa der Kaufvertrag und die Kaufvertragsparteien.<sup>71</sup> Die Abbildung von Erwerbsketten, wie sie für eine Blockchain typisch sind, mag im romanischen Grundbuchmodell („deeds register“) erforderlich oder zweckmäßig sein, nicht jedoch im aktualitäts- bzw. grundstücksbezogenen deutschen Grundbuchwesen, das häufig sehr komplexe Rechtsbeziehungen bzw. Berechtigungsverhältnisse abbildet.<sup>72</sup>

In der juristischen Literatur finden sich mithin zahlreiche Argumente, die der Blockchain ungeachtet des um sie herum entstandenen Hypes ihre Eignung als Grundbuchersatz absprechen.<sup>73</sup> Nachfolgend sollen einige der wichtigsten Aspekte aufgegriffen werden, die häufig über das Grundbuch- und Handelsregisterwesen hinaus generelle Bedenken gegen die Verwendung der Blockchain im Rechtsverkehr aufwerfen.

#### b) Datenschutz

Den Auftakt bildet ein Gesichtspunkt, der Notare tagtäglich beschäftigt, in jüngerer Zeit sogar besonders intensiv: der Datenschutz. Hier stellt sich die Frage, ob die Blockchain als dezentrale, verschlüsselte Datenbank ihren Peer-to-Peer-Teilnehmern absolute Anonymität gewährleistet oder ob sie vielmehr Rückschlüsse auf die Person ihrer Teilnehmer gestattet, d. h. sog. „personenbezogene“ Daten i. S. v. Art. 4 Nr. 1 DSGVO verarbeitet. In den Datensätzen von Blockchain-Transaktionen sind grundsätzlich keine Namen oder Adressen hinterlegt, sondern die bereits erläuterten Hash-Werte in Form von kryptischen Zahlen- und Buchstabenkombinationen.<sup>74</sup> In der Bitcoin-Blockchain als sog. „public blockchain“, an der jedermann teilnehmen kann, lässt die jeweilige Blockchain-Adresse von Zahlungssender und -empfänger grundsätzlich keinen Rückschluss auf die dahinterstehende Person zu („Einwegfunktion“),<sup>75</sup> sodass der Anwendungsbereich der DSGVO insoweit nicht eröffnet sein dürfte. Anders stellt sich die Rechtslage hingegen im Rahmen von Blockchain-Systemen mit geschlossenem Benutzerkreis dar. Blockchains können nämlich anders als die jedermann offene Bitcoin-Blockchain (public blockchain) nur einem geschlossenen Benutzerkreis („permitted communities“)<sup>76</sup> zugänglich sein, wie es bei einem elektronischen Grundbuch jedenfalls in der deutschen Rechtsordnung (§ 12 Abs. 1 Satz 1 GBO) zwingend erforderlich wäre. Bei einem elektronischen Grundbuch – auch auf Blockchain-Basis – ist die Identifikation der Beteilig-

71 A. a. O.

72 Siehe *Wilsch*, DNotZ 2017, 761, 763.

73 Vgl. exemplarisch *Barbieri/Gassen*, Blockchain – can this new technology really revolutionize the land registry system?, abrufbar unter [https://www.notartel.it/export/contentuti\\_notartel/pdf/Land\\_Poverty\\_Conference\\_Blockchain.pdf](https://www.notartel.it/export/contentuti_notartel/pdf/Land_Poverty_Conference_Blockchain.pdf) (zuletzt abgerufen am 14.4.2020).

74 *Martini/Weinzierl*, NVwZ 2017, 1251, 1252.

75 *Schrey/Thalhofer*, NJW 2017, 1431, 1433; kritisch *Martini/Weinzierl*, a. a. O., 1253 im Hinblick auf technische Möglichkeiten, mittelbar (zum Beispiel über die IP-Adresse des im Blockchain-Netzwerk operierenden Nutzers) Rückschlüsse auf die Person des Teilnehmers zu ziehen.

76 *Schrey/Thalhofer*, NJW 2017, 1431, 1433.

ten freilich wesensimmanent. Wird der öffentliche Schlüssel (public key) des jeweiligen Teilnehmers bekanntgegeben, verfügt die jeweilige Zertifizierungsstelle über die Kenntnis, welche natürliche Person hinter den Daten steckt. Damit wäre ein Personenbezug gegeben und somit der Anwendungsbereich der datenschutzrechtlichen Vorschriften eröffnet.<sup>77</sup>

Genau an diesem Punkt erweist sich die Dezentralität einer Blockchain, die für deren Integrität und Manipulationssicherheit verantwortlich zeichnet, als Pferdefuß: Es gibt in der Blockchain eben keine zentrale „verantwortliche“ Stelle i. S. d. Art. 4 Nr. 7 DSGVO, die als tauglicher Adressat datenschutzrechtlicher Pflichten fungiert.<sup>78</sup> Vielmehr ist grundsätzlich jeder einzelne Teilnehmer Verantwortlicher im datenschutzrechtlichen Sinne.<sup>79</sup> Folgerichtig wird in der Literatur vertreten,<sup>80</sup> eine Einwilligung i. S. d. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. a) DSGVO als Legitimationsgrundlage zur Verarbeitung personenbezogener Daten in einer Grundbuch-Blockchain müsse gegenüber jedem einzelnen Teilnehmer erklärt werden, was praktisch kaum umgesetzt werden könne.

Darüber hinaus wird die Blockchain-Technologie nur schwerlich mit dem in Art. 17 DSGVO verankerten Recht auf Löschung – auch bekannt als Recht auf Vergessenwerden<sup>81</sup> – in Einklang zu bringen sein. Datenschutzrechtlich dürfen personenbezogene Daten nur solange gespeichert werden, wie sie für einen Geschäftszweck tatsächlich benötigt werden. Sobald dieser Zweck erreicht ist oder nicht mehr besteht, ist der Betroffene berechtigt, die Löschung der Daten zu verlangen.<sup>82</sup> Der Blockchain ist indes technisch immanent, dass sämtliche in ihr abgelegten Daten dauerhaft, für immer und ewig,<sup>83</sup> gespeichert werden. Ein Datenblock kann, wie bereits weiter oben dargelegt wurde, nicht nachträglich verändert oder gar gelöscht werden, ohne die Validität der gesamten Blockchain als solcher zu zerstören.<sup>84</sup> Zwar ließe sich in technischer Hinsicht eine sog. Hoheitsschnittstelle<sup>85</sup> in eine Grundbuch-Blockchain implementieren, über die der Staat am dezentralen Netzwerk vorbei Änderungen oder Löschungen in der Blockchain vornehmen könnte. Von der eigentlichen Idee der Blockchain, die ja gerade von der Unabhängigkeit einer zentralen Stelle lebt, bliebe dann jedoch nichts mehr übrig.

Die DSGVO gestattet den Mitgliedstaaten indes bereits *de lege lata*, das *individuelle* Recht auf Vergessenwerden unter Abwägung mit vordringlichen Interessen des *Gemeinwohls* einzuschränken. Art. 23 Abs. 1 lit. e) in Verbindung mit Erwägungsgrund 73 DSGVO gestattet ihnen insbesondere das

77 Schrey/Thalhofer, a. a. O.

78 Vgl. Wilsch, DNotZ 2017, 761; Schrey/Thalhofer, a. a. O.

79 Str., wie hier Schrey/Thalhofer, a. a. O.; a. A. Martini/Weinzierl, NVwZ 2017, 1251, 1253 f.

80 Schrey/Thalhofer, NJW 2017, 1431, 1434.

81 Kühling/Buchner/Herbst, DS-GVO, BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 17 DS-GVO Rdnr. 1.

82 Vgl. Schrey/Thalhofer, NJW 2017, 1431, 1435.

83 Martini/Weinzierl, NVwZ 2017, 1251.

84 Vgl. Martini/Weinzierl, NVwZ 2017, 1251, 1254 f., die als technischen Ausweg aus dem Dilemma der Unabänderlichkeit der Blockchain u. a. das sog. „Pruning“, also das Entfernen obsoleter Blöcke aus der Datenkette, erörtern.

85 Martini/Weinzierl, NVwZ 2017, 1251, 1257.

Recht zu, für „das Führen öffentlicher Register aus Gründen des allgemeinen öffentlichen Interesses“ Abweichungen von den Betroffenenrechten zuzulassen.<sup>86</sup> Diese Öffnungsklausel ließe sich für viele staatliche Blockchain-Anwendungen nutzbar machen und damit ein Blockchain-Grundbuch jedenfalls datenschutzrechtlich auf eine sichere Grundlage stellen. Insbesondere könnte eine solche gesetzliche Legitimationsgrundlage die problematische Einwilligung der Betroffenen in eine blockchain-basierte Datenverarbeitung ersetzen, Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. e), Abs. 3 DSGVO.

### c) Grundbuch- und zivilrechtliche Aspekte

Der technische Aspekt der Unveränderlichkeit der Blockchain bereitet nicht nur in datenschutzrechtlicher Hinsicht Kopfzerbrechen, sondern auch in grundbuch- bzw. zivilrechtlicher: Es wird immer wieder vorkommen, dass Transaktionen in der Blockchain eingetragen werden, die aus zivilrechtlicher bzw. grundbuchrechtlicher Sicht der Korrektur bedürfen, etwa weil das in der Transaktion enthaltene oder ihr zugrunde liegende Rechtsgeschäft nichtig ist oder aufgrund des Rücktritts eines Vertragspartners eine Rückabwicklung erforderlich und das Grundbuch dadurch unrichtig bzw. korrekturbedürftig wird.<sup>87</sup> Eine Änderung oder Löschung bereits validierter Blöcke stünde in direktem Gegensatz zu dem der Blockchain-Technologie innewohnenden Grundprinzip der Unveränderlichkeit. Die nachträgliche Löschung oder inhaltliche Modifizierung eines Blocks ist im System nicht vorgesehen, d. h. die Nichtigkeit einer Willenserklärung oder des einer Transaktion zugrunde liegenden Vertrags kann nicht in dem die betroffene Transaktion enthaltenden Block selbst sichtbar gemacht werden.

Als technische Behelfslösung wird in der Literatur die sog. „reverse transaction“<sup>88</sup> diskutiert. Hierunter ist das Anfügen eines neuen Blocks gleichsam mit „negativem Vorzeichen“ an die bestehende Blockchain zu verstehen; der neue Block fügt eine dem aufzuhebenden Inhalt gegenläufige Transaktion ein, sodass der korrekte Status wiederhergestellt ist. Eine freilich etwas unbefriedigende Lösung, da nach dem Anfügen von Korrekturblöcken unrichtige Transaktionen in der Blockchain verbleiben, welche die Verlässlichkeit der Transaktionshistorie beeinträchtigen. Darüber hinaus müsste eine „reverse transaction“ wie jede andere Transaktion auch von der Zustimmung der Mehrheit der Knoten im dezentralen Netzwerk getragen werden. Ist eine solche Mehrheit im Einzelfall nicht zu erreichen, stellt sich die Folgefrage, ob bzw. inwieweit die Aufnahme einer „reverse transaction“ in einen Block und dessen Validierung im Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden könnte. Letzteres ist äußerst problematisch, da grundsätzlich keine Verpflichtung der Peer-to-Peer-Teilnehmer zur (weiteren) Mitwirkung an einer Blockchain-Anwendung besteht, nicht ohne Weiteres vertragliche Beziehungen zwischen den Betreibern der Knoten existieren und eine zentrale Instanz, die zur Durchsetzung einer Änderung herangezogen werden könnte, bei einer dezentralen Blockchain gerade fehlt.<sup>89</sup>

86 Martini/Weinzierl, NVwZ 2017, 1251, 1258.

87 Bericht (Fn. 37), S. 139.

88 Bericht, a. a. O.; Schrey/Thalhofer, NJW 2017, 1431, 1435.

89 Bericht (Fn. 37), S. 161.

Der Slogan „Vertrauen ist gut. Blockchain ist besser“ vermag jedenfalls im deutschen Grundbuch- und Handelsregisterwesen nicht zu überzeugen. In Deutschland existiert ein funktionierendes staatliches Grundbuch- und Handelsregistersystem, das auch ohne dezentrale Blockchain-Kontrolle das uneingeschränkte Vertrauen der rechtsuchenden Bevölkerung genießt – und verdient. Aus anderen Ländern bekannt gewordene Fälle des sog. „identity thefts“,<sup>90</sup> bei denen Kriminelle unter Vortäuschen einer falschen Identität über fremde Unternehmen oder Immobilien verfügen, sind in Deutschland bislang nicht vorgekommen<sup>91</sup> und auch nicht zu befürchten. Die hohe Fälschungssicherheit des deutschen Grundbuch- und Handelsregisterwesens ist zu einem ganz wesentlichen Teil dem „Vier-Augen-Prinzip“ bzw. „Zwei-Säulen-Modell“ von Grundbuchamt/Registergericht einerseits und den Notaren andererseits zu verdanken. Notaren obliegt die sichere Identitätsfeststellung der Beteiligten und die inhaltliche Vorprüfung von Grundbuchanträgen und Registeranmeldungen, den Grundbuchämtern und den Registergerichten die entsprechende Nachprüfung.

Eine rein blockchain-basierte Datenbank ist als technische Grundlage für ein elektronisches Grundbuch bzw. Handelsregister in unserer Rechtsordnung weder zweckmäßig noch erforderlich. Gleichwohl macht ihre hohe Manipulationssicherheit, Zuverlässigkeit und Schnelligkeit die Blockchain für solche Registrierungsverfahren interessant, in denen lediglich Dokumente beweissicher aufzubewahren sind. Diese Vorteile der Blockchain hat die bayerische Justiz zum Anlass genommen, bei der Entwicklung des bundeseinheitlichen Datenbankgrundbuchs im Rahmen eines „Proof of Concept“ (PoC) mit dem Unternehmen Accenture die Machbarkeit einer ergänzenden Integritätssicherung des Datenbankgrundbuchs mittels Blockchain-Technik zu prüfen.<sup>92</sup> Wie bereits eingangs dargelegt wurde, erzeugen Notare, Richter und Rechtspfleger bei ihrer Arbeit im elektronischen Register- und Grundbuchwesen tagtäglich digitale Signaturen zur Verifizierung elektronischer Dokumente, die im zentralen Netzwerk der Justiz gespeichert werden. Durch die zusätzliche Hinterlegung dieser Signaturen bzw. von Signatur-Hash-Werten des Grundbuchbestandes in einer oder mehreren bestehenden öffentlichen Blockchain-Infrastruktur(en) (zum Beispiel Bitcoin) stünde für die Verifikation der Daten eine weitere externe vertrauenswürdige Instanz zur Verfügung. Die Anbindung des Datenbankgrundbuchs an öffentliche Blockchains wurde im Rahmen des PoC beispielhaft umgesetzt. Über den Einsatz der Blockchain-Anbindung des Datenbankgrundbuchs ist noch nicht abschließend entschieden worden. Auch hier gilt es zu beobachten, ob es die Blockchain-Technologie vom Tal der Enttäuschungen in das Plateau der Produktivität schafft.

## 2. Smart Contracts

Grundbuch und Handelsregister sind die Datenspeicher, in die das Ergebnis, der „Output“ notarieller Tätigkeit, einfließt, der

<sup>90</sup> Franzmann, MittBayNot 2009, 346, 350.

<sup>91</sup> Vgl. Wolf, MittBayNot 2018, 510, 521.

<sup>92</sup> [https://www.rechtsstandortbayern.de/aktivitaeten/detail.html?tx\\_news\\_pi1%5Bnews%5D=32](https://www.rechtsstandortbayern.de/aktivitaeten/detail.html?tx_news_pi1%5Bnews%5D=32) (zuletzt abgerufen am 14.4.2020).

sog. „Urkundsvollzug“. Die nachfolgenden Gedanken sind dem Input gewidmet, der die notarielle Leistung im Kern beschreibt.

Auf einer Fortbildung für Führungskräfte wurden die Teilnehmer von der Dozentin befragt, was ein Notar „macht“ bzw. „produziert“. Die lakonische Antwort lautet: Urkunden. Diese Urkunden verkörpern häufig Verträge, was zu einem zentralen Komplex überleitet, der im Zusammenhang mit Blockchain-Technologien diskutiert wird: den sog. „smart contracts“. Die wörtliche Übersetzung dieses buzzwords (Schlagworts) könnte uns zu der Hoffnung verleiten, unsere Verträge dank Blockchain-Technologie künftig ein Stück weit intelligenter zu gestalten.

Auf diese Hoffnung folgt indes die Ernüchterung. Eine gängige ironische Umschreibung lautet:<sup>93</sup> „smart contracts are neither smart nor contracts“ – intelligente Verträge sind weder intelligent noch sind es Verträge.

### a) Funktionsweise

Worum geht es also bei dieser Anwendungsform der Blockchain-Technologie? Nüchtern betrachtet um digitale „Wenn-Dann-Algorithmen“, die gleichsam jeder (Jurist) ohne Programmierkenntnisse – etwa mit sog. „No-Code-Programmertools“ in einer gängigen Notarsoftware – selbst erstellen könnte, und die folgenden abstrakten Inhalt aufweisen: *Wenn* ein bestimmtes digital prüfbares Ereignis eintritt, *dann* werden nach im Programmcode fest vorgegebenen Regeln bzw. Gesetzmäßigkeiten rechtlich relevante Handlungen automatisch ausgeführt. Schiedsrichter über die ordnungsgemäße Ausführung einer solchen Transaktion sind die dezentralen Teilnehmer der Blockchain, in die der smart contract eingebunden ist.

Ein in der Literatur häufig genanntes Anwendungsbeispiel für smart contracts ist das Auto-Leasing.<sup>94</sup> Eine Schnittstelle im Bordcomputer des Leasingfahrzeugs zum Bankkonto des Leasinggebers überwacht, ob der Leasingnehmer seine Raten bezahlt. *Wenn* ja, *dann* wird das Fahrzeug zur Nutzung freigeschaltet. *Wenn* nein, *dann* werden die Zündung deaktiviert und die Autotüren verriegelt. Aus diesem Beispiel wird deutlich, dass es sich beim smart contract nicht etwa um einen Vertrag im Rechtssinne handelt; es dreht sich vielmehr um eine „computerbasierte Umsetzung eines Vertrages“,<sup>95</sup> die darauf ausgerichtet ist, die Vertragsdurchführung zu vereinfachen. Im Beispielsfall des Leasingfahrzeugs dürfte die bezweckte Vollzugsvereinfachung durch das automatische Versperren des Fahrzeugs bei Nichtzahlung der Leasingrate nach einer vorzugswürdigen Auffassung<sup>96</sup> gegen einen elementaren Grundsatz des Rechtsstaats verstoßen: die verbotene Eigenmacht (§ 858 BGB).

<sup>93</sup> Vgl. zum Beispiel <https://medium.com/@SamREye/26/smart-contracts-are-neither-smart-nor-contracts-1799d6d30bb5> (zuletzt abgerufen am 14.4.2020).

<sup>94</sup> Hohn-Hein/Barth, GRUR 2018, 1089, 1093.

<sup>95</sup> Vgl. Bericht (Fn. 37), S. 143.

<sup>96</sup> Sehr str. Wie hier: Paulus/Matzke, CR 2017, 769, 776; Fries/Paal/Riehm, Smart Contracts, 2019, 85, 96 f. sowie (etwas unklar) Bericht (Fn. 37), S. 159; a. A. Fries, NJW 2019, 901, 905; Kalin, NfPW 2019, 436, 443 ff.

## b) Denkbare Anwendungsbereiche im Notariat

In der Literatur finden sich rudimentäre Denkansätze,<sup>97</sup> einen Vollzugsautomatismus auf der Basis von smart contracts auch in notariell beurkundeten Verträgen zu implementieren, namentlich im Bereich des Immobilienrechts. Ein solcher Gedanke liegt durchaus nicht allzu fern, handelt es sich beim Vollzug eines Grundstückskaufvertrags doch überwiegend um Wenn-Dann-Verknüpfungen: *Wenn* bestimmte Voraussetzungen (Eintragung einer Auflassungsvormerkung, Vorliegen der Lastenfreistellungserklärungen) vorliegen, *dann* ist der Kaufpreis vom Notar fällig zu stellen. *Wenn* der Kaufpreis und die Grunderwerbsteuer bezahlt sind, *dann* ist die Auflassung im Grundbuch zu vollziehen usw. Diese sog. „Vollzugstätigkeit“ ist freilich überaus haftungsträchtig, weshalb sie dem Notar und seinen Mitarbeitern eine außerordentlich hohe Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit abverlangt. Smart-contract-Mechanismen könnten, sofern die in ihnen enthaltenen Wenn-Dann-Algorithmen entsprechend vollständig und korrekt programmiert sind, an dieser Stelle zumindest abstrakt zur Fehlervermeidung und Qualitätssicherung im Notariat beitragen.

Eine konkrete Umsetzung solcher Überlegungen dürfte allein in technischer Hinsicht eine enorme Herausforderung darstellen, da sie eine einheitliche Vernetzung aller am Vollzug eines Kaufvertrags beteiligten Stellen (Gemeinden, FA, Gerichte, Banken usw.) voraussetzen würde.<sup>98</sup> Darüber hinaus ist smart-contract-Mechanismen der Nachteil immanent, dass sie ausschließlich digital prüfbar Ereignisse verarbeiten und überwachen können.<sup>99</sup> Die Räumung eines Hauses oder die bezugsfertige Herstellung eines Gebäudes – beides häufig Voraussetzungen für die Kaufpreisfälligkeit – können im geschlossenen System des smart contract, das keinen Kontakt zur Außenwelt aufweist, nicht erfasst werden. Stattdessen müssten derartige vollzugsrelevante Tatsachen über sog. „oracles“,<sup>100</sup> also letztlich Menschen, manuell von der analogen in die digitale Welt überführt werden.

## 3. Disruptive Technologie?

Diese systemimmanente Schwäche von smart contracts leitet über zur Frage, welche disruptiven Kräfte der Blockchain-Technologie innewohnen. Eine Frage, die so manchen Notar möglicherweise bereits beschäftigt oder nachdenklich gestimmt hat angesichts von Schlagzeilen wie „Die Blockchain kommt – Ruhe in Frieden, lieber Notar“.<sup>101</sup>

Da die Blockchain-Technologie – wie die zahlreichen Kryptowährungen belegen – die (relativ) sichere Transaktion von sog. „Tokens“<sup>102</sup> (digitalisierte Wertmarken) ohne zentrale In-

stanz ermöglicht, liegt die Überlegung nahe, über Grundstücke bzw. GmbH-Geschäftsanteile<sup>103</sup> an Notar und Grundbuch- bzw. Registerbeamten vorbei durch einen direkten Datenaustausch zwischen den Teilnehmern eines Peer-to-Peer-Netzwerks zu verfügen oder aber anstelle einer analogen „Old School“-GmbH eine digitale, virtuelle Kapitalgesellschaft – die sog. DAO (Decentralized Autonomous Organisation)<sup>104</sup> – zu gründen, deren Stammkapital nicht 25.000 €, sondern zum Beispiel 2,5 Bitcoins beträgt, oder auch eine Blockchain-basierte Aktionärshauptversammlung<sup>105</sup> mit digitaler Stimmabgabe durchzuführen.

Den erstgenannten Ansatz der digitalen Grundstücksveräußerung verfolgt das bereits vorgestellte schwedische Projekt „ChromaWay“. Teil dieses Projekts ist eine App-basierte smart-contract-Lösung, die den gesamten Prozess einer Grundstücksübertragung durch unmittelbare Kommunikation zwischen den Vertragsteilen innerhalb von wenigen Tagen, statt der in Schweden sonst üblichen vier bis sechs Monate, weitgehend automatisiert und sicher abbilden soll.<sup>106</sup> Gegen einen solchen Ansatz sprechen in Deutschland, ganz unabhängig von den bereits skizzierten technischen, datenschutz- und grundbuchrechtlichen Problemen folgende Aspekte:

a) Zunächst die Basics des BGB: Gemäß § 125 Satz 1 BGB ist ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, nichtig. Das ist auch dann zu beachten, wenn ein Vertrag mittels eines smart contracts abgeschlossen wird.<sup>107</sup> Bei Grundstücksgeschäften fordert § 311b Abs. 1 BGB bekanntlich die notarielle Beurkundung, bei der Abtretung von GmbH-Anteilen § 15 Abs. 3 GmbHG. Ein Eintrag in die Blockchain erfüllt – jedenfalls solange die Autorisierung einer Transaktion nicht mit einer qualifizierten elektronischen Signatur im Sinne des § 126a Abs. 1 BGB erfolgt<sup>108</sup> – allenfalls die Textform im Sinne des § 126b BGB.<sup>109</sup> Mangels Sach-<sup>110</sup> oder Rechtsqualität<sup>111</sup> von Tokens wie zum Beispiel Bitcoins stellt sich deren „Überweisung“ über eine Blockchain nach bislang wohl herrschender Meinung lediglich als Realakt dar.<sup>112</sup> Freilich kann auch bei formgebundenen Rechtsgeschäften die Blockchain-Technologie ergänzend zum Einsatz kommen, etwa zum bereits skizzierten automatisierten Vollzug eines notariellen Immobilienkaufvertrags. Ha-

103 Vgl. *Paal*, ZGR 2017, 590, 610 f.

104 *Heckelmann*, NJW 2018, 504, 505; *Möslein*, ZHR 2019, 254, 287.

105 *Sattler*, BB 2018, 2243, 2246 f.; *Teichmann*, ZfPW 2019, 247, 259 ff.

106 <https://iot.taylorwessing.com/blockchain-in-der-immobilienwirtschaft/> (zuletzt abgerufen am 14.4.2020).

107 Bericht (Fn. 37), S. 153.

108 *Paulus/Matzke*, ZfPW 2018, 431, 457.

109 *Heckelmann*, NJW 2018, 504, 507.

110 Hoeren/Sieber/Holznapel/Möllenkamp/Shmatenko, MMR-HdB, Teil 13.6 Blockchain und Kryptowährungen Rdnr. 32.

111 *Omlor*, ZHR 2019, 294, 310; Hoeren/Sieber/Holznapel/Möllenkamp/Shmatenko, MMR-HdB, Teil 13.6 Blockchain und Kryptowährungen Rdnr. 37 wollen das Token indes über § 823 Abs. 1 BGB als absolutes Recht schützen.

112 *Kaulartz/Matzke*, NJW 2018, 3278, 3280 m. w. N.; differenzierend Bericht (Fn. 37), S. 145.

97 *Jorbenadze/Turashvili*, IWRZ 2019, 119, 121; *Heckelmann*, NJW 2018, 504, 507.

98 Vgl. *Bormann*, ZGR 2017, 621, 636.

99 *Kaulartz/Heckmann*, CR 2016, 618.

100 *Eschenbruch/Gerstberger*, NZBau 2018, 3, 4; *Kaulartz/Heckmann*, CR 2016, 618, 620; *Linardatos*, K&R 2018, 85, 87.

101 Vgl. [https://www.blockchain-infos.de/blockchain-notare/#Ob\\_die\\_Blockchain\\_Notare\\_ersetzen\\_koennte\\_oder\\_nicht](https://www.blockchain-infos.de/blockchain-notare/#Ob_die_Blockchain_Notare_ersetzen_koennte_oder_nicht) (zuletzt abgerufen am 14.4.2020).

102 *Schwark/Zimmer/Kumpan*, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 5. Aufl. 2020, § 2 WpHG Rdnr. 82; *Kaulartz/Matzke*, NJW 2018, 3278.

ben die Parteien ein Interesse daran, dass die beabsichtigte Transaktion in der Blockchain abgebildet wird, so können sie die erforderlichen Willenserklärungen formgerecht außerhalb der Blockchain – zum Beispiel in einer notariellen Urkunde – abgeben und sich verpflichten, das Ergebnis ihrer Abrede „zwecks Auslösung der smart-contract-Mechanismen“<sup>113</sup> anschließend informell in die Blockchain zu überführen.<sup>114</sup> An der grundsätzlichen Pflicht zur notariellen Beurkundung einer Grundstückstransaktion führt indes auch in der digitalisierten Welt kein Weg vorbei.

b) Die notarielle Beurkundungspflicht ist freilich kein Selbstzweck, der durch die Blockchain-Technologie gleichwertig erfüllt werden könnte. Anders als in den Medien oft dargestellt wird,<sup>115</sup> ist die Rolle des Notars in Deutschland nicht ausschließlich auf die eines „Vermittlers“ oder klassischen „Intermediärs“ beschränkt, dessen Funktion oder Vertrauen durch einen Konsens mehrerer gleichberechtigter dezentraler Nutzer ersetzt werden könnte.

aa) Notare sind Verbraucherschützer.<sup>116</sup> Dieser Aufgabe werden Notare bereits gerecht, bevor ein Rechtsgeschäft bzw. eine Transaktion beurkundet wird, nämlich durch Zuhören und Beraten bzw. den rechtzeitigen Versand von Entwürfen, die Beantwortung von Fragen hierzu und die Vornahme von Änderungswünschen. Bei einem rein digitalen Vertragsschluss können solche Leistungen freilich nicht erbracht werden. Ein smart contract vermag als technischer Automatismus auch nicht den Willen der Parteien zu erforschen oder zwischen besonders geschäftserfahrenen Vertragsteilen einerseits und ungewandten Beteiligten andererseits zu unterscheiden; im Übrigen haftet smart-contract-Technologien der fade Geruch eines (angeblich) im 19. Jahrhundert verfochtenen Gesetzespositivismus an,<sup>117</sup> der u. a. von *Rudolph von Jhering* zugunsten einer Interessensjurisprudenz kritisiert worden ist.<sup>118</sup>

Tatsächlich mangelt es Computercodes an Wertungskriterien, die verhindern, dass aus *summum ius summa iniuria* (also aus dem genaustens angewandten Recht das größte Unrecht) wird.<sup>119</sup> Aus den USA wurde ein Fall bekannt,<sup>120</sup> in dem eine Mutter ihren Sohn, der einen Asthmaanfall erlitt, ins Krankenhaus fahren wollte. Der Chrysler sprang indes nicht an, da die Mutter mit ihrer Leasingrate drei Tage in Rückstand war, wes-

halb der Leasinggeber die Zündung mit einer automatischen elektronischen Abschaltvorrichtung sperrte.

bb) Smart contracts können ferner im Gegensatz zu Notaren weder die Identität noch die Geschäftsfähigkeit der Vertragspartner beurteilen. Verschafft sich ein minderjähriges Kind Zugang zum häuslichen Computer und tätigt damit Online-Einkäufe, die es mit den Bitcoins seiner Eltern bezahlt, so ist die entsprechende Bitcoin-Transaktion zunächst wirksam und unveränderlich in der Blockchain registriert.<sup>121</sup> Die technischen und rechtlichen Schwierigkeiten bei der Rückabwicklung einer nichtigen Blockchain-Transaktion wurden bereits weiter oben erläutert. Allgemein gesprochen besteht bei der Verwendung von smart contracts eine höhere Gefahr dafür, dass ein Vertrag, der gemäß § 108 BGB schwebend unwirksam oder wegen fehlender Geschäftsfähigkeit sogar nichtig ist, gleichwohl vollzogen wird.<sup>122</sup> Eine Gefahr, die bei notariell beurkundeten Transaktionen freilich gebannt ist.

cc) Notare sichern zudem das Steueraufkommen des Staates und verhindern Geldwäsche, indem sie entsprechenden Kontroll- und Meldepflichten nachkommen.<sup>123</sup> Wer würde diese Pflichten in einem dezentralen Netzwerk – etwa bei der Veräußerung digitaler Geschäftsanteile ohne notarielle Mitwirkung – erfüllen?

dd) Ungelöst ist weiterhin die Problematik, wer die Verantwortung bzw. die Haftung für einen fehlerhaften smart-contract-Algorithmus übernimmt.<sup>124</sup>

ee) Zu hinterfragen ist schließlich die These,<sup>125</sup> durch den Einsatz von Blockchain-Technologien könnten Transaktionskosten eingespart werden. Wer bereits mit Bitcoins gehandelt hat, weiß, dass allein der unumgängliche Umtausch von Euro in Bitcoin – und umgekehrt – mit nicht unerheblichen Provisionszahlungen verbunden ist, die an Kryptowährungsbörsen wie Binance oder Coinbase fließen. Auch die direkte Überweisung von Bitcoins an einen Empfänger im Blockchain-Netzwerk löst Transaktionskosten aus,<sup>126</sup> die wiederum in Form von Bitcoins an die „miner“<sup>127</sup> fließen – und zu einem großen Teil zur Deckung enormer Stromkosten verwendet werden.<sup>128</sup> Während das GNotKG sorgfältig und sozial austariert,<sup>129</sup> d. h. in erster Linie an den Geschäftswert gekoppelt ist, kann etwa im Bereich der Mikrotransaktionen mit Bitcoins die Transaktionsgebühr höher sein als der Wert der Transaktion selbst (zum

113 Heckelmann, NJW 2018, 504, 507.

114 Bericht (Fn. 37), S. 154.

115 Vgl. exemplarisch [https://identity-economy.de/der-digitale-notar#scroll\\_to\\_steady\\_paywall](https://identity-economy.de/der-digitale-notar#scroll_to_steady_paywall) (zuletzt abgerufen am 14.4.2020).

116 BeckOGK-BeurkG/Regler, Stand: 1.3.2019, § 17 Rdnr. 143; BeckOGK-BGB/Hecht, Stand: 1.1.2020, § 125 Rdnr. 14; Schwerin, notar 2013, 69.

117 Vgl. hierzu *Haferkamp*, JZ 2019, 901, 908, der sich differenzierend mit den „grob[en] Zerrbilder[n]“ auseinandersetzt, die „man aus diesen Juristen [des 19. Jahrhunderts wie zum Beispiel Savigny] gemacht hat“. Ähnlich kritisch *Meder*, JZ 2019, 689, 693 f.

118 Vgl. *Meder*, JZ 2019, 689 ff.

119 Vgl. *Meder*, JZ 2019, 689, 690.

120 Hierüber berichtete die New York Times bereits am 24.9.2014, siehe <https://dealbook.nytimes.com/2014/09/24/miss-a-payment-good-luck-moving-that-car/> (zuletzt abgerufen am 14.4.2020).

121 Vgl. Bericht (Fn. 37), S. 152.

122 Bericht (Fn. 37), a. a. O.

123 Vgl. *Mader/Scaraggi-Kreitmayer*, DStR 2020, 181, 183; *Brian/Frey/Krais*, CCZ 2019, 245, 251.

124 Vgl. *Hohn-Hein/Barth*, GRUR 2018, 1089, 1095.

125 Siehe exemplarisch <https://www.maibornwolff.de/blog/blockchain-transaktionskosten-einsparen> (zuletzt abgerufen am 14.4.2020).

126 *Zwirner*, BC 2019, 61, 65.

127 Siehe Fn. 51.

128 Vgl. *Wilsch*, DNotZ 2017, 761, 786.

129 *Korintenberg/Diehn*, GNotKG, 21. Aufl. 2020, § 34 Rdnr. 3.



Beispiel einer Tasse Kaffee)<sup>130, 131</sup> Im Falle der Rückabwicklung eines unwirksamen Blockchain-Vertragsschlusses können schließlich erhebliche Folgekosten drohen, die durch eine rechtssichere, vollstreckbare Notarurkunde freilich vermieden werden.

#### IV. Zusammenfassung und Ausblick

Die nachfolgenden Thesen sind zunächst als prägnante Zusammenfassung des Beitrags gedacht. Gleichzeitig mögen sie dem geneigten Leser eine Anregung für eine vertiefte Auseinandersetzung mit der zunehmenden Digitalisierung des (Notar-)Rechts sein:

1. Die Grundidee der Blockchain-Technologie, das dezentrale, manipulationssichere Verwalten von Vermögenswerten im bislang als unsicher geltenden Raum des Internets, hat Potenzial, wie der zumindest temporäre Erfolg von Kryptowährungen zeigt. Die Eignung des Bitcoin als alternative Währung ist aufgrund des mit seinem Handel verbundenen exorbitanten Stromverbrauchs, seiner erheblichen Kurschwankungen sowie angesichts der Risiken einer 51 %-Attacke freilich zweifelhaft.
2. Die Einsatzmöglichkeiten der Blockchain-Technologie sind – jedenfalls abstrakt gesehen – sehr vielseitig. Ihre Eigenschaft als Datenbanktechnologie macht sie für einen Einsatz in der Justiz und im Notariat der Zukunft zumindest erwägenswert.
3. Die Blockchain-Technologie ist aktuell Gegenstand von Machbarkeitsstudien im Bereich der öffentlichen Verwaltung, der Justiz, aber auch des Notariats. Es bleibt abzuwarten, ob und in welchen dieser Bereiche sich die Technologie tatsächlich durchsetzt. Die Justiz steht der Blockchain-Technologie, soweit ersichtlich, derzeit offen gegenüber. Das von der BNotK pilotierte Gültigkeitsregister könnte auf Basis dieser Technologie das Problem der bislang fehlenden Möglichkeit zur Erstellung elektronischer Vollmachten<sup>132</sup> lösen.
4. Nach heutigem Stand der Technik sowie im Hinblick auf die aktuelle Rechtslage in Deutschland vermag die Blockchain-Technologie öffentliche Register wie das Grundbuch oder das Handelsregister weder abzubilden noch zu ersetzen. Die Blockchain könnte in diesen Bereichen allenfalls ergänzend als zusätzlicher sicherer Speicherplatz zur Ablage digitaler Dokumente bzw. von Hash-Werten digitaler Signaturen in Erwägung gezogen werden. Dabei muss außer Zweifel stehen, dass sich hochsensible staatliche Register nicht als Spielwiese für die Erprobung neuer Technologien eignen.
5. Ein Einsatz der Blockchain-Technologie im Notariat wäre über das vorbeschriebene, manipulationssichere Speichern digitaler Dokumente oder Signaturen und über das von der BNotK pilotierte Gültigkeitsregister hinaus zum automatisier-

ten Vollzug von Immobilienverträgen denkbar. Smart-contracts-Algorithmen dürften indes mit der Komplexität des notariellen Urkundsvollzugs, in dessen Verlauf regelmäßig auch nicht digital erfassbare Umstände berücksichtigt und zahlreiche verschiedene Transaktionspartner eingebunden werden müssen, derzeit überfordert sein. Vielversprechender erscheinen daher Konzepte wie das Projekt „eNotar“ der BNotK, die sich auf eine Digitalisierung der zahlreichen noch papierbasierten Vollzugsschritte in Gemeinden, Landratsämtern und FA konzentrieren. Das Projekt „eNotar“ der BNotK kommt dabei ohne Blockchain-Technologien aus.

6. Die am Höhepunkt des Blockchain-Hypes vielfach heraufbeschworene disruptive Kraft von Distributed-Ledger-Technologien ist ausgeblieben. Weder Banken noch Notare wurden durch die Blockchain ersetzt. Mag das Eingangszitat „Alles, was digitalisiert werden kann, wird digitalisiert“ auch zutreffen: Insbesondere die in § 17 BeurkG statuierten Kardinalpflichten des Notars (Willensforschung, Sachverhaltsaufklärung, Belehrung, Vertragsgestaltung, Prüfung der Geschäftsfähigkeit, Verbraucherschutz und vieles mehr) können nicht digitalisiert und damit auch nicht dem Entscheidungsautomatismus eines smart-contract-Algorithmus überantwortet werden. Darüber hinaus können und wollen nicht alle rechtsuchenden Bürger ausschließlich auf digitalem Weg wichtige Verträge schließen oder ihre Stimme in der Gesellschafterversammlung virtuell abgeben.
7. Im Übrigen droht mit einer vermehrten Verwendung vordergründig zeitgemäßer Legal Tech – Software als „Paragraphenautomaten“ oder „Subsumtionsautomaten“ des 21. Jahrhunderts ein Rückschritt zu Wertungen oder ethische Maßstäbe wie Billigkeit ausblendenden „Begriffsjurisprudenz“<sup>133</sup> – wie sie (fälschlicherweise als Zerrbild)<sup>134</sup> gemeinhin dem 19. Jahrhundert unterstellt wird.
8. Andererseits entwickeln sich Technologien rasant fort. Die Distributed-Ledger-Technologie steckt noch in den Kinderschuhen. Die Blockchain ist derzeit nur eine Anwendungsvariante einer dezentralen Datenbank und wird in Zukunft sicherlich verbessert, insbesondere durch weniger energie- und rechenintensive Techniken erweitert bzw. ersetzt werden. Am 18.9.2019 hat das Bundeskabinett die sog. „Blockchain-Strategie“ verabschiedet.<sup>135</sup> Damit will die Bundesregierung Chancen der Blockchain-Technologie nutzen und ihre Potenziale für die digitale Transformation mobilisieren, ja sogar Deutschland zum Blockchain-Vorreiter machen. Für Notare ist es von zentraler Bedeutung, die technische Entwicklung im Bereich der Digitalisierung des Rechts zu beobachten, zu gestalten und gewinnbringend einzusetzen. Das Pilotprojekt der BNotK und des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz zum Gültigkeitsregister auf Blockchain-Basis beweist: Das Notariat und die Justiz sind in Deutschland bereit für die Zukunft.

<sup>130</sup> Vgl. <https://www.btc-echo.de/der-preis-der-dezentralitaet-blockchain-und-skalierbarkeit/> (zuletzt abgerufen am 14.4.2020).

<sup>131</sup> Zu aktuellen Entwicklungen im Bereich der sog. „Micropayments“ bzw. „Nanopayments“ siehe *Omlor*, JuS 2019, 289, 292.

<sup>132</sup> Vgl. *Winkelmann*, MittBayNot 2017, 646, 647.

<sup>133</sup> Zum Risiko der „Renaissance der Begriffsjurisprudenz durch Legal Tech“ siehe *Meder*, JZ 2019, 689, 694 ff.

<sup>134</sup> Vgl. hierzu *Haferkamp*, JZ 2019, 901, 908 ff., demzufolge es „nicht leicht [sei], komplexe Wirklichkeiten des 19. Jahrhunderts gegen höchst einprägsame Kurzportraits ausspielen zu wollen“.

<sup>135</sup> Abrufbar unter [https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/blockchain-strategie.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=22](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/blockchain-strategie.pdf?__blob=publicationFile&v=22) (zuletzt abgerufen am 14.4.2020).

## BUCHBESPRECHUNGEN

**Bernd Bös/Martin Jurkat/Jens Neie/Helmut Strangmüller:**

### Praxishandbuch für Notarfachangestellte

4. Aufl., ZAP, 2020. 2240 S., 99 €

Von Notar Dr. **Ulrich Schmitz**, Zweibrücken

Nach der Voraufgabe im Jahr 2017 ist das Praxishandbuch für Notarfachangestellte nun in der vierten Auflage erschienen. Das Buch der Autoren Notar Dr. *Jens Neie*, Notariatsoberrat i. N. *Bernd Bös*, Oberamtsrat i. N. *Helmut Strangmüller* und Amtsrat i. N. *Martin Jurkat* hat sich inzwischen als Standardwerk für die Ausbildung und die tägliche Arbeit der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat etabliert. Sein Inhalt erstreckt sich über den gesamten ausbildungsrelevanten Bereich auf dem Weg zum/zur Notarfachangestellten oder auch zum/zur Inspektor(in) im Notardienst.

Das Buch erleichtert dem/der Auszubildenden das systematische Erlernen des Wissens und dessen erfolgreiche Umsetzung in die Praxis. Aufgrund seiner klaren Gliederung fällt der Gebrauch des Buches sehr leicht und hilft dem Leser, seine Gedanken zu strukturieren. Das Handbuch ist nicht nur für Notarfachangestellte, sondern auch für Wiedereinsteiger in den Beruf, für Notarassessoren sowie für angehende Anwaltsnotare und junge Notare ein wertvoller Begleiter bei der täglichen Arbeit.

Wie schon die Voraufgaben hält sich das Werk an einen besonders praxisorientierten Aufbau: Muster und Formulierungsbeispiele mit den dazugehörigen Erläuterungen verschaffen einen guten Überblick über nahezu alle Rechtsgebiete der notariellen Tätigkeit, fördern das Verständnis für die in notariellen Urkunden enthaltenen Formulierungen und erleichtern es, Vorschläge für die Gestaltung einer notariellen Urkunde zu erarbeiten. Einen weiteren Schwerpunkt der Darstellung bilden die Aufgaben des Notarfachangestellten im Rahmen der Urkundenabwicklung. Zahlreiche Beispiele veranschaulichen die Ausführungen; Praxistipps tragen zur Vermeidung von Fehlern sowie zur Lösung auftretender Probleme bei und unterstützen somit die tägliche Arbeit. Jedes Rechtsgebiet wird durch Ausführungen zur Berechnung der einschlägigen Notarkosten nach dem GNotKG abgeschlossen.

Die Gliederung des Buches in acht Teile wurde auch in der Neuauflage beibehalten. Der erste Teil (Büropraxis und Büroorganisation) gibt einen Überblick über die Pflichten des Notars als Träger eines öffentlichen Amtes. Außerdem werden die Strukturen einer modernen Kanzleiorganisation dargestellt und der Leser mit der Führung der Bücher, Verzeichnisse und Akten des Notars vertraut gemacht. Teil 2 gibt einen kurzen, aber prägnanten Überblick über die Verwahrungstätigkeiten des Notars. Hilfreich für den Praktiker sind insbesondere die Ausführungen zur Zulässigkeit der Verwahrung und die Mus-

ter zur richtigen Formulierung einer Verwahrungsanweisung in verschiedenen Fallkonstellationen. Die nach der Änderung des § 27 Abs. 3 DOnot bestehende Möglichkeit des „Online-Banking“ bei Notaranderkonten wurde eingearbeitet.

In Teil 3 werden die Abläufe des Beurkundungsverfahrens und die hierbei jeweils zu beachtenden Besonderheiten (Mitwirkungsverbote, Ausschließungsgründe, Beteiligung behinderter Personen, Vollzug der Urkunde, elektronische Urkunde) dargestellt. Eingängig ist auch die Darstellung der bei einem Verbrauchervertrag zu beachtenden Besonderheiten. Die Neuauflage berücksichtigt die aufgrund der strengen Bestimmungen des GwG zu erfüllenden Anforderungen bei der Identifizierung der Beteiligten sowie der wirtschaftlich Berechtigten und der Durchführung der Risikobewertung. Hierbei werden die Anwendungsempfehlungen der BNotK berücksichtigt.

Ein eigener Abschnitt widmet sich den regelmäßig auftretenden Auslandsbezügen im Zusammenhang mit einer Beurkundung, wobei insbesondere auf die Neuerungen durch die EuGüVO eingegangen wird.

Das Buch stellt in Teil 4 überblicksartig das Kostenrecht nach dem GNotKG dar.

Der Umfang der einzelnen Bereiche des Immobilienrechts in Teil 5 wird der Bedeutung dieses Rechtsgebietes für die alltägliche Praxis im Notariat gerecht. Zunächst wird ein Überblick über das Grundbuchrecht gegeben, wobei zahlreiche Beispiele und Muster die Darstellung veranschaulichen. Einige spezielle Grundbucheinträge werden vertiefend dargestellt und fördern das Verständnis vom Grundbuch und seinen Abteilungen. Es folgen die Erörterungen zum Grundstückskauf mit einzelnen Varianten (normaler Grundstückskauf, Vermessungskauf, Verkauf einer Eigentumswohnung, Verkauf eines Erbbaurechts, Vertragsschluss durch Angebot und Annahme). Die Bereiche Bauträgervertrag, Wohnungseigentum, Erbbaurecht und Überlassungsvertrag werden anhand von Mustern und Formulierungsbeispielen mit den dazugehörigen Erläuterungen behandelt, wobei zum Bauträgerrecht auch die Anpassungen aufgrund des zum 1.1.2018 in Kraft getretenen Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts eingearbeitet wurden. Es folgen die Bereiche Dienstbarkeiten, Vorkaufsrechte und Grundpfandrechte mit jeweils damit zusammenhängenden Einzelfragen.

In Teil 6 ist das Familienrecht überblicksartig dargestellt und es werden die für einen Notariatsmitarbeiter erforderlichen

Grundkenntnisse vermittelt. Der Leser wird nicht nur an die Erstellung eines Ehevertrages und einer Scheidungsfolgenvereinbarung herangeführt, sondern auch mit Fragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft und der Eheschließung zwischen Personen gleichen Geschlechts vertraut gemacht. Ebenso wird das für den in der täglichen Praxis besonders relevanten Bereich der Vorsorgevollmacht/Patienten- und Betreuungsverfügung erforderliche Wissen vermittelt. Das Familienrecht endet mit der Darstellung des Adoptionsrechts.

Das Erbrecht in Teil 7 befasst sich mit typisch erbrechtlichen Beratungssituationen. Verfügungen von Todes wegen in typischen Fallgestaltungen werden dargestellt. Selbstverständlich werden die EuErbVO und die damit zusammenhängenden Fragen bei der Abfassung eines Testamentes berücksichtigt. Es folgen Ausführungen zum Erb-, Pflichtteils- und Zuwendungsverzicht, zur Erbaueinandersetzung, zur Erbteilsübertragung, zur Erbausschlagung und zum Erbschein. Die Neuauflage geht auch auf das Europäische Nachlasszeugnis ein und widmet ihm ein eigenes Kapitel.

Besonders erfreulich ist die umfangreiche Darstellung der grundlegenden Bereiche des Handels-, Gesellschafts- und Vereinsrechts in Teil 8 des Buches. Zunächst stellt der Bearbeiter Bös ausführlich sämtliche für die tägliche Praxis relevanten Bereiche des GmbH-Rechts dar. Die Neuauflage berücksichtigt die GesLV und gibt zahlreiche Praxishinweise zur richtigen Erstellung einer Gesellschafterliste. Deren Beachtung dürfte die eine oder andere Zwischenverfügung der Registergerichte überflüssig machen. Selbstverständlich wird auch ein Überblick zum Umgang mit dem Transparenzregister gegeben. Es folgen die Kapitel mit der Darstellung des Rechts

zum Einzelkaufmann, der Personenhandelsgesellschaften, der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, der Aktiengesellschaft und der Zweigniederlassungen. Hilfreich sind auch die Ausführungen zum Recht des eingetragenen Vereins mit einem ausführlich erläuterten Muster einer Vereinssatzung.

Die Autoren des Praxishandbuchs für Notarfachangestellte runden ihr Werk am Ende mit einem Rechtswörterbuch ab, in welchem zahlreiche Begriffe aus der Rechtssprache erläutert und die zu den Begriffen jeweils einschlägigen Rechtsvorschriften der betroffenen Gesetze zitiert werden.

Anders als in den Voraufgaben ist diesem Buch keine CD-ROM zum Abruf von Mustertexten beigelegt; stattdessen können sämtliche im Buch enthaltenen Muster durch Anwendung eines Download-Links elektronisch heruntergeladen und in der eigenen Textverarbeitung weiterbearbeitet werden.

Solides Fachwissen sowie langjährige Erfahrungen aus Beruf und Unterrichts- bzw. Fortbildungstätigkeit der Autoren sind in diesem Werk vereint. Es eignet sich hervorragend als Ausbildungsliteratur zur Vorbereitung auf die Notarfachangestelltenprüfung. Daneben leistet es aber auch dem Praktiker im Berufsalltag wertvolle Dienste, wenn einmal auf die Schnelle eine Formulierungsanregung oder eine andere Hilfestellung zu den abgehandelten Themen benötigt wird. Der schnörkellose und prägnante Stil des Buches macht es auch zu einem angenehmen Begleiter bei Auswärtsterminen, wenn bei einer Beurkundung kurzfristig Änderungen vorzunehmen sind und der Notar nach einer guten Formulierung sucht. Die Neuauflage kann uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden.

**Christoph Moes:**

## **Vertragsgestaltung**

C. H. Beck, 2020. 267 S., 26,90 €

Von Notar Dr. Dipl.-Psych. **Michael Bernauer**, LL.M., Hof

Im Gewand eines Lehrbuchs mit dem unpräntösen Titel „Vertragsgestaltung“ hat der Augsburger Notarkollege *Christoph Moes* ein Werk vorgelegt, dessen Lektüre mich stark begeistert und bereichert hat. Der Verfasser verfolgt – ausweislich des Vorworts – das Anliegen, die allgemeine Methode der Vertragsgestaltung darzustellen. Der Mut, sich einer solchen Herkulesaufgabe zu stellen, verdient bereits besondere Anerkennung.

Die nachfolgende Darstellung sucht sodann ihresgleichen. Jenseits ausgetretener Pfade entwickelt der Autor eine Struktur von Vertragstypen, anhand derer er die vertragsspezifischen Gestaltungsprobleme herausarbeitet. Dabei unterscheidet er zwischen den drei Kategorien Austauschverträge, unentgeltliche Verträge und Gesellschaftsverträge (Rdnr. 32 ff.) und illustriert deren jeweilige spezifische Anforderungen für die Vertragsgestaltung. Geleitet und geprägt wird die Darstellung zum einen von wirtschaftlichen Betrachtungen der verschiedenen Vertragssituationen, wobei der Verfasser vielfach bei der ökonomischen Analyse des Rechts Anleihen nimmt (grundlegend Rdnr. 31). Zum anderen nimmt die Zeitachse zu Recht besonderen Raum ein, wobei wiederholt herausgestellt wird, dass der zu gestaltende Lebenssachverhalt aus der ex-ante-Perspektive betrachtet werden muss. Mit diesem Fokus wird die Entwicklung des Vertrages von der Anbahnung über den Abschluss bis zur Abwicklung beleuchtet.

Die Bemühungen um Entwicklung allgemeiner methodischer Überlegungen bedingen dabei eine gewisse Abstraktionshöhe der Darstellung, die aber nie die Verständlichkeit der Ausführungen beeinträchtigt. Im Gegenteil, aufgrund zahlreicher Erläuterungen anhand einer beeindruckenden Vielfalt von Beispielen aus verschiedensten Rechtsgebieten (im Übrigen auch jenseits notarieller Kern- oder Fachbereiche, beispielsweise aus dem IT- oder Urheberrecht), liest sich das Werk flüssig und ist sicherlich auch für eine studentische Zielgruppe sehr gut verständlich. Besonders imponiert, wie der Autor en passant immer wieder rechtsphilosophische, rechtsvergleichende und rechtshistorische Anmerkungen einfließt, die erheblich zum Gesamtverständnis beitragen.

Das besondere Verdienst der Arbeit liegt darin, dass *Moes* ganz nebenbei den wissenschaftlichen Beweis dafür führt, dass Vertragsgestaltung weit mehr ist als das Herunterladen bzw. Abschreiben und Ausfüllen des richtigen Musters aus einer Formularsammlung. Vielmehr muss der Kautelarjurist zunächst ein möglichst umfassendes Verständnis der wirtschaftlichen, psychologischen, sozialen und natürlich auch rechtlichen Rahmenbedingungen eines beabsichtigten Vertrags haben, sodann die Ziele und Interessen der Mandanten erforschen, um schlussendlich ein möglichst passendes Ver-

tragswerk zu entwickeln und in seiner Durchführung zu begleiten. Dabei ist – wie *Moes* zutreffend aufzeigt – das Verständnis der ökonomischen und psychosozialen Zusammenhänge selbst dann essenziell, wenn man dem Vertragsgestalter nicht zugleich auch noch die Aufgabe des Wirtschafts- oder Lebensberaters zueignet (vgl. Rdnr. 144).

Nach solch grundsätzlichen Überlegungen zur Vertragsgestaltung widmet sich der Verfasser den drei von ihm unterschiedenen Vertragsklassen. Besonders ausführlich befasst er sich dabei in praxisgerechter Schwerpunktsetzung mit Austauschverträgen. Das wissenschaftliche Systematisierungsinteresse setzt sich auch hier nahtlos fort, wenn er etwa unter der Überschrift „Die vier Methoden der Vorleistungssicherung“ die Konstruktion der Gleichzeitigkeit des Leistungsaustauschs, die Stückelung des Leistungsaustauschs, die Stellung von Sicherheiten und die Einschaltung von Treuhändern abhandelt (Rdnr. 285 ff.), wobei er nebenbei noch auf smart contracts und die blockchain eingeht (Rdnr. 291). Dieses Beispiel illustriert, wie *Moes* vertragsübergreifende Strukturen herausarbeitet, die bei einer Vielzahl von Vertragstypen Bedeutung erlangen. Dies unterscheidet sein Lehrbuch von Konkurrenzwerken, die zumeist anhand konkreter Vertragssituationen (zum Beispiel eines Kaufvertrags über eine bewegliche Sache oder eine Immobilie) die Kunst der Vertragsgestaltung zu erläutern versuchen.

Im Vergleich zur Betrachtung der Austauschverträge sind die Ausführungen zu unentgeltlichen Verträgen deutlich kürzer. Insofern betont der Autor zutreffend, dass sich die Vertragszwecke häufig außerhalb der rechtlichen Sphäre bewegen und der Vertragsgestalter daher hinterfragen muss, welche Zwecke zum Vertragsinhalt erhoben werden sollen (Rdnr. 400 f.). Im Kapitel zur Struktur von Gesellschaftsverträgen zeigt *Moes* schließlich auf, welche besonderen Herausforderungen die Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern in Abhängigkeit von Größe und Struktur der Gesellschaft stellt. Abschließend beschreibt der Verfasser, wie sich die Unterscheidung von Austausch-, Überlassungs- und Gesellschaftsverträgen auch für das Verständnis der Vertragsgestaltung im Familien- und Erbrecht eignet, wobei besonders die Konzeption der Ehe als Innengesellschaft erkenntnisfördernd ist (Rdnr. 454 ff.).

Auch wenn das Werk von *Moes* keine Antworten zu konkreten Rechtsgestaltungsfragen enthält, sollte es von allen angehenden Notarinnen und Notaren gelesen werden, da es grundlegende Erkenntnisse zum methodischen Fundament unseres Berufs bereithält. Absolute Leseempfehlung für jeden Kautelarjuristen!

Christof Münch (Hrsg.):

## Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis

3. Aufl., C. H. Beck, 2020. 1.557 S., 219 €

Von Notarassessorin **Franziska Osterholzer**, Amberg

Familie kann man sich nicht aussuchen – Literatur zur notariellen Praxis im Familienrecht schon. Mit der Neuauflage des erstmals 2013 erschienenen Werks greift der Leser dabei zu einem Hand- und zugleich Formularbuch, das auf dem Weg ist, sich zu einem Standardwerk der Kautelarpraxis zu etablieren. Gegenüber der Voraufgabe (2016) legt die dritte Auflage um über 100 Seiten zu. Umfassend eingepflegt wurden die zwischenzeitlichen Rechtsänderungen u. a. durch die EuGüVO und das Gesetz über die „Ehe für alle“ sowie die (soweit ersichtlich) bis etwa Mitte 2019 ergangene relevante Rechtsprechung. Entsprechend wurden die Literaturangaben und -verweise auf den Stand 2019 aktualisiert. Unter den Autoren gab es lediglich einen Wechsel (*Mikolaj Pogorzelski* übernahm das Kapitel zu den Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen von *Anja Siegler*). Der Kreis der Bearbeiter besticht damit weiter mit literarischen Schwergewichten (jeweils u. a.) aus den Reihen der praktizierenden Notare wie dem Herausgeber *Christof Münch* selbst, *Herbert Grziwotz* oder *Arne Everts*, vonseiten der Rechtsanwaltschaft mit *Ludwig Bergschneider* und der Justiz mit *Werner Schulz*, komplettiert durch *Gabriele Müller-Engels* und *Rembert Süß* vom DNotI sowie *Harald Wudy* (Ländernotarkasse).

Die Handhabung des umfangreichen Werks erleichtern zwei Inhaltsverzeichnisse (Grob- und Feingliederung) sowie ein detailliertes Sachverzeichnis (allein zum Stichwort Versorgungsausgleich ca. 220 Unterpunkte, nochmals untergliedert; lediglich diese letzte Ebene könnte man optisch noch besser absetzen, zum Beispiel durch andere Aufzählungszeichen). Daneben gibt es ein Verzeichnis der Formulierungsbeispiele, d. h. der fortlaufend in den Handbucheil integrierten Textbausteine, sowie ein Verzeichnis der Gesamtmuster. Die einzelnen Formulierungsbeispiele verweisen teilweise auf die Gesamtmuster. Diese sind en bloc in einem mehr als 100 Seiten starken Kapitel als vollständige Urkundsentwürfe dargestellt, teils mit Fußnotenhinweisen auf weitere Gestaltungsmöglichkeiten und Erläuterungen. Alle Formulierungsbeispiele und Gesamtmuster können mittels eines Links und Freischaltcodes (im Buch abgedruckt) zur Übernahme in das Textverarbeitungsprogramm einfach, schnell (ZIP-Ordner) und kompatibel (getestet mit Word) heruntergeladen werden.

Inhaltlich deckt das Werk alle für die notarielle Praxis relevanten familienrechtlichen Themengebiete ab, u. a. Güterrecht und Nebengüterrecht (prägnant und didaktisch gut aufbereitet die synoptische Darstellung von Ehegatteninnengesellschaft, ehebezogener Zuwendung und Kooperationsvertrag), Eheverträge sowie Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen (aufgenommen zum Beispiel die jüngste BGH-Rechtsprechung zur Anordnungsmöglichkeit des paritätischen Wechselmodells als gerichtliche Umgangsregelung bei bestehender Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit der Eltern sowie zur beiderseitigen Barunterhaltungspflicht, konkreten Ausgestaltung und

rechtlichen Qualifikation des Anspruchs).<sup>1</sup> Breiten Raum erhält auch die Darstellung des Unterhalts- und des Versorgungsausgleichsrechts, dessen Reform mittlerweile schon über ein Jahrzehnt zurückliegt, mit den Worten des Herausgebers aber „noch immer nach seiner Novellierung erschlossen wird“ (siehe Vorwort zur dritten Auflage). Daneben widmet sich das Handbuch intensiv der faktischen Lebenspartnerschaft (neLG) und der Patchworkfamilie als modernen Formen des Zusammenlebens, die den notariellen Alltag zunehmend beschäftigen. Entsprechend wird auch den Familiengesellschaften ein eigenes Kapitel zuteil. Abgedeckt werden im Übrigen die Bereiche Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung (hohe Darstellungstiefe), Vormundschaft, Pflegschaft und Betreuung.

Im Bereich Kindschaftsrecht und Adoption hat beispielsweise wesentliche neue Rechtsprechung Eingang in die Ausführungen zum Adoptionsrecht gefunden, so der Beschluss des BVerfG vom 26.3.2019,<sup>2</sup> wonach der Ausschluss der Stiefkindadoption mit Art. 3 Abs. 1 GG insoweit unvereinbar sei, als nach der bisherigen Rechtslage ein Kind durch den mit seinem Elternteil verheirateten Stiefelternteil ohne Erlöschen der Verwandtschaft zum bleibenden Elternteil adoptiert und damit gemeinschaftliches Kind beider Eltern werden könne, während dies bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht der Fall sei. Die gesetzgeberische Behebung dieses Missstands durch § 1766a BGB n. F.,<sup>3</sup> der durch Generalverweisung Paare in einer verfestigten Lebensgemeinschaft bzgl. der Stiefkindadoption den Ehepaaren gleichstellt, konnte in der Neuauflage freilich nicht mehr berücksichtigt werden.

Grundlegende Überarbeitung und Aktualisierung seit der Voraufgabe hat der Abschnitt zum Steuerrecht erfahren. Mag der Notar darüber zwar nicht belehren, so ist die Kenntnis der steuerrechtlichen Auswirkungen doch in aller Regel mit entscheidend bei der Wahl familien- oder erbrechtlicher Gestaltungsmittel. Ebenso gewinnbringend – so wohl nicht nur die Sicht des Notarassessors – ist die Darstellung zum Insolvenzrecht gelungen (mit Vereinbarungen zum Güterrecht, Versorgungsausgleich, Unterhalt und deren Anfechtbarkeit).

Das Kapitel zum IPR bietet höchsten Abdeckungsgrad an familienrechtlichen Anknüpfungsgegenständen bzw. behandelten Statuten von Abstammung und Adoption bis Versorgungsausgleich und Vorsorgevollmacht. Die Neuerungen bei der Ermittlung des Güterrechts durch die angesprochene EuGüVO erhalten ebenso Raum wie die Anknüpfung von Altfällen. Zu-

1 BGH, Beschluss vom 11.1.2017, XII ZB 565/15, NJW 2017, 1815; Beschluss vom 1.2.2017, XII ZB 601/15, NJW 2017, 1676.

2 1 BvR 673/17, DNotZ 2019, 764 Rdnr. 48 = FamRZ 2019, 1061 m. Anm. Helms.

3 BGBl. Teil I Nr. 14 vom 27.3.2020, S. 541.

dem bietet eine Länderübersicht zu wichtigen Mitglied- und Drittstaaten rasche Hilfe bei der Bestimmung des Güterstatuts auch vor dem zeitlichen Anwendungsbereich der EuGüVO und bei der Ermittlung des materiellen Güterrechts. Zum Adoptionsstatut sei lediglich angemerkt, dass seit Erscheinen der Neuauflage eine grundlegende Abkehr von der Unterscheidung zwischen der Adoption durch eine unverheiratete Person und durch Eheleute bzw. einen gleichgeschlechtlichen Partner stattgefunden hat. Dies geschah im Rahmen der Anknüpfung durch Art. 22 Abs. 1 Satz 1 EGBGB n. F., der ebenfalls erst durch das Gesetz zur Umsetzung der Entscheidung des BVerfG vom 26.3.2019 zum Ausschluss der Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien eingeführt wurde. Tempus edax rerum.

Inhaltlich abgerundet wird das Handbuch durch ein eigenständiges Kapitel zu den Notarkosten im Familienrecht mit Beispielsgebührenberechnungen samt Erläuterungen zu Beispielsfällen, die an die Sachverhalte früherer Kapitel anknüpfen.

Wer sich – trotz uneingeschränkter Anschaffungsempfehlung dieser Rezension – gerne selbst ein näheres Bild der Neuauflage machen möchte, der sei auf den Online-Shop des Verlags verwiesen. Dort sind das Inhalts- und das Sachverzeichnis vollständig abrufbar, zusätzlich steht eine Leseprobe zur Verfügung.

**Nieder/Kössinger:**

## **Handbuch der Testamentsgestaltung – Grundlagen und Gestaltungsmittel für Verfügungen von Todes wegen und vorbereitende Erbfolgebmaßnahmen**

6. Aufl., C. H. Beck, 2020. 1.176 S., 139 €

Von Notarassessor **Daniel Sommer**, München

Das Standardwerk zur Testamentsgestaltung ist nach nunmehr fünf Jahren in mittlerweile sechster Auflage erschienen. Neben den bisherigen Bearbeitern Dres. *Reinhard* und *Winfried Kössinger* haben in der Neuauflage Dr. *Damian Najdecki* und Dr. *Josef Zintl* mitgewirkt. Damit konnte das erfolgreiche Autorenduo um zwei in der erbrechtlichen Literatur bereits einschlägig in Erscheinung getretene bayerische Notarkollegen ergänzt werden.

Das Werk gehört bereits seit vielen Jahren zur Grundausrüstung der Bibliothek des Notars oder im Erbrecht tätigen Rechtsanwalts. Der Leser findet auch in der Neuauflage in gewohnter Weise zu nahezu allen für die erbrechtliche Beratung relevanten Bereichen mit Formulierungsvorschlägen versehene praxisgerechte Rechtsausführungen. Der „Nieder/Kössinger“ eignet sich aufgrund der ausführlichen Gliederung und dem ausführlichen Stichwortverzeichnis hervorragend als Nachschlagewerk. Der Kautelarjurist wird besonders häufig auf die nach Fallgruppen kategorisierten Ausführungen zu Gestaltungsmöglichkeiten bei der Erstellung letztwilliger Verfügungen im fünften Teil des Werkes zurückgreifen. Hier werden auf knapp 100 Seiten die wichtigsten erbrechtlichen Fragestellungen aus Sicht des Testamentsgestalters erläutert. Der Aufbau ist dabei anwenderfreundlich gewählt. Die Gliederung folgt typischen Regelungszielen und Sachverhalten. So finden sich beispielsweise Kapitel zu Verfügungen geschiede-

ner Ehegatten oder zu dem Mandantenziel der Vermeidung und Minderung von Pflichtteilsansprüchen. Lobenswert ist, dass hierbei ausgehend von dem Regelungsziel zunächst die rechtliche Problematik dargestellt wird und anschließend die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten mit Formulierungsvorschlägen dezidiert „durchdekliniert“ werden. Die aufgezeigten Lösungen beschränken sich dabei keineswegs auf letztwillige Verfügungen. Vielmehr erfolgt eine ganzheitliche Betrachtung des jeweiligen Problems unter Einbeziehung von Überlegungen zu erbrechtlichen Verzichteten, familienrechtlichen Gestaltungen und Möglichkeiten lebzeitiger Vermögensübertragungen.

Da die Vorzüge des Buches den meisten Lesern dieser Zeilen bekannt sein dürften, will ich mich im Folgenden auf die Neuerungen seit der Voraufgabe beschränken. Das Werk berücksichtigt selbstverständlich die in den letzten fünf Jahren erlassenen Gesetze, die ergangene Rechtsprechung und die erschienene Literatur. Das Erbrecht ist zwar bekanntermaßen nicht die schnelllebigste aller Rechtsmaterien, aber dennoch hat es sich seit der Voraufgabe an einigen relevanten Stellen fortentwickelt, sodass sich auch für den Inhaber der fünften Auflage eine Anschaffung der Neuauflage lohnt. Freilich kann an dieser Stelle keine abschließende Darstellung der Neuerungen erfolgen. Von besonderer Bedeutung für die Beratungspraxis ist aber beispielsweise die seit der Voraufgabe

ergangene Rechtsprechung zum Anlauf der Zehnjahresfrist bei Vorbehalt eines Wohnungsrechtes an Teilen der übergebenen Immobilie. Das Werk berücksichtigt hier die neue Rechtsprechung des BGH und des OLG München.<sup>1</sup> In die Ausführungen zum digitalen Nachlass eingearbeitet wurde das vieldiskutierte Urteil des BGH zur Vererblichkeit von Social-Media-Accounts. Im Zusammenhang damit wird auch auf die Relevanz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Social-Media-Plattformen für die ansonsten grundsätzlich anzunehmende Vererblichkeit der Nutzerdaten eingegangen. Schließlich werden in prägnanter Weise Ratschläge für die Beratungspraxis im Zusammenhang mit dem digitalen Nachlass und mit Guthaben in Form von Kryptowährungen gegeben.

<sup>1</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 29.6.2016, IV ZR 474/15, MittBayNot 2017, 408; OLG München, Urteil vom 14.7.2016, 23 U 363/16, MittBayNot 2017, 411.

Das Werk kann schlussendlich jedem Notar und im Erbrecht tätigen Rechtsanwalt uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden. Der Preis für das gebundene Werk in Höhe von 139 € erscheint angemessen. Erfreulicherweise ist der „Nieder/Kössinger“ auch in der Datenbank „beck-online“ verfügbar, sodass diejenigen Kollegen, die beispielsweise über die Module Notarrecht Premium oder Erbrecht Plus verfügen, die Neuauflage bereits digital abrufen können. Im Basismodul Notarrecht Plus ist das Werk hingegen bedauerlicherweise weiterhin nicht verfügbar.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Bereits zur Voraufgabe: *Bernauer*, MittBayNot 2015, 467, 468.

## RECHTSPRECHUNG

### BÜRGERLICHES RECHT – ALLGEMEINES

#### 1. Zustimmung des Verwalters zur Veräußerung des Wohnungseigentums und die Kostenfolge

BGH, Urteil vom 18.10.2019, V ZR 188/18 (Vorinstanz:  
LG Itzehoe, Entscheidung vom 29.6.2018, 11 S 4/17)

BGB § 280 Abs. 1 Satz 1, §§ 670, 675 Abs. 1  
WEG § 12 Abs. 1, § 16 Abs. 2, § 43

#### LEITSÄTZE:

- 1. Der Verwalter, der verurteilt worden ist, einem Wohnungseigentümer die Zustimmung zur Veräußerung seines Wohnungseigentums gemäß § 12 Abs. 1 WEG zu erteilen, muss die Kosten des Rechtsstreits im Innenverhältnis zu den übrigen Wohnungseigentümern nicht selber tragen.**
- 2. Der Verwalter darf die Kosten eines Verfahrens nach § 12 Abs. 1 WEG jedenfalls dann aus dem Gemeinschaftsvermögen entnehmen, wenn der Verwaltervertrag ihn dazu ermächtigt.**

#### SACHVERHALT:

1 Der Beklagte war bis Ende 2014 Verwalter der klagenden Wohnungseigentümergeinschaft. Nach der Teilungserklärung bedarf die Veräußerung von Wohnungseigentum der Zustimmung des Verwalters. Der Beklagte verweigerte drei Wohnungseigentümern die Zustimmung zur Veräußerung ihres Wohnungseigentums. Auf deren Klagen wurde er zur Erteilung der Zustimmung verurteilt. Die Kosten der Verfahren wurden ihm auferlegt. Der Beklagte entnahm zum Ausgleich dieser Kosten Geldbeträge i. H. v. 3.981,13 € im Jahr 2014 und i. H. v. 9.636,78 € im Jahr 2015 aus dem Gemeinschaftsvermögen.

2 Das AG hat der auf Rückzahlung dieser Beträge gerichteten Klage der Wohnungseigentümergeinschaft stattgegeben. Die Berufung des Beklagten hat keinen Erfolg gehabt. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision will der Beklagte die Klageabweisung erreichen. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

3 I. Das Berufungsgericht meint, die Klägerin könne von dem Beklagten die Rückzahlung der aus dem Gemeinschaftsvermögen entnommenen Geldbeträge in Höhe von insgesamt 13.617,91 € verlangen, weil die Entnahme zu Unrecht erfolgt sei. Der Verwalter dürfe zwar die Kosten eines Rechtsstreits aus dem Verwaltungsvermögen bezahlen, soweit es sich dabei um Kosten der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums im Sinne von § 16 Abs. 2 WEG handele. So liege es aber nur, wenn die Eigentümergeinschaft selbst oder sämtliche Wohnungseigentümer gemeinsam und gleichberechtigt an

einem Rechtsstreit mit Dritten beteiligt seien. Wie sich aus § 16 Abs. 8 WEG ergebe, seien dagegen Kosten eines Rechtsstreits gemäß § 43 WEG – von der in der Vorschrift genannten Ausnahme abgesehen – keine Kosten der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums. In diesen Fällen seien die Kosten grundsätzlich von den Parteien selbst zu tragen. Das gelte erst recht für Streitigkeiten zwischen einzelnen Wohnungseigentümern und dem Verwalter, sofern dieser, wie hier, persönlich in Anspruch genommen werde. Selbst wenn, wie der Beklagte vorgetragen habe, die Wohnungseigentümer in einer Eigentümerversammlung den Antrag eines veräußernden Wohnungseigentümers auf Erteilung der Zustimmung abgelehnt haben sollten, ändere dies an der grundsätzlichen Kostentragungspflicht des Beklagten nichts. Darin liege keine Kostenübernahmeerklärung der Gemeinschaft.

4 II. Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung lässt sich ein Rückzahlungsanspruch der Klägerin aus § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht bejahen.

5 1. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts stellt die Entnahme der Geldbeträge aus dem Gemeinschaftsvermögen nicht schon deswegen eine Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB dar, weil der Beklagte von vorneherein keine Erstattung der Verfahrenskosten verlangen könnte.

6 a) Nach § 12 Abs. 1 WEG kann als Inhalt des Sondereigentums vereinbart werden, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten bedarf. Ist – wie hier – der Verwalter zustimmungsberechtigte Person, wird er bei der Entscheidung über die Zustimmung zur Veräußerung in aller Regel als Treuhänder und mittelbarer Stellvertreter der Wohnungseigentümer tätig (Senat, Urteil vom 20.7.2012, V ZR 241/11, NJW 2012, 3232 Rdnr. 13; Urteil vom 13.5.2011, V ZR 166/10, NJW-RR 2011, 1453 Rdnr. 9; BGH, Urteil vom 26.9.1990, IV ZR 226/89, BGHZ 112, 240, 242). Daran ändert sich regelmäßig auch dann nichts, wenn die Wohnungseigentümer nach der Teilungserklärung ausnahmsweise nicht die Entscheidung über die Zustimmung an sich ziehen und selbst treffen können (vgl. dazu Senat, Urteil vom 13.5.2011, V ZR 166/10, NJW-RR 2011, 1453 Rdnr. 9 m. w. N.). Auch dann wird der Verwalter im Interesse der übrigen Wohnungseigentümer tätig.

7 b) Der Verwalter, der verurteilt worden ist, einem Wohnungseigentümer die Zustimmung zur Veräußerung seines Wohnungseigentums gemäß § 12 Abs. 1 WEG zu erteilen, muss die Kosten des Rechtsstreits im Innenverhältnis zu den übrigen Wohnungseigentümern nicht selber tragen. Er hat, weil er für und im Interesse der übrigen Wohnungseigentümer tätig geworden ist, einen Ersatzanspruch jedenfalls unter dem Gesichtspunkt einer Geschäftsbesorgung (§ 675 Abs. 1, § 670 BGB).

8 c) Anders als das Berufungsgericht meint, schließt § 16 Abs. 8 WEG den Ersatzanspruch nicht aus. Zweck der Vorschrift ist es, den Vorrang der gerichtlichen Kostenentscheidung zu sichern. Sie soll verhindern, dass Binnenstreitigkeiten zwischen den Wohnungseigentümern untereinander auf Kosten aller Wohnungseigentümer ohne Rücksicht auf die jewei-



lige Parteistellung und die gerichtliche Kostenentscheidung ausgetragen werden (vgl. Senat, Urteil vom 4.4.2014, V ZR 168/13, ZWE 2014, 261 Rdnr. 15; zu § 16 Abs. 5 WEG a. F. vgl. Senat, Beschluss vom 15.3.2007, V ZB 1/06, BGHZ 171, 335 Rdnr. 22). Die Regelung schließt nicht aus, dass der Verwalter, der – wie hier – für die Wohnungseigentümer tätig wird, einen Anspruch auf Ersatz seiner in einer Streitigkeit nach § 43 Nr. 3 WEG entstandenen Aufwendungen aus Geschäftsbesorgung hat (§ 675 Abs. 1, § 670 BGB). Aus ihr folgt nur, dass im Innenverhältnis zwischen veräußernden und verbleibenden Wohnungseigentümern der veräußernde Wohnungseigentümer nicht entgegen der Entscheidung des Gerichts mit Kosten belastet werden darf.

**9 d)** Der Beklagte durfte die Verfahrenskosten dem Gemeinschaftsvermögen entnehmen. Der Verwalter darf die Kosten eines Verfahrens nach § 12 Abs. 1 WEG jedenfalls dann aus dem Gemeinschaftsvermögen entnehmen, wenn der Verwaltervertrag ihn dazu ermächtigt. Eine solche Ermächtigung ist in Nr. 2.4 h) des Verwaltervertrags vom 1.7.1997 enthalten und wird auch von der Klägerin nicht in Frage gestellt.

**10 2.** Die Entnahme der Verfahrenskosten aus dem Gemeinschaftsvermögen war entgegen der Ansicht der Klägerin auch nicht deshalb im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB pflichtwidrig, weil der Beklagte die gegen ihn geführten Prozesse verloren hat. Der Umstand, dass er zur Erteilung der Zustimmung gemäß § 12 Abs. 1 WEG verurteilt worden ist, bedeutet nicht ohne Weiteres, dass er bei deren Verweigerung pflichtwidrig gehandelt hat. Dies schließt nämlich nicht aus, dass der Verwalter aus der maßgeblichen ex-ante-Sicht im Zeitpunkt seiner Entscheidung nach sorgfältiger Prüfung der Umstände zu der Auffassung gelangen durfte, dass ein wichtiger Grund zur Versagung der Zustimmung nach § 12 Abs. 2 WEG vorliegt. Das Risiko einer abweichenden Beurteilung durch das Prozessgericht ist dem Verwalter nicht zuzuweisen, weil er nicht im eigenen, sondern im Interesse der anderen Wohnungseigentümer tätig wird und zudem einen Beurteilungsspielraum bei der Einschätzung hat, ob ein wichtiger Grund im Sinne von § 12 Abs. 2 Satz 1 WEG gegeben ist (vgl. dazu Rdnr. 14).

**11 III.** Das Berufungsurteil kann deshalb keinen Bestand haben und ist gemäß § 562 Abs. 1 ZPO aufzuheben. Eine eigene Sachentscheidung ist dem Senat nicht möglich; vielmehr bedarf es weiterer Feststellungen durch das Berufungsgericht (§ 563 Abs. 3 ZPO).

**12 1.** Auf der Grundlage des von der Prozessbevollmächtigten der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat mit der Gegenrüge aufgezeigten Vorbringens der Klägerin kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Gemeinschaft aus anderen Gründen ein auf Rückzahlung der entnommenen Verfahrenskosten gerichteter Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB zusteht. Die Klage ist nämlich auch darauf gestützt, dass der Beklagte die Zustimmung zur Veräußerung gemäß § 12 WEG schuldhaft pflichtwidrig versagt hat.

**13 a)** Nach § 12 Abs. 2 Satz 1 WEG darf die Zustimmung zur Veräußerung des Wohnungseigentums nur aus einem wichtigen Grund versagt werden. Durch das Erfordernis der Zustimmung sollen sich die übrigen Wohnungseigentümer dagegen schützen können, dass Wohnungseigentum in die Hand eines

persönlich oder finanziell unzuverlässigen Erwerbers gerät (Senat, Beschluss vom 11.10.2012, V ZB 2/12, BGHZ 195, 120 Rdnr. 13). Verweigert oder erteilt der Verwalter die Zustimmung schuldhaft pflichtwidrig, kann er ggf. für einen entstehenden Schaden ersatzpflichtig sein (§ 280 Abs. 1, §§ 249 ff. BGB; vgl. dazu BayObLG, NJW-RR 1993, 280; OLG Hamburg, ZMR 2004, 850 f.; OLG Düsseldorf, NZM 2005, 787; Hügel/Elzer, WEG, 2. Aufl., § 12 Rdnr. 75 ff.; Staudinger/Kreuzer, Neub. 2018, § 12 WEG Rdnr. 77, 78).

**14 b)** An das Vorliegen einer schuldhaft pflichtwidrigen Zustimmungsversagung sind aber hohe Anforderungen zu stellen (so auch *Gottschalg*, Die Haftung von Verwalter und Beirat, 3. Aufl., Rdnr. 252). Nicht ausreichend ist, dass die Beurteilung der Sache zweifelhaft ist und sowohl für die Erteilung als auch für die Versagung der Zustimmung gute Gründe sprechen. Die Einschätzung des Verwalters über das Vorliegen eines wichtigen Grundes unterliegt einem Beurteilungsspielraum (vgl. Senat, Beschluss vom 21.12.1995, V ZB 4/94, BGHZ 131, 347, 354 zur Zustimmung zu einer baulichen Veränderung des Wohnungseigentums; Staudinger/Kreuzer, § 12 WEG Rdnr. 55; *Gottschalg*, a. a. O.). Die Grenzen des Beurteilungsspielraums sind erst überschritten, wenn die Entscheidung des Verwalters offensichtlich unvertretbar und nicht nachvollziehbar ist. Dem Verwalter, der seine Bewertung, die rechtlichen Voraussetzungen der Zustimmung seien nicht erfüllt, mit Sorgfalt gebildet hat, kann nicht angelastet werden, wenn er sich gleichwohl irrt und aus diesem Grund die Zustimmung verweigert. Weil er bei der Entscheidung über die Zustimmung die Interessen der anderen Wohnungseigentümer wahrnimmt, kann er bei zweifelhafter Rechtslage einer Verletzung seiner Pflicht nämlich nicht dadurch vorbeugen, dass er die Zustimmung erteilt. Denn ebenso wie er bei Nichtvorliegen eines wichtigen Grundes die Zustimmung zu erteilen hat, hat er sie, wenn ein solcher wichtiger Grund doch vorhanden ist, zu versagen. Einem solchen, nicht lösbaren Pflichtenwiderstreit ist der Verwalter nicht auszusetzen (vgl. Senat, Beschluss vom 21.12.1995, V ZB 4/94, BGHZ 131, 347, 354 f.).

**15 c)** Der Verwalter ist grundsätzlich auch nicht verpflichtet, eine Weisung der Wohnungseigentümer darüber einzuholen, ob er die Zustimmung nach § 12 WEG erteilen oder versagen soll. Er ist dazu aber jedenfalls in Zweifelsfällen befugt (vgl. Senat, Beschluss vom 21.12.1995, V ZB 4/94, BGHZ 131, 346, 353). Er hat sie dann umfassend über den Sachverhalt sowie die tatsächlichen und rechtlichen Zweifelsfragen aufzuklären. Die übrigen Wohnungseigentümer müssen in der Lage sein, das Risiko, das sie mit der Zustimmung zu der Veräußerung des Wohnungseigentums oder mit deren Versagung eingehen, zutreffend abzuschätzen. Unterlässt der Verwalter schuldhaft eine solche Aufklärung, so kann er schadensersatzpflichtig sein, weil er den Wohnungseigentümern keine ordnungsgemäße Grundlage für die zu treffende Entscheidung verschafft hat (vgl. Senat, Beschluss vom 21.12.1995, V ZB 4/94, BGHZ 131, 346, 353).

**16 2.** Wie es sich hier verhält, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Mit der Frage, ob der Beklagte die Zustimmung zur Veräußerung des Wohnungseigentums gemäß § 12 WEG schuldhaft pflichtwidrig versagt hat und die Klägerin unter diesem Gesichtspunkt nach § 280 Abs. 1 BGB die Rückzahlung

der entnommenen Verfahrenskosten verlangen kann, hat es sich nicht befasst.

**17** IV. Infolgedessen ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

**18** Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass das Berufungsgericht die Frage, ob die Versagung der Zustimmung durch den Beklagten schuldhaft pflichtwidrig war, eigenständig zu prüfen hat. Es ist dabei nicht an die Beurteilung durch die rechtskräftigen Urteile in den Zustimmungsverfahren gebunden. Zum einen erwachsen die Gründe eines Urteils nicht in Rechtskraft. Zum anderen gilt für die Frage, ob der Beklagte die Zustimmung zur Veräußerung des Wohnungseigentums gemäß § 12 WEG schuldhaft pflichtwidrig versagt hat, im Hinblick auf den Beurteilungsspielraum des Verwalters bei der Einschätzung über das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne des § 12 Abs. 2 Satz 1 WEG ein anderer Maßstab (vgl. Rdnr. 14). Dabei wird auch dem Vortrag des Beklagten nachzugehen sein, die Wohnungseigentümer hätten in der Eigentümerversammlung vom 13.10.2014 den Antrag der veräußernden Wohnungseigentümer auf Erteilung der Zustimmung zur Veräußerung des Wohnungseigentums abgelehnt.

## 2. Auslegung einer Vertretungsklausel zur Eigentümerversammlung

BGH, Urteil vom 28.6.2019, V ZR 250/18 (Vorinstanz: LG Gera, Urteil vom 3.9.2018, 5 S 17/18)

HGB § 290 Abs. 1  
WEG § 25

### LEITSÄTZE:

- 1. Eine Bestimmung in der Teilungserklärung, nach der Wohnungseigentümer sich in der Eigentümerversammlung nur durch den Ehegatten, einen Wohnungseigentümer oder den Verwalter vertreten lassen können, ist regelmäßig dahin ergänzend auszulegen, dass sie auch für juristische Personen gilt und dass diese sich nicht nur durch ihre organischen Vertreter, sondern auch durch einen ihrer Mitarbeiter vertreten lassen können.**
- 2. Eine solche Vertretungsklausel ist ferner regelmäßig ergänzend dahin auszulegen, dass sich eine juristische Person in der Eigentümerversammlung jedenfalls auch von einem Mitarbeiter einer zu demselben Konzern gehörenden (weiteren) Tochtergesellschaft vertreten lassen darf, wenn diese für die Verwaltung der Sondereigentumseinheiten zuständig ist.**

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2020, 31.

## 3. § 181 BGB nicht einschlägig für Verwalterzustimmung zur Veräußerung einer Eigentumswohnung an Verwalter

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.11.2019, 3 Wx 217/19

BGB §§ 181, 182 Abs. 1  
GBO § 18 Abs. 1, § 71 Abs. 1, §§ 72, 73, 75  
WEG § 12 Abs. 1

### LEITSATZ:

**Bedarf nach dem eingetragenen Inhalt des Wohnungseigentums dessen Veräußerung der Zustimmung des Verwalters, so ist der selbst erwerbende Verwalter nicht entsprechend § 181 BGB, namentlich nicht aus dem Gesichtspunkt eines zu besorgenden Interessenkonfliktes, daran gehindert, die Zustimmung wirksam zu erklären.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** I. Der Beteiligte zu 2 ist als Eigentümer des vorgenannten Grundbesitzes, bei dem es sich um Wohnungseigentum handelt, im Grundbuch eingetragen. Nach dem eingetragenen Inhalt des Wohnungseigentums bedarf die Veräußerung der Zustimmung des Verwalters. Verwalter ist derzeit der Beteiligte zu 1.

**2** Mit notariellem Übertragungsvertrag vom 18.3.2019 übertrug der Beteiligte zu 2 seinen Grundbesitz dem Beteiligten zu 1. Unter dem 9.7.2019 beantragten die Beteiligten unter Vorlage einer Zustimmungserklärung des Beteiligten zu 1 u. a. Eigentumsumschreibung.

**3** Mit Zwischenverfügung vom 18.10.2019 wies das Grundbuchamt darauf hin, der selbst erwerbende Verwalter sei entsprechend § 181 BGB daran gehindert, die Zustimmung nach § 12 WEG zu erklären. § 181 BGB komme hier zur Anwendung, weil sich der erwerbende Verwalter, der einerseits die Schutzinteressen der Gemeinschaft, andererseits eigene Interessen wahrnehme, in einem Interessenkonflikt befinde. Es sei daher eine Zustimmungserklärung der Wohnungseigentümerversammlung vorzulegen.

**4** Dagegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten. Sie machen geltend, § 181 BGB finde auf den vorliegenden Fall keine Anwendung. Bei der Verwalterzustimmung handele es sich nicht um ein Rechtsgeschäft im Sinne des § 181 BGB. Bei einseitigen Rechtsgeschäften sei ein In-Sich-Geschäft grundsätzlich nur dann gegeben, wenn der Vertreter dieses sich selbst gegenüber als Erklärungsempfänger vornehme, nicht aber, wenn der Verwalter – wie hier – eine Zustimmungserklärung gegenüber dem eingetragenen Eigentümer als Veräußerer abgebe.

**5** Mit weiterem Beschluss vom 18.10.2019 hat das Grundbuchamt der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Düsseldorf zur Entscheidung vorgelegt. (...)

**7** II. 1. Die gemäß § 18 Abs. 1, § 71 Abs. 1, §§ 72, 73 GBO zulässige Beschwerde ist nach der vom AG ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe dem Senat zur Entscheidung angefallen, § 75 GBO.

**8** 2. Die Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Die Auflassungserklärung ist nicht gemäß § 181 BGB schwebend unwirksam, weil diese Vorschrift auf den vorliegenden Fall weder unmittelbar noch entsprechend Anwendung findet.

**9** Zwar ist § 181 BGB grundsätzlich auf einseitige empfangsbedürfte Rechtsgeschäfte wie die hier vorliegende Verwalterzustimmung anwendbar (vgl. BeckOK-BGB/Schäfer, Stand: 1.8.2019, § 181 Rdnr. 5). Die Zustimmungserklärung stellt jedoch kein Rechtsgeschäft dar, das der Verwalter im Sinne des § 181 BGB „mit sich“ vorgenommen hat. Denn bei einseitigen Rechtsgeschäften ist ein Insichgeschäft grundsätzlich nur dann gegeben, wenn der Vertreter dieses sich selbst gegenüber als Erklärungsempfänger vornimmt (BGHZ 94, 132; Palandt/Heinrichs, 76. Aufl., § 181 Rdnr. 8). Das ist hier jedoch nicht der Fall, weil der Beteiligte zu 1 die Zustimmungserklärung gegenüber dem Beteiligten zu 2 als Veräußerer abgegeben hat. In seiner Zustimmungserklärung hat er einen Erklärungsempfänger nicht benannt. Daraus folgt, dass die Erklärung jedenfalls auch gegenüber dem anderen Teil des Vertrages abgegeben wurde, wie § 182 Abs. 1 BGB dies vorsieht (vgl. Senat, NJW 1985, 390; KG, NJW-RR 2004, 1161; BeckOGK-BGB/Fröhler, Stand: 1.10.2019, § 181 Rdnr. 50 und 253).

**10** Eine entsprechende Heranziehung des § 181 BGB ist auch nicht im Hinblick auf einen möglichen Interessenkonflikt des Beteiligten zu 1 als Erwerber einerseits sowie als Interessensvertreter der Wohnungseigentümer andererseits geboten. § 181 BGB ist im Interesse der Rechtssicherheit als formale Ordnungsvorschrift aufzufassen, bei der der Interessengegensatz zwar das gesetzgeberische Motiv, aber zur Tatbestands-erfüllung grundsätzlich weder erforderlich noch ausreichend ist (Senat, a. a. O.). Handelt es sich – wie hier – um eine Erklärung, die wahlweise gegenüber verschiedenen privaten Adressaten abgegeben werden kann, kommt eine Anwendung des § 181 BGB nicht in Betracht, wenn der Dritte nicht nur formal, sondern auch der Sache nach Erklärungsempfänger ist (BGH, a. a. O.). Im vorliegenden Fall ist der Beteiligte zu 2 gemäß § 182 Abs. 1 BGB auch der Sache nach Erklärungsempfänger, denn er bedarf zur wirksamen Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung nach § 12 Abs. 1 WEG (vgl. KG, a. a. O.; a. A. in BeckOK-WEG/Hogenschurz, Stand: 1.8.2019, § 12 Rdnr. 35 m. w. N.; Bärman, WEG, 12. Aufl., § 12 Rdnr. 27).

(...)

## 4. Schadensersatz wegen falscher Angabe des Anschaffungspreises einer Küche

OLG München, Urteil vom 9.10.2019, 20 U 556/19

BGB § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 Satz 2, § 311 Abs. 2, § 434 Abs. 1 Satz 1 und 3

### LEITSÄTZE:

- 1. Der Anschaffungspreis einer Küche ist keine vereinbarte Beschaffenheit gemäß § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn er keinen Eingang in die notarielle Urkunde gefunden hat. Als Beschaffenheit kann grundsätzlich nur das vereinbart sein, was Inhalt der Urkunde geworden ist. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 2. Im Anschaffungspreis einer Küche liegt auch keine Beschaffenheit im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, Satz 3 BGB, da der Preis einer Sache keine ihr anhaftende Eigenschaft ist. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 3. Bei unrichtiger vorvertraglicher Angabe des Anschaffungspreises einer Küche kommt eine Haftung des Verkäufers nach 311 Abs. 2 Nr. 1, § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB in Betracht. Der Vertrauensschaden ist der Betrag, um den der Geschädigte den Kaufgegenstand im Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben des Verkäufers zu teuer erworben hat. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

**2** II. Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet und war daher zurückzuweisen. Das LG hat im Ergebnis mit Recht einen Anspruch des Klägers auf Zahlung von € 7.320 nebst Zinsen bejaht.

**3** 1. Zwar kann der Kläger seinen Zahlungsanspruch entgegen der Annahme des LG nicht auf §§ 459 ff. BGB stützen. Denn ein Sachmangel der Küche, die im Rahmen des notariellen Grundstückskaufvertrags „mitverkauft“ worden war, liegt nicht vor.

**4** a) Der Anschaffungspreis der Küche war keine vereinbarte Beschaffenheit gemäß § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB, da er keinen Eingang in die notarielle Urkunde gefunden hat. Als Beschaffenheit kann grundsätzlich nur das vereinbart sein, was Inhalt der Urkunde geworden ist (BGH, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 78/14, juris Rdnr. 15 ff.; Urteil vom 19.1.2018, V ZR 256/16, juris Rdnr. 8; Urteil vom 9.2.2018, V ZR 274/16, juris Rdnr. 7, 20).

**5** b) Auch das Fehlen einer Beschaffenheit im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB, mithin von Eigenschaften, die der Kläger nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, d. h. hier dem Maklerexposé, erwarten kann (vgl. BGH, Urteil vom 19.1.2018, V ZR 256/16, juris Rdnr. 10; Urteil vom 9.2.2018, V ZR 274/16, juris Rdnr. 21), liegt nicht vor. Der (frühere) Anschaffungspreis einer Sache ist keine ihr anhaftende Eigenschaft (vgl. Palandt, § 434 Rdnr. 31; BGH, Urteil vom 15.1.1969, VIII ZR 239/66, BeckRS 1969, 31173530 Ziffer I.). Denn insoweit ist nicht die Beziehung der Sache zur Umwelt

betroffen bzw. ihre tatsächlichen, rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, die nach der Verkehrsanschauung einen Einfluss auf Nutzen und Wertschätzung des Gegenstands zu haben pflegen (vgl. MünchKomm-BGB, § 651c Rdnr. 9).

**6 2.** Jedoch besteht ein Anspruch des Klägers gegen die Beklagte auf Schadensersatz gemäß § 280 Abs. 1 i. V. m. § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB wegen vorvertraglichen Verschuldens.

**7 a)** Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung trifft einen Verkäufer, der durch eine unrichtige Angabe über das Kaufobjekt eine Fehlvorstellung des Käufers hervorruft, eine Pflicht zur Offenbarung (BGH, Urteil vom 22.4.2016, V ZR 23/15, juris Rdnr. 19); die Erteilung einer vorsätzlich falschen Auskunft über einen für den Vertragsschluss wesentlichen Umstand, der nicht in den Anwendungsbereich der §§ 459 ff. BGB fällt, erfüllt die Voraussetzungen für ein Verschulden bei den Vertragsverhandlungen (BGH, Urteil vom 14.1.1993, IX ZR 206/91, juris Rdnr. 17).

**8 b)** So liegt der Fall hier.

**9 aa)** Vorliegend hat die Beklagte dem Kläger über das ihr zuzurechnende Maklerexposé und die Maklerin einen Anschaffungspreis für die mitverkaufte Küche von ca. € 25.000 genannt. Dies hat die vom LG für glaubwürdig erachtete Zeugin F nach der von der Berufung nicht angegriffenen Überzeugung des LG glaubhaft bestätigt. Die Zeugin hat angegeben, die Beklagte habe ihr gegenüber und zum Zwecke der Kommunikation gegenüber potenziellen Käufern Anschaffungskosten von € 25.000 genannt, jedoch trotz Verlangen keine Rechnung vorgelegt. Diesen Betrag habe sie nicht nur ins Maklerexposé aufgenommen, sondern auch mit dem Kläger persönlich über den Wert der Küche gesprochen.

**10** Die Angabe der Beklagten zum Anschaffungspreis war deshalb – für jedermann unmittelbar einsichtig – die Grundlage für das Einverständnis des Klägers mit einem Ablösebetrag für die Küche von unstreitig € 15.000.

**11 bb)** Der genannte Preis war falsch. Denn unstreitig hat die Beklagte tatsächlich lediglich einen Betrag von € 12.200 für die Küche bezahlt.

**12** Wie den nunmehrigen Angaben der Beklagten zu entnehmen ist, lag die Preisdifferenz auch nicht daran, dass die Beklagte – wie zunächst von ihr behauptet – einen Personal- oder Mitarbeiterrabatt erhalten hätte. Vielmehr gewährte das Möbelhaus die Reduktion anlasslos.

**13** Hieraus wird deutlich, dass das Möbelhaus von jedem Käufer nur den reduzierten Preis als Kaufpreis für die Küche verlangte. Allein dieser Betrag ist der Anschaffungspreis. Darauf, dass womöglich zunächst ein „Mondpreis“ von € 25.000 als Listenpreis genannt wurde, kommt es nicht an. Denn dieser Preis wurde ersichtlich von niemandem ernstlich verlangt.

**14 cc)** Die Beklagte hat vorsätzlich gehandelt. Ihr waren – da sie selbst die Vertragsverhandlungen mit dem Möbelhaus geführt hat – sämtliche Umstände der Preisgestaltung bekannt. Damit war ihr auch bewusst, dass für den Erwerb der Küche von jedermann lediglich € 12.200 aufzuwenden waren. Die Angabe eines mehr als das Doppelte hiervon betragenden

„Anschaffungspreises“ war deshalb, wie sie wusste, falsch. Dass die Maklerin nicht den Listen-, sondern den tatsächlichen Kaufpreis erfragte und ins Exposé aufnehmen wollte, war der Beklagten schon deshalb bekannt, weil die Maklerin in ihrer Vernehmung angegeben hat, die Beklagte in diesem Zusammenhang mehrmals zur Übersendung einer Rechnung aufgefordert zu haben.

**15 dd)** Der tatsächliche Wert der Küche ist für die Frage des Anschaffungspreises ersichtlich irrelevant. Mithin kommt es auch nicht darauf an, dass, wie die Beklagte vorbringt, ihr aus sprachlichen Gründen der Unterschied zwischen der Bedeutung der Begriffe „Anschaffungspreis“, „Wert“ und „Zeitwert“ nicht geläufig sei.

**16 c)** Dass die Beklagte die Falschangabe zu vertreten hat, wird vermutet, § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB; ein Entlastungsbeweis wurde nicht angetreten.

**17 d)** Der Kläger als geschädigte Vertragspartei kann den Ersatz des Vertrauensschadens verlangen. Da er an dem für ihn ungünstigen Vertrag festhält, reduziert sich dieser nach höchstrichterlicher Rechtsprechung auf die berechtigten Erwartungen des Käufers, die durch den zustande gekommenen Vertrag nicht befriedigt werden (BGH, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 144/09, juris Rdnr. 8; Urteil vom 19.1.2018, V ZR 256/16, juris Rdnr. 12).

**18 aa)** Die Berechnung geschieht bei einem Kaufvertrag in der Weise, dass der Geschädigte so behandelt wird, als wäre es ihm bei Kenntnis der wahren Sachlage gelungen, den Vertrag zu einem niedrigeren Preis abzuschließen. Schaden ist der Betrag, um den der Geschädigte den Kaufgegenstand im Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben des Verkäufers zu teuer erworben hat (BGH, Urteil vom 14.1.1993, IX ZR 206/91, juris Rdnr. 18; Urteil vom 19.5.2006, V ZR 264/05, juris Rdnr. 22; Urteil vom 11.6.2010, V ZR 144/09, juris Rdnr. 9). Der Senat schätzt diesen Betrag unter Würdigung der von den Parteien selbst vorgenommenen Berechnung des Ablösebetrages (60 % des angeblichen Anschaffungspreises) gemäß § 287 ZPO auf € 7.320.

**19 bb)** Soweit die Beklagte vorträgt, sie hätte sich nicht mit einem geringeren Ablösebetrag für die Küche als € 15.000 einverstanden erklärt, kommt es hierauf nicht an. Denn vorliegend geht es allein um die Bemessung des Vertrauensschadens und nicht um eine Anpassung des Vertrages. Der Geschädigte braucht deshalb nicht nachzuweisen, dass sich der Vertragspartner auf einen Vertragsschluss zu einem niedrigeren Preis eingelassen hätte (BGH, Urteil vom 19.5.2006, V ZR 264/05, juris Rdnr. 22).

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Thomas Raff**, Kandel (Pfalz)

Der Sachverhalt ist einfach: Verkäufer und Käufer einer Immobilie einigten sich darüber, dass die Einbauküche zum Preis von 15.000 € mitverkauft sei. Im Vorfeld hatte die Verkäuferin dem Käufer gegenüber angegeben, der Neupreis

der vier bis fünf Jahre zuvor gekauften Küche habe bei ca. 25.000 € gelegen. Nach dem Einzug entdeckte der Käufer aber eine Rechnung über die Küche in Höhe von 12.200 €.

## 1. Keine Mängelgewährleistungsrechte

Ansprüche nach §§ 437 ff. BGB<sup>1</sup> standen dem Käufer hier nicht zu.<sup>2</sup>

### a) Kein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB

Zunächst liegt im Anschaffungspreis keine Beschaffenheit im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB. Denn zu ihr gehören zwar etwa die physischen Eigenschaften einer Sache, die Beziehungen der Sache zur Umwelt (soweit sie nach Verkehrsauffassung Einfluss auf die Wertschätzung der Sache haben), Verhältnisse rechtlicher Art (wie Benutzungsbeschränkungen), die Herkunft der Sache und ihr Alter.<sup>3</sup> Der Preis selbst gehört aber im Grundsatz nicht dazu;<sup>4</sup> er kann ggf. aber Indiz für Beschaffenheitsvereinbarungen sein.<sup>5</sup>

### b) Keine Vereinbarung einer Beschaffenheit gemäß § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB

Man kann sich nun fragen, ob der Anschaffungspreis gleichwohl zur Beschaffenheit durch vertragliche Vereinbarung nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB hätte erhoben werden können, mit anderen Worten, ob der Beschaffenheitsbegriff in § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB ein anderer ist als der in § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Parteien dürften insoweit weitgehende Vertragsfreiheit genießen und daher namentlich alle diejenigen Umstände zur Beschaffenheitsvereinbarung erheben, die außerhalb der physischen Beschaffenheit der Kaufsache selbst liegen.<sup>6</sup>

Dazu dürfte auch die Vereinbarung des Anschaffungspreises gehören. Aus § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB soll gerade das Recht folgen, „objektiv nicht als Beschaffenheitsaspekte zu bewertende Kriterien als solche zu behandeln“.<sup>7</sup> Davon geht offenbar das OLG München aus, denn es schreibt, dass der Anschaffungspreis deswegen keine vereinbarte Beschaffenheit geworden sei, weil er keinen Eingang in die notarielle Urkunde gefunden habe. Das OLG München bestätigt damit zugleich die höchstrichterliche Rechtsprechung, der zu-

folge nur das vereinbart werden kann, was Inhalt der Urkunde geworden ist.<sup>8</sup> Und an einer Aufnahme des Anschaffungspreises in die notarielle Urkunde fehlte es hier.

## 2. Anspruch aus culpa in contrahendo

Dem Käufer bleiben aber Ansprüche aus § 311 Abs. 2 Nr. 1, § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB.

### a) Zur Anwendbarkeit und den Voraussetzungen

Hier liegt auch kein Konkurrenzverhältnis zwischen den §§ 434 ff. BGB und der culpa in contrahendo vor, weil es an einem Mangel fehlt;<sup>9</sup> ansonsten würden die §§ 434 ff. BGB jedenfalls dann Vorrang genießen, wenn der Verkäufer Mängel nur fahrlässig verschwiegen hat.<sup>10</sup>

Hervorzuheben ist, dass der Verkäufer nicht verpflichtet war, den Anschaffungspreis zu nennen. Denn die Kalkulation des Kaufpreises gehört zu seinen „ureigensten Belangen“.<sup>11</sup> Wenn er ihn aber nennt, muss er sich daran festhalten lassen.<sup>12</sup> Je konkreter nämlich die Angaben des Verkäufers sind, desto stärker darf der Käufer darauf vertrauen.<sup>13</sup>

### b) Der Schaden

Zwar ist der Kaufpreis selbst bekanntlich kein wertbildender Faktor. Man mag sich also fragen, welche schadensrechtlichen Auswirkungen die Angabe eines falschen Anschaffungspreises haben konnte. Der Käufer kann aber verlangen, so gestellt zu werden, wie er ohne die Pflichtverletzung bei den Vertragsverhandlungen stünde, §§ 249 ff. BGB. Auf einen Vermögensschaden aufseiten des Käufers kommt es daher gar nicht an. Der Verkäufer musste hier den Vertrauensschaden des Käufers ersetzen, also für einen Ausgleich für enttäuschte Leistungserwartungen sorgen.<sup>14</sup>

An dieser Stelle hilft die Rechtsprechung dem Käufer zweifach: Zum einen geht es nach Auffassung der Rechtsprechung hier nicht um eine Anpassung des Vertrags, die nicht verlangt werden könnte,<sup>15</sup> sondern um die Berechnung eines Vertrauensschadens. Zum anderen arbeitet man bei der Berechnung dieses Schadens mit einer Vermutung:<sup>16</sup> Der Geschädigte wird so behandelt, als wäre es ihm bei Kenntnis der Sachlage gelungen, den Vertrag zu einem

<sup>1</sup> Das OLG nennt fälschlich die §§ 459 ff. BGB. Bis zur Schuldrechtsreform 2001 waren in §§ 459 ff. BGB die Kaufmängelgewährleistungsrechte geregelt.

<sup>2</sup> Anders dagegen die Vorinstanz: Das LG Landshut, Urteil vom 13.12.2018, 71 O 2017/18, BeckRS 2018, 48053, meinte, die Parteien hätten sich auf eine Beschaffenheit im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB dergestalt geeinigt, dass der Neupreis der mitverkauften Einbauküche 25.000 € betragen habe.

<sup>3</sup> Siehe Erman/*Grunewald*, BGB, 15. Aufl. 2017, § 434 Rdnr. 2 ff.  
<sup>4</sup> Rdnr. 5 der besprochenen Entscheidung.

<sup>5</sup> MünchKomm-BGB/*Westermann*, 8. Aufl. 2019, § 434 Rdnr. 16; zurückhaltender BeckOK-BGB/*Faust*, Stand: 1.2.2020, § 434 Rdnr. 42 m. w. N.: Aus dem vereinbarten Preis ließen sich keine Rückschlüsse auf die vereinbarte Qualität ziehen.

<sup>6</sup> Staudinger/*Matusche-Beckmann*, Neub. 2013, § 434 Rdnr. 53.

<sup>7</sup> Deutlich NK/*Büdenbender*, 3. Aufl. 2016, § 434 Rdnr. 13.

<sup>8</sup> Grundlegend BGH, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 78/14, JZ 2016, 1008 (m. krit. Anm. *Faust*); Urteil vom 9.2.2018, V ZR 274/16, MittBayNot 2018, 534, 535. Siehe dazu auch *Raff*, MittBayNot 2017, 451 ff.

<sup>9</sup> Vgl. MünchKomm-BGB/*Emmerich*, § 311 Rdnr. 83.

<sup>10</sup> Siehe dazu Staudinger/*Matusche-Beckmann*, § 437 Rdnr. 74 m. w. N.; a. A. MünchKomm-BGB/*Emmerich*, § 311 Rdnr. 82.

<sup>11</sup> BGH, Urteil vom 6.12.1978, VIII ZR 273/77, NJW 1979, 1304, juris Rdnr. 51.

<sup>12</sup> MünchKomm-BGB/*Westermann*, § 433 Rdnr. 54.

<sup>13</sup> Staudinger/*Matusche-Beckmann*, § 434 Rdnr. 141.

<sup>14</sup> Staudinger/*Feldmann*, § 311 Rdnr. 179.

<sup>15</sup> BGH, Urteil vom 19.5.2006, V ZR 264/05, DNotZ 2006, 852, juris Rdnr. 21.

<sup>16</sup> Siehe BeckOK-BGB/S. *Lorenz*, § 311 Rdnr. 57.

niedrigeren Preis zu schließen.<sup>17</sup> Schaden soll der Betrag sein, um den der Geschädigte den Gegenstand zu teuer erworben hat.<sup>18</sup> Da es gerade nicht um eine Vertragsanpassung gehe, brauche der Käufer auch nicht nachzuweisen, dass sich der Verkäufer auf einen niedrigeren Preis eingelassen hätte.<sup>19</sup> Anschließend muss man nur noch die prozentuale Differenz zwischen vorgespiegeltem Anschaffungspreis und Verkaufspreis verwenden, um den Schaden konkret zu berechnen. Das sind natürlich Taschenspielertricks: Jedenfalls hier gibt es nämlich keinen wirtschaftlichen Unterschied zu einer Vertragsanpassung.<sup>20</sup>

### 3. Praktische Folgen und sonstige praktische Hinweise

#### a) Belehrung

Die Haftung wegen Verletzung vorvertraglicher Pflichten geht sehr weit, wie das OLG München zeigt. Dazu tragen die Vermutung und die Schadensberechnung, wie unter 2. beschrieben, erheblich bei. Die Beteiligten sollten also anlassbezogen nachdrücklich darauf hingewiesen werden, welche Folgen fehlerhafte Informationen im Vorfeld des Vertragsschlusses haben können. Die Beurkundung heilt solche Fehler – anders als im Fall von vorvertraglichen Beschaffenheitsvereinbarungen – nicht.

#### b) Ausdrückliche Regelungen

Namentlich der Anschaffungspreis kann in der Beurkundungspraxis relevant werden, wenn es um die vor allem steuerlich motivierte Angabe des auf mitverkaufte bewegliche Gegenstände entfallenden Kaufpreisanzeils geht. Vor dem Hintergrund des Urteils des OLG München wird deutlich, dass eine unzutreffende Angabe des Kaufpreisanzeils nicht nur für den Käufer, sondern auch für den Verkäufer gefährlich werden kann.<sup>21</sup> Auch können vorsätzliche Falschangaben strafrechtliche Konsequenzen auslösen.<sup>22</sup>

Da die Aufnahme des Kaufpreises der mitverkauften beweglichen Gegenstände regelmäßig vor allem den Interessen des Käufers dient, ist zu überlegen, dies auch in der Vertragsgestaltung stärker zu berücksichtigen. Man könnte zum Beispiel in den Vertragstext aufnehmen, dass die Bewertung der beweglichen Gegenstände vom Käufer stammt.<sup>23</sup> Dies dürfte zumindest Regressansprüche des Käufers gegen den Verkäufer häufig verhindern. Allerdings ist zum einen eine strafrechtliche Mitverantwortlichkeit des

Verkäufers (etwa Beihilfe zur Steuerhinterziehung, § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO, § 27 StGB) nicht auszuschließen, wenn er aus der Luft gegriffene Bewertungen des Käufers mitträgt (der Vertrag wird ja von beiden unterschrieben). Zum anderen bliebe eine Haftung aus c. i. c. – wie in dem hier zu besprechenden Fall (Vorsatz!) – bestehen. An einer solchen Haftung kommt man regelmäßig nur vorbei, wenn man den Sachverhalt rechtzeitig aufklärt.

Zu bedenken ist immer auch, dass die Ausweisung eines Kaufpreisanzeils die Finanzierung des Kaufpreises durch den Käufer betreffen kann. Namentlich bei Änderungen oder Ergänzungen diesbezüglich im Beurkundungstermin ist Vorsicht geboten. Dies sollte der Käufer mit der finanzierenden Bank abstimmen.

Um schließlich Rechtsstreitigkeiten wegen des Schicksals des gesamten Kaufvertrags zu verhindern, könnte zudem ausdrücklich geregelt werden, dass eine nachträgliche abweichende Feststellung des Wertes der mitverkauften Sachen keine Auswirkungen auf den Gesamtkaufpreis zeitigt und dass weder Mängel noch sonstige Leistungsstörungen im Zusammenhang mit diesem beweglichen Gegenstand Einfluss auf den Kaufvertrag im Übrigen haben.<sup>24</sup> Aber auch hierfür gilt: Die Haftung aus c. i. c. bliebe jedenfalls bei vorsätzlichen Pflichtverletzungen bestehen.

#### c) Beurkundung des Anschaffungspreises

Der Anschaffungspreis einer Sache sollte schließlich nicht ohne Not in notarielle Urkunden aufgenommen werden. Denn ansonsten könnte er (ggf. ungewollt) zur dann formwirksamen konkludenten Vereinbarung über die Beschaffenheit erhoben werden, da die vereinbarte Beschaffenheit gemäß § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB, wie unter 1. gesehen, über die Beschaffenheit gemäß § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB hinausgehen kann.

<sup>24</sup> Auch für diesen Hinweis bedanke ich mich bei Notar a. D. Dr. Hermann Amann.

## 5. Unwirksame Zahlungsklauseln in einem Bauträgervertrag bei der Möglichkeit zur vorzeitigen Übergabe bei freiwilliger Zahlung

OLG Schleswig, Urteil vom 2.10.2019, 12 U 10/18

BGB §§ 134, 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1, § 812 Abs. 1 Satz 1, §§ 814, 817 Satz 1, § 818 Abs. 2, § 823 Abs. 2 BGB a. F. § 632a Abs. 3  
MaBV § 3 Abs. 2, §§ 7, 12

### LEITSÄTZE:

1. Der Bauträger darf seine Verpflichtungen nach §§ 3 Abs. 2, 7 MaBV gemäß § 12 MaBV durch vertragliche Vereinbarung weder ausschließen noch beschränken. Eine dagegen verstoßende Abschlagszahlungsvereinbarung ist insgesamt im Sinne von

<sup>17</sup> BGH, Urteil vom 19.5.2006, V ZR 264/05, DNotZ 2006, 852, juris Rdnr. 22 m. w. N.

<sup>18</sup> BGH, Urteil vom 19.5.2006, V ZR 264/05, DNotZ 2006, 852, juris Rdnr. 22 m. w. N.

<sup>19</sup> BGH, Urteil vom 19.5.2006, V ZR 264/05, DNotZ 2006, 852, juris Rdnr. 22 m. w. N.

<sup>20</sup> Vgl. MünchKomm-BGB/Emmerich, § 311 Rdnr. 215, der von „Vertragsanpassung“ und „Vertragskorrektur“ spricht.

<sup>21</sup> So Schmitz, notar 2020, 23, 24.

<sup>22</sup> Siehe dazu die Prüfung der Vorinstanz (LG Landshut, Urteil vom 13.12.2018, 71 O 2017/18, BeckRS 2018, 48053) und Bastys, IBR 2020, 48.

<sup>23</sup> Für diesen Hinweis bedanke ich mich bei Notar a. D. Dr. Hermann Amann.

§ 134 BGB nichtig. Die MaBV enthält zwar in erster Linie kein Vertragsrecht; sie ist Gewerberecht. Die dort wiedergegebenen Regelungen sind allerdings auch zivilrechtlicher Maßstab für Abschlagszahlungen. Ein Rückzahlungsanspruch ergibt sich aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 817 BGB. (Leitsatz der Schriftleitung)

2. Die Regelung des § 3 Abs. 2 MaBV soll sicherstellen, dass den Leistungen des Erwerbers ein entsprechender Gegenwert am Bauvorhaben gegenübersteht. Auch der Fall lediglich einer einzigen Abschlagszahlung ist davon umfasst. Damit ist eine vollständige Zahlung des Kaufpreises nach der MaBV auch erst dann zulässig, wenn das Werk „vollständig fertiggestellt“ ist. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Das zwingende gesetzliche Verbot, das die Vorschriften der § 3 Abs. 2, § 7 MaBV enthalten, darf nicht durch eine Regelung, wonach der Käufer berechtigt ist, die Übergabe der Wohnung zu verlangen, auch wenn die Fälligkeitsvoraussetzungen im Übrigen noch nicht erfolgt sind, wenn er den Kaufpreis bezahlt, umgangen werden. Könnte der Bau-träger durch eine „freiwillige“ Zahlung das Interesse des Käufers an einer möglichst frühzeitigen Übergabe seiner Wohnung ausnutzen, wäre der von der MaBV beabsichtigte Schutz des Käufers ausgehöhlt. (Leitsatz der Schriftleitung)
4. Hat der Besteller eine Zahlung geleistet, die nicht geschuldet war, weil die Klausel wegen eines Verstoßes gegen § 632a Abs. 3 BGB a.F. (Anspruch auf Sicherheitsleistung) der Inhaltskontrolle nicht standhielt, kann er diese nicht als Zahlung zurückfordern, sondern ist auf einen Anspruch auf Sicherheitenbestellung beschränkt, da das Wahlrecht aus § 632a Abs. 3 und 4 BGB a. F., wie Sicherheit zu leisten ist, auch bei einer Rückgewähr erhalten bleiben muss. (Leitsatz der Schriftleitung)

## BÜRGERLICHES RECHT – SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

### 6. Eintragungsfähigkeit von Benutzungsdienstbarkeiten bei unbeschränktem Nutzungsrecht

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.9.2019, I-3 Wx 64/19

BGB §§ 133, 873, 1018, 1030 Abs. 1

GBO § 13 Abs. 1 Satz 2, § 71 Abs. 1, § 75

#### LEITSÄTZE:

1. Zur Eintragungsfähigkeit von – bewilligten und zur Eintragung beantragten – Benutzungsdienstbarkeiten im Sinne des § 1018 Alt. 1 BGB (hier bezogen auf zwei Räume in einem im Jahr 1870 errichteten

Bauernhaus, dessen Grund in den 1920er Jahren in unterschiedlichen Eigentümern zugeschriebene Flurstücke geteilt wurde, wobei die jeweils zu gleichen Teilen auf das Nachbargrundstück ragenden Räume nur durch das Haus, aus dem die Nutzung jeweils erfolgt, zu begehen sind).

2. Wendet sich der Antragsteller (hier im Verfahren auf Eintragung einer Grunddienstbarkeit) gegen eine Zwischenverfügung des Grundbuchamts und bittet er nach Zurückweisung seines Eintragungsantrags um Weiterleitung der Beschwerde an das OLG, so ist sein Begehren dahin auszulegen, dass sich das zur Entscheidung stehende Rechtsmittel gegen die Zurückweisung des Eintragungsgesuchs richtet.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 | Die Beteiligten zu 1 und 2 sind Eigentümer des Objektes A 1 (...), eingetragen im Grundbuch (...), Flurstück (...); die Beteiligte zu 3 ist (noch) Eigentümerin des angrenzenden Objektes A 2, eingetragen im Grundbuch (...), Flurstück (...).

2 Die beiden Objekte befinden sich in einem im Jahr 1870 als einheitliches Gebäude errichteten Bauernhaus, welches in den 1920er Jahren geteilt wurde. Im ersten Obergeschoss des Objektes liegen auf der Grenze zwischen den Flurstücken (...)2 und (...)4 zwei Räume, die jeweils zu gleichen Teilen auf das Nachbargrundstück ragen. Der – von der Straßenseite aus gesehen – vordere Raum wird von den Bewohnern des Objektes genutzt, das im Eigentum der Beteiligten zu 1 und 2 steht; der – von der Straßenseite aus gesehen – hintere Raum wird von den Bewohnern des Objektes genutzt, das im Eigentum der Beteiligten zu 3 steht. Die beiden Räume sind jeweils nur durch das Haus zu begehen, aus dem die Nutzung jeweils erfolgt. Die vorstehend beschriebene Nutzung der beiden Räume wurde im Zusammenhang mit der seinerzeitigen Grundstücksteilung zwischen den damaligen Grundstückseigentümern vereinbart, um zu vermeiden, dass die beiden Räume anlässlich der Teilung hätten halbiert werden müssen. Dingliche Rechte wurden nicht im Grundbuch eingetragen.

3 Mit notarieller Urkunde vom 4.7.2018 bestellten die Beteiligten Dienstbarkeiten an den beiden jeweils auf beiden Flurstücken liegenden Räumen. Dazu räumten die Beteiligten zu 1 und 2 dem jeweiligen Eigentümer des Flurstücks (...)4 das Recht ein, den Bereich des auf dem Flurstück (...)2 liegenden Raumes (hinterer Raum; in einem der Urkunde als Anlage 1 beigefügten Plan rot gekennzeichnet) unter Ausschluss des Eigentümers des Flurstücks (...)2 zu nutzen. Die Beteiligte zu 3 räumte ihrerseits zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Flurstücks (...)2 das Recht ein, den Bereich des auf dem Flurstück (...)4 liegenden Raumes (vorderer Raum; in dem als Anlage 1 beigefügten Plan grün gekennzeichnet) unter Ausschluss des Eigentümers des Flurstücks (...)4 zu nutzen. Schuldrechtlich vereinbarten die Beteiligten, dass die Dienstbarkeiten wechselseitig eingeräumt werden sollen und dass im Falle des Wegfalls einer der beiden Dienstbarkeiten auch die andere Dienstbarkeit entsprechend entfallen und gelöscht werden solle.

**4** Am 9.7.2018 beantragte der beurkundende Notar die Eintragung der beiden Dienstbarkeiten und der jeweiligen Herrschvermerke im Grundbuch.

**5** Mit Zwischenverfügung vom 27.7.2018 wies das Grundbuchamt darauf hin, dass die bewilligten Rechte nicht eintragungsfähig seien. Der Ausschluss des Eigentümers könne nur bei einem Wohnungsrecht und nicht bei einer Grunddienstbarkeit vereinbart werden. Zudem sei die Bewilligung zu unbestimmt, denn sie enthalte keine Angabe, zu welchem Zweck die Räume genutzt werden sollen. Das Grundbuchamt bat um Klarstellung, welches Recht eingetragen werden solle; die Bewilligung sei entsprechend zu ändern und zu ergänzen.

**6** Hiergegen haben sich die Beteiligten zu 1 und 2 mit ihrem als Beschwerde bezeichneten Schreiben (...) gewandt. Sie haben dazu die Auffassung vertreten, die Eintragung eines Wohnrechts würde die bestehenden Unklarheiten über die komplexen Eigentumsverhältnisse vergrößern, weil ein Wohnrecht als persönliche Dienstbarkeit nur auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt sei, während eine Grunddienstbarkeit die jeweiligen Eigentümer binde. Hier müsse die Besonderheit berücksichtigt werden, dass es sich um eine ursprüngliche, wechselseitige Grenzüberschreitung handele, zu der es als unmittelbare Folge der damals vereinbarten symmetrischen Teilung des gesamten Gebäudes in zwei Hälften gekommen sei. Die wechselseitige Eigentumsverzahnung sei wesentlicher Bestandteil der Teilungsvereinbarung gewesen und stets respektiert worden.

(...)

**8** Mit am 16.11.2018 erlassenen Beschluss hat das Grundbuchamt die Eintragungsanträge vom 9.7.2018 zurückgewiesen. Die in der notariellen Urkunde enthaltene Bewilligung habe keinen eintragungsfähigen Inhalt, denn es handele sich um eine sachenrechtlich unzulässige Vermischung aus einer Benutzungsdienstbarkeit und einem Wohnungsrecht. Die Befugnis, das Grundstück allgemein zu benutzen, könne nicht Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein. Die Vereinbarung des Ausschlusses des Eigentümers bei der Benutzung zu Wohnzwecken sei nur bei einem Wohnungsrecht zulässig. Da eine neue Bewilligung nicht eingereicht worden sei, sei nun der Eintragungsantrag zurückzuweisen, um formalrechtlich der von den Beteiligten zu 1 und 2 eingelegten Beschwerde Raum zu geben. Der Zurückweisungsbeschluss enthalte deshalb zugleich die Nichtabhilfeentscheidung.

**9** Nachdem der Beteiligte zu 2 am 16.11.2018 telefonisch gegenüber dem Grundbuchamt erklärt hatte, noch nicht sicher zu sein, ob an der Beschwerde festgehalten werde, baten die Beteiligten zu 1 und 2 mit Schreiben vom 21.3.2019, eingegangen am 27.3.2019, um Weiterleitung der Beschwerde an das OLG Düsseldorf.

**10** Bereits am Vortag hat das Grundbuchamt die Nichtabhilfe und die Vorlage der Sache an das OLG Düsseldorf ausgesprochen. Da eine Rücknahme der Beschwerde auch nach Zustellung des Zurückweisungsbeschlusses vom 15.11.2018 nicht erfolgt sei, gelte die Beschwerde auch als gegen den Zurückweisungsbeschluss eingelegt. Dieser Beschluss ist am 28.3.2019 erlassen worden.

**11** Mit Schrift ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 8.5.2019 haben die Beteiligten zu 1 und 2 ihre Auffassung vorgetragen, Gegenstand einer Grunddienstbarkeit könne auch die Pflicht zur Duldung eines Überbaus sein. Zweifel dahin, welches von zwei Grundstücken das Stammgrundstück und welches das überbaute Grundstück sei, könnten durch entsprechende Vereinbarung der Grundstückseigentümer und deren Eintragung in Form einer Grunddienstbarkeit behoben werden.

(...)

**13** II. Das von den Beteiligten zu 1 und 2 eingelegte Rechtsmittel ist dem Senat zur Entscheidung aufgrund der vom Grundbuchamt mit Beschluss vom 28.3.2019 erklärten Nichtabhilfe angefallen, § 75 GBO.

**14** Das Begehren der Beteiligten zu 1 und 2 ist dahin auszulegen, dass sie den Zurückweisungsbeschluss vom 16.11.2018 mit der Beschwerde angreifen. So haben sie in dem von ihnen selbst verfassten Schreiben vom 21.3.2019, welches der über die Nichtabhilfe entscheidenden Rechtspflegerin nicht vorlag, ausdrücklich um Weiterleitung ihrer Beschwerde gegen die Ablehnung ihres Antrages auf Eintragung einer Grunddienstbarkeit an das OLG gebeten. Auch wenn sie damit vom Wortlaut her nicht ausdrücklich die (erstmalige) Einlegung einer Beschwerde gegen den Zurückweisungsbeschluss vom 16.11.2018 erklärt haben, ist ihr Vorbringen so zu verstehen, dass sie sich mit dem statthaften und zulässigen Rechtsmittel, welches ihnen nach den Vorschriften der GBO zusteht, gegen die Entscheidung des Grundbuchamtes zur Wehr setzen wollen. Erklärungen von Antragstellern gegenüber dem Gericht sind regelmäßig wohlwollend dahin auszulegen, dass der Erklärende das nach der erkennbaren Interessenlage erstrebte Ergebnis mit den verfahrensrechtlich richtigen Erklärungen erreichen will (vgl. Keidel/Sternal, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 23 Rdnr. 47). Richtig in diesem Sinne ist nunmehr die Beschwerde gegen den Zurückweisungsbeschluss vom 16.11.2018, denn gegen eine Zwischenverfügung ist die Beschwerde nur zulässig, solange nicht der Eintragungsantrag, der schon mit der Zwischenverfügung beanstandet worden ist, zurückgewiesen worden ist. Mit einer endgültigen Entscheidung über den Eintragungsantrag hat sich die zuvor erlassene Zwischenverfügung in der Hauptsache erledigt (vgl. Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, § 18 Rdnr. 55 und § 71 Rdnr. 34, jeweils mit weiteren Nachweisen).

**15** Das zur Entscheidung stehende Rechtsmittel der Beteiligten zu 1 und 2 gegen den Zurückweisungsbeschluss vom 16.11.2018 ist als Grundbuchbeschwerde gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthaft und auch im Übrigen zulässig. Insbesondere sind sie beschwerdeberechtigt sowohl in Bezug auf die Zurückweisung des Antrages auf Eintragung der von ihnen bestellten Grundschild [Hinweis der Schriftleitung: wohl richtig „Grunddienstbarkeit“] als auch in Bezug auf die Zurückweisung des Antrages auf Eintragung der von der Beteiligten zu 3 bestellten Grundschild [Hinweis der Schriftleitung: wohl richtig „Grunddienstbarkeit“].

**16** Ist Verfahrensgegenstand eine Eintragung im Antragsverfahren, deckt sich die Beschwerdeberechtigung mit dem Antragsrecht. Beschwerdeberechtigt sind, ebenso wie nach § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO antragsberechtigt, nur die unmittelbar Be-



teiligten (*Demharter*, GBO, § 71 Rdnr. 63); allein die Zurückweisung eines gestellten Antrages genügt nicht. Beschwerdeberechtigt ist demzufolge nur der, der kraft eigenen Rechts einen Antrag stellen durfte (*BeckOK-GBO/Kramer*, Stand: 1.6.2019, § 71 Rdnr. 181). Antragsberechtigt gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO ist jeder, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird oder zu dessen Gunsten eine Eintragung erfolgen soll. Entscheidend ist also, ob der unmittelbar Beteiligte durch die beantragte Eintragung in seiner dinglichen Rechtsstellung einen Verlust oder einen Gewinn erfährt (*Demharter*, GBO, § 13 Rdnr. 42).

**17** Dass die Beteiligten zu 1 und 2 in ihrer dinglichen Rechtsstellung durch die Eintragung der von ihnen bestellten Grunddienstbarkeit einen Verlust erfahren und demnach antragsberechtigt im Sinne von § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO und wegen der Zurückweisung ihres Eintragungsantrages auch beschwerdeberechtigt sind, ist unzweifelhaft.

**18** Aber auch in Bezug auf die Zurückweisung des Antrages auf Eintragung der von der Beteiligten zu 3 bewilligten Grunddienstbarkeit sind die Beteiligten zu 1 und 2 beschwerdeberechtigt. Eine Grunddienstbarkeit entsteht als dingliches Recht durch eine entsprechende Einigung zwischen dem bewilligenden Grundstückseigentümer und dem aus der Grunddienstbarkeit Berechtigten, das ist der jeweilige Eigentümer des anderen, des herrschenden Grundstücks, § 873 BGB (vgl. *Palandt/Herrler*, 76. Aufl. 2017, § 1018 Rdnr. 28). Die Beteiligten zu 1 und 2 als gegenwärtige Grundstückseigentümer haben sich mit der Beteiligten zu 3 über die Bestellung einer Grunddienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Grundstückseigentümers ihres Grundstücks geeinigt; sie sind die künftig dinglich Berechtigten aus der Grunddienstbarkeit und als unmittelbar Begünstigte antragsberechtigt im Sinne von § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO und wegen der Antragszurückweisung auch beschwerdeberechtigt.

**19** Auch in der Sache erweist sich die Beschwerde gegen die Zurückweisung der Anträge auf Eintragung der mit notarieller Urkunde vom 4.7.2018 bestellten Dienstbarkeiten im Grundbuch als begründet. Das vom Grundbuchamt gesehene Eintragungshindernis besteht nicht.

**20** Die Eintragung eines dinglichen Rechts im Grundbuch setzt voraus, dass das bewilligte und einzutragende Recht eintragungsfähig ist. Eintragungsfähig sind die gesetzlich vorgesehenen dinglichen Rechte und diese nur mit dem gesetzlich gebotenen und erlaubten Inhalt (*Demharter*, GBO, § Anhang zu § 13 Rdnr. 24).

**21** Dienstbarkeiten – wie im hiesigen Fall bewilligt und zur Eintragung beantragt – können nur mit dem in § 1018 BGB gesetzlich vorgegebenen Inhalt im Grundbuch eingetragen werden. Zulässig sind danach drei verschiedene Formen der Grundstücksbelastung, von denen hier ersichtlich nur die erste Alternative, nämlich die Bewilligung einer sog. Benutzungsdienstbarkeit, in Betracht kommt (die 2. Alternative von § 1018 BGB betrifft eine Grunddienstbarkeit, mit der die Unterlassung gewisser tatsächlicher Handlungen geregelt werden soll; die 3. Alternative der Vorschrift regelt die Grunddienstbarkeit zum Ausschluss der Ausübung der aus §§ 903 ff. BGB folgenden Eigentümerrechte; vgl. zu diesen beiden Formen

der Grunddienstbarkeit: *Palandt/Herrler*, § 1018 Rdnr. 19 ff. und 26 ff.; OLG München, BeckRS 2019, 14634).

**22** Gemäß § 1018 Alt. 1 BGB kann ein Grundstück mit einer Grunddienstbarkeit in der Weise belastet werden, dass der jeweilige Eigentümer eines anderen Grundstücks es in einzelnen Beziehungen benutzen darf, sog. Benutzungsdienstbarkeit. Eine derartige Nutzung steht als eine bestimmte, näher definierte Nutzungsart im Gegensatz zu einem umfassenden, nicht näher bezeichneten oder begrenzten Nutzungsrecht. Ein nicht auf bestimmte Nutzungen beschränktes Nutzungsrecht kann Inhalt eines Nießbrauchs (§ 1030 Abs. 1 BGB), nicht jedoch Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein. Das gilt auch dann, wenn seine Ausübung auf eine Teilfläche des dienenden Grundstücks begrenzt ist (BGH, DNotZ 2019, 41 ff.; DNotZ 2015, 113 ff.).

**23** Der Begriff „in einzelnen Beziehungen“ ist im Übrigen weit auszulegen. Möglich ist es auch, das Benutzungsrecht als ausschließliches zu bestellen; dann verpflichtet es den Eigentümer des dienenden Grundstücks zugleich zur Unterlassung einer gleichartigen Benutzung (*Staudinger/Weber*, Neub. 2017, § 1018 Rdnr. 93 m. w. N.; *Palandt/Herrler*, § 1018 Rdnr. 14 m. w. N.).

**24** Die bisherige Rechtsprechung und Teile der Literatur haben ein unspezifisches und damit umfassendes Nutzungsrecht nicht als zulässigen Inhalt einer Grunddienstbarkeit angesehen, weil es – unabhängig davon ob auf Gesamt- oder Teilfläche bezogen – keine Benutzung (nur) in einzelnen Beziehungen darstelle (OLG München, DNotZ 2010, 845 und BeckRS 2019, 14634; BGH, DNotZ 2015, 113 ff. m. w. N.; *BeckOK-BGB/Wegmann/Reischl*, Stand: 1.5.2019, § 1018 Rdnr. 50; *Palandt/Herrler*, § 1018 Rdnr. 15; a. A.: *Staudinger/Weber*, § 1018 Rdnr. 103 zum Stichwort: sonstige Grundstücksbenutzungsrechte; *Kanzleiter*, Anm. zur Entscheidung des OLG München, DNotZ 2010, 849 ff.).

**25** Diese Sichtweise – die auch das Grundbuchamt im hiesigen Verfahren unter Verweis auf die Entscheidung des OLG München (DNotZ 2010, 845) eingenommen hat – hat der BGH in jüngerer Entscheidung, die eine Grunddienstbarkeit an einer baulichen Anlage betraf (DNotZ 2019, 41 ff.), als nicht überzeugend abgelehnt. Bezugspunkt der vom Gesetz verlangten Einräumung von Nutzungen „in einzelnen Beziehungen“ sei das bebaute Grundstück, nicht jedoch das hierauf befindliche Gebäude. Die Beschränkung der Nutzung des Grundstücks liege gerade in der Bezugnahme auf eine bestimmte bauliche Anlage. Die Nutzung eines Gebäudes oder eines Gebäudeteils – beispielsweise eines Raums – sei deshalb schon als solche eine Nutzung des Grundstücks „in einzelnen Beziehungen“, weil das Gebäude und die Lage des Raums die Art der Nutzung langfristig bestimmen würden. Ob die durch die Grunddienstbarkeit bewilligte Benutzung sämtliche Nutzungsarten erfassen oder auf eine bestimmte Nutzungsart beschränkt sein soll, bleibe der Vereinbarung der Eigentümer des herrschenden und des dienenden Grundstücks überlassen. So sei es etwa ohne Weiteres möglich, die eingeräumte Nutzung an einem Raum auf die Nutzung als Abstellraum zu beschränken. Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Grunddienstbarkeit im Sinne des § 1018 BGB sei eine solche Beschränkung jedoch nicht.

**26** Dem schließt sich der Senat aufgrund eigener Würdigung an.

**27** Die vorstehende Argumentation kann auf den hiesigen Sachverhalt angewandt werden. Zwar hatte der BGH über eine Grunddienstbarkeit zur Nutzung einer baulichen Anlage zu entscheiden; das macht jedoch für die Bewertung einer Grunddienstbarkeit zur Nutzung eines Raumes keinen ausschlaggebenden Unterschied. Die Nutzung eines Gebäudes oder eines Gebäudeteils – beispielsweise eines Raums – ist schon als solche eine Nutzung des Grundstücks „in einzelnen Beziehungen“, weil das Gebäude und die Lage des Raums die Art der Nutzung langfristig bestimmen (BGH, DNotZ 2019, 41 ff., juris Rdnr. 24).

**28** Demzufolge ist die Eintragungsfähigkeit der von den Beteiligten bestellten Grunddienstbarkeiten an den beiden Räumen, die sich im ersten Obergeschoss der Häuser auf den beiden verfahrensgegenständlichen Flurstücken (...)2 und (...)4 befinden, zu bejahen. Gegenstand der Bewilligungen ist zum einen die Gestattung der Benutzung des Teils des vorderen Raumes, der auf dem Flurstück (...)4 liegt, ausschließlich durch die jeweiligen Eigentümer des Flurstücks (...)2 und zum anderen die Gestattung der Benutzung des Teils des hinteren Raumes, der auf dem Flurstück (...)2 liegt, ausschließlich durch die jeweiligen Eigentümer des Flurstücks (...)4. Die gestattete Raumnutzung ist jeweils die Gestattung der Nutzung der Grundstücke „in einzelnen Beziehungen“, denn das Gesamtgebäude – ein ehemaliges Bauernhaus – und die Lage der beiden Räume bestimmen die Art der Nutzung langfristig. Die weitere Frage, ob das jeweils bewilligte Nutzungsrecht sämtliche denkbaren Nutzungsarten erfasst oder auf eine oder mehrere Nutzungsarten beschränkt sein soll, bleibt der schuldrechtlichen Vereinbarung der Beteiligten überlassen. Dass schließlich die Nutzung unter Ausschluss des jeweiligen Eigentümers bewilligt wird, ist zulässig, denn eine Benutzungsdienstbarkeit kann, wie ausgeführt, auch als ausschließliches Benutzungsrecht vereinbart werden.

**29** Ferner ergeben sich auch unter den Gesichtspunkten des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgebots und des Publizitätserfordernisses des Grundbuchs (gestützt auf diese Erfordernisse hatte das OLG München, DNotZ 2010, 845, eine Grunddienstbarkeit an einem Zimmer als unzulässig bewertet) keine Bedenken an der Zulässigkeit der von den Beteiligten bewilligten Grunddienstbarkeiten.

**30** Aufgabe des Grundbuchs ist es, die Leichtigkeit und Sicherheit des Rechts- und Geschäftsverkehrs im Bereich der Liegenschaften zu gewährleisten. Der Inhalt eines im Grundbuch eingetragenen Rechts muss aufgrund objektiver Umstände erkennbar und für einen Dritten verständlich sein, so dass dieser in der Lage ist, die hieraus folgende höchstmögliche Belastung des Grundstücks einzuschätzen oder zumindest eine ungefähre Vorstellung davon zu gewinnen, welche Bedeutung die Dienstbarkeit für das Eigentum haben kann (BGH, Entscheidung vom 13.9.2018, a. a. O.; NJW-RR 2015, 208 ff.; vgl. auch *Demharter*, GBO, Anh. zu § 13 Rdnr. 5 m. w. N.).

**31** Auf der Grundlage der zur Eintragung angemeldeten Dienstbarkeiten lassen sich die Ausübungsbereiche der beiden Grunddienstbarkeiten, nämlich die beiden im ersten Obergeschoss auf der Grundstücksgrenze liegenden Räume,

eindeutig zuordnen. Jeder objektive Betrachter der Örtlichkeit, der im Übrigen nur die Grundbucheinträge kennt, kann zweifelsfrei erkennen, welche beiden Räume gemeint sind. Auch der Inhalt der bewilligten Benutzung der beiden Räume im Sinne der höchstmöglichen Belastung der Grundstücke ist für einen unbefangenen Betrachter ohne Weiteres erkennbar. Er kann aufgrund der Grundbucheinträge davon ausgehen, dass die Grunddienstbarkeiten zugunsten der Eigentümer der jeweils herrschenden Grundstücke im Verhältnis zum Eigentümer der jeweils dienenden Grundstücke die Rechte begründen, die näher beschriebenen Räumlichkeiten in jeder Hinsicht zu nutzen.

**32** Nach alledem war die angefochtene Entscheidung aufzuheben und das Grundbuchamt anzuweisen, über die Eintragungsanträge vom 9.7.2018 nach Maßgabe der Gründe dieses Beschlusses neu zu befinden.

**33** III. Im Hinblick auf den Erfolg des Rechtsmittels bedarf es einer Kostenentscheidung für das Beschwerdeverfahren ebenso wenig wie einer diesbezüglichen Wertfestsetzung. Eine Zulassung der Rechtsbeschwerde ist deshalb nicht geboten, weil eine solche mangels Beschwer der Beteiligten zulässigerweise nicht eingelegt werden könnte.

#### ANMERKUNG:

Von Notar a. D. Dr. **Rainer Kanzleiter**, Ulm

Durch den Beschluss des BGH vom 13.9.2018<sup>1</sup> wird das OLG Düsseldorf – meines Erachtens zu Recht – ermutigt, die beiden „gegenseitigen“ Grunddienstbarkeiten in das Grundbuch eintragen zu lassen. Diese Anmerkung knüpft an meine Ausführungen zur Entscheidung des BGH an.

Die Frage, um die es geht, beschäftigte schon Generationen von Richtern und Notaren: Schon in dem durch Beschluss des Bundesrates vom 31.1.1888 in Erster Lesung festgestellten Entwurf des BGB<sup>2</sup> bestimmte § 966, dass durch eine Grunddienstbarkeit der Eigentümer des berechtigten Grundstücks das belastete Grundstück „in einzelnen Beziehungen benutzen darf“. Bis heute ist diese Berechtigung zur „Benutzung in einzelnen Beziehungen“ ein Anlass für Zweifel. Diese Zweifel können zu Streitigkeiten von außerordentlicher wirtschaftlicher Bedeutung führen.<sup>3</sup> Vor der Bestellung einer langfristigen Nutzungsdienstbarkeit sind diese eventuellen Folgen zu bedenken!

#### I. Einbeziehung des BGH in das Eintragungsverfahren

Immer wieder hatte und hat der Gesetzgeber über die Einbeziehung des BGH in die Rechtsprechung zu entscheiden. Das hat einerseits in einem Maß zu geschehen, das die Einheitlichkeit der Rechtsprechung gewährleistet, und darf andererseits den BGH nicht überlasten. Im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit wollte der Gesetzgeber mit der Rechts-

1 V ZB 2/18, MittBayNot 2019, 336 mit Anm. von *Kanzleiter* = DNotZ 2019, 41.

2 Erste Lesung, Berlin 1887.

3 Man lese, was der Eigentümer des belasteten Grundstücks in dem vom BGH am 13.9.2018 entschiedenen Fall alles unternommen hat, um die lästige Dienstbarkeit „loszuwerden“!

beschwerde nach § 70 FamFG (§ 78 GBO) dem BGH gegenüber der früheren Divergenzvorlage nach § 28 Abs. 2 FGG in stärkerem Umfang Gelegenheit geben, die Rechtsprechung durch Leitentscheidungen zu prägen und fortzuentwickeln.<sup>4</sup> In Verfahren zur Eintragung in Register und das Grundbuch stößt diese Absicht aber auf das Hindernis, dass sie dem Antragsteller, der eine Eintragung begehrt, zwar eine „zweite Chance“ einräumt,<sup>5</sup> aber dem BGH keine Möglichkeit gibt, einzugreifen, wenn das OLG – wie hier das OLG Düsseldorf – eine positive Entscheidung getroffen hat.

Zu überdenken wären die Vorteile und die Nachteile, die es hätte, wenn das OLG verpflichtet würde, unter den Voraussetzungen des § 78 GBO (wenn die „Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung“ es erfordert) dem BGH die Entscheidung über die Eintragung zu überlassen. Der Nachteil bestünde allein in der zusätzlichen Belastung des BGH. Eine Entscheidung des BGH schon im Eintragungsverfahren zu ermöglichen, wäre doch vernünftiger, als dem BGH erst in einem streitigen Zivilprozess<sup>6</sup> oder in einem späteren Verfahren um die vom Eigentümer des belasteten Grundstücks beantragte Amtslöschung nach § 53 GBO<sup>7</sup> Gelegenheit zur Prüfung und Entscheidung zu geben, ob die Dienstbarkeit nicht doch zu löschen ist.

## II. Eintragungsfähigkeit im entschiedenen Fall

Dass ich die Entscheidung des OLG Düsseldorf für richtig halte, habe ich bereits angedeutet. Zur vom Gesetz verlangten Einschränkung der Nutzungsmöglichkeiten durch den Dienstbarkeitsberechtigten<sup>9</sup> dient regelmäßig die Angabe der zulässigen Art der Nutzung (oder die Aufzählung der zulässigen Nutzungsarten). Die vorgeschriebene Konkretisierung der zulässigen Nutzungsmöglichkeiten des Dienstbarkeitsberechtigten kann aber auch in anderer Weise geschehen, etwa durch die Angabe des Gegenstands der Nutzung, wenn sich daraus – wie im konkreten Fall – der Inhalt der Nutzungsmöglichkeit ergibt. Denn über die Möglichkeit zur Nutzung eines Raumes entscheiden die tatsäch-

4 BT-Drucks. 16/6308, S. 167. Einerseits habe ich Zweifel, ob dieses Ziel erreicht wird. Andererseits ist anzuerkennen, wenn die OLG (wie auch im konkreten Fall das OLG Düsseldorf) ihre Funktion als letzte Tatsacheninstanz mit überzeugender rechtlicher Beurteilung verbinden (siehe *Wendt*, ErbR 2019, 625).

5 Siehe wieder BGH, Beschluss vom 13.9.2018, V ZB 2/18, MittBayNot 2019, 336.

6 Siehe BGH, Beschluss vom 13.9.2018, V ZB 2/18, MittBayNot 2019, 336 in der Vorgeschichte Rdnr. 3; siehe auch Rdnr. 3, 5 zur eingeschränkten Rechtskraft eines klageabweisenden Urteils, in dem das Bestehen der Dienstbarkeit nur eine präjudizielle Rechtsfrage darstellte; siehe dazu nur *Staudinger/Gursky*, Neub. 2013, § 894 Rdnr. 166 m. zahlr. Nachw.; *Palandt/Herrler*, 79. Aufl. 2020, § 894 Rdnr. 12.

7 Wie in dem Verfahren, das zum Beschluss des BGH vom 13.9.2018, V ZB 2/18, führte. Der Eigentümer hatte die belasteten Grundstücke 2005 erworben und wollte sie offensichtlich neu bebauen.

8 Siehe zu dieser Voraussetzung in der neueren Literatur *Amann ZfIR* 2015, 208 (in einer Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 6.11.2014, V ZB 131/13); *Herrler*, RNotZ 2016, 368; *Staudinger/Johannes Weber*, Neub. 2017, § 1018 Rdnr. 92 ff.

lichen Verhältnisse,<sup>9</sup> seine bauliche Ausgestaltung, seine Lage im Gebäude und seine Zuordnung im Verhältnis zu anderen Raumeinheiten.<sup>10</sup> Im konkreten Fall wird die Nutzung der belasteten Räume durch ihre faktische Zuordnung zu einer anderen Raumeinheit des Dienstbarkeitsberechtigten bestimmt.

Das OLG Düsseldorf hat die Überlegungen des BGH zu der „baulichen Anlage“, die die Nutzungsmöglichkeiten in dem am 13.9.2018 entschiedenen Fall bestimmte und beschränkte, auf die beiden „Räume“ in seinem Fall weitergedacht. Gerade weil mich diese Überlegungen überzeugen, hätte ich sie im Interesse der Rechtssicherheit lieber vom BGH gelesen. Wenn eine Nutzungsdienstbarkeit eingetragen ist, würde doch eine spätere Entscheidung nach § 53 GBO zu schwer erträglichen Konsequenzen führen!

9 Siehe meine Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 13.9.2018, V ZB 2/18, MittBayNot 2019, 340, 341.

10 A. A. OLG München, Beschluss vom 22.2.2010, 34 Wx 3/10, MittBayNot 2010, 388 m. zust. Anm. von *Demharter* = DNotZ 2010, 845 m. abl. Anm. von *Kanzleiter* (nicht gerechtfertigt ist eine Art „Umkehrschluss“ aus § 1093 BGB, *Staudinger/Johannes Weber*, § 1018 Rdnr. 103; *Kanzleiter*, DNotZ 2010, 845, 851).

## 7. Aufteilung bei grundstücksübergreifender Tiefgarage

KG, Beschluss vom 10.9.2019, 1 W 127/19, mitgeteilt von **Ronny Müller**, Richter am KG

*BGB §§ 93, 94, 912, 946*  
*WEG §§ 1, 3, 8*

### LEITSATZ:

**Teilt der Eigentümer benachbarter Grundstücke diese jeweils nach § 8 WEG, steht der Begründung von Teileigentum an Tiefgaragenplätzen nicht entgegen, dass sich die Tiefgarage unter allen Grundstücken erstreckt, wenn sich die einzelnen Stellplätze jeweils unter dem konkret zur Teilung vorgesehenen Grundstück befinden.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte ist als Eigentümerin im Grundbuch des im Beschlusseingang bezeichneten Grundstücks – Blatt 1(...) – sowie des hierzu benachbarten, auf Blatt 9(...) gebuchten Grundstücks eingetragen. Beide Grundbücher sind in der zweiten Abteilung lastenfrei. Auf den Grundstücken befindet sich eine einheitliche Tiefgarage, die durch eine Ein- und Ausfahrt auf dem Grundstück Blatt 1(...) erschlossen wird.

2 Am 17.10.2017 erklärte die Beteiligte zur UR-Nr. (...) 7(...) / 2(...) des Notars J(...) B(...) in Berlin unter Bezugnahme auf die Abgeschlossenheitsbescheinigungen des Bezirksamts S(...) Z(...) von Berlin Nr. 2(...) /1(...) und 2(...) /2(...) die Teilung des Grundstücks in 47 Wohnungs- und 18 Teileigentumsrechte. Die Teileigentumsrechte sollten an einzelnen Stell-

plätzen in dem Teil der Tiefgarage begründet werden, der sich unter dem Grundstück Blatt 1539 befindet. Auf den Vollzugsantrag des Urkundsnotars vom 18.10.2017 wies das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 12.1.2018 u. a. darauf hin, dass es sich bei der Tiefgarage um einen Überbau handle und nicht ersichtlich sei, dass das aufzuteilende Grundstück das Stammgrundstück sei, von dem aus der Überbau erfolgt sei. Es sei der grundbuchtaugliche Nachweis erforderlich, dass die Tiefgarage Bestandteil des aufzuteilenden Grundstücks sei.

**3** Darauf erklärte die Beteiligte am 14.11.2018 zur UR-Nr. (...) 8(...) /2(...) des Notars J(...) B(...) in B(...) unter Bezugnahme auf die UR-Nr. (...) 7(...) /2(...) sowie die Ergänzungsbescheinigung Nr. 2(...) /2(...) des Bezirksamts S(...) -Z(...) mit gestempelten Plänen, Ansichten und Schnitten die Aufteilung des Grundstücks in Wohnungs und Teileigentumsrechte, darunter 17 Teileigentumsrechte an Stellplätzen in der Tiefgarage.

**4** Der Urkundsnotar hat den Vollzug der Teilung mit Schriftsatz vom 18.10.2017 bei dem Grundbuchamt beantragt. Dieses hat mit Zwischenverfügung vom 11.2.2019 unter Punkt a) erneut auf das Erfordernis eines grundbuchtauglichen Nachweises hingewiesen, dass die Tiefgarage „Bestandteil des Gebäudes/Grundstücks in L(...) Blatt 1(...)“ sei. Hiergegen richtet sich die Beschwerde vom 15.2.2019, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 14.3.2019 nicht abgeholfen hat.

**5** Einen entsprechenden Antrag vom 31.5.2018 auf Aufteilung des Nachbargrundstücks Blatt 9(...) in Wohnungs- und Teileigentum hat das Grundbuchamt mit Beschluss vom 27.2.2019 zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete Beschwerde vom 5.3.2019 ist bei dem Senat zum Geschäftszeichen 1 W 128/19 anhängig.

**6** II. Die Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO, und hat auch in der Sache Erfolg. Das zu Punkt a) der angefochtenen Zwischenverfügung aufgezeigte Eintragungshindernis besteht nicht, sodass insoweit kein Anlass für ihren Erlass gegeben war, § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO.

**7** Allerdings setzt die Begründung von Teileigentum voraus, dass Grundstück und Gebäude eigentumsrechtlich eine Einheit bilden (Bauer/Schaub/Schneider, GBO, 4. Aufl., AT E Rdnr. 29). Der Senat hat bereits entschieden, dass dies dem Grundbuchamt gesondert nachzuweisen ist, wenn das Gebäude zum Teil auf einem anderen als dem aufzuteilenden Grundstück steht. Denn im Falle eines solchen Überbaus kollidieren die Regelungen der § 94 Abs. 1, § 946 BGB – Akzession – mit denen der §§ 93, 94 Abs. 2 BGB – Gebäudeeinheit – (Senat, Beschluss vom 19.8.2015, 1 W 765/15, MittBayNot 2016, 145, 146). Der von der Beteiligten angestrebte Vollzug der Teilungserklärung vom 14.11.2018, § 7 WEG, käme nicht in Betracht, wenn die auf beiden Grundstücken errichtete Tiefgarage als wesentlicher Bestandteil allein dem Nachbargrundstück zuzuordnen wäre. Für eine solche Annahme fehlt hier jedoch jeder Anhalt.

**8** Zwar soll nach dem Zweckgedanken der Überbauvorschriften, wirtschaftliche Werte möglichst zu erhalten, im Fall des entschuldigenden Überbaus der in das Grundstück des Nachbarn hineinragende Überbau nicht im Eigentum des Nachbarn stehen, sondern vielmehr wesentlicher Bestandteil des Grund-

stücks bleiben, von dem aus übergebaut worden ist. Und dieser Gedanke soll auch im Fall des Eigengrenzüberbaus gelten, also dann, wenn beide Grundstücke demselben Eigentümer gehören (BGHZ 102, 311, 314; *Tersteegen*, RNotZ 2006, 433, 446). Voraussetzung für eine einheitliche Zuordnung des Gebäudes zu einem der beiden Grundstücke ist hingegen, wie stets, dass eines der Grundstücke als Stammgrundstück anzusehen ist, von dem das Gebäude also auf das Nachbargrundstück hinüber gebaut worden ist (BGHZ 110, 298, 302). Hierfür kommt es in erster Linie auf die Absichten und wirtschaftlichen Interessen des Erbauers an (BGHZ 62, 141, 146). Auf sie kann ggf. aus objektiven Gegebenheiten geschlossen werden (BGHZ 110, 298, 303).

**9** Nach diesen Grundsätzen kann hier nicht auf ein Stammgrundstück geschlossen werden. Vielmehr folgt aus den Teilungserklärungen der Beteiligten zum hiesigen Grundstück und dem Nachbargrundstück der Wille zu einer vertikalen Teilung des Gebäudes an der Grundstücksgrenze, § 94 Abs. 1, § 946 BGB. So befinden sich sämtliche Stellplätze jeweils in dem Teil der Tiefgarage, der auf dem aufzuteilenden Grundstück belegen ist. Nach der das Grundstück Blatt 1 (...) betreffenden Teilungserklärung sollen 17 jeweils in dem dort belegenen Teil befindliche Stellplätze in Teileigentum aufgeteilt werden, während die übrigen, von der zum Grundbuchblatt 9 (...) abgegebenen Teilungserklärung erfassten Stellplätze auf dem dortigen Grundstück belegen sind und ebenfalls in Teileigentum – verbunden mit Miteigentumsanteilen nur an dem Grundstück Blatt 9 (...) – aufgeteilt werden sollen. Das entspricht jeweils den Anforderungen des § 1 Abs. 4 WEG, wonach Teileigentum nicht in der Weise begründet werden kann, dass das Sondereigentum mit Miteigentum an mehreren Grundstücken verbunden wird.

**10** In diesem Zusammenhang kommt es nicht darauf an, ob die Beteiligte die Tiefgarage errichtet hat, also ihre „Erbauerin“ ist. Auch wenn die Tiefgarage von einem früheren Eigentümer der Grundstücke mit anderen Absichten errichtet worden wäre, schließt dies eine spätere vertikale Teilung des Gebäudes an der Grundstücksgrenze nicht aus (vgl. BGH, DNotZ 2004, 373, 375). Nach sachenrechtlichen Grundsätzen wäre hierfür eine Einigung der Grundstückseigentümer und ein nach außen tretender Akt erforderlich (BGH, a. a. O.). Da die Beteiligte hier Eigentümerin beider Grundstücke ist, tritt an Stelle der Einigung deren nach außen erkennbarer Wille zur Teilung der Tiefgarage entlang der Grundstücksgrenze. Diesen Willen hat sie durch die jeweiligen Teilungserklärungen zum Ausdruck gebracht.

**11** Die objektiven Gegebenheiten, soweit sie aus den eingereichten Eintragungsunterlagen ersichtlich sind, vgl. § 29 GBO, § 7 WEG, stehen diesem Verständnis der Erklärungen der Beteiligten nicht entgegen. Sie lassen keine Rückschlüsse auf ein Stammgrundstück zu, da die Unterschiede hinsichtlich Lage, Umfang und wirtschaftlicher Bedeutung (vgl. BGH, DNotZ 2002, 290, 292) der mit der Tiefgarage bebauten Grundstücksflächen nur geringfügig sind. Es ist nicht ersichtlich, dass die Tiefgarage für eines der Grundstücke eine größere wirtschaftliche Bedeutung haben könnte. Auf beiden Grundstücken befinden sich Gebäude, die in Wohn- und Teileigentumsrechte aufgeteilt werden sollen. Der auf dem

Grundstück Blatt 9085 belegene Teil der Tiefgarage ist etwas größer (21 Stellplätze) als der andere Teil (17 Stellplätze), hingegen befindet sich die Zu- und Ausfahrt auf dem Grundstück Blatt 1 (...).

**12** Der Annahme einer vertikalen Teilung der Tiefgarage steht schließlich nicht das Erfordernis der Abgeschlossenheit des Sondereigentums entgegen, § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG. Abgeschlossen müssen die Sondereigentumsrechte lediglich innerhalb der Wohnungseigentumsanlage sein, d. h. gegenüber den anderen Sondereigentumsrechten. Das ist grundsätzlich auch bei Stellplätzen in einer Tiefgarage möglich, § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG. Das Bezirksamt S(...)-Z(...) von Berlin hat die Abgeschlossenheit – auch – der Stellplätze bescheinigt, § 7 Abs. 4 Satz 1 WEG. Auf eine Abgeschlossenheit gegenüber dem Nachbargrundstück kommt es hingegen nicht an, hier ist allein die Grundstücksgrenze maßgeblich (Bauer/Schaub/Schneider, GBO, AT E Rdnr. 42; *Tersteegen*, a. a. O., 457; *Oppermann*, DNotZ 2015, 662, 667), die ausweislich der beigefügten Pläne von keinem der Stellplätze auf beiden Grundstücken tangiert wird (vgl. *Berg*, RNotZ 2018, 505, 533 f.).

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Thomas Bernhard**, LL.M. (Galway), Vilsbiburg

Das KG befasst sich in diesem Beschluss mit der in der notariellen Praxis häufig vorkommenden Frage, wie man bei Mehrhausanlagen auf verschiedenen Grundstücken mit den Stellplätzen in der Tiefgarage umgeht, wenn sich die Tiefgarage über mehrere Grundstücke erstreckt. Das KG hält es für möglich, die Tiefgaragenausschnitte auf dem jeweiligen Grundstück separat zu betrachten und Teileigentum an den einzelnen Tiefgaragenstellplätzen zu begründen, wenn drei Voraussetzungen gegeben sind:

- Erstens darf kein Stammgrundstück erkennbar sein.
- Zweitens muss sich der jeweilige Stellplatz vollständig auf dem jeweiligen Grundstück befinden.
- Drittens muss die Abgeschlossenheit der jeweiligen Stellplätze bescheinigt werden.

Der Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen und es wäre für die Praxis wünschenswert, wenn diese Gestaltung unter den vom KG dargestellten Voraussetzungen rechtssicher gewählt werden könnte. Dennoch ist hiervor zu warnen, da die Entscheidung des KG eine Rechtssicherheit suggeriert, die so (jedenfalls noch) nicht gegeben ist. Entscheidend kommt es nämlich auf die vom KG nur mit einem Satz gestreifte Frage an, ob dieser Gestaltung die fehlende Abgeschlossenheit des Tiefgaragenausschnitts gegenüber dem Nachbargrundstück entgegensteht. Aus diesem Grund halten nämlich mehrere (in dem Beschluss des KG nicht erwähnte) Gerichte und Literaturstimmen diese Gestaltung für unzulässig.

#### 1. Die Voraussetzungen für diese Gestaltung nach dem Beschluss des KG

Zunächst ist zu konstatieren, dass den Ausführungen des KG und den drei in dem Beschluss aufgestellten Voraussetzungen zuzustimmen ist.

Zunächst prüft das KG richtigerweise, ob ein Stammgrundstück erkennbar ist, da dies dazu führen würde, dass der Teil der Tiefgarage auf dem anderen Grundstück einen Überbau darstellt und somit dieser Teil eigentumsrechtlich zu dem Stammgrundstück gehören würde. Wenn aber kein Stammgrundstück festgestellt werden kann, dann wird bei dem Eigengrenzüberbau (wenn nicht eine abweichende Regelung – beispielsweise mittels einer Überbaugrunddienstbarkeit – getroffen wird, vgl. dazu unter 4.) jeder Gebäudeteil wesentlicher Bestandteil des Grundstücks, auf dem er steht (sog. lotgerechte Teilung).<sup>1</sup> Das KG stellt hierzu auch richtigerweise fest, dass hier ein Stammgrundstück nicht erkennbar ist, da es maßgeblich auf die Interessen und Absichten des Erbäuers ankommt und dieser hier durch die beiden Teilungserklärungen eindeutig zum Ausdruck gebracht hat, dass kein Stammgrundstück entstehen soll, sondern die Tiefgarage vertikal entlang der Grundstücksgrenze geteilt werden soll.

Zutreffend ist auch, dass die Begründung des Teileigentums nur dann zulässig sein kann, wenn sich der jeweilige Tiefgaragenstellplatz vollständig auf dem jeweiligen Grundstück befindet, an dem das Teileigentum begründet werden soll. Dies folgt schon aus § 1 Abs. 4 WEG.

Schließlich bejaht das Gericht unter Verweis auf die Abgeschlossenheitsbescheinigung auch die dritte Voraussetzung, nämlich die Abgeschlossenheit der einzelnen Stellplätze nach § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG.

#### 2. Problem: Die (fehlende) Abgeschlossenheit gegenüber dem Nachbargrundstück

Mit nur einem Satz stellt das Gericht aber fest, dass es auf die Abgeschlossenheit gegenüber dem Nachbargrundstück nicht ankomme, da hierfür allein die Grundstücksgrenze maßgeblich sei. Als Beleg werden drei Literaturfundstellen angegeben.<sup>2</sup>

Es fehlt in der Entscheidung des KG aber der Hinweis, dass es hierzu in Rechtsprechung und Literatur eine nicht zu vernachlässigende andere Auffassung gibt. Das LG Nürnberg-Fürth hat in einem sehr ähnlichen Fall entschieden, dass an Stellplätzen in einem Tiefgaragenbauwerk, das sich über mehrere Grundstücke erstreckt, kein Sondereigentum begründet werden kann.<sup>3</sup> Auch im Palandt<sup>4</sup> heißt es unter Verweis auf einen Beschluss des OLG Celle,<sup>5</sup> dass kein Sondereigentum möglich ist an einem Stellplatz in einer seitenoffenen Garage, ohne dass danach differenziert wird, ob die seitliche Öffnung zum Gemeinschaftseigentum auf demselben Grundstück oder zum Nachbargrundstück besteht. Unter Verweis auf dasselbe Urteil des OLG Celle wird

1 Palandt/*Herrler*, 78. Aufl. 2019, § 912 Rdnr. 14; zust. zu der hier besprochenen Entscheidung diesbezüglich auch bereits BeckOK-BGB/*Fritzsche*, Stand: 1.2.2020, § 94 Rdnr. 12.

2 Rdnr. 12 der besprochenen Entscheidung.

3 LG Nürnberg-Fürth, Beschluss vom 21.10.1987, 13 T 7256/87, DNotZ 1988, 321.

4 Palandt/*Wicke*, § 3 WEG Rdnr. 8.

5 OLG Celle, Beschluss vom 13.6.1991, 4 W 61/91, NJW-RR 1991, 1489.

eine solche Grundbucheintragung in einem Kommentar zur GBO sogar als Beispiel für eine Amtslöschung genannt.<sup>6</sup>

Klarzustellen ist allerdings, dass dies in Rechtsprechung und Literatur eine Mindermeinung ist. Es gibt bereits mehrere Gerichtsentscheidungen, die diese Gestaltung wie das KG ausdrücklich für zulässig halten.<sup>7</sup> Auch die herrschende Meinung in der Literatur hält die Gestaltung für zulässig.<sup>8</sup> Dem ist auch zuzustimmen: § 3 Abs. 2 WEG fordert nur, dass das jeweilige Sondereigentum in sich abgeschlossen sein muss, wobei nach Satz 2 bei Garagenstellplätzen auch ausreicht, wenn ihre Flächen durch dauerhafte Markierungen ersichtlich sind. Es gibt im WEG schlicht keine Norm, die fordert, dass das Gemeinschaftseigentum räumlich von dem Nachbargrundstück abgegrenzt sein muss. Das ist auch nicht erforderlich: Das Abgeschlossenheitserfordernis nach dem WEG dient nur dazu, sicherzustellen, dass jede Sondereigentumseinheit eindeutig von allen anderen Sondereigentumseinheiten und vom Gemeinschaftseigentum auf demselben Grundstück abgegrenzt ist. Für die eindeutige Abgrenzung vom Nachbargrundstück ist eine Abgeschlossenheit aber nicht erforderlich, denn diese Abgrenzung ist durch die rechtliche Grundstücksgrenze eindeutig festgelegt.<sup>9</sup> Es ist daher zum Beispiel auch möglich, dass sich bei zwei benachbarten, jeweils nach WEG aufgeteilten Grundstücken jeweils im Erdgeschoss ein Laden befindet und dass der Laden sich über beide Gebäude und Grundstücke erstreckt, ohne dass sich an der Grundstücksgrenze innerhalb des Ladens eine bauliche Abgrenzung oder auch nur eine Markierung befindet.<sup>10</sup>

Zu der Gegenauffassung ist anzumerken, dass die Entscheidung des OLG Celle, auf die sich die Kommentierungen im Palandt und im Meikel stützen, einen anderen Fall betrifft: Es geht dabei um eine Tiefgarage, die auf eine Seite nach außen offen ist, also ohne eine Zugangssperre zu der Tiefgarage als solche. Das OLG Celle hat daher die Gebäudeeigenschaft verneint mit dem Hinweis, dass in diesem Fall keine Abgrenzung mehr zu einem Stellplatz auf einer Freifläche möglich ist. Auch darüber kann man sicherlich streiten.<sup>11</sup> Es geht in dieser Fallgestaltung aber jedenfalls nicht um die Notwendigkeit der Abgrenzung zu einem anderen Grundstück, sodass auch die sich hierauf beziehenden Kommentierungen im Palandt und im Meikel wohl nicht den hier besprochenen Fall einer zum Nachbargrundstück seitenoffenen Tiefgarage betreffen sollen, solange auf dem Zufahrtsgrundstück eine Zugangssperre zu der Tiefgarage

besteht.<sup>12</sup> Wirklich vertreten wird die Gegenauffassung also soweit ersichtlich nur in der Entscheidung des LG Nürnberg-Fürth<sup>13</sup> aus dem Jahr 1987.

### 3. Fazit

Der Entscheidung des KG ist vollumfänglich zuzustimmen. Es ist unter den genannten Voraussetzungen möglich, Sondereigentum an einem Tiefgaragenstellplatz zu begründen und dieses Sondereigentum in die Aufteilung des Grundstücks einzubeziehen, auf dem sich der Stellplatz befindet, auch wenn sich die Tiefgarage über mehrere Grundstücke erstreckt.

Ob das in der Praxis häufig die am besten geeignete Gestaltung ist, erscheint aber dennoch fraglich. Neben der Gefahr, dass das Grundbuchamt doch dem LG Nürnberg-Fürth und den zumindest missverständlichen Kommentierungen in Palandt und Meikel folgt und die Eintragung ablehnt oder gar nachträglich eine Amtslöschung vornimmt, treten praktische Schwierigkeiten auf. Zunächst muss sichergestellt werden, dass wirklich keiner der Stellplätze von der Grundstücksgrenze durchschnitten wird. Zudem wird zum Teil gefordert, dass die jeweilige Tiefgarage unter dem Grundstück Gebäudeeigenschaft haben muss, weshalb demnach zumindest eine eigene Statik für jeden Tiefgaragenteil angestrebt werden sollte (zum Beispiel Grenzwall mit Durchfahrtsöffnung oder Pfeilerreihen).<sup>14</sup> Der Bauträger wird über solche Vorgaben des Notars bzgl. der Planung des Vorhabens wahrscheinlich wenig erfreut sein. Schließlich ist diese Gestaltung auch rechtlich nur vermeintlich weniger umständlich als beispielsweise die in Ziffer 4 dargestellte Überbaulösung: So spart man sich zwar die Bestellung von Überbaugrunddienstbarkeiten. Gleichwohl muss aber die Kostentragung für die Erhaltung der Tiefgarage zwischen den Eigentümern der Sondereigentumseinheiten auf den verschiedenen Grundstücken geregelt werden und auch die Zufahrt zu der auf dem hinteren Grundstück gelegenen Tiefgarage ist durch die Eintragung von Grunddienstbarkeiten abzusichern.<sup>15</sup>

### 4. Alternativgestaltungen

Eine rechtssichere Alternative ist es in jedem Fall, die betroffenen Flurstücke zunächst zu einem Grundstück zu vereinigen und dann die Gesamtanlage nach WEG aufzuteilen, wobei für die einzelnen Häuser und Tiefgaragen Untergemeinschaften gebildet werden können.

Ist dies nicht gewünscht, kann man versuchen, zumindest die vertikale Spaltung der Tiefgarage entlang der Grundstücksgrenze zu verhindern, insbesondere durch die Bestellung einer oder mehrerer Überbaugrunddienstbarkeiten. Hierdurch wird erreicht, dass das Eigentum an der Tiefgarage vollständig zu einem der Grundstücke gehört. Vorge-

6 Meikel/Schneider, GBO, 11. Aufl. 2015, § 53 Rdnr. 293.

7 LG Bonn, Beschluss vom 15.6.1982, 4 T 247/82, MittBayNot 1982, 14; LG München I, Beschluss vom 5.8.1988, 1 T 11 893/88, MittBayNot 1988, 237; LG Düsseldorf, Beschluss vom 7.1.1985, 25 T 252/83, MittRhNotK 1985, 126.

8 Bauer/Schaub/Schneider, GBO, 4. Aufl. 2018, Teil E. Rdnr. 84; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Fn. 138 zu Rdnr. 2835.

9 So auch BeckOK-WEG/Gerono, Stand: 1.2.2020, § 3 Rdnr. 51; Beck'sches Notar-Handbuch/Rapp, 7. Aufl. 2019, § 3 Rdnr. 20.

10 BayObLG, Beschluss vom 11.10.1990, BReg. 2 Z 95/90, DNotZ 1991, 480.

11 Kritisch etwa Röhl, DNotZ 1992, 221 f.

12 Ähnlich Berg, RNotZ 2018, 505, 533 f.

13 Fn. 3; vgl. zu dieser Entscheidung mit krit. Anm. bereits Röhl, DNotZ 1988, 321 ff.

14 So Bauer/Schaub/Schneider, GBO, Teil E. Rdnr. 84.

15 Vgl. dazu ausf. mit Formulierungsvorschlägen Berg, RNotZ 2018, 505, 533.

schlagen wird auch, ein separates Grundstück mit der Zufahrt zur Tiefgarage zu vermessen und dieses als herrschendes Grundstück der Überbaudienstbarkeiten zu bestimmen.<sup>16</sup> Es sei aber darauf hingewiesen, dass die Zulässigkeit dieser Gestaltung in der Literatur ebenfalls angezweifelt wird, insbesondere mit Blick auf § 1019 BGB sowie § 93 BGB, vor allem, wenn eine bautechnische Verzahnung der Tiefgarage mit den aufstehenden Gebäuden vorliegt.<sup>17</sup>

Auch der Vorschlag, für die Tiefgarage ein Gesamterbbau-recht an allen Grundstücken zu bestellen, ist wegen § 1 Abs. 3 ErbbauRG nicht rechtssicher umsetzbar.<sup>18</sup>

Wer sich als vorsichtiger Vertragsgestalter nicht für die Überbaulösung entscheidet, der sieht sich mit der Problematik der vertikalen Teilung der Tiefgarage konfrontiert. Bei der vertikalen Teilung der Tiefgarage bleibt dann nur die Möglichkeit der Bestellung von Sondernutzungsrechten an den einzelnen Stellplätzen<sup>19</sup> mit den damit verbundenen bekannten Nachteilen oder eben doch die vom KG in der hier besprochenen Entscheidung gebilligte Lösung.

16 *Tersteegen*, RNotZ 2006, 433; für zulässig erachtet von OLG Stuttgart, Beschluss vom 5.7.2011, 8 W 229/11, FGPrax 2011, 285.

17 Abl. z. B. *Berg*, RNotZ 2018, 505, 531 f.; *Oppermann*, DNotZ 2015, 662, 664 f.; vgl. dazu aber bereits zutr. DNotI-Report 2009, 49 und 2011, 129.

18 *Oppermann*, DNotZ 2015, 662, 663 f.

19 Dies ist immer möglich, da hier eine Abgeschlossenheit nicht erforderlich ist, vgl. *Berg*, RNotZ 2018, 505, 533; *Oppermann*, DNotZ 2015, 662, 668. Sollte einer der Stellplätze durch die Grundstücksgrenze durchschnitten werden, müsste dann für die auf dem Nachbargrundstück liegende Teilfläche des Stellplatzes eine Überbaugrunddienstbarkeit bestellt werden.

## 8. Grundbuchberichtigung ohne Voreintragung der früheren Erben bei Übertragung der Erbteile auf Dritte

KG, Beschluss vom 3.9.2019, 1 W 171/19, mitgeteilt von Dr. **Annette Rieger**, Richterin am KG

*BeurkG* § 44a Abs. 2 Satz 1 und 2

*BGB* §§ 894, 2033 Abs. 1, § 2040 Abs. 1

*GBO* §§ 13, 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, § 22 Abs. 1, §§ 35, 39 Abs. 1

*GBV* § 9 Abs. 1d

### LEITSATZ:

**Werden nach dem Tod des eingetragenen Berechtigten Erbteile (auf Miterben oder Dritte) übertragen, sind nicht die Erben, sondern stets diejenigen Personen zu buchen, die zum Zeitpunkt der Grundbuchberichtigung materiell berechtigt sind. Bei mehrfachem Rechtsübergang außerhalb des Grundbuchs ist der Anwendungsbereich von § 39 Abs. 1 GBO nicht eröffnet und berichtigend nur der aktuelle Rechtsinhaber einzutragen (Fortführung von KGJ 38, A 212, 217 f.; entgegen BayObLG, NJW-RR 1995, 272; OLG München, FGPrax 2006, 148; Abgrenzung von OLG**

**Nürnberg, FGPrax 2014, 17; OLG Köln, NJW-RR 2018, 392; OLG München, NJW-RR 2018, 645).**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** I. Eingetragene Eigentümerin ist die am (...) 2017 verstorbene (...), deren Erben ausweislich des Erbscheins des AG Lichtenberg (...) vom (...) 2017 der Beteiligte zu 1, M(...) und T(...) sind. In notarieller Verhandlung vom 1.2.2019 (UR-Nr. 29/2019 des Notars [...]) übertrugen M(...) und T(...) jeweils ihren Erbteil auf den Beteiligten zu 2; sie bewilligten und beantragten die entsprechende Berichtigung des Grundbuchs.

**2** Die Beteiligten haben unter Bezugnahme auf den Erbschein und die UR-Nr. 29/2019 beantragt, sie als Eigentümer in Erbengemeinschaft im Grundbuch einzutragen. Mit der angefochtenen Zwischenverfügung hat das Grundbuchamt beanstandet, es fehle der Antrag auf Grundbuchberichtigung aufgrund des Erbfalls; die Voreintragung sei für die Erbteilsübertragung erforderlich.

**3** II. Die Beschwerde ist zulässig (§§ 71 ff. GBO) und begründet. Die Zwischenverfügung ist nicht gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO veranlasst. Das aufgezeigte Hindernis besteht nicht. Es ist weder erforderlich noch möglich, in Abt. I (zunächst) den Beteiligten zu 1, M(...) und T(...) in Erbengemeinschaft zu buchen. Werden nach dem Tod des eingetragenen Berechtigten noch vor der Berichtigung des Grundbuchs Erbteile (auf Miterben oder Dritte) übertragen, sind nicht die Erben, sondern – in Übereinstimmung mit der materiellen Rechtslage – (sogleich) diejenigen Personen einzutragen, die zum Zeitpunkt der Grundbuchberichtigung (hier gesamthänderisch) berechtigt sind (a. A. BayObLG, NJW-RR 1995, 272; vgl. auch zum Gesellschafterwechsel OLG München, FGPrax 2006, 148; widersprüchlich *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 39 Rdnr. 12 und § 40 Rdnr. 3).

**4** Eines Rückgriffs auf § 40 GBO bedarf es dafür nicht (so aber OLG Nürnberg, FGPrax 2014, 17; OLG Köln, NJW-RR 2018, 392; OLG München, NJW-RR 2018, 645). Der Anwendungsbereich von § 39 Abs. 1 GBO ist schon nicht eröffnet. Geht es um die Buchung des Berechtigten – hier des Eigentümers – und nicht um eine Löschung des Rechts oder Ähnliches, ist unter „Eintragung“ im Sinne von § 39 Abs. 1 GBO nur eine rechtsändernde Eintragung zu verstehen, die die Voreintragung des wahren Berechtigten voraussetzt (Senat, Beschluss vom 10.5.1909, KGJ 38, A 212, 217 f.). Soll hingegen die Eintragung über den Berechtigten berichtet werden, weil das Recht außerhalb des Grundbuchs übergang, ist allein der aktuelle Rechtsinhaber zu buchen. Durch die (Vor-)Eintragung eines früheren Berechtigten würde das Grundbuch im Sinne von § 894 BGB unrichtig (*Lautner*, MittBayNot 2006, 497, 500 f.; *Bestelmeyer*, Rpfleger 2014, 641, 649, FGPrax 2017, 105, 106; *KEHE/Volmer*, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 39 Rdnr. 5). Das Grundbuchamt darf aber nicht daran mitwirken, das Grundbuch unrichtig zu machen (BGH, NJW 1986, 1687; *Demharter*, GBO, Anh. § 13 Rdnr. 41).

**5** Würden – neben dem Beteiligten zu 1 – M(...) und T(...) als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen, stünde sein Inhalt nicht mit der wirklichen Rechtslage im Einklang. Die Eintragung brächte zum Ausdruck, dass das Grundstück den Miter-

ben in ihrer Gesamtheit als Teil des in ihrem gemeinschaftlichen Vermögen stehenden Nachlasses gehört und sie gemäß § 2040 Abs. 1 BGB gemeinschaftlich über das Grundstück verfügen können (vgl. RGZ 90, 232, 235). Das ist seit dem 1.2.2019 nicht mehr der Fall. Mit der Übertragung der Erbteile gemäß § 2033 Abs. 1 BGB ist der Beteiligte zu 2 an die Stelle von M(...) und T(...) getreten und nunmehr mit dem Beteiligten zu 1) gesamthänderisch an den Nachlassgegenständen berechtigt (vgl. Palandt/*Weidlich*, 78. Aufl., § 2033 Rdnr. 6). Ebenso wenig wie ein Toter in das Grundbuch einzutragen ist, sondern ggf. die Erbeserben, ist ein Erbe zu buchen, der seine vermögensrechtliche Stellung am Nachlass durch Übertragung seines Anteils verloren hat. Fand ein mehrfacher Rechtsübergang außerhalb des Grundbuchs statt – so zum Beispiel auch bei der Kettenabtretung eines Gesellschaftsanteils oder des durch eine Vormerkung gesicherten Anspruchs –, ist allein der zuletzt materiell Berechtigte in das Grundbuch einzutragen, weil es nur hierdurch richtig wird (*Lautner*, a. a. O.). Die Erwerbsvorgänge werden aus Spalte 4 der Abt. I ersichtlich, in der gemäß § 9 Abs. 1 lit. d GBV sowohl der Erbschein als auch die UR-Nr. 29/2019 einzutragen sind (vgl. *Bestelmeyer*, FGPrax 2017, a. a. O.). Soweit sich aus dem Beschluss des Senats vom 11.7.1900, OLGE 1, 302, 303, anderes ergibt, wird daran nicht festgehalten.

**6** Selbst wenn der vom Grundbuchamt verlangte Antrag nach § 13 Abs. 1 GBO gestellt würde, könnten M(...) und T(...) nicht im Grundbuch eingetragen werden. Abgesehen vom Legalitätsprinzip ist die Unrichtigkeit nur im Sinne von § 22 Abs. 1, § 35 GBO nachgewiesen, wenn auch der Nachweis erbracht ist, dass das Grundbuch durch die begehrte Eintragung richtig wird.

**7** Wegweisend und ohne Bindungswirkung wird darauf hingewiesen, dass der Beteiligte zu 2 in der UR-Nr. 29/2019 nicht zutreffend bezeichnet sein dürfte (...); das Hindernis könnte ggf. durch einen Nachtragsvermerk des Notars gemäß § 44a Abs. 2 Satz 1 und 2 BeurkG behoben werden.

•

## 9. Unzulässigkeit eines Erbbaurechts vor Feststehen der Art und Weise der Gestaltung des Grundstücks

OLG Hamm, Beschluss vom 14.8.2019, 15 W 284/19

*Erbbaurecht* § 1

### LEITSATZ:

**Zur Unzulässigkeit eines Erbbaurechts (§ 1 Erbbaurecht) an einem mehrere Hektar großen Grundstück zum Zwecke der Erweiterung einer Freizeitanlage, wenn die Art und Weise der Gestaltung der Freizeitanlage noch gar nicht feststeht.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** Die gemäß § 71 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige, nicht fristgebundene Grundbuchbeschwerde bleibt

ohne Erfolg. Das Grundbuchamt hat in dem angegriffenen Beschluss zu Recht den Antrag auf Eintragung eines Erbbaurechts zurückgewiesen.

**2** Die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 und 2 Erbbaurechtsgesetz liegen nicht vor. Lediglich ergänzend zu den zutreffenden Erwägungen des AG in dem angegriffenen Beschluss und in dem Nichtabhilfebeschluss vom 2.7.2019 merkt der Senat Folgendes an:

**3** Wegen des Grundsatzes des sachenrechtlichen Typenzwanges kann ein Erbbaurecht als Recht an einem Grundstück nur eingetragen werden, wenn es den in § 1 Erbbaurechtsgesetzlich vorgesehenen Inhalt hat. Bei der Prüfung, ob dies der Fall ist, ist der grundsätzliche Zweck eines Erbbaurechts zu bedenken, der – ggf. nach Errichtung – im „Haben und Halten“ eines Bauwerks besteht, indem der Berechtigte gemäß §§ 1, 12 Erbbaurechtsgesetz auf Zeit gesondertes Eigentum am Bauwerk hat. Dementsprechend kann ein Erbbaurecht nicht wirksam entstehen, wenn es nicht auf wenigstens ein Bauwerk als prägenden Hauptbestandteil und wirtschaftliche Hauptsache abzielt (vgl. nur allgemein v. *Oefele/Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, 6. Aufl., § 2 Rdnr. 6). Je nach den örtlichen Gegebenheiten ist dabei zur Wahrung des gesetzlichen Zweckes die Beschränkung der Ausübung des Erbbaurechts auf einen bestimmten Teil des belasteten Grundstücks möglich oder sogar angezeigt (vgl. Senat, Rechtspfleger 2006, 9; v. *Oefele/Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, § 2 Rdnr. 69 und 91).

**4** Ein Bauwerk ist dabei jede durch Verwendung von Arbeit und Material in fester Verbindung mit dem Erdboden hergestellte unbewegliche Sache (allg. Auffassung, vgl. nur *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 1704). Eine reine Umgestaltung der Bodenoberfläche wie beispielsweise Planieren, die Aushebung einer Vertiefung oder das Aufschütten eines Erdwalles aus Bodenmaterial genügt daher nicht (vgl. v. *Oefele/Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, § 2 Rdnr.16), desgleichen nicht die gärtnerische, landwirtschaftliche oder forstwirtschaftliche Gestaltung und Nutzung durch Anpflanzungen. Es reicht angesichts der Anforderungen des § 1 Abs. 2 Erbbaurechtsgesetz auch nicht aus, wenn irgendein Bauwerk errichtet oder gehalten werden soll, solange dieses nicht die wirtschaftliche und prägende Hauptsache sein soll.

**5** Nach Maßgabe dieser allgemeinen Grundsätze sind vorliegend die Anforderungen des § 1 Erbbaurechtsgesetz nicht erfüllt, weil die Rechtsposition, die der Beteiligten zu 2 eingeräumt werden soll, nicht in der erforderlichen Bestimmtheit auf das Haben eines Bauwerks als wirtschaftliche Hauptsache abzielt. Die Regelungen des notariell beurkundeten Vertrages vom 11.12.2018 (UR-Nr. [...] 2018 des Notars S in C) sprechen ausdrücklich aus, dass die Beteiligte zu 2 das Grundstück zum Zwecke der Erweiterung der „Freizeitanlage Q“ nutzen will, wobei diese allgemein der Naherholung und Freizeitgestaltung mit Ausnahme der Freizeitgestaltung mit Kraftfahrzeugen dienen soll. Die genaue Art und Weise der Gestaltung steht noch nicht fest, wie sich aus dem Verweis in § 2 auf die „Festsetzungen des noch aufzustellenden Bebauungsplanes“ ergibt. Bereiche zur Naherholung und Freizeitgestaltung können indes sogar vollständig ohne Bauwerke im oben genannten Sinn auskommen. Insbesondere die exemplarisch genannten Fuß- und Radwege sind nach der obigen Definition



keinesfalls zwingend Bauwerke, sondern können ohne Weiteres durch reine Oberflächengestaltung hergestellt werden. Das Gleiche gilt für Aussichtspunkte, sofern sie in Form von Aufschüttungen hergestellt werden. Ein „Bike-Park“ kann im Wortsinn ohne Weiteres eine Übungsfläche für Mountainbike-Fahrten sein, welche insbesondere bei naturnaher Gestaltung ebenfalls durch bloßes Umformen der Erdoberfläche hergestellt werden kann.

**6** Das AG hat im Übrigen völlig zu Recht auf die Flächengröße des Grundstücks hingewiesen. Selbst wenn auf den knapp viereinhalb Hektar vereinzelte Bauwerke welcher Art auch immer errichtet werden sollten, ist angesichts des angestrebten Zwecks der Naherholung und Freizeitgestaltung nicht ersichtlich, dass diese die prägende Hauptsache werden könnten.

**7** Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG.

**8** Die Wertfestsetzung folgt aus § 61 Abs. 1, §§ 43, 49 Abs. 2 GNotKG.

**9** Anzusetzen ist gemäß § 43 Satz 2 GNotKG der gemäß § 49 Abs. 2 GNotKG ermittelte Wert von 80 % des Wertes des Grundstücks nebst Bauwerk, weil dieser höher ist als der nach § 43 Satz 1, § 52 Abs. 2 GNotKG ermittelte Wert. In § 11 des notariellen Vertrages vom 11.12.2018 haben die Beteiligten den Verkehrswert des Grundstücks mit 12 € je m<sup>2</sup> angegeben, sodass sich bei einer Grundstücksgröße von 43.576 m<sup>2</sup> ein Gesamtwert von 522.912 € ergibt. Mangels Bauwerks ist allein auf den Grundstückswert abzustellen. 80 % hiervon sind 418.329,60 €. Das 20fache des von den Beteiligten mit 15.687,36 € vereinbarten jährlichen Erbbauzins (§ 43 Satz 1, § 52 Abs. 2 GNotKG) beträgt demgegenüber nur 313.747,20 €.

**10** Die Voraussetzungen des § 78 Abs. 2 Satz 1 GBO für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.

## 10. Nachweis der Rechtsnachfolge im Grundbuchverfahren durch einen Erbschein mit einem maschinell aufgedruckten Dienstsiegel

OLG München, Beschluss vom 4.7.2019, 34 Wx 386/18

*AVWpG §§ 6, 8 Abs. 4*

*BayAGGVG Art. 16*

*BayWappG Art. 2 Abs. 3*

*BeurkG § 49 Abs. 2 Satz 2*

*FamFG § 357 Abs. 2 Satz 1*

*GBO § 18 Abs. 1, § 29 Abs. 3, § 47 Abs. 2 Satz 2, § 71 Abs. 1, § 73*

### LEITSÄTZE:

- Zum Nachweis der Rechtsnachfolge im Grundbuchverfahren durch einen Erbschein mit einem maschinell aufgedruckten Dienstsiegel eines bayerischen AG.**
- Dass eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach dem Tod eines Gesellschafters fortgesetzt wird,**

**kann dem Grundbuchamt durch einen notariell beglaubigten Fortsetzungsbeschluss unter Mitwirkung der Erben nachgewiesen werden. (Leitsatz der Schriftleitung)**

- Um die Ausfertigung eines Erbscheins mit einem Dienstsiegel zu versehen, genügt nach bayerischem Recht auch der maschinelle Aufdruck des Dienstsiegels. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** I. Im Grundbuch des AG P ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts – bestehend aus den Beteiligten zu 1 und 2 sowie ihrem verstorbenen Vater G S als Gesellschafter – als Eigentümerin von Teileigentum eingetragen.

**2** Am 12.1.2018 beantragte der Beteiligte zu 1 unter Vorlage von Teilerbscheinen für beide Beteiligte, ausgestellt am 14.4.2016 und 30.6.2016 vom AG M, jeweils beschränkt auf die im Inland befindlichen Nachlassgegenstände, namens der GbR die Berichtigung des Grundbuchs. Zudem legte der Beteiligte zu 1 ein Protokoll einer Gesellschafterversammlung der S GbR vor, wonach die Beteiligten zu 1 und 2 am 5.4.2016 beschlossen haben, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach dem Tod des Gesellschafters G S (...) fortgesetzt wird.

**3** Das Grundbuchamt wies mit Schreiben vom 18.1.2018 darauf hin, dass die Vorlage eines Gesellschaftsvertrags in der Form des § 29 GBO oder eidesstattlicher Versicherungen über den Inhalt eines mündlich geschlossenen Gesellschaftsvertrags notwendig ist. Zudem sei der Erbschein in Ausfertigung mit nicht nur aufgedrucktem EDV-Siegel vorzulegen.

**4** Daraufhin legten die Beteiligten zu 1 und 2 Originale der Ausfertigungen der Teilerbscheine beim Grundbuchamt vor, die in Kopie zur Grundakte genommen wurden. Zudem wurde der Beschluss der GbR vom 5.4.2016 in unterschrittsbeglaubigter Form eingereicht, des Weiteren ein maschinenschriftlicher Vertrag zur Errichtung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zum Erwerb eines Hauses in München vom 9.10.1985, sowie Ergänzungen des Vertrags aus den Folgejahren. Unter anderem befindet sich bei diesen Unterlagen auch ein maschinenschriftlicher Vermerk, wonach beim Ableben eines Gesellschafters die GbR fortgesetzt werde. Dieser ist nur von Herrn G S unterschrieben.

**5** Mit fristsetzender Zwischenverfügung vom 6.6.2018 hat das Grundbuchamt – soweit hier relevant – folgende Hindernisse der Eintragung benannt: Es seien notariell beglaubigte Berichtigungsbewilligungen der verbleibenden Gesellschafter bzw. Erben erforderlich, in denen die gesellschaftsvertraglichen Regelungen zur Rechtsnachfolge beim Tod eines Gesellschafters dargelegt werden, alternativ die eidesstattliche Versicherung zum Inhalt des Gesellschaftsvertrags. Zudem sei die Erbfolge durch Vorlage von Erbscheinen in Ausfertigung mit ordnungsgemäßem Siegel (Farbdruck oder Prägesiegel) vorzulegen.

**6** Daraufhin haben die Beteiligten zu 1 und 2 erneut beim Nachlassgericht Ausfertigungen der Teilerbscheine angefordert, die erneut nur mit einem aufgedruckten EDV-Siegel ausgestattet waren. Mit diesen haben sie eine notarielle Urkunde zur Dienstbarkeitsbestellung und Grundbuchberichtigung vom

12.7./7.8.2018 vorgelegt. In dieser wird unter Bezugnahme auf den Beschluss der GbR vom 5.4.2016, unterschrittsbeglaubigt am 16.11.2017 die Grundbuchberichtigung beantragt.

**7** Mit Schreiben vom 4.10.2018 hat das Grundbuchamt darauf hingewiesen, dass gegen die Zwischenverfügung Beschwerde eingelegt werden sollte, um klären zu lassen, ob die vorgelegten Erbscheine ausreichen. Die Erklärungen zur Nachfolgeregelung dürften jedoch ausreichen. Mit daraufhin eingelegter Beschwerde vom 11.10.2018 wenden sich die Beteiligten „gemäß Empfehlung vom 4.10.2018“ gegen die Zwischenverfügung.

**8** Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen. Es lägen keine ausreichenden Berichtigungsbewilligungen vor, die notariell beglaubigten Erklärungen vom 5.4.2016 und 12.7./7.8.2018 enthielten keine schlüssige Darlegung der Grundbuchunrichtigkeit. Der Vortrag sei widersprüchlich, da zum einen zu einer gesellschaftsrechtlichen Fortsetzungsklausel vorgetragen werde, zum anderen aber ein Beschluss über eine Fortsetzung der Gesellschaft gefasst worden sei.

**9** Die Erbscheine unterlägen nicht der Regelung in § 29 Abs. 3 GBO, sondern § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO. Die Ausfertigung bedürfe nach § 49 Abs. 2 Satz 2 BeurkG der Siegelung durch Beidrückung eines Siegels oder Stempels. Der Gesetzgeber habe nämlich nicht die Gleichstellung des drucktechnisch erzeugten Siegels mit einem Präge- oder Farbdrucksiegel normiert. § 29 Abs. 3 GBO sei auch nicht analog anwendbar.

**10** II. 1. Die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 GBO) ist statthaft (§ 71 Abs. 1, § 73 GBO) und auch im Übrigen in zulässiger Weise eingelegt (§ 73 GBO).

**11** 2. Die Beschwerde ist so auszulegen, dass sie gegen die Zwischenverfügung insgesamt eingelegt ist. Das Grundbuchamt hatte zwar zunächst den Beteiligten mitgeteilt, dass die Erklärungen zur Nachfolgeregelung nun genügen würden und nur hinsichtlich der Frage, ob das Siegel auf dem Erbschein ausreichend sei, Beschwerde eingelegt werden solle. Die Beteiligten erklärten daraufhin, gemäß der Empfehlung des Grundbuchamts Beschwerde einzulegen. In der Nichtabhilfe hat das Grundbuchamt sodann allerdings im Widerspruch zu seiner Mitteilung vom 4.10.2018 ausgeführt, die notariell beglaubigten Erklärungen enthielten keine schlüssige Darlegung der Grundbuchunrichtigkeit, und auch insofern nicht abgeholfen.

**12** Auch wenn daher von den Beteiligten zunächst entsprechend der Anregung des Grundbuchamts nur Beschwerde gegen die Zwischenverfügung zur Klärung der Frage eingelegt werden sollte, ob der mit Drucksiegel versehene Erbschein im Grundbuchverfahren ausreicht, legt der Senat die Beschwerde nun umfassend aus, nachdem das Grundbuchamt seine Ansicht, das zweite Hindernis sei behoben, revidiert hat.

**13** 3. Die Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Die vom Grundbuchamt aufgezeigten Hindernisse bestehen nicht.

**14** a) Der beantragten Berichtigung des Grundbuchs steht in Anbetracht der vorgelegten Erklärungen zur Fortsetzung der GbR nicht entgegen, dass die Unterlagen zum einen eine Nachfolgeregelung im Gesellschaftsvertrag nahelegen, zum

anderen den Abschluss einer Fortsetzungsvereinbarung nachweisen.

**15** aa) Soll das Grundbuch hinsichtlich der Eigentümerstellung berichtigt werden, so kann dies auf der Basis von Berichtigungsbewilligungen bei lediglich schlüssiger Darlegung der Grundbuchunrichtigkeit mit Zustimmung des Eigentümers (§§ 19, 20, 22 Abs. 2, § 29 Abs. 1 GBO) oder aufgrund grundsätzlich lückenlosen, besonders formalisierten Nachweises der die Unrichtigkeit des Grundbuchs bedingenden Tatsachen (§ 22 Abs. 1 GBO) erfolgen (Hügel/Holzer, GBO, 3. Aufl., § 22 Rdnr. 71 f.; Demharter, GBO, § 22 Rdnr. 28, 31). Dieselben Grundsätze gelten gemäß § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO für die Berichtigung der Gesellschafterzusammensetzung der als Eigentümer von Grundbesitz eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Dazu bedarf es im Fall der Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben neben dem Nachweis des Versterbens eines bisherigen Gesellschafters entweder der Vorlage eines Gesellschaftsvertrags, aus dem sich eine Nachfolgeregelung ergibt, oder die bestehenden Gesellschafter legen eine Fortsetzungsvereinbarung vor, wonach die Gesellschaft mit den übrigen mindestens zwei Gesellschaftern fortgesetzt wird (Hügel/Kral, GesR, Rdnr. 71). Die Fortsetzungsvereinbarung kann dabei auch erst nach der Auflösung der Gesellschaft als Rückumwandlungsbeschluss gefasst werden, bedarf dann aber auch der Zustimmung der Erben (Soergel/Hadding/Kießling, BGB, 13. Aufl., § 736 Rdnr. 8; missverständlich MünchKomm-BGB/Schäfer, 7. Aufl., § 727 Rdnr. 20 und § 736 Rdnr. 16, wonach es der Zustimmung derjenigen Erben bedürfe, die Mitglieder der fortgesetzten Gesellschaft würden, wogegen es der Zustimmung des auszuschließenden Mitglieds nicht ankomme; die Erben sind nämlich zunächst an der Abwicklungsgesellschaft beteiligt und müssen daher am Beschluss mitwirken, MünchKomm-BGB/Schäfer, Vor § 723 Rdnr. 11).

**16** bb) Hier haben die Beteiligten einen nur von dem verstorbenen Gesellschafter unterschriebenen Zettel in Kopie vorgelegt, wonach der Anteil eines verstorbenen Gesellschafters zu gleichen Teilen auf die verbleibenden Gesellschafter übergehen und die Gesellschaft bestehen bleiben solle. Sie haben jedoch nicht erklärt, dass eine solche Änderung des Gesellschaftsvertrags wirksam zustande gekommen sei. Zudem haben sie ein notariell beglaubigtes Protokoll einer Gesellschafterversammlung vom 5.4.2016 vorgelegt, wonach nach dem Ableben des Mitgesellschafters vereinbart wird, dass die Gesellschaft fortgesetzt werde.

**17** Soweit das Grundbuchamt die Urkunden für widersprüchlich und daher nicht zum Nachweis der Fortsetzung der GbR als geeignet ansieht, ist dem nicht zu folgen. Der nur vom Erblasser unterschriebene Zettel mit einer Nachfolgeregelung, der allerdings nicht als Protokoll einer Gesellschafterversammlung bezeichnet ist, genügt als Nachweis einer Regelung im Gesellschaftsvertrag nicht. Die Beteiligten zu 1 und 2 haben auch keine Erklärung dergestalt abgegeben, dass dieser Beschluss von den Gesellschaftern der GbR gefasst worden sei. Dagegen, dass eine entsprechende Klausel im Gesellschaftsvertrag besteht, spricht zudem die von den Beteiligten zu 1 und 2 vereinbarte Fortsetzung der GbR vom 5.4.2016, derer es im Falle einer wirksamen Nachfolgeregelung im Gesellschaftsver-

trag nicht bedurft hätte. Ein Nachweis einer wirksam getroffenen Nachfolgeklausel ist daher vorliegend nicht erbracht.

**18** Damit ergibt sich der Fortbestand der Gesellschaft bürgerlichen Rechts allein aus dem Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 5.4.2016, nach der beide Beteiligte vereinbart haben, dass die Gesellschaft nach dem Ableben des Mitgesellschafters fortgesetzt wird. Dieser liegt in notariell beglaubigter Form von allen Gesellschaftern abgegeben vor und ist wirksam, da der Nachweis als geführt anzusehen ist, dass die Gesellschafter auch die Erben des verstorbenen Mitgesellschafters sind (dazu b)).

**19** b) Auch die Beanstandung des drucktechnisch erzeugten Siegels auf dem Erbschein erfolgt zu Unrecht. Die vorgelegte Ausfertigung des Erbscheins weist das Erbrecht der Beteiligten wirksam aus.

**20** aa) Da die Urschrift des Erbscheins in der Nachlassakte verbleibt, bedarf es zum Nachweis der Erbfolge der Vorlage einer Ausfertigung. Nach § 357 Abs. 2 Satz 1 FamFG kann derjenige, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, verlangen, dass ihm vom Nachlassgericht eine Ausfertigung des Erbscheins erteilt wird.

**21** (1) Welche Förmlichkeiten die Ausfertigung zu erfüllen hat, ist in § 357 FamFG selbst nicht geregelt. Förmlichkeiten der Ausfertigung ergeben sich vielmehr aus den Bestimmungen, die für das entsprechende Verfahren der Behörde gelten, die die Ausfertigung zu erstellen hat (vgl. *Ilg*, Rpfleger 2019, 61, 62). Schon daher scheidet ein Rückgriff auf die GBO für die Förmlichkeiten des Erbscheins aus. Im Übrigen enthält die GBO keine spezifischen Anforderungen an die Gestaltung des Erbscheins und auch nicht des auf ihm angebrachten Siegels. Die Regelung in § 29 Abs. 3 GBO kann bezüglich des Siegels nicht herangezogen werden, da die Vorschrift nur für Ersuchen der Behörde nach § 38 GBO oder Erklärungen gilt, aufgrund derer eine Eintragung vorgenommen werden soll. Der Erbschein dient hingegen dem Antragsteller als Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit nach § 29 Abs. 1 GBO mit § 35 GBO im Berichtigungsverfahren nach § 22 GBO. Hinsichtlich der Erstellung der Ausfertigung eines Erbscheins ist folglich auf Art. 16 Abs. 1 BayAGGVG zurückzugreifen. Danach sind Ausfertigungen, soweit nicht besondere Vorschriften bestehen, vom Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu unterschreiben und mit Dienstsiegel zu versehen.

**22** (2) Besondere Vorschriften zur Erstellung einer Ausfertigung des Erbscheins bestehen nicht, insbesondere ist insofern § 49 BeurkG nicht einschlägig (so allerdings OLG Nürnberg, Rpfleger 2018, 621, 622). Der Anwendungsbereich des BeurkG umfasst nach § 1 BeurkG die öffentliche Beurkundung durch den Notar, wie auch anderer Urkundspersonen und sonstiger Stellen in Bezug auf Zeugnisurkunden. Nicht unter das BeurkG fallen danach Eigenerklärungen von Gerichten, wie etwa der Erbschein (vgl. BeckOGK-BeurkG/GöBl, Stand: 1.3.2019, § 1 Rdnr. 25).

**23** (3) Der Gesetzeswortlaut in Art. 16 Abs. 1 AGGVG, wonach die Ausfertigung mit dem Dienstsiegel zu „versehen“ ist, lässt zwar offen, auf welche Weise dies zu geschehen hat. Aus der wortgleichen Formulierung des § 725 ZPO hat die Rechtsprechung allerdings abgeleitet (LG Aurich, Rpfleger 1988, 198,

199; LG Hildesheim vom 26.10.2004, 1 T 109/04, juris; AG Pankow-Weißensee, Rpfleger 2008, 586), dass die Verwendung eines Vordrucks, bei dem das Dienstsiegel bereits formularmäßig aufgedruckt wurde (vgl. Berroth BWNotZ 1979, 121), nicht als Dienstsiegel im Sinne der Norm genügt. Entsprechendes hat der Senat zur wortgleichen Wendung in § 29 Abs. 3 GBO entschieden (Beschluss vom 24.5.2016, 34 Wx 16/16, FGPrax 2016, 152). Wenn danach ein Behördenersuchen mit einem Siegel zu „versehen“ ist, sei dies nicht anders zu verstehen, denn auch der Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtsordnung spreche dafür, dass die gleichen Begrifflichkeiten in unterschiedlichen Gesetzen desselben Normgebers dieselbe Bedeutung haben, zumal wenn beide Formvorschriften dasselbe bezweckten.

**24** Allerdings ergibt sich anderes aus den für den Freistaat Bayern maßgeblichen landesrechtlichen (vgl. Art. 70 Abs. 1 GG) Bestimmungen, insbesondere dem Gesetz über das Wappen des Freistaats Bayern (WappenG) vom 5.6.1950 (GVBl., S. 167) und der hierzu aufgrund der Ermächtigung in § 2 Abs. 3 WappenG mit Art. 55 Nr. 2 der Verfassung des Freistaats Bayern (BV) erlassenen Ausführungsverordnung (AWWpG i. d. F. der Bekanntmachung vom 22.12.1998, GVBl. 1999, S. 29). Für die Siegelung von Schriftstücken, die mit Hilfe drucktechnischer oder elektronischer Einrichtungen erstellt werden, bestimmt § 8 Abs. 4 AWWpG, dass ein Abdruck des Dienstsiegels maschinell eingedruckt sein oder aufgedruckt werden darf.

**25** (4) Auf diese Bestimmungen über das Dienstsiegel kann für die Entscheidung auch zurückgegriffen werden. Als Rechtsverordnung im Sinne von Art. 98 Satz 4 BV ist § 8 Abs. 4 AWWpG von den Gerichten zu beachten, weil keine Bundesvorschrift – insbesondere auch nicht § 29 Abs. 1 GBO – eine besondere Form vorschreibt und höhere Anforderungen an die Ausführung der Siegelung stellt (anders zum früheren § 29 Abs. 3 GBO Senat vom 24.5.2016, 34 Wx 16/16, FGPrax 2016, 152/153).

**26** (5) Auch die Gestaltung des auf den vorgelegten Ausfertigungen der Erbscheine aufgedruckten Siegels, das lediglich die Umschrift „Bayern AG“, nicht aber die Angabe des Behördensitzes aufweist, ist nicht zu beanstanden. Zwar erfordert § 6 Abs. 1 AWWpG die Bezeichnung der siegelführenden Behörde mit der Angabe des Behördensitzes (vgl. BGH, Beschluss vom 14.12.2016, V ZB 88/16, FGPrax 2017, 56 juris Rdnr. 29). Nach der – auf Grundlage der Ermächtigung in § 6 Abs. 3 AWWpG ergangenen – Ausnahmegenehmigung des Bayerischen Staatsministeriums des Inneren vom 23.1.1975, IA 1-87/4, dürfen in Fällen, in denen mit Dienstsiegeln zu versehen Schriftstücke durch eine EDV-Anlage erstellt werden, Dienstsiegel auch ohne Ortsangabe verwendet werden. Zwar wurde die Genehmigung in Zusammenhang mit der Erstellung einer Konkurstabelle durch das Konkursgericht erteilt. Sie enthält jedoch die Klarstellung, dass dies in ähnlich gelagerten Fällen in anderen Geschäftsbereichen ebenfalls gilt. Gegen eine Anwendung der Ausnahmegenehmigung auch auf den Erbschein ist kein Grund ersichtlich (vgl. OLG Nürnberg, Rpfleger 2018, 621, 623). Nach den landesrechtlichen Vorschriften ist die Verwendung eines Siegels ohne Ortsangabe daher zugelassen (*Ilg*, Rpfleger 2019, 61, 67).

27 Dass an die Form der Ausfertigung keine höheren Anforderungen zu stellen sind, erschließt sich im Übrigen aus dem öffentlichen Glauben des Erbscheins nach § 2366 BGB, der bei einem formell gültigen in Kraft befindlichen Erbschein wirkt, ohne dass die Ausfertigung desselben vorgelegt werden oder dem Erwerber bekannt sein muss. Zur Gewissheit bleibt dem Rechtsverkehr unbenommen, sich durch Einsicht in die Nachlassakten über diesen zu vergewissern.

## 11. Richtigstellung tatsächlicher Angaben im Grundbuch

OLG Naumburg, Beschluss vom 23.5.2019, 12 Wx 20/19 mitgeteilt von **Jürgen Thole**, Richter am OLG Naumburg

BGB §§ 892, 894

GBO § 18 Abs. 1, §§ 22, 29, 35 Abs. 1, § 78 Abs. 2

### LEITSATZ:

**Die falsche Bezeichnung eines Grundstückseigentümers berührt nicht seine Identität. Die Richtigstellung tatsächlicher Angaben erfordert lediglich, dass das Grundbuchamt sich auf jede geeignete Art von der unrichtigen Bezeichnung des Eingetragenen überzeugt, dessen Recht von der Richtigstellung betroffen ist. Hierfür bedarf es nicht zwingend der Form des § 29 GBO.**

## BÜRGERLICHES RECHT – FAMILIENRECHT

### 12. Gesamtschuldnerisch finanzierter Immobilienerwerb – Bewertung im Zugewinnausgleich

BGH, Beschluss vom 6.11.2019, XII ZB 311/18 (Vorinstanz: OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 18.6.2018, 2 UF 152/17)

BGB §§ 426, 1373 ff.

### LEITSÄTZE:

1. **Geht ein Ehegatte vor Eheschließung zur Finanzierung des Erwerbs einer Immobilie durch den anderen Ehegatten neben diesem eine gesamtschuldnerische Darlehensverpflichtung ein, so ist bei Bewertung der Verbindlichkeit auch im Anfangsvermögen im Zweifel davon auszugehen, dass diese im Innenverhältnis allein vom Eigentümer des Grundstücks zu tragen ist (Fortführung von BGHZ 87, 265 = FamRZ 1983, 795 und Senatsbeschluss vom 20.5.2015, XII ZB 314/14, FamRZ 2015, 1272).**
2. **Im Anfangs- und Endvermögen des Eigentümers sind in diesem Fall zum jeweiligen Stichtag einheitlich der Grundstückswert als Aktivposten und die**

**volle noch offene Darlehensvaluta als Passivposten einzustellen.**

3. **Die familienrechtliche Überlagerung des Innenverhältnisses der Ehegatten betrifft vornehmlich die Zahlung der laufenden Kreditraten und deren – regelmäßig ausgeschlossenen – gesonderten Ausgleich. Dagegen wirkt sie sich auf die Beteiligungsquote an der noch zur Rückzahlung offenen Kreditvaluta grundsätzlich nicht aus.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligten streiten um Zugewinnausgleich.

2 Ihre am 26.8.2003 geschlossene Ehe ist auf den am 17.9.2011 zugestellten Antrag im Mai 2012 geschieden worden.

3 Die Beteiligten lebten schon vor der Eheschließung zusammen und haben einen 1995 geborenen gemeinsamen Sohn. Im Jahr 2002 erwarb die Antragsgegnerin (im Folgenden: Ehefrau) ein Hausgrundstück, das den Ehegatten in der Folgezeit als Familienheim diente. Der Kaufpreis wurde seinerzeit überwiegend durch Aufnahme von Darlehen finanziert, für welche die Beteiligten gesamtschuldnerisch hafteten. Einzelne Darlehen wurden im Jahr 2005 umgeschuldet und von der Ehefrau allein übernommen. Vor Zustellung des Scheidungsantrags wurde der Antragsteller (im Folgenden: Ehemann) auch hinsichtlich der weiteren Darlehensverbindlichkeiten aus der Mithaftung entlassen. Die Ehefrau hat das Haus dem Ehemann inzwischen im Rahmen eines Mietverhältnisses zur Nutzung überlassen. Dieser bewohnt das Haus zusammen mit dem gemeinsamen Sohn.

4 Das AG hat den Antrag des Ehemanns auf Zahlung von Zugewinnausgleich abgewiesen. Das OLG hat dem Ehemann auf dessen Beschwerde einen Zugewinnausgleich von 3.616,19 € zugesprochen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde macht der Ehemann – nach eingeschränkter Verfahrenskostenhilfebewilligung durch den Senat – die Zahlung weiterer 5.027,29 € geltend.

5 II. Die im eingeschränkten Umfang eingelegte Rechtsbeschwerde hat ganz überwiegend Erfolg.

6 1. Das OLG hat seine in FamRZ 2018, 1737 veröffentlichte Entscheidung bezüglich der im Rechtsbeschwerdeverfahren noch streitigen Positionen wie folgt begründet:

7 Hinsichtlich der im Anfangsvermögen zu berücksichtigenden gesamtschuldnerischen Verbindlichkeiten sei von einer hälftigen Verpflichtung der Ehegatten im Innenverhältnis auszugehen. Die Finanzierung der Immobilie habe nur durch beide Ehegatten gemeinsam bewältigt werden können, was ihnen auch bewusst gewesen sei. Weil die Ehefrau die Kreditraten aus ihrem Einkommen nicht aufbringen könne, sei deren alleinige Haftung im Innenverhältnis nicht vereinbart worden. Auch die Umschuldung einzelner Darlehen und deren alleinige Übernahme durch die Ehefrau hätten daran nichts geändert, weil die interne Haftung des Ehemanns auch danach fortbestanden habe. Die Umschuldung sei auch in seinem Interesse gewesen, zumal er mit dem gemeinsamen Sohn noch bis heute in der Immobilie lebe.

**8** Bei einem Erwerb der Immobilie vor Eheschließung ergebe sich jedoch das Problem, dass sich aus der häufigen Einstellung der Verbindlichkeiten in das Anfangsvermögen der Ehegatten für den Alleineigentümer der Immobilie, der zum Stichtag auch die Verbindlichkeiten allein trage, ein Zugewinnausgleichsanspruch gegen den anderen ergeben könne. Ein solches grob unbilliges Ergebnis könne vermieden werden, indem bei der Zugewinnausgleichsberechnung für die Bewertung der gesamtschuldnerischen Verbindlichkeiten im Anfangsvermögen das spätere Scheitern der Ehe berücksichtigt werde. Hätte dieses bereits bei Eheschließung festgestanden, bestehe retrospektiv ein Freistellungsanspruch des Nichteigentümers, der in dessen Anfangsvermögen mit einzustellen sei. Die Sachlage sei ähnlich zu beurteilen wie bei der Berücksichtigung eines Rückforderungsanspruchs im Fall der Schwiegerelternschenkung.

**9** Die Haftungsmitübernahme könne im Fall des Scheiterns der Ehe zwar keine Ansprüche nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ergeben wie zum Beispiel bei vorehelicher Zuwendung von Geld. Denn es handele sich mangels Übertragung von Vermögenssubstanz um keine Zuwendung. Allerdings seien die Verbindlichkeiten im Anfangsvermögen der Ehefrau lediglich in der Höhe zu berücksichtigen, in der sie auch ins Endvermögen eingestellt würden. Die Differenz sei der Teil der Darlehen, der zwischen den Stichtagen durch die Ehegatten getilgt worden sei. Würde auch dieser Betrag zulasten der Ehefrau allein in deren Anfangsvermögen eingestellt, würde dem Ehemann hierdurch für die gemeinsam während bestehender Ehe erbrachten Tilgungsleistungen ein Ausgleichsanspruch zuerkannt, der zumindest vorliegend unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt gerechtfertigt wäre. Damit sei die während der Ehe gemeinsam bewirkte Tilgung des Darlehens jeweils hälftig als Verbindlichkeit im Anfangsvermögen beider Ehegatten zu berücksichtigen.

**10 2.** Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht in jeder Hinsicht stand.

**11** Dem Ehemann steht ein höherer als der vom OLG zuerkannte Anspruch auf Zugewinnausgleich nach § 1378 Abs. 1 BGB zu. Entgegen der Auffassung des OLG hat der Ehemann keinen Zugewinn erzielt, während der Zugewinn der Ehefrau sich infolge der während der Ehe erfolgten Kredittilgung erhöht.

**12 a)** Nach § 1378 Abs. 1 BGB schuldet der Ehegatte, der den höheren Zugewinn erwirtschaftet hat, dem Ehegatten mit dem geringeren Zugewinn die Hälfte des Überschusses als Ausgleich. Zugewinn ist der Betrag, um den das Endvermögen eines Ehegatten sein Anfangsvermögen übersteigt (§ 1373 BGB).

**13** Streitig sind im vorliegenden Fall nur noch die vermögensrechtliche Zuordnung der das Familienheim betreffenden Gesamtschuld im jeweiligen Anfangsvermögen und die vom OLG durch Zurechnung der jeweils hälftigen Kredittilgung im Anfangsvermögen beider Ehegatten der Sache nach vorgenommene Neutralisierung der Kredittilgung.

**14 b)** Nach ständiger Rechtsprechung des Senats verdrängen die güterrechtlichen Vorschriften über den Zugewinnausgleich den Gesamtschuldnerausgleich nicht. Denn bei richtiger Hand-

habung der güterrechtlichen Vorschriften vermag der Gesamtschuldnerausgleich das Ergebnis des Zugewinnausgleichs nicht zu verfälschen. Die Tilgung der Gesamtschuld durch einen der haftenden Ehegatten bewirkt im Regelfall keine Veränderung der für die Ermittlung des Zugewinns maßgeblichen Endvermögen, wenn die Gesamtschuld zutreffend, d. h. unter Beachtung des gesamtschuldnerischen Ausgleichs, in die Vermögensbilanz eingestellt wird. Das wird erkennbar, wenn sich der Ausgleich der Gesamtschuldner nach der gesetzlichen Regel des § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB vollzieht. Soweit bei Zustellung des Scheidungsantrags als Stichtag für die Berechnung des Endvermögens (§ 1384 BGB) gemeinsame Verbindlichkeiten der Ehegatten noch nicht getilgt sind, ist im Endvermögen beider Ehegatten jeweils die noch bestehende Gesamtschuld in voller Höhe als Passivposten zu berücksichtigen. Demgegenüber ist – die Durchsetzbarkeit vorausgesetzt – der jeweilige Ausgleichsanspruch gegen den anderen Ehegatten, der die Befriedigung des Gläubigers nicht voraussetzt, als Aktivposten anzusetzen. Im Ergebnis hat das regelmäßig zur Folge, dass Ehegatten, die als Gesamtschuldner haften, die gemeinsamen Verbindlichkeiten bei ihrem Endvermögen jeweils nur mit der Quote ansetzen können, die im Innenverhältnis auf sie entfällt (Senatsbeschluss vom 20.5.2015, XII ZB 314/14, FamRZ 2015, 1272 Rdnr. 15; Senatsurteil vom 6.10.2010, XII ZR 10/09, FamRZ 2011, 25 Rdnr. 16 m. w. N.).

**15** Vorrangig ist deshalb, in welchem Verhältnis die Parteien die Darlehensschulden im Innenverhältnis zu tragen haben. Nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB haften Gesamtschuldner zu gleichen Anteilen, wenn nicht ein anderes bestimmt ist. Eine abweichende Bestimmung kann sich aus dem Gesetz, einer Vereinbarung, dem Inhalt und Zweck des Rechtsverhältnisses oder der Natur der Sache, mithin aus der besonderen Gestaltung des tatsächlichen Geschehens ergeben (Senatsbeschluss vom 20.5.2015, XII ZB 314/14, FamRZ 2015, 1272 Rdnr. 16; Senatsurteil vom 6.10.2010, XII ZR 10/09, FamRZ 2011, 25 Rdnr. 17 m. w. N.).

**16 c)** Die vorstehend aufgeführten Grundsätze gelten nicht nur für das Endvermögen, sondern auch für das Anfangsvermögen.

**17 aa)** Wegen der rechtlichen und wirtschaftlichen Verknüpfung der gesamtschuldnerischen Darlehensaufnahme mit dem Erwerb des Eigentums an der Immobilie ist bei der Bewertung auf den Verkehrswert der Immobilie abzüglich der jeweiligen Kreditverbindlichkeiten zum jeweiligen Stichtag abzustellen. Es ist mithin für Anfangs- und Endvermögen eine einheitliche Bewertung anzustellen, die bei Alleineigentum eines Ehegatten in dessen Vermögen jeweils den Grundstückswert als Aktivposten und die volle noch offene Darlehensvaluta als Passivposten ausweist (ebenso *Schulz*, FamRZ 2019, 1761, 1762 f.).

**18** Hinsichtlich der von den Ehegatten im Innenverhältnis zu tragenden Quoten hat der Senat bei im Rahmen der Immobilienfinanzierung eingegangenen gesamtschuldnerischen Darlehen schon bisher auf das Eigentum an dem finanzierten Grundstück verwiesen, wenn sich nicht aus einer Vereinbarung oder besonderen Umständen des Falles etwas anderes ergibt (Senatsbeschluss vom 20.5.2015, XII ZB 314/14, FamRZ 2015, 1272 Rdnr. 17; Senatsurteil vom 6.10.2010, XII ZR 10/09, FamRZ 2011, 25 Rdnr. 18 m. w. N.).

**19** bb) Soweit sich aus der ehelichen Lebensgemeinschaft Überlagerungen ergeben (vgl. Senatsurteil vom 6.10.2010, XII ZR 10/09, FamRZ 2011, 25 Rdnr. 19 m. w. N.), gebietet dies keine von der Eigentümerstellung abweichende vermögensrechtliche Zuordnung der gesamtschuldnerischen Verbindlichkeit im Innenverhältnis der Ehegatten.

**20** Eine mögliche familienrechtliche Überlagerung betrifft vornehmlich die während bestehender ehelicher Lebensgemeinschaft fälligen Darlehensraten und die Frage, ob von einem Ehegatten geleistete Zahlungen später auszugleichen sind. Die tatsächlichen Zahlungen erlauben dabei noch keinen Rückschluss auf die von den Ehegatten im Innenverhältnis zu tragende Quote. Ein Ausgleich der erbrachten Leistungen wird vielmehr auch dann ausgeschlossen sein, wenn die Zahlungen über die dem Leistenden im Innenverhältnis obliegende Quote hinausgegangen sind. Dass die konkrete Tragung der Kreditraten keine – bei wechselnden Anteilen zudem ständig zu aktualisierende – abweichende Bestimmung der die Ehegatten im Innenverhältnis treffenden Quote erfordert, ergibt sich schon daraus, dass die tatsächliche Tilgung für sich genommen noch keinen Rückschluss auf die die Gesamtschuldner treffende Quote zulässt. Denn dass ein Gesamtschuldner nicht zahlen kann, ist kein ausreichender Grund, ihn von der Mithaftung freizustellen (BGHZ 87, 265 = FamRZ 1983, 795, 796). Das wird bei gesamtschuldnerischer Immobilienfinanzierung etwa deutlich im Fall der Veräußerung (oder Verwertung) des Grundstücks während bestehender ehelicher Lebensgemeinschaft. Auch wenn zuvor nur ein Ehegatte ausreichend leistungsfähig war, um die Darlehensraten zu erbringen, folgt daraus keinesfalls, dass dieser Ehegatte nach der Veräußerung etwa den noch offenen Kredit abzulösen hätte, während der Eigentümer den ungeschmälernten Veräußerungserlös erhalte, wie es aus seiner Alleinhaftung im Innenverhältnis aber gefolgert werden müsste (vgl. auch Senatsurteil vom 25.11.1987, IVb ZR 95/86, FamRZ 1988, 264, 265). Statt dessen wäre – im Gegenteil – der dem Eigentümer-Ehegatten zufließende Verkaufserlös, abgesehen von den näheren Regelungen des Darlehensvertrags oder vom Fall der Verwertung des Grundstücks durch den Darlehensgläubiger, im Verhältnis der Ehegatten vorrangig zur Tilgung der noch offenen Darlehensverbindlichkeiten zu verwenden. Die Tilgung würde dann entsprechend dem Darlehenszweck und dem Eigentum an der finanzierten Immobilie allein dem Eigentümer-Ehegatten obliegen, dem auch der Veräußerungserlös zusteht.

**21** Eine familienrechtliche Überlagerung kann daher nur eingreifen, soweit die eheliche Lebensgemeinschaft und die mit ihr verknüpften Rechtsfolgen konkrete Auswirkungen hinsichtlich der zu zahlenden Raten haben. So kann und wird in der Leistung von Darlehensraten in der Regel ein Beitrag zum Familienunterhalt nach § 1360 BGB liegen, der eine Rückforderung nach § 1360b BGB ausschließt. Soweit es sich – hinsichtlich der Tilgungsanteile – um eine im Rahmen des Unterhalts grundsätzlich nicht geschuldete Vermögensbildung handeln sollte, ändert dies nichts daran, dass es auch insoweit um in der ehelichen Lebensgemeinschaft wurzelnde Leistungen geht. Diese wirken sich bei gesetzlichem Güterstand als ehebezogene Zuwendungen in der Regel nur im Zugewinnausgleich aus und unterliegen daneben keinem gesonderten Ausgleich (Senatsurteil BGHZ 115, 132 = FamRZ 1991, 1169,

1170 f.; *Wever*, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 7. Aufl., Rdnr. 950, 964 ff.). Abgesehen davon kann bei Ermittlung des Anfangsvermögens ohnedies nicht auf die erst mit der Eheschließung eintretenden ehelichen Lebensverhältnisse und die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen abgestellt werden, sondern kommt es auf das vor der Eheschließung zwischen den noch nicht verheirateten Beteiligten begründete Innenverhältnis an (zutreffend *Schulz*, FamRZ 2019, 1761, 1762).

**22** Hinsichtlich der beschriebenen familienrechtlichen Rechtsfolgen handelt es sich beim Ausschluss des gesonderten Ausgleichs der während der Ehe erbrachten Darlehensraten zudem nicht um eine Besonderheit von gesamtschuldnerisch eingegangenen Kreditverbindlichkeiten. Denn nichts anderes würde auch in dem Fall gelten, dass nur der Eigentümer-Ehegatte Darlehensschuldner ist und der andere Ehegatte als wirtschaftlich leistungsfähigerer die Kreditraten zahlt. Auch in diesem Fall ist eine Rückforderung oder ein nachträglicher Ausgleich der gezahlten Raten regelmäßig ausgeschlossen. Die Verbindlichkeit ist dann im Zugewinnausgleich zweifellos nur bei dem Ehegatten zu passivieren, der Darlehensschuldner ist. Die familienrechtliche Überlagerung bezüglich Unterhalt und ehebezogener Zuwendungen ist dagegen in beiden Fällen gleich zu beurteilen.

**23** Aus einem Ausschluss des Ausgleichs für geleistete Darlehensraten folgt somit entgegen der Auffassung des OLG nicht, dass der leistende Ehegatte im Innenverhältnis zu einer seinen Leistungen entsprechenden Quote auch hinsichtlich der noch offenen Darlehensvaluta verpflichtet war. Dass dies vor allem auch bei Fortbestand der ehelichen Lebensgemeinschaft gilt, zeigt sich am bereits genannten Fall der Veräußerung der finanzierten Immobilie und verdeutlicht, dass auch bei der Bewertung der Gesamtschuld im Anfangsvermögen von der im Innenverhältnis bestehenden Alleinhaftung des Eigentümer-Ehegatten auszugehen ist.

**24** d) Die angefochtene Entscheidung entspricht diesen Grundsätzen nur insoweit im Ergebnis, als das OLG die Verbindlichkeit der Sache nach allein dem Anfangsvermögen der Ehefrau zugerechnet hat. Soweit das OLG sich dazu veranlasst gesehen hat, die während der Ehe erfolgte Kredittilgung als zugewinnneutral zu behandeln, widerspricht dies indessen dem Grundgedanken des Zugewinnausgleichs.

**25** aa) Die vom OLG angenommene Beteiligung beider Ehegatten im Gesamtschuldner-Innenverhältnis zu je 50 % entspricht den dargelegten Grundätzen nicht. Dass nur beide Ehegatten zusammen in der Lage waren, die Kreditraten zu leisten, besagt entgegen der Auffassung des OLG noch nicht, dass sie auch im Innenverhältnis etwa entsprechend ihrer Leistungsfähigkeit hafteten. Denn dadurch würde vernachlässigt, dass mithilfe der Kredite allein aufseiten eines Ehegatten Immobilienvermögen gebildet worden ist.

**26** Dennoch ist das vom OLG insoweit erzielte Ergebnis zutreffend. Es hat in der Sache mit Recht herausgestellt, dass sich aus der nach der Trennung erfolgten Übernahme der gesamtschuldnerischen Kreditverbindlichkeiten seitens der Ehefrau kein Zugewinn des Ehemanns ergeben kann (im Ergebnis ebenso OLG Bamberg, FamRZ 2013, 1129, 1130). Allerdings

bedurfte es dazu nicht der vom OLG gewählten Konstruktion, sondern folgt das Ergebnis bereits aus einer sachgerechten Bewertung der Verbindlichkeit im Innenverhältnis der Ehegatten (vgl. *Schulz*, FamRZ 2019, 1761, 1762 f.).

**27** Da die Ehefrau schon bei Eheschließung Alleineigentümerin des Grundstücks war, traf sie im Innenverhältnis die alleinige Haftung für die noch offene Darlehensschuld. Dass der Ehemann zunächst den überwiegenden Anteil an den Kreditraten übernahm oder diese sogar in vollem Umfang zahlte, beruht zum einen auf der diesen nach der Eheschließung treffenden Unterhaltspflicht und wirkt sich zum anderen auch bezüglich der als ehebezogene Zuwendungen geleisteten Tilgungsanteile, soweit diese nicht bereits als Bestandteil des Unterhalts anzusehen sind, nicht auf die im Innenverhältnis bestehende alleinige Haftung der Ehefrau aus.

**28** Dass die Beteiligten von dieser Bewertung auch selbst ausgegangen sind, zeigt sich nicht zuletzt daran, dass die Ehefrau nach der Trennung die noch bestehenden gesamtschuldnerischen Darlehensverbindlichkeiten entschädigungslos allein übernahm. Damit standen die Alleinberechtigung der Ehefrau hinsichtlich des Grundstücks und ihre Schuldnerstellung bezüglich der Darlehen auch im Außenverhältnis zu den finanzierenden Kreditinstituten in Übereinstimmung. Dieser Rechtslage entsprach die bei richtiger Betrachtung die Ehefrau schon zuvor im Innenverhältnis treffende Alleinhaftung, ohne dass es dazu einer retrospektiven Betrachtung bedarf. Anders als hinsichtlich der monatlichen Kreditraten war hier entsprechend der Bewertung des Hausgrundstücks mit dem Verkehrswert auch das Innenverhältnis der Ehegatten danach zu bestimmen, wer von ihnen im Veräußerungsfall die Kreditverbindlichkeiten abzulösen hatte. Durch die Übernahme der Darlehensverbindlichkeiten seitens der Ehefrau während des Bestehens der ehelichen Lebensgemeinschaft und nach der Trennung ist dem Ehemann mithin kein Zugewinn entstanden.

**29** bb) Die vom OLG angestellte (fiktive) Veranschlagung der hälftigen Kredittilgung durch einen entsprechenden Passivposten im Anfangsvermögen beider Ehegatten geht hingegen auch im Ergebnis fehl. Das OLG hat damit bezweckt, die während der Ehezeit erfolgte Kredittilgung letztlich für beide Ehegatten als zugewinnneutral zu behandeln. Hierfür besteht indessen keine Veranlassung. Vielmehr hat sich das Vermögen der Ehefrau infolge der während der Ehezeit gesunkenen Darlehensvaluta vermehrt. Es handelt sich hierbei zweifellos um auszugleichenden Zugewinn. Nach der dem Zugewinnausgleich eigenen, bewusst schematischen Berechnung (vgl. Senatsbeschluss vom 16.10.2013, XII ZB 277/12, FamRZ 2014, 24 Rdnr. 16 m. w. N.) spielt es hierfür insbesondere keine Rolle, welcher Ehegatte die Tilgungsleistungen erbracht hat. Ein Grund für eine wertende Korrektur ist nicht ersichtlich (vgl. *Schulz*, FamRZ 2019, 1761, 1762 f.).

**30** 3. Das angefochtene Urteil ist daher teilweise aufzuheben. Der Senat kann in der Sache abschließend entscheiden, weil keine weiteren tatrichterlichen Feststellungen erforderlich sind.

**31** Der Ehemann hat bei zutreffender Betrachtung keinen Zugewinn erzielt. Der Zugewinnausgleich ist somit unter Einbeziehung der im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht mehr

streitigen Positionen aufgrund des von der Ehefrau erzielten Zugewinns wie folgt zu berechnen:

**32**

Endvermögen der Ehefrau		
Aktiva	235.238,53 €	
Passiva	- 193.864,48 €	
	41.374,05 €	41.374,05 €
Anfangsvermögen der Ehefrau		
Aktiva	190.000 €	
Passiva (in voller Höhe)	- 168.827,90 €	
	21.172,10 €	
Indexiert (: 89,7 x 102,5)	24.193,31 €	- 24.193,31 €
Zugewinn der Ehefrau		17.180,74 €
Ausgleichsanspruch des Ehemanns (1/2)		8.590,37 €
Davon bereits zuerkannt		- 3.616,19 €
Weitere Verpflichtung		4.974,18 €

**33** Soweit der ausgerechnete Betrag geringfügig hinter dem Antrag des Ehemanns zurückbleibt, ist die Rechtsbeschwerde übereinstimmend mit der vom OLG im Übrigen zutreffend durchgeführten Zugewinnermittlung zurückzuweisen.

**13. Ablehnung der Bestellung eines Ergänzungsbetreuers mangels Genehmigungsfähigkeit**

BGH, Beschluss vom 25.9.2019, XII ZB 251/19 (Vorinstanz: LG Lüneburg, Entscheidung vom 24.4.2019, 8 T 12/19)

*BGB §§ 138, 181, 1795, 1821, 1822, 1899 Abs. 4, § 1908i Abs. 1 Satz 1*

**LEITSATZ:**

- 1. Die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers nach § 1899 Abs. 4 BGB ist veranlasst, wenn eine Verhinderung des Betreuers konkret zu besorgen und daher zu erwarten ist, dass der Ergänzungsbetreuer von seiner Entscheidungsverantwortung Gebrauch machen muss.**

2. **An den Voraussetzungen für die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers nach § 1899 Abs. 4 BGB fehlt es, wenn feststeht, dass es entweder zum Wohl des Betreuten schon aus objektiver Sicht keiner Regelung bedarf oder einem solchen Bedarf eindeutig nicht mit einer zulässigen Regelung begegnet werden könnte. (Leitsatz der Schriftleitung)**
3. **Welche Regelungen im Einzelnen getroffen werden sollen, hat ein zu bestellender Ergänzungsbetreuer noch zu prüfen. Erst wenn dieser sich allein mit Blick auf das Wohl des Betreuten für eine bestimmte Regelung entschieden hat, stellt sich im Zuge der ggf. nach § 1908i Abs. 1 Satz 1, §§ 1821, 1822 BGB erforderlichen Genehmigung die Frage nach der Sittenwidrigkeit dieses ganz konkreten Rechtsgeschäfts. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Für die im Jahr 1973 geborene Betroffene ist ihre Mutter (die Beteiligte) zur Betreuerin mit dem Aufgabenkreis Vermögenssorge, Aufenthaltsbestimmung und Zustimmung zu Heil- und Pflegemaßnahmen bestellt.

2 Im Jahr 2001 errichteten die Eltern der Betroffenen ein privatschriftliches Testament, in dem sie unter anderem Folgendes bestimmten:

„Unser Grundgedanke ist, dass unser mühsam und unter Entbehrungen erbautes Haus, als Ganzes in der Familie erhalten bleibt.

Dabei soll sichergestellt werden, dass unsere behinderte Tochter (...) nicht benachteiligt wird und alles getan wird, was zu ihrem Wohl getan werden kann.

Unsere andere Tochter (...) soll aber auch nicht benachteiligt werden. Nach dem Tode eines Ehepartners soll der Überlebende alleiniger Vorerbe sein.

Nach dem Tode des Letztlebenden sollen unsere beiden Töchter (...) erben.

Für [die Betroffene] soll ein Vermächtnis über das Wohnrecht des Dachgeschosses gemacht werden. Über unser noch vorhandenes Vermögen soll [die Betroffene] den Pflichtteil erhalten.

Dieses soll vor allen Dingen für folgende Ausgaben benutzt werden.

Unterhaltung und Betriebskosten des Dachgeschosses.

Falls [die Betroffene] ihr Wohnrecht nicht ausüben kann oder will, steht ihr der Anspruch in der Höhe des fiktiven bzw. tatsächlichen Miete hinsichtlich der oberen Räume des Dachgeschosses zu. Der vorhandene Nachlass soll dazu dienen, dass [die Betroffene] ihr Leben so weiterführen kann wie bisher.

Wir ordnen bezüglich des Erbes [der Betroffenen] eine Testamentsvollstreckung nach unser beider Ableben an, so lange [die Betroffene] lebt (...).

Der Testamentsvollstrecker hat die Aufgabe, nach unser beider Ableben, das Vermächtnis zu verwalten.

Der vorhandene Nachlass soll dazu dienen, dass [die Betroffene] ihr Leben so weiterführen kann, wie bisher.

Der Testamentsvollstrecker soll nach Ermessen und wenn er es für erforderlich hält, aus den Erträgen und der Substanz des Vermächtnisses und der Erbschaft Sachleistungen und Vergünstigungen für [die Betroffene] erbringen (...).

Wir bestimmen nach unser beider Ableben als Testamentsvollstrecker [...] unsere andere Tochter (...).“

3 Mit einem Nachtrag hierzu aus dem Jahr 2002 ordneten die Eltern der Betroffenen unter anderem weiter an, dass die Betroffene „befreiter Vorerbe“ der anderen Tochter sein solle.

4 Nachdem der Vater der Betroffenen im Mai 2004 verstorben war, wurde für die Betroffene aufgrund notarieller Urkunde vom 22.8.2005 ein lebenslanges Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB hinsichtlich des Dachgeschosses des nun im Alleineigentum der Betreuerin stehenden Hauses in das Grundbuch eingetragen.

5 Im September 2018 hat die Betreuerin um Bestellung eines Ergänzungsbetreuers gebeten, um die Frage des Wohnungsrechts und die Erbfolge neu regeln zu können. Denn mit dem bestehenden Testament komme das Wohnungsrecht nur dem öffentlichen Kostenträger, nicht aber der Betroffenen – die den Unterhalt des Hauses nicht finanzieren könne – zugute. Daher sei neben der Löschung des bereits eingetragenen Wohnungsrechts der Abschluss eines Erbvertrags beabsichtigt, mit dem die Betroffene auf das Wohnungsrecht sowie den Nutzungsersatzanspruch bei Nichtausübung verzichte, neben ihrer Schwester zu gleichen Teilen erben und einen Mietvertrag mit der hierzu per Auflage verpflichteten Schwester über die Dachgeschossräume schließen solle.

6 Das AG hat die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers abgelehnt, weil die angedachte vertragliche Regelung sittenwidrig sei. Das LG hat die hiergegen gerichtete Beschwerde der Betreuerin zurückgewiesen. Dagegen wendet sich diese mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde.

7 II. Die zulässige, insbesondere aufgrund der Zulassung statthafte (vgl. Senatsbeschlüsse vom 25.5.2011, XII ZB 283/10, FamRZ 2011, 1219 Rdnr. 13 f. und vom 19.12.2012, XII ZB 241/12, juris Rdnr. 3) Rechtsbeschwerde hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das LG.

8 1. Dieses hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

9 Die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers sei nicht erforderlich, weil das zu genehmigende Rechtsgeschäft von vornherein nicht genehmigungsfähig sei. Denn die beabsichtigte Regelung der Erbfolge sei sittenwidrig. Anders als bei einem sog. Behindertentestament könne die Betreuerin hier nicht mehr frei über ihr Vermögen verfügen, da die Betroffene als Vermächtnisnehmerin bereits eine dinglich gesicherte Rechtsposition erworben habe. In dieser Situation stelle sich ein aktiver Verzicht der Betroffenen zulasten des Sozialleistungsträgers mit dem Ziel, ihre Bedürftigkeit zu erhöhen, als sittenwidrig dar.



Hierdurch werde auch nicht die Testierfreiheit eingeschränkt, die nur so weit reiche, wie der Erblasser über sein Vermögen verfügen könne. Das Wohnungsrecht befinde sich jedoch bereits im Vermögen der Betroffenen. Selbst bei einer Löschung stehe ihr aus dem Vermächtnis ein Anspruch auf Bewilligung und Eintragung nach Versterben der Betreuerin zu. Das Wohnungsrecht sei einer einseitigen Verfügung der Betreuerin entzogen.

**10** 2. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der vom LG gegebenen Begründung kann die Notwendigkeit einer Ergänzungsbetreuung nach § 1899 Abs. 4 BGB nicht verneint werden.

**11** a) Gemäß § 1899 Abs. 4 BGB kann das Gericht mehrere Betreuer in der Weise bestellen, dass der eine die Angelegenheiten des Betreuten nur zu besorgen hat, soweit der andere verhindert ist. Die Verhinderung kann auf tatsächlicher Abwesenheit oder rechtlichen Ausschlussatbeständen beruhen. Eine Verhinderung aus Rechtsgründen ist unter anderem gegeben, wenn der Hauptbetreuer von der Vertretung des Betreuten kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, etwa aus Gründen des § 181 BGB oder der § 1908i Abs. 1 Satz 1, § 1795 BGB, oder wenn das Gericht ihm die Vertretungsmacht gemäß § 1908i Abs. 1 Satz 1, § 1796 BGB entzieht (Senatsbeschluss vom 11.1.2017, XII ZB 305/16, FamRZ 2017, 549 Rdnr. 11 m. w. N.).

**12** Dabei ist die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers nur dann veranlasst, wenn eine derartige Verhinderung des Betreuers konkret zu besorgen und daher zu erwarten ist, dass der Ergänzungsbetreuer von seiner Entscheidungsverantwortung Gebrauch machen muss (vgl. BayObLG, FamRZ 2004, 1993, 1994). Dies folgt allerdings nicht aus § 1896 Abs. 2 BGB (so aber zum Beispiel BayObLG, FamRZ 2004, 1993, 1994), der normiert, dass die Betreuung dem Grunde nach und für den jeweiligen Aufgabenkreis erforderlich sein muss. Denn die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers lässt die Betreuung und den Umfang des Aufgabenkreises unberührt (Senatsbeschlüsse vom 25.5.2011, XII ZB 283/10, FamRZ 2011, 1219 Rdnr. 13 und vom 19.12.2012, XII ZB 241/12, juris Rdnr. 3). Vielmehr ergibt es sich daraus, dass die Durchbrechung des in § 1897 Abs. 1 BGB verankerten Grundsatzes der Einzelbetreuung (Senatsbeschluss vom 11.1.2017, XII ZB 305/16, FamRZ 2017, 549 Rdnr. 11 m. w. N.) nur bei einem entsprechend konkret absehbaren Bedarf für das Tätigwerden eines Ergänzungsbetreuers als weiterer Betreuungsperson auf der Grundlage des § 1899 Abs. 4 BGB gerechtfertigt ist.

**13** b) Nach diesen Maßgaben hat das LG das Vorliegen der Voraussetzungen für die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers nach § 1899 Abs. 4 BGB zu Unrecht verneint. An diesen würde es im vorliegenden Fall nämlich nur dann fehlen, wenn feststünde, dass es entweder zum Wohl der Betroffenen schon aus objektiver Sicht keiner vermögens- und erbrechtlichen Regelung bedarf oder einem solchen Bedarf eindeutig nicht mit einer zulässigen Regelung begegnet werden könnte. Beides ist hier jedoch nicht der Fall.

**14** aa) Ausgangspunkt der von der Betreuerin an das AG gerichteten Anregung ist ihre Befürchtung, die aktuelle rechtliche Situation mit dem bereits der Betroffenen zustehenden Wohnungsrecht sowie ggf. wechselbezüglichen (vgl. § 2270 BGB) und in erbrechtlicher Bindung (vgl. § 2271 BGB) er-

wachsenen letztwilligen Verfügungen in dem gemeinschaftlichen Testament der Eltern der Betroffenen könnte für die Betroffene mit wirtschaftlichen Nachteilen verbunden sein. Auch angesichts ihres Lebensalters sieht die Betreuerin die Notwendigkeit, solchen möglichen Nachteilen durch rechtliche Maßnahmen zu begegnen. Da diese jeweils rechtsgeschäftliche Erklärungen erfordern dürften, bei denen die Betreuerin nach § 181 BGB oder wegen Interessenkollision im Sinne von § 1908i Abs. 1 Satz 1, § 1796 Abs. 2 BGB an der Vertretung der Betroffenen gehindert sein könnte, war die Bitte um Bestellung eines Ergänzungsbetreuers folgerichtig.

**15** bb) Dass diese Befürchtung der Betreuerin unbegründet ist, hat das LG nicht festgestellt und kann nach derzeitigem Stand auch nicht angenommen werden. Mithin lässt sich nicht verneinen, dass ein objektiver Bedarf für eine Neuregelung der vermögens- und erbrechtlichen Lage der Betroffenen besteht.

**16** Die Betreuerin hat der Betroffenen das Wohnungsrecht bereits eingeräumt. Ob sie sich dazu, wie sie geltend gemacht hat, durch das in dem gemeinschaftlichen Testament angeordnete Vermächtnis veranlasst sah – das nach dem Wortlaut des Testaments allerdings wohl erst mit dem Tod des letztversterbenden Elternteils anfallen sollte – oder aufgrund einer schuldrechtlichen Vereinbarung, ist ungeklärt. Auf welchem Rechtsgrund die Bestellung des Wohnungsrechts beruht, ist aber für die Frage von Bedeutung, inwieweit im Falle der Nichtausübung des Wohnungsrechts durch die Betroffene ein Zugriff des Sozialleistungsträgers auf Zahlungsansprüche der Betroffenen erfolgen könnte.

**17** Nach dem Vermächtnis steht der Betroffenen bei Nichtausübung des Wohnungsrechts ein Anspruch auf eine fiktive oder die tatsächlich erzielte Miete für das Dachgeschoss zu. Insoweit sind eventuelle Erträge jedoch ausdrücklich unter die mit konkreten Verwaltungsanweisungen versehene Testamentsverwaltung gestellt und damit im Wege des – auch nach Ansicht des LG – wirksamen Behindertentestaments (vgl. dazu etwa Senatsbeschlüsse vom 10.5.2017, XII ZB 614/16, FamRZ 2017, 1259 Rdnr. 12 und vom 24.7.2019, XII ZB 560/18, zur Veröffentlichung bestimmt) dem Zugriff des Sozialleistungsträgers grundsätzlich entzogen. Bei einem auf schuldrechtlicher Grundlage eingeräumten Wohnungsrecht dürfte eine ergänzende Vertragsauslegung dahin gehend, dass der Eigentümer verpflichtet ist, bei Nichtausübung des Wohnungsrechts die Räume entweder zu vermieten oder der Betroffenen die Vermietung zu gestatten, und daraus folgend bei Nichtvermietung ein Nutzungsentgelt in Höhe der fiktiven Miete zu zahlen, im Zweifel zwar nicht in Betracht kommen (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 9.1.2009, V ZR 168/07, FamRZ 2009, 598 Rdnr. 18 ff.). Hingegen könnte eine ergänzende Vertragsauslegung durchaus einen Anspruch der Betroffenen auf Auskehr von für die Räume erzielten Mieteinnahmen ergeben (vgl. BGH, Urteil vom 19.1.2007, V ZR 163/06, FamRZ 2007, 632, 634 f. m. w. N.), der dann nicht unter die Testamentsvollstreckung fiel und auf den der Sozialleistungsträger daher zugreifen könnte.

**18** Demnach besteht jedenfalls insoweit die Möglichkeit, dass das von den Eltern mit dem gemeinschaftlichen Testament ausdrücklich verfolgte Ziel verfehlt wird, ein Profitieren der Betroffenen vom elterlichen Vermögen unter Ausschluss des Sozialleistungsträgers sicherzustellen.

**19** cc) Es kann auch nicht eindeutig festgestellt werden, dass eine rechtsgeschäftliche Regelung, mit der das von der Betreuerin jetzt verfolgte Ziel, die künftige wirtschaftliche Situation der Betroffenen zu verbessern, in rechtlich zulässiger Weise erreicht werden könnte, von vornherein ausscheidet.

**20** (1) Dem LG kann bereits nicht darin gefolgt werden, dass es seine Erwägungen zur Sittenwidrigkeit nur auf die in der Anregung der Betreuerin skizzierte vertragliche Regelung bezogen hat. Welche Regelungen im Einzelnen getroffen werden sollen, hätte vielmehr ein zu bestellender Ergänzungsbetreuer noch zu prüfen. Erst wenn dieser sich allein mit Blick auf das Wohl der Betroffenen (vgl. § 1901 Abs. 2 BGB) für eine bestimmte Regelung entschieden und zudem mit der Betreuerin eine entsprechende rechtsgeschäftliche Übereinkunft gefunden hat, stellt sich im Zuge der ggf. nach § 1908i Abs. 1 Satz 1, §§ 1821, 1822 BGB erforderlichen Genehmigung die Frage nach der Sittenwidrigkeit dieses ganz konkreten Rechtsgeschäfts. Dass es im vorliegenden Fall ausnahmsweise nur eine einzige – nämlich die von der Betreuerin derzeit angedachte – Regelungsmöglichkeit gibt, hat das LG nicht festgestellt. Daher kann dahinstehen, ob die in der angegriffenen Entscheidung enthaltene rechtliche Einschätzung zur Sittenwidrigkeit der von der Betreuerin beabsichtigten Regelung zutrifft.

**21** (2) Es ist auch nicht erkennbar, dass jede rechtsgeschäftliche Regelung, die der von der Betreuerin verfolgten Zielsetzung zu dienen geeignet ist, dem Verdikt der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB unterfallen würde.

**22** So wäre vorliegend zu prüfen, ob der Betreuerin gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ein Anspruch auf Rückgewähr des der Betroffenen bereits übertragenen Wohnungsrechts zusteht. Dies könnte der Fall sein, wenn die Übertragung in Erfüllung eines vermeintlich bereits entstandenen, tatsächlich aber erst mit dem Tod der Betreuerin anfallenden Vermächtnisses erfolgt sein sollte. Bei Bestehen eines solchen Anspruchs hätte die Betroffene eine Löschungsbewilligung zu erteilen. Im Übrigen ist ein Verzicht auf das Wohnungsrecht ohnehin nicht generell ausgeschlossen, sondern kommt etwa dann in Betracht, wenn ein Betroffener das Wohnungsrecht auf Dauer nicht mehr ausüben wird (vgl. etwa Senatsbeschluss vom 25.1.2012, XII ZB 479/11, FamRZ 2012, 967 Rdnr. 7 ff. m. w. N.).

**23** Lediglich ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass das LG entgegen dem Wortlaut des Testaments ersichtlich davon ausgegangen ist, der der Betroffenen vermächtnisweise zugedachte Zahlungsanspruch bei Nichtausübung des Wohnungsrechts bzw. die daraus erzielten Einnahmen unterlägen nicht der Testamentsvollstreckung. Schließlich weist die Rechtsbeschwerde jedenfalls im Ausgangspunkt zu Recht darauf hin, dass mit der Vermächtnisanordnung als solcher unabhängig von §§ 2270, 2271 BGB noch keine gesicherte Rechtsposition verbunden ist. Denn auch wenn Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament, in dem sie sich gegenseitig zu Erben eingesetzt haben, einer dritten Person durch eine wechselseitige Verfügung ein Vermächtnis zugewendet haben, das nach dem Tode des Überlebenden erfüllt werden soll, wird nicht gewährleistet, dass der Dritte auch in den Genuss des vermachten Gegenstands kommt. Vielmehr kann der überle-

bende Ehegatte durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden weiterhin grundsätzlich uneingeschränkt über sein Vermögen verfügen (vgl. BGHZ 26, 274 = NJW 1958, 547, 548). Ob dies hier mit Blick auf die Vorerbenstellung der Betreuerin anders zu beurteilen ist, bedarf keiner Erörterung.

**24** 3. Die angefochtene Entscheidung ist daher aufzuheben und die Sache ist an das LG zurückzuverweisen. Dieses wird unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu über die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers zu befinden haben.

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

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor **Felix Schmitt**,  
Obernburg a. Main

Dem Betreuungsrecht liegt die in § 1897 Abs. 1 BGB verankerte Idee zugrunde, dass die rechtlichen Angelegenheiten des Betreuungsbedürftigen einem einzigen Betreuer übertragen werden (Grundsatz der Einzelbetreuung).<sup>1</sup> § 1899 Abs. 4 BGB enthält mit der Bestellung eines Ersatzbetreuers eine Ausnahme, die notwendig wird, wenn der eigentliche Betreuer aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen verhindert ist. Der Beschluss des BGH vom 25.9.2019 befasst sich mit der Frage, aus welchen Rechtsgründen das Betreuungsgericht die Bestellung eines Ersatzbetreuers ablehnen kann. Der BGH kommt überzeugend zu dem Schluss, dass die mutmaßlich fehlende Genehmigungsfähigkeit des Geschäftes, für das der Ersatzbetreuer bestellt wird, nur in eindeutigen Ausnahmefällen bereits zur Ablehnung der Bestellung führen darf. Denn die schlussendlich zu genehmigende, rechtsgeschäftliche Einigung muss überhaupt erst von dem zu bestellenden Ersatzbetreuer ausgehandelt werden.

#### 1. Sachverhalt

Im zugrunde liegenden Sachverhalt ist die Mutter einer volljährigen Frau mit Behinderung zu deren Betreuerin bestellt. Ihr Aufgabenkreis umfasst u.a. die Vermögenssorge. Die Eltern der Betreuten hatten im Jahr 2001 ein privatschriftliches, gemeinschaftliches Testament verfasst. Darin hatten sich die Eltern zunächst gegenseitig zu Erben eingesetzt, nach dem Tod des Längerlebenden die beiden Töchter. Der betreuten Tochter war zusätzlich ein Wohnungsrechtsvermächtnis im elterlichen Wohnhaus samt Wertersatzanspruch im Falle der Nichtausübung zugewandt. Testamentsvollstreckung war angeordnet. Ob dieses Vermächtnis bereits mit dem Tod des Erstversterbenden anfallen sollte, war im vorliegenden Fall nicht abschließend geklärt – die Auslegung dürfte eine Anordnung für den Tod des Letztversterbenden ergeben.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> BeckOGK-BGB/Schmidt-Recla, Stand: 15.1.2020, § 1899 Rdnr. 2.

<sup>2</sup> So auch Ruby, ZEV 2020, 44.

Nachdem 2004 der Vater der Betreuten verstorben war, bestellte die Mutter der Betreuten ein lebenslanges Wohnungsrecht, mutmaßlich in dem Glauben, damit das Wohnungsrechtsvermächtnis zu erfüllen, das mit dem Tod ihres Mannes angefallen war. Im Jahr 2018 wollte die Betreuerin das Wohnungsrecht löschen lassen und beantragte hierzu die Bestellung eines Ersatzbetreuers im Sinne des § 1899 Abs. 4 BGB. Das AG lehnte dies ab. Die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers sei schon deshalb nicht erforderlich, weil das zu genehmigende Rechtsgeschäft von vornherein nicht genehmigungsfähig sei.<sup>3</sup> Denn der beabsichtigte Verzicht auf das bereits eingetragene Wohnungsrecht sei als Rechtsgeschäft zulasten des Sozialhilfeträgers sittenwidrig im Sinne des § 138 BGB. Das LG als Beschwerdegericht schloss sich dieser Einschätzung an.

## 2. Rechtliche Einordnung

Die besprochene Entscheidung ist mit zwei Rechtskreisen befasst: Der Bestellung eines Ersatzbetreuers nach § 1899 Abs. 4 BGB und der betreuungsgerichtlichen Genehmigung nach § 1908i Abs. 1 Satz 1, §§ 1821, 1822 BGB.

### a) Die Bestellung eines Ersatzbetreuers nach § 1899 Abs. 4 BGB

Nach § 1899 Abs. 4 BGB kann das Betreuungsgericht mehrere Betreuer in der Weise bestellen, dass der eine als Ersatzbetreuer die Angelegenheiten des Betreuten nur zu besorgen hat, soweit der andere verhindert ist. Das Betreuungsrecht geht grundsätzlich davon aus, dass im Regelfall nur eine Person zum Betreuer der betreuten Person bestellt werden soll. Hierdurch soll eine persönliche Betreuung erleichtert und ein darauf gegründetes Vertrauensverhältnis zwischen Betreutem und Betreuer gestärkt werden.<sup>4</sup> Aus diesem Grundsatz ergibt sich die praktische Notwendigkeit der Ersatzbetreuung: Ist der eigentlich bestellte Betreuer aus rechtlichen oder aus tatsächlichen Gründen an der Durchführung eines Geschäftes verhindert, so hat er entweder keine Vertretungsmacht für den Betreuer<sup>5</sup> oder er kann diese faktisch nicht ausüben. Solange die Verhinderung nur bestimmte Rechtsgeschäfte betrifft oder von vorübergehender Dauer ist, liegen die Voraussetzungen des § 1908b Abs. 1 Satz 1 BGB nicht vor, der eine Entlassung des Betreuers ermöglicht. Damit auch in diesen Fällen die rechtlichen Interessen des Betreuten wahrgenommen werden können, muss zwingend eine weitere vertretungsberechtigte Person benannt werden können.

Aus dem dargelegten Regel-Ausnahme-Verhältnis ergibt sich, dass ein Ersatzbetreuer nicht per se „auf Vorrat“ bestellt werden kann, sondern dessen Bestellung nur bei einem konkret absehbaren Bedarf für das Tätigwerden einer weiteren Betreuungsperson gerechtfertigt ist. Gleichzeitig steht die Bestellung nicht im Ermessen des Betreuungsgerichts. *Wenn* ein Betreuer rechtlich oder tatsächlich daran

gehindert ist, ein Geschäft des Betreuten wahrzunehmen, *dann* muss ein Ersatzbetreuer bestellt werden.<sup>6</sup>

### b) Die Genehmigungspflicht nach § 1908i Abs. 1 Satz 1, §§ 1821, 1822 BGB

Nach § 1908i Abs. 1 Satz 1, §§ 1821, 1822 BGB bedürfen bestimmte Rechtsgeschäfte der betreuungsgerichtlichen Genehmigung. Dabei werden vor allem Verfügungen über Sachen und Rechte von besonders hohem Wert zum Schutz des Betreuten der gerichtlichen Kontrolle unterstellt.<sup>7</sup> Maßgeblich für die Entscheidung des Betreuungsgerichts ist das Interesse des Betreuten im Zeitpunkt der Entscheidung, wobei dem Gericht nach herrschender Meinung ein Ermessensspielraum zusteht.<sup>8</sup> Das Betreuungsgericht hat die Genehmigung zu versagen, wenn das Geschäft gesetz- oder sittenwidrig ist oder es dem Wohle des Betreuten aus wirtschaftlichen oder ideellen Gründen widerspricht.<sup>9</sup>

## 3. Die Würdigung des BGH

Im vorliegenden Sachverhalt waren beide dargelegten Rechtskreise berührt. Da die Betreuerin gleichzeitig Eigentümerin des mit dem Wohnungsrecht belasteten Grundbesitzes war, lag in der Erklärung der Löschungsbewilligung ein In-Sich-Geschäft nach § 181 BGB vor. Die Betreuerin war also rechtlich an der Vertretung der Betreuten gehindert, so dass die Bestellung eines Ersatzbetreuers notwendig war. Gleichzeitig ist die Löschungsbewilligung nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB genehmigungspflichtig.

In seinem Beschluss stellt der BGH klar, dass es sich bei der Notwendigkeit eines Ersatzbetreuers und der Genehmigungsfähigkeit des Rechtsgeschäfts um zwei unterschiedliche Rechtsfragen handelt. Diese sind getrennt voneinander zu behandeln und zwar nacheinander. Zeichnet sich ab, dass das Tätigwerden einer weiteren Betreuungsperson notwendig wird, so steht noch nicht fest, welches Rechtsgeschäft der Ersatzbetreuer am Ende zu welchen Bedingungen vornehmen wird. Dem Ersatzbetreuer muss auch zum Wohle des Betreuten zugestanden werden, zunächst selbstverantwortlich zu prüfen und ggf. mit den anderen Beteiligten zu verhandeln, welche konkreten Rechtsgeschäfte schlussendlich vorgenommen werden. Die im Anschluss vom Betreuungsgericht ggf. zu prüfende Genehmigungsfähigkeit nach § 1908i Abs. 1 Satz 1, §§ 1821, 1822 BGB bezieht sich dann ausschließlich auf dieses ganz konkrete Rechtsgeschäft.

Folgerichtig kann die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers nach § 1899 Abs. 4 BGB nur dann mit dem Hinweis auf die fehlende Genehmigungsfähigkeit abgelehnt werden, wenn

<sup>3</sup> Vgl. Rdnr. 9 der besprochenen Entscheidung.

<sup>4</sup> BT-Drucks. 11/4528, S. 130.

<sup>5</sup> MünchKomm-BGB/Schneider, 8. Aufl. 2020, § 1899 Rdnr. 23.

<sup>6</sup> BeckOGK-BGB/Schmidt-Recla, § 1899 Rdnr. 43.

<sup>7</sup> Jauernig/Budzikiewicz, 17. Aufl. 2018, Vor §§ 1821-1823 Rdnr. 1.

<sup>8</sup> BeckOK-BGB/Bettin, Stand: 1.2.2020, § 1828 Rdnr. 3; BGH, Urteil vom 22.5.1986, III ZR 237/84, NJW 1986, 2829; a. A. MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, § 1828 Rdnr. 16, wobei die Einordnung des Wohles des Betreuten als unbestimmter Rechtsbegriff in der Praxis keinen Unterschied machen dürfte.

<sup>9</sup> BeckOK-BGB/Bettin, § 1828 Rdnr. 3.

es ausnahmsweise nur eine einzige Regelungsmöglichkeit gibt und diese nicht genehmigungsfähig ist. Im entschiedenen Fall verweist der BGH gleich auf mehrere Möglichkeiten, in denen der Verzicht der Betreuten auf ihr Wohnungsrecht nicht sittenwidrig wäre. Sollte die Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments der Eltern der Betreuten ergeben, dass das Wohnungsrechtsvermächtnis tatsächlich erst bei Tod des Letztversterbenden anfällt, hätte die Mutter der Betreuten nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB einen Anspruch auf Erklärung der Löschungsbewilligung. Im Übrigen, so der BGH, sei der Verzicht auf ein Wohnungsrecht auch nicht generell ausgeschlossen, sondern komme etwa dann in Betracht, wenn ein Betroffener das Wohnungsrecht auf Dauer nicht mehr ausüben wird.

#### 4. Fazit

Der BGH behandelt das Verhältnis von § 1899 Abs. 4 BGB und § 1908i Abs. 1 Satz 1, §§ 1821, 1822 BGB erfreulich eindeutig, nach einem klaren Regel-Ausnahme-Verhältnis, das sowohl systematisch als auch teleologisch überzeugt. Die Ausnahmefälle, in denen im Vorhinein feststeht, dass nur eine einzige, nicht genehmigungsfähige Regelungsmöglichkeit denkbar ist, dürften überschaubar und evident sein. Ob sich hieraus ein Mehrwert für die notarielle Praxis ergibt, ist zweifelhaft. Zwar dürfte der Beschluss Unsicherheiten über die Gesetzessystematik bei der Bestellung von Ersatzbetreuern vorbeugen. Bedenken des Betreuungsgerichts werden dadurch im Zweifel aber lediglich auf die nachgelagerte Eben der Genehmigung verlagert.

## BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

### 14. Vereinbarung über ein Wohnrecht des Veräußerers und eine Pflegepflicht des Erwerbers bei einer Grundstücksübertragung kurz vor dem Tod des Veräußerers

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 6.5.2019, 8 W 13/19

BGB §§ 133, 157, 313

#### LEITSATZ:

**Vereinbaren die Vertragsparteien bei einer Grundstücksübertragung ein Wohnrecht des Veräußerers und eine Pflegepflicht der Erwerberin, gibt der Tod des Veräußerers nur wenige Wochen nach Vertragsschluss für sich genommen weder Anlass für eine ergänzende Vertragsauslegung noch für eine Anpassung des Vertrags nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage im Sinne eines Zahlungsanspruchs der Erben des Veräußerers als Ausgleich für das infolge des Todes gegenstandslos gewordene Wohnrecht und die Pflegeverpflichtung.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** Die Antragstellerin und Beschwerdeführerin (im Folgenden: die Antragstellerin) ist neben ihren Geschwistern [1 und 2] (...) zu 1/3 Erbin ihres (...) 2014 in (...) verstorbenen Bruders (...).

**2** Die Antragsgegnerin ist die Nichte des Erblassers.

**3** Dieser schloss als Verkäufer unter dem 14.3.2014 mit der Antragsgegnerin einen notariellen Kaufvertrag über seinen im Grundbuch (...) eingetragenen Grundbesitz. Zum Kaufgegenstand gehörte neben Ackerland und Grünland auch die Hof- und Gebäudefläche (...) laufende Nr. 8 des Bestandsverzeichnisses. Der Kaufpreis betrug gemäß § 3 Nr. 1 des Kaufvertrages € 86.000, wobei auf die unbebauten Grundstücke ein Teilkaufpreis von € 1.500 entfiel.

**4** Der Grundbesitz war unter anderem mit einem sog. Insitz- und Mitbenutzungsrecht der Miterbin [2] (...), in Abt. II lfd. Nr. 9 grundbuchmäßig belastet.

**5** § 3 Abs. 1 Abs. 2 des notariellen Vertrages lautet wie folgt:

„Unter Berücksichtigung des zu übernehmenden Rechtes Abt. II lfd. Nr. 9 (kapitalisiert € 32.317), eines für den Verkäufer einzutragenden Wohnrechtes gemäß § 7 dieser Urkunde (kapitalisiert € 21.666) und der Übernahme von Pflegeleistungen (kapitalisiert € 20.563) verbleibt ein Zahlungsbetrag von € 10.000.“

**6** In § 7 des notariellen Vertrages wurde das Wohnrecht des Erblassers geregelt, dem ein „lebenslängliches unentgeltliches Wohnrecht gemäß § 1093 BGB“ bestellt wurde. Der Jahreswert des Wohnrechtes wurde mit € 2.592 beziffert (§ 7 Abs. 4).

**7** § 7 Abs. 2 des Vertrages lautet wie folgt:

„Dieses Recht ruht, solange der Verkäufer das übergebene Anwesen, gleich aus welchem Grund, verlassen hat. Geldersatz steht ihm nur zu, wenn der Käufer den Wegzug veranlasst hat, andernfalls werden Ersatzansprüche ausgeschlossen.“

**8** Die Antragsgegnerin verpflichtete sich überdies,

„in Absprache mit dem [Erblasser] die Pflege des [Erblassers] im häuslichen Bereich zu übernehmen, solange dies [für die Antragsgegnerin] möglich und zumutbar ist“ (§ 8 Abs. 1 des Vertrages).

**9** Den Wert der Pflegeverpflichtung gaben die Kaufvertragsparteien in § 8 Abs. 4 des Vertrages mit einem Jahreswert von € 2.460 an (Pfleigestufe I, € 205 x 12).

**10** Den ausgewiesenen Kaufpreis von € 10.000 zahlte die Antragsgegnerin.

**11** Eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs der Antragsgegnerin auf Eigentumsübergang wurde am 21.3.2014 in das Grundbuch eingetragen.

**12** Am (...) 2014 – also knapp drei Wochen nach Abschluss des Kaufvertrages – verstarb der Erblasser überraschend.

**13** Der Eigentumsübergang auf die Antragsgegnerin wurde am 12.5.2014 in das Grundbuch eingetragen. Zu einer Eintragung des Wohnrechtes kam es aufgrund des Todes des Erblassers nicht mehr.

**14** Die Antragstellerin ist der Ansicht, der notarielle Vertrag sei im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung so zu verstehen, dass die Antragsgegnerin zur Zahlung der kapitalisierten Werte für das Wohnrecht und die nicht erbrachten Pflegeleistungen verpflichtet sei. Dementsprechend begehrt sie Prozesskostenhilfe für eine Klage gegen die Antragsgegnerin auf Zahlung von € 42.229 an die Erbengemeinschaft.

**15** Mit Beschluss vom 22.2.2019 hat die 4. Zivilkammer des LG Limburg den Antrag der Antragstellerin auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe abgelehnt.

**16** Zur Begründung hat das LG u. a. ausgeführt, dass für das beabsichtigte Klageverfahren keine Erfolgsaussicht bestehe. Ein Zahlungsanspruch über die bereits geleisteten € 10.000 hinaus stehe der Erbengemeinschaft nach dem verstorbenen (...) aus der notariellen Urkunde nicht zu.

**17** Dem Erblasser hätte – so das LG weiter – über den vereinbarten Kaufpreis hinaus keine weitere Zahlung zugestanden, selbst für den Fall, dass er das Wohnrecht und die Pflegeverpflichtung nicht in Anspruch genommen hätte.

**18** § 7 des Vertrages zeige, dass die Parteien die Möglichkeit ins Auge gefasst hätten, dass von dem Wohnrecht kein Gebrauch gemacht würde. Für diesen Fall sollte die Antragsgegnerin nicht verpflichtet sein, dem Verkäufer Ersatz zu leisten. Etwas anderes könne auch nicht für den Fall gelten, dass der Verkäufer noch vor Einräumung des Wohnrechts versterbe. Das Risiko für die Einräumung von Wohnrecht und Pflegeverpflichtung bestehe für den Berechtigten eben darin, dass er dieses nicht in Anspruch nehme bzw. nehmen könne. Auf der anderen Seite habe der Verpflichtete das Risiko, dass sich die Berechtigung auf einen langen Zeitraum erstrecke. Dies hätten die Kaufvertragsparteien entsprechend berücksichtigt.

(...)

**20** (...) Mit ihrer sofortigen Beschwerde verfolgt die Antragstellerin ihren Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe weiter.

**21** Zur Begründung hat die Antragstellerin u. a. angeführt, das LG habe es versäumt, eine ergänzende Vertragsauslegung vorzunehmen. Die dafür erforderliche Regelungslücke liege vor. Die Vertragsparteien hätten in dem Vertragstext an keiner Stelle zum Ausdruck gebracht, was geschehen solle, wenn der Übergeber alsbald nach Vertragsabschluss versterbe. Der Vertrag habe überwiegend Versorgungscharakter. Das Interesse des zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses 74 Jahre alten Erblassers sei in erster Linie dahin gegangen, seine Pflege bei Krankheit im häuslichen Bereich sowie die lebenslange Nutzung der Wohnräume im Erdgeschoss zu sichern.

**22** Die Vertragsparteien hätten also den letztlich eingetretenen Fall nicht ausdrücklich geregelt, seien aber von einer längeren Pflege und Wohnungsdauer ausgegangen. Nach der Sterbetafel hätte der Erblasser zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch mindestens 11,21 Jahre durchschnittliche Lebenserwartung gehabt; die Kapitalisierung der Werte für Wohnrecht und Pflege sei ganz offensichtlich so errechnet worden.

**23** § 7 Abs. 2 des Vertrages schließe eine ergänzende Vertragsauslegung im Sinne der Auslegung der Antragstellerin

gerade nicht aus. Diese Bestimmung regle nur den Fall, dass der Verkäufer das Objekt verlasse oder die Beklagte schuldhaft den Wegzug des Erblassers veranlasse. Nur für diesen Fall seien Ersatzansprüche ausgeschlossen. Eine verständige Partei setze ein plötzliches Versterben einem „Verlassen“ der Wohnung nicht ohne Weiteres gleich. Im Übrigen habe das Wohnrecht bei einem Verlassen der Wohnung durch den Verkäufer auch nur ruhen und nicht ersatzlos entfallen sollen.

**24** Die Kapitalisierung des Wohnrechtes und der Pflegeverpflichtung stelle überdies ein entscheidendes Argument für den geltend gemachten Zahlungsanspruch dar.

(...)

**26** Das LG hat mit Beschluss vom 26.3.2019 der sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

**27** II. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen die Versagung der Prozesskostenhilfe durch das LG ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt. Sie hat in der Sache jedoch keinen Erfolg.

**28** 1. An die Voraussetzung der hinreichenden Erfolgsaussicht im Sinne des § 114 ZPO sind keine überspannten Anforderungen zu stellen (siehe nur BVerfG, Beschluss vom 2.2.1993, 1 BvR 1697/91, NJW-RR 1993, 1090). Die Prüfung der Erfolgsaussicht soll nämlich nicht dazu dienen, die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung selbst in das summarische Verfahren der Prozesskostenhilfe zu verlagern und dieses an die Stelle des Hauptsacheverfahrens treten zu lassen. Das Prozesskostenhilfverfahren will den Rechtsschutz, den das Rechtsstaatsprinzip erfordert, nicht selbst bieten, sondern zugänglich machen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13.3.1990, 2 BvR 94/88, BVerfGE 81, 347, 357; BVerfGK, Beschluss vom 16.1.2013, 1 BvR 2004/10, NJW 2013, 1148). Hiernach dürfen schwierige, bislang ungeklärte Rechts- und Tatfragen nicht im Prozesskostenhilfverfahren entschieden werden, sondern müssen auch von Unbemittelten einer prozessualen Klärung zugeführt werden können (vgl. BVerfGK, Beschluss vom 14.7.1993, 1 BvR 1523/92, NJW 1994, 241, 242; Beschluss vom 16.1.2013, 1 BvR 2004/10, NJW 2013, 1148; Beschluss vom 13.7.2016, 1 BvR 826/13, juris). Kommt eine Beweisaufnahme ernsthaft in Betracht und liegen keine konkreten und nachvollziehbaren Anhaltspunkte dafür vor, dass die Beweisaufnahme mit großer Wahrscheinlichkeit zum Nachteil des Unbemittelten ausgehen würde, so läuft es dem Gebot der Rechtsschutzgleichheit zuwider, dem Unbemittelten wegen fehlender Erfolgsaussichten seines Rechtsschutzbegehrens Prozesskostenhilfe zu verweigern (vgl. etwa BVerfGK, Beschluss vom 20.02.2002, 1 BvR 1450/00, NJW-RR 2002, 1069; Beschluss vom 16.6.2016, 1 BvR 2509/15, NZA-RR 2016, 495, 496).

**29** 2. Doch selbst nach diesen großzügigen Maßstäben bestehen für die beabsichtigte Rechtsverfolgung der Antragstellerin keine hinreichenden Erfolgsaussichten.

**30** a) Eine ergänzende Vertragsauslegung im Sinne der Antragstellerin kommt nicht in Betracht.

**31** Voraussetzung für eine ergänzende Vertragsauslegung ist, dass der Vertrag unter Zugrundelegung des Regelungskon-

zepts der Parteien eine Lücke aufweist, die geschlossen werden muss, um den Regelungsplan der Parteien zu verwirklichen (vgl. etwa BGH, Urteil vom 18.6.2008, VIII ZR 154/06, NJW-RR 2008, 1371, 1372). Die ergänzende Auslegung darf dabei nicht zu einer freien richterlichen Vertragsgestaltung ausufern (vgl. BGH, Urteil vom 6.4.2009, II ZR 255/08, NJW 2009, 1962, 1966; Palandt/*Ellenberger*, 78. Aufl. 2019, § 157 Rdnr. 8; Bamberger/Roth/Hau/Poseck/*Wendtland*, BGB, Band 1, 4. Aufl. 2019, § 157 Rdnr.42, jeweils m. w. N.). Sie ist deshalb insbesondere dann ausgeschlossen, wenn verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten zur Ausfüllung einer vertraglichen Regelungslücke in Betracht kommen, aber kein Anhaltspunkt dafür besteht, welche dieser Regelungen die Parteien getroffen hätten (vgl. etwa BGH, Urteil vom 6.4.2009, II ZR 255/08, NJW 2009, 1962, 1966; Bamberger/Roth/Hau/Poseck/*Wendtland*, BGB, Band 1, § 157 Rdnr. 42).

**32** Nach diesen Maßstäben kann hier bereits keine Rede von einer Lücke im Kaufvertrag vom 14.3.2014 sein, die geschlossen werden muss, um den Regelungsplan der Vertragsparteien zu verwirklichen. Bei Abschluss des Vertrages befanden sich beide Seiten im Ungewissen darüber, wie lange der Verkäufer (der Erblasser) leben und ob er zu Lebzeiten pflegebedürftig im Sinne des § 8 des Vertrages werden würde (vgl. für eine prima facie ähnliche Fallkonstellation OLG Koblenz, Beschluss vom 2.11.2016, 13 UF 273/16, juris Rdnr. 46). Die Antragsgegnerin ging dabei das Risiko ein, dass sie – sofern der Antragsteller sehr alt wird, gleichzeitig aber bald nach Vertragsschluss pflegebedürftig im Sinne des § 8 des Vertrages – über einen sehr langen Zeitraum den sich aus den § 7 und § 8 ergebenden Verpflichtungen nachkommen muss. Umgekehrt ging der Erblasser das Risiko ein, dass er im Falle seines frühen Todes sein Grundstück an die Antragsgegnerin überlassen hat, obwohl diese ihn gar nicht nach § 8 des Vertrages pflegen und nur für einen kurzen Zeitraum das Wohnrecht des Erblassers nach § 7 des Vertrages dulden musste (vgl. wiederum OLG Koblenz, Beschluss vom 2.11.2016, 13 UF 273/16, juris Rdnr. 46). Es ist kein Grund ersichtlich, warum im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung deswegen eingegriffen werden sollte, weil sich hier das beschriebene Risiko des Erblassers zu einem sehr frühen Zeitpunkt verwirklicht hat. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass auch im umgekehrten Fall – wenn also die Antragsgegnerin die sich für sie aus den § 7 und § 8 ergebenden Verpflichtungen für einen Zeitraum von beispielsweise 20 Jahren hätte erfüllen müssen – kein Anlass für eine ergänzende Vertragsauslegung bestanden hätte.

**33** Im Übrigen spricht auch § 7 Abs. 2 Satz 2 des Vertrages hinsichtlich des Wohnrechts dafür, dass die Parteien gerade keine Ersatzansprüche des Erblassers jenseits des dort geltenden Falles wollten.

**34** Selbst wenn man hier – zu Unrecht – von einer ausfüllungsbedürftigen Regelungslücke ausgehen wollte, kommt eine ergänzende Vertragsauslegung nicht in Betracht, da kein Anhaltspunkt dafür besteht, welche Regelungen die Parteien getroffen hätten, wenn sie die Frage eines – auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogenen – besonders frühen oder späten Todes des Erblassers als einen regelungsbedürftigen Punkt begriffen hätten. In diesem Falle wären sowohl für das

Wohnrecht (§ 7) als auch für die Pflege (§ 8) eine Reihe von verschiedenen, in sich jeweils stimmigen vertraglichen Regelungen denkbar gewesen, etwa die Regelung, dass auch für diesen Fall die allgemeinen Regeln des Vertrages gelten sollen (vgl. wiederum OLG Koblenz, Beschluss vom 2.11.2016, 13 UF 273/16, juris Rdnr. 49: „vertragsimmanentes Pokerspiel“), oder die Regelung, dass im Falle eines sehr frühen Todes des Erblassers die Antragsgegnerin einerseits einen Ausgleich in Geld für den Wegfall der sich aus § 7 und § 8 ergebenden Verpflichtungen zu leisten hat und diese andererseits im Falle eines sehr langen Lebens des Erblassers einen gewissen Ausgleich für ihre jahrelangen Pflegeleistungen und die Belastung durch das Wohnrecht erhält.

**35 b)** Auch eine Anpassung des Vertrags nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (vgl. § 313 BGB) kommt nicht in Betracht. Bei der Vereinbarung eines lebenslangen Wohnungsrechts muss jeder Vertragsteil grundsätzlich damit rechnen, dass der Berechtigte sein Recht wegen Krankheit und Pflegebedürftigkeit nicht bis zu seinem Tod ausüben kann. Der Umzug in ein Pflegeheim ist daher in aller Regel kein Grund, den der Bestellung eines lebenslangen Wohnungsrechts zugrunde liegenden Vertrag nach § 313 BGB anzupassen (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 9.1.2009, V ZR 168/07, NJW 2009, 1348; OLG Köln, Beschluss vom 25.6.2014, U 13/14, MDR 2014, 948; *Brückner*, NJW 2008, 1111, 1113). Nichts anderes kann für den Fall des Todes des Berechtigten gelten (in diesem Sinne etwa auch OLG Koblenz, Beschluss vom 2.11.2016, 13 UF 273/16, juris Rdnr. 46). Auch in Bezug auf die Pflegeverpflichtung (§ 8) kommt eine Anpassung des Kaufvertrages nicht in Betracht. Auch insoweit muss jeder Vertragsteil grundsätzlich damit rechnen, dass diese Verpflichtung infolge des Todes des Berechtigten bereits kurze Zeit nach dem Abschluss des Vertrages gegenstandslos wird. Dieses Risiko hatte hier der Erblasser übernommen, sodass schon deswegen eine Vertragsanpassung gemäß § 313 BGB nicht in Betracht kommt (vgl. etwa OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.5.2001, 9 U 242/00, NJOZ 2001, 2135, 2137).

**36 c)** Ebenso wenig besteht ein Zahlungsanspruch der Antragstellerin nach landesgesetzlichen Vorschriften (Art. 96 EGBGB in Verbindung mit den §§ 4 ff. HessAGBGB). In dem Kaufvertrag vom 14.3.2014 wurde kein Altenteilsrecht im Sinne des Art. 96 EGBGB zugunsten des Erblassers vereinbart. Denn eine Grundstücksübertragung wird noch nicht dadurch zum Altenteilsvertrag, dass dem Übergeber ein Wohnungsrecht eingeräumt wird; hinzutreten muss vielmehr, dass ein Beteiligter dem anderen seine wirtschaftliche Lebensgrundlage überträgt, um dafür in die persönliche Gebundenheit eines abhängigen Versorgungsverhältnisses einzutreten, während der Übernehmer eine wirtschaftlich selbstständige Stellung erlangt (vgl. etwa BGH, Urteil vom 25.10.2002, V ZR 293/01, WM 2003, 1483, 1485). Dass diese Voraussetzungen hier vorliegen könnten, ist weder vorgetragen noch anderweitig ersichtlich.

**37 3.** Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.

(...)

**ANMERKUNG:**

Von Notarassessor **Thomas Winkelmann**,  
München

Der im Prozesskostenhilfverfahren ergangene Beschluss des OLG Frankfurt a. M. betrifft die Entstörungsbedürftigkeit eines Grundstücksübertragungsvertrags im Wege der (Vertrags)Rechtsfortbildung: Behält sich der Veräußerer auf Lebenszeit (Nutzungs-)Rechte am Vertragsgrundbesitz vor und verpflichtet sich der Erwerber zu „echten“ Gegenleistungen auf Lebenszeit des Veräußerers, gebe der Tod des Veräußerers bereits kurz nach Vertragsschluss weder Anlass zur „Ergänzung“ des Vertrags noch zur Anpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage. Eine Klage der Erbengemeinschaft nach dem Veräußerer gegen die Erwerberin auf Zahlung eines Ausgleichs für den infolge des Todes gegenstandslos gewordenen Wohnungsrechtsvorbehalt und nicht erbrachte Pflegeleistungen habe deshalb keine hinreichende Aussicht auf Erfolg im Sinne von § 114 Abs. 1 ZPO. Der Entscheidung ist zuzustimmen.

**1. Interessenlage**

Die Motive für die lebzeitige Übertragung von Vermögensgegenständen, vor allem von Grundbesitz, sind vielschichtig. Von Bedeutung sind insbesondere die Wiedergewährung von schenkung- und erbschaftsteuerrechtlichen Freibeträgen, die Möglichkeit, Konsens unter mehreren Nachkommen herbeizuführen, die Entlastung und Absicherung des Veräußerers im Alter, die Vermeidung künftigen Sozialhilferegresses, pflichtteilsrechtliche Konsequenzen und die Existenzsicherung des Erwerbers.<sup>1</sup>

Die Übertragung erfolgt selten ohne jeden Vorbehalt bzw. ohne jede Gegenleistung. In aller Regel bedingt sich der Veräußerer eine Absicherung aus, sei es, dass er sich (Nutzungs-)Rechte am Vertragsobjekt vorbehält (insbesondere Nießbrauch, beschränkte persönliche Dienstbarkeit, Wohnungsrecht) und/oder ihm ein Rückforderungsrecht eingeräumt wird, sei es, dass sich der Erwerber zur Erbringung einer „echten“ Gegenleistung (zum Beispiel Geldzahlungen, Pflegeleistungen) verpflichtet.<sup>2</sup> Entspricht der Wert der „echten“ Gegenleistungen dem – um den Wert der Duldungsaufgaben geminderten – Wert des Vertragsobjekts, erfolgt die Übertragung vollentgeltlich, andernfalls teilentgeltlich. Bei Nutzungsvorbehalten und wiederkehrenden Leistungen auf Lebenszeit des Veräußerers ist der Jahreswert der Nutzung bzw. Leistung zu kapitalisieren. Die Bewertung erfolgt abstrakt und *ex ante* unter Berücksichtigung der Lebenserwartung des Berechtigten nach der jeweils aktuellen allgemeinen Sterbetafel.<sup>3</sup>

1 Näher Beck'sches Notar-Handbuch/*Krauß*, 7. Aufl. 2019, § 5 Rdnr. 3-6.  
2 Beck'sches Notar-Handbuch/*Hertler*, § 5 Rdnr. 284.  
3 Zu den Einzelheiten Beck'sches Notar-Handbuch/*Krauß*, § 5 Rdnr. 144 f.

**2. Keine „ergänzende Auslegung“**

Eine „ergänzende Auslegung“ des vorliegenden Vertrags dahin gehend, dass die Erwerberin verpflichtet wäre, an die Erben nach dem Veräußerer einen Ausgleich für das nicht mehr zur Eintragung gelangte Wohnungsrecht und die nicht erbrachten Pflegeleistungen zu zahlen, kommt – unabhängig von grundsätzlichen, methodologisch, dogmatisch und auch pragmatisch-rechtsfolgenbezogen begründeten Zweifeln an dieser Methode<sup>4</sup> – nicht in Betracht.

Nach herrschender Meinung gibt es neben der Trias von Auslegung, Ergänzung und Korrektur von Rechtsgeschäften auch eine sog. „ergänzende Auslegung“ (§§ 133, 157 BGB oder §§ 157, 242 BGB).<sup>5</sup> Die Methode zielt darauf, eine Regelungslücke auf Grundlage des hypothetischen Parteiwillens zu schließen. Ist eine vom rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien getragene Regelung nicht erkennbar, aber erforderlich, um den Regelungsplan des Rechtsgeschäfts zu verwirklichen („planwidrige Unvollständigkeit“<sup>6</sup>), ist zu fragen, was die Parteien im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts bei redlicher Denkweise als einen gerechten Interessenausgleich gewollt oder akzeptiert hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten. Die ergänzende Auslegung findet ihre Grenze im Parteiwillen: Sie ist ausgeschlossen, wenn der reale Parteiwille entgegensteht oder die Parteien bewusst eine abschließende Regelung getroffen haben. Ferner darf keine Partei Rechte erhalten, die sie ursprünglich nicht hätte durchsetzen können.<sup>7</sup>

Der Senat bricht diese Grundsätze in schulmäßiger Weise auf den streitgegenständlichen Vertrag herunter. Die Ergebnisse der Subsumtion sind uneingeschränkt anschlussfähig: Eine planwidrige Regelungslücke, die im Wege ergänzender Auslegung zu schließen wäre, besteht nicht. Der Vertrag ist nicht unvollkommen. Jeder Vereinbarung von Rechten auf Lebenszeit des Veräußerers und personenabhängigen Versorgungsleistungen ist ein reziprokes Risiko für beide Vertragsteile immanent: Stirbt der Veräußerer früher als erwartet, ergibt sich ein wirtschaftlicher Vorteil für den Erwerber. Umgekehrt ergibt sich ein wirtschaftlicher Vorteil für den Veräußerer, wenn dieser länger als erwartet lebt. Versucht man die wirtschaftliche Ausgewogenheit eines solchen Geschäfts *ex ante* zu beurteilen, ist eine Prognose zu treffen. Weil statistische Wahrscheinlichkeiten keine Aussage über das Schicksal des Veräußerers im Einzelfall erlauben, geht jede Partei, die sich auf ein solches Geschäft einlässt, bewusst das Risiko ein, dass sich die Prognose *ex post* als falsch herausstellt. In diesem Fall in die wohlweislich getroffene Risikoverteilung nachträglich korrigierend einzugreifen,

4 Vgl. die Kritik von *Neuner*, BGB AT, 2020, § 35 Rdnr. 69-71 mit beachtlichen Argumenten. Weiterführende Hinweise zum Diskurs gibt MünchKomm-BGB/*Busche*, 8. Aufl. 2018, § 157 Rdnr. 27 f.  
5 Vgl. nur etwa BGH, Urteil vom 22.4.1953, II ZR 143/52, BGHZ 9, 273 ff.; Palandt/*Ellenberger*, 79. Aufl. 2020, § 157 Rdnr. 2-11 jew. m. w. N.  
6 Etwa BGH, Urteil vom 20.2.2019, VIII ZR 7/18, BGHZ 221, 145 Rdnr. 47.  
7 Vgl. zum Ganzen nur etwa Palandt/*Ellenberger*, § 157 Rdnr. 2-11 m. w. N.

widersprüche dem ursprünglichen Regelungsplan der Vertragsteile – unabhängig davon, zu wessen Lasten sich das Risiko realisiert.

Zutreffend ist ferner das vom Senat angeführte „Überdies-Argument“: Auch bei Vorliegen einer Lücke ist die Vertragsergänzung aus Gründen der Privatautonomie ausgeschlossen, wenn sich – wie hier – verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten ergeben und der hypothetische Parteiwille weder in die eine noch in die andere Richtung weist.<sup>8</sup>

### 3. Keine Vertragsanpassung

In ebenso überzeugender Weise verneint das OLG einen Anspruch auf Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB).<sup>9</sup> Der frühzeitige Tod des Veräußerers bedeutet schon keine Änderung eines Elements der Geschäftsgrundlage, deren „Nicht-Voraussehen“ für den Vertragsschluss kausal geworden wäre. Vielmehr mussten die Vertragsteile mit einer solchen Entwicklung rechnen. Zudem ist die vertragliche Risikoverteilung eindeutig: Das Risiko, früher als gedacht zu versterben, hat der Veräußerer übernommen, sodass ihm bzw. seinen Erben das Festhalten am unveränderten Vertrag zugemutet werden kann.

### 4. Fazit

Weil der Umfang des Pflichtenprogramms des Erwerbers an die Lebenszeit des Veräußerers geknüpft ist und damit teilweise vom Zufall abhängt, kommt dem Vertrag ein gewisser aleatorischer Charakter zu. Die Nähe zu einer Wette<sup>10</sup> allein rechtfertigt jedoch keinen nachträglichen Eingriff in die vertragliche Risikoverteilung durch den Richter. Beide Parteien haben privatautonom das Risiko eines Verlusts übernommen. Realisiert sich dieses Risiko auf Seiten eines Vertragsteils, bedeutet dies keine Störung des Vertrags.

Insbesondere bei den in der Praxis häufigen (nur) teilentgeltlichen Überlassungen kommt hinzu,<sup>11</sup> dass andere Ziele im Vordergrund stehen, als den wirtschaftlichen Wert von Leistung und Gegenleistung möglichst exakt in Ausgleich zu bringen: Neben etwaige steuer- und pflichtteilsrechtliche Motive tritt das Bestreben, den Veräußerer im Alter bestmöglich abzusichern und Konflikten zwischen den gesetzlichen Erben durch eine abschließende Regelung von Rechten und Pflichten aller Beteiligten vorzubeugen. Beide Ziele erfordern in Konstellationen wie der vorliegenden keine Korrektur des Vertrags durch den Richter. Im Gegenteil: Partiiell

würde eine „Vertragsfortbildung“ sogar den (ursprünglichen) Interessen der Beteiligten zuwiderzulaufen drohen. Der Zweck, den Veräußerer abzusichern, ist mit dessen Tod verwirklicht – unabhängig davon, wie viel Zeit seit dem Vertragsschluss vergangen ist. Jedes Potenzial für einen Rechtsstreit über etwaige Nachforderungen aber würde die intendierte Befriedungsfunktion des Vertrags gefährden.<sup>12</sup>

Für die Gestaltungspraxis lassen sich aus der Entscheidung folgende Schlussfolgerungen ziehen: Die richterliche Entstörung eines Überlassungsvertrags wegen des früher (wie auch umgekehrt: später) als erwartet eingetretenen Todes des Veräußerers kommt grundsätzlich nicht in Betracht. Eine dahin gehende Klarstellung im Vertrag ist selbstredend möglich,<sup>13</sup> aber nicht erforderlich. Regelungsbedarf besteht, wenn im Einzelfall für den Fall des vorzeitigen (wie auch: unerwartet späten) Todes weitergehende Verpflichtungen begründet werden sollen.

<sup>12</sup> Vgl. zu diesem Aspekt auch *Trömer*, notar 2019, 350, 350.

<sup>13</sup> Formulierungsvorschlag bei *Jeep*, NZFam 2019, 689, 689.

## 15. Nachweis der Erbenstellung bei testamentarischer Scheidungsklausel

OLG Naumburg, Beschluss vom 11.12.2018, 12 Wx 59/18

BGB § 2077 Abs. 1

GBO §§ 29, 35 Abs. 1 Satz 1 und 2

### LEITSATZ:

1. Enthält eine notarielle Verfügung von Todes wegen eine „Scheidungsklausel“, wonach die Erbeinsetzung eines Ehegatten vom Fehlen der Anhängigkeit eines Scheidungsverfahrens abhängt, darf das Grundbuchamt über § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO hinausgehende Nachweise verlangen. Dies gilt jedenfalls, wenn die testamentarische Scheidungsklausel über die gesetzliche Vermutung des § 2077 BGB hinausgeht. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Der Erbnachweis im Fall einer testamentarischen Scheidungsklausel kann durch Vorlage eines Erbscheins oder einer eidesstattlichen Versicherung des überlebenden Ehegatten geführt werden, aber auch durch eine Bestätigung des Familiengerichts in Form des § 29 Abs. 3 GBO, wonach ein Scheidungsverfahren nicht anhängig sei. (Leitsatz der Schriftleitung)

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. In dem verfahrensgegenständlichen Grundbuch von B, Blatt 1060, sind die Beteiligte zu 1 und ihr am 20.7.2017 verstorbener Ehemann G P als Eigentümer zu je ein Halb eingetragen. Im Grundbuch von B, Blatt 102, ist G P als alleiniger Eigentümer eingetragen.

2 Mit gemeinschaftlichem notariellen Testament vom 28.7.2011, welches in amtliche Verwahrung gegeben wurde, setzten sich

<sup>8</sup> Vgl. näher Staudinger/H. Roth, Neub. 2015, § 157 Rdnr. 43 m. w. N.

<sup>9</sup> Zum Verhältnis zwischen ergänzender Vertragsauslegung und § 313 BGB etwa Staudinger/H. Roth, § 157 Rdnr. 9.

<sup>10</sup> Die Einordnung als Wette (so *Jeep*, NZFam 2019, 689, 689) liegt jedenfalls näher als der Vergleich mit einem „Pokerspiel“ (so OLG Koblenz, Beschluss vom 2.11.2016, 13 UF 273/16, RNotZ 2017, 172, 173; darauf Bezug nehmend *Grziwotz*, IMR 2019, 341).

<sup>11</sup> Die Bezeichnung des Streitgegenständlichen Vertrags („Kaufvertrag“) legt freilich die Intention von Vollentgeltlichkeit nahe, obschon die Bezeichnung allein nicht ausschlaggebend ist.



die Eheleute gegenseitig zu alleinigen Erben ein. Unter Ziffer 8. des Testaments findet sich folgende Verwirkungsklausel:

„Wird unsere Ehe geschieden oder aufgehoben oder hat der Überlebende zum Zeitpunkt des Todes des Erstversterbenden Scheidungs- oder Aufhebungsklage eingereicht, ist diese Verfügung unwirksam.“

**3** Das Testament wurde mit Protokoll des AG Magdeburg – Nachlassgericht – vom 10.8.2017 eröffnet.

**4** Mit notariellem Übertragungsvertrag vom 25.5.2018 übertrug die Beteiligte zu 1 als bisherige Eigentümerin und Erbin nach G P das im Grundbuch von B, Blatt 1060 eingetragene Grundstück an die Beteiligte zu 2 und das im Grundbuch von B, Blatt 102 an die Beteiligte zu 3 unter gleichzeitiger Erklärung der Auflassung.

**5** Der verfahrensbevollmächtigte Notar beantragte am 9.7.2018, eingegangen beim Grundbuchamt am 16.7.2018, die Eigentumsumschreibung gemäß dem notariellen Vertrag. Mit Zwischenverfügung vom 28.8.2018 gab das Grundbuchamt dem Verfahrensbevollmächtigten unter Hinweis auf Ziffer 8 des Testaments auf, eine Bestätigung des zuständigen Familiengerichts binnen einer Frist von zwei Monaten vorzulegen, wonach eine Scheidungs- oder Aufhebungsklage zum Zeitpunkt des Todes des G P nicht anhängig war.

**6** Mit der hiergegen durch den verfahrensbevollmächtigten Notar am 6.9.2018 eingelegten Beschwerde macht dieser geltend, für die Umschreibung genüge das notarielle Testament nebst Eröffnungsprotokoll. Das Risiko eines anhängigen Scheidungs- oder Aufhebungsverfahrens könne vernachlässigt werden, anderenfalls werde die Wertung des § 35 GBO durch § 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB unterlaufen. Ehegatten wären nach dieser Ansicht des Grundbuchamts gehalten, trotz Testaments einen Erbschein vorzulegen.

**7** Das Grundbuchamt half der Beschwerde mit Beschluss vom 7.9.2018 unter Hinweis auf die Verwirkungsklausel nicht ab und legte das Verfahren mit Verfügung vom 24.10.2018 dem OLG zur Entscheidung vor. Zur Begründung ist ausgeführt, zwar ergebe sich aus der Sterbeurkunde, dass der (Mit-)Eigentümer G P verheiratet gewesen sei, das schließe aber die gedankliche Möglichkeit eines Scheidungs- oder Aufhebungsverfahrens nicht aus. Es sei ein Erbschein oder eine Erklärung der Parteien in der Form des § 29 GBO vorzulegen. Eine entsprechende Erklärung des Familiengerichts sei nach Ansicht des Grundbuchamts aber ausreichend.

**8** II. Die zulässige Beschwerde hat keinen Erfolg.

**9** 1. Gegen die Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 GBO) des Grundbuchamts ist die Beschwerde statthaft (§ 11 Abs. 1 RPflG mit § 71 Abs. 1 GBO). Diese ist vom Notar als Bevollmächtigten in zulässiger Weise eingelegt worden (§ 73 GBO, § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 FamG).

**10** 2. Die Beschwerde ist jedoch nicht begründet. Die Zwischenverfügung des Grundbuchamts vom 28.8.2018, mit der es die Vorlage einer Bescheinigung des zuständigen Familiengerichts, ein Scheidungs- oder Eheaufhebungsantrag sei nicht gestellt, verlangt, ist nicht zu beanstanden. Die Eintragung der Beteiligten zu 2 und 3 als jeweilige Eigentümer der verfahrens-

gegenständlichen Grundstücke ihres Vaters bzw. Großvaters aufgrund des Übertragungsvertrages vom 25.5.2018 setzt den Nachweis der Erbfolge der Beteiligten zu 1 und damit ihre Verfügungsbefugnis voraus.

**11** a) Insoweit hat das Grundbuchamt § 35 GBO rechtsfehlerfrei angewandt. § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO setzt zum Nachweis der Erbfolge grundsätzlich die Vorlage eines Erbscheins voraus. Sofern die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen beruht, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, genügt in aller Regel die Vorlage der Verfügung und der Niederschrift über deren Eröffnung (§ 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO). Der Nachweis in dieser – hier gegebenen – Form durch eröffnetes Testament reicht aber nicht aus, wenn sich bei Prüfung der Verfügung hinsichtlich des behaupteten Erbrechts Zweifel ergeben, wobei entfernte Vermutungen außer Betracht zu bleiben haben (*Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 35 Rdnr. 39; OLG München, Beschluss vom 28.10.2015, 34 Wx 274/15, juris Rdnr. 9). So genügt die bloße gedankliche Möglichkeit des Widerrufs eines Erbvertrages ohne weitere Anhaltspunkte nicht, einen Erbschein vorzulegen (*Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 39.2).

**12** Grundsätzlich hat danach das Grundbuchamt eine vorgelegte letztwillige Verfügung in Form einer öffentlichen Urkunde selbst inhaltlich dahin zu überprüfen, ob sich daraus die Erbfolge ableitet, die Grundlage einer Berichtigung im Grundbuch, wie hier der Eigentümerstellung, sein soll. Im Rahmen dieser Überprüfung, ob die Erbfolge als Grundlage der Grundbuchberichtigung nach dem Tod des G P gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO nachgewiesen ist, oblag dem Grundbuchamt die Auslegung des Testaments vom 28.7.2011 und der in Ziffer 8 enthaltenen Verwirkungsklausel (*Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 43; Bauer/von Oefele/Schaub, GBO, 4. Aufl., § 35 Rdnr. 125, 126). Nach dieser Verwirkungsklausel hängt das Erbrecht der Beteiligten zu 1 als Überlebende der beiden testierenden Ehegatten davon ab, dass sie vor dem Tod ihres Ehemannes keinen Scheidungs- oder Eheaufhebungsantrag gestellt hat.

**13** Daher ist das Grundbuchamt bei der ihm obliegenden Prüfung zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, dass durch das notarielle Testament vom 28.7.2011, eröffnet am 10.8.2017, die Stellung der Beteiligten zu 1 als Alleinerbin und damit Verfügungsberechtigte über die Grundstücke nicht belegt ist. Die Stellung eines entsprechenden Scheidungs- oder Eheaufhebungsantrages würde sich auf ihre Erbenstellung auswirken. Vorbehaltlich anderer testamentarischer Regelungen besteht die Möglichkeit, dass sie Pflichtteilsberechtigte geworden ist und Dritte, beispielsweise die gemeinsamen Kinder, zu Erben berufen sind.

**14** Dementsprechend besteht eine Lücke im urkundlichen Nachweis der Erbfolge. Die Tatsache der fehlenden Antragstellung muss durch eine öffentliche Urkunde nachgewiesen werden, da sie Wirksamkeitsvoraussetzung für die beantragte Grundbuchberichtigung ist und es keinen allgemeinen Erfahrungssatz gibt, wonach Ehegatten einen Scheidungs- oder Eheaufhebungsantrag nicht einreichen (OLG Hamm, Beschluss vom 8.2.2011, I-15 W 27/11, juris Rdnr. 16).

**15** b) In diesen Fällen hat das Grundbuchamt grundsätzlich einen Erbschein zu verlangen, kann aber auch nach § 35

Abs. 1 2. Halbsatz GBO eine dahin gehende eidesstattliche Versicherung der Erbin in der Form des § 29 GBO oder für den Nachweis ausreichende Erklärungen der Beteiligten genügen lassen, wenn es damit den Nachweis der Erbfolge als erbracht ansieht (BGH, Beschluss vom 2.6.2016, V ZB 3/14, Rdnr. 8; OLG Hamm, Beschluss vom 8.2.2011, I-15 W 27/11, juris Rdnr. 17; *Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 39; *Bauer/von Oefele/Schaub*, GBO, § 35 Rdnr. 135 und Nachweise in Fn. 129).

**16** Dem steht, anders als die Beteiligten meinen, nicht entgegen, dass das Grundbuchamt dann, wenn die letztwillige Verfügung von Ehegatten keine Scheidungsklausel enthält, trotz der gesetzlichen Auslegungsregel des § 2077 Abs. 1 BGB ohne Vorliegen von konkreten Anhaltspunkten keinen Erbschein verlangen kann, weil dann nur die abstrakte Möglichkeit vorliegt, dass das Ehegattentestament nach § 2077 Abs. 1 BGB unwirksam ist (KG, Beschluss vom 13.11.2012, 1 W 382/12, juris Rdnr. 10). Dieser Fall liegt hier schon deshalb nicht vor, weil das gemeinschaftliche Testament unter Ziffer 8 eben die verfahrensgegenständliche Verwirkungsklausel enthält. Es kann für die durch den Senat zu treffende Entscheidung auch dahinstehen, ob anderes auch dann nicht gilt, wenn das Ehegattentestament eine Scheidungsklausel enthält, die sich an die Voraussetzungen des § 2077 Abs. 1 BGB anlehnt und diese jedenfalls nicht erweitert wird. Denn dann tritt die Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung unter denselben Voraussetzungen ein, die auch das Gesetz vorsieht (*Meikel/Roth*, GBO, 11. Aufl., § 35 Rdnr. 111 a. E.; KG, Beschluss vom 13.11.2012, 1 W 382/12, juris Rdnr. 11-12). Diese Konstellation ist hier ebenfalls nicht gegeben.

**17** Der Senat verneint daher mit der Entscheidung des OLG München (OLG München, Beschluss vom 28.10.2015, 34 Wx 274/15, juris Rdnr. 15), dass lediglich das eröffnete Testament zum Nachweis der Erbfolge gemäß § 35 Abs. 1 GBO dann ausreicht, wenn im Testament Klauseln verwendet wurden, die nicht von der gesetzlichen Auslegungsregel erweiternd abweichen. Hier haben die Ehegatten eine über § 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB deutlich hinausgehende Regelung getroffen, nämlich auch die Unwirksamkeit des Testaments im Falle des Scheidungsantrages durch den Überlebenden bestimmt, und zwar unabhängig davon, ob die Voraussetzungen der Ehescheidung vorliegen, wie dies § 2077 Abs. 1 BGB weiter (einschränkend) vorsieht. Die Ehegatten haben damit die Voraussetzungen, unter denen das Testament – automatisch und ohne Auslegungsspielraum – seine Wirkung verliert, im Verhältnis zur gesetzlichen Vermutung ausgeweitet, indem abweichend zu § 2077 BGB nicht mehr erforderlich ist, dass zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers die Scheidungsvoraussetzungen gegeben waren und auch ein Scheidungs- bzw. Eheaufhebungsantrag des Überlebenden für die Unwirksamkeit des Testaments ausreichend ist (vgl. auch OLG München, Beschluss vom 28.10.2015, 34 Wx 274/15, juris Rdnr. 15).

**18** Dass aufgrund dieser Regelung unter Ziffer 8 das Testament unwirksam sein kann, ist entgegen der Ansicht der Beteiligten kein vernachlässigbares, theoretisches Risiko. Vielmehr müsste auch das Nachlassgericht im Falle der Beantragung eines Erbscheins, sich mit der Möglichkeit auseinandersetzen und entsprechende Ermittlungen anstellen, insbesondere Erklärungen des überlebenden Ehegatten einholen

können und müssen. Dies liegt schon angesichts senatsbekannter hoher Scheidungsraten in Deutschland auf der Hand. Die dem Grundbuchamt zur Verfügung stehenden Urkunden und Akten geben jedenfalls keine Anhaltspunkte dafür, dass keiner der Ehegatten einmal die Scheidung beantragt hatte (ebenso OLG München, Beschluss vom 28.10.2015, 34 Wx 274/15, juris Rdnr. 16).

**19 c)** Das Grundbuchamt hat auch zu Recht die Vorlage einer entsprechenden Bescheinigung durch das zuständige Familiengericht verlangt. § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO stellt neben dem Erbschein einen „sekundären“ Unrichtigkeitsnachweis zur Verfügung, wobei das Grundbuchamt für den Nachweis ausreichende Erklärungen der Beteiligten in der Form des § 29 GBO verlangen kann (BGH, Beschluss vom 2.6.2016, V ZB 3/14, juris Rdnr. 8, 9). Analog § 899 Abs. 2 Satz 2 BGB genügt hierfür die Glaubhaftmachung (*Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 53 Rdnr. 28; *Meikel/Schneider*, GBO, § 53 Rdnr. 113; BGH, Beschluss vom 2.6.2016, V ZB 3/14, juris Rdnr. 18 m. zahlreichen w. N.).

**20** Das könnte, wenn nicht durch Vorlage eines Erbscheins, beispielsweise durch eine eidesstattliche Versicherung – des überlebenden Ehegatten – erfolgen; gerade die Frage, ob die Scheidung gerichtlich beantragt wurde, kann nämlich dieser am zuverlässigsten beantworten. Der Nachweis des Nichtvorliegens bestimmter Tatsachen durch eidesstattliche Versicherung vor dem Notar ist ein auch im Grundbuchverfahren ausnahmsweise anerkanntes Beweismittel (*Meikel/Krause*, GBO, § 35 Rdnr. 125; *Bauer/von Oefele/Schaub*, § 35 Rdnr. 139; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 20.10.2011, 20 W 548/10, juris Rdnr. 29), das in Betracht kommt, wenn kein vernünftiger Zweifel daran besteht, dass das Nachlassgericht bei der Ermittlung der Erbfolge im Rahmen eines Erbscheinsverfahrens zu dem gleichen Ergebnis käme wie das Grundbuchamt.

**21** Für die Art der Nachweisführung hat das Grundbuchamt allerdings einen gewissen Beurteilungsspielraum und ist nicht auf die eigene eidesstattliche Versicherung der Ehegattin beschränkt (BayObLG, Beschluss vom 8.6.2000, 2 Z BR 29/00, Rdnr. 14 f.; OLG München, Beschluss vom 28.10.2015, 34 Wx 274/15, juris Rdnr. 17), zumal der Beweiswert der eidesstattlichen Versicherung hier aufgrund des bestehenden Eigeninteresses der Beteiligten zu 1 eingeschränkt sein kann. Da der Nachweis in der Form des § 29 GBO geführt werden muss, kann auch die Erklärung einer Behörde (§ 29 Abs. 3 GBO), wie das Grundbuchamt hier meint des zuständigen Familiengerichts, ausreichend sein, sofern sie den Anforderungen des § 29 Abs. 3 GBO entspricht. „Bezeugende“ Urkunden, also Sachverhaltsdarstellungen, können zum Nachweis über die Grundbuchunrichtigkeit herangezogen werden, wenn die Darlegung der in ihr bezeugten Umstände in der amtlichen Zuständigkeit des Erklärenden liegen (OLG München, Beschluss vom 7.10.2016, 34 Wx 256/16, juris Rdnr. 19). Eine entsprechende Bescheinigung des zuständigen Familiengerichts entspricht diesen Voraussetzungen grundsätzlich. Ob die vorzulegende Erklärung den Anforderungen entspricht, wird nach ihrem Vorliegen zu prüfen sein, worauf der Senat ergänzend hinweist. Die vorgelegte Sterbeurkunde ist nicht ausreichend, weil die Beurkundung, dass der Erblasser noch

verheiratet war, die Möglichkeit eines anhängigen Verfahrens nicht ausschließt.

(...)

**23** Die Festsetzung des Gegenstandswertes für das Beschwerdeverfahren hat ihre Rechtsgrundlage in den § 79 Abs. 1 Nr. 1, § 61 Abs. 1, § 36 Abs. 2 GNotKG. Dabei geht der Senat von dem fiktiven Aufwand zur Beschaffung der entsprechenden Genehmigung des Familiengerichts aus.

**24** Die Rechtsbeschwerde ist nicht gemäß § 78 Abs. 2 Nr. 1 und 2 GBO zuzulassen, da sich der Senat der einschlägigen Entscheidung des OLG München (OLG München, Beschluss vom 28.10.2015, 34 Wx 274/15) anschließt und sich wegen der unterschiedlichen Sachverhalte nicht in Widerspruch zur Entscheidung des KG (Beschluss vom 13.11.2012, 1 W 382/12) setzt.

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor **Florian Drexler**, Hof

Der Entscheidung des OLG Naumburg ist im Ergebnis dahingehend zuzustimmen, dass diese eine weitere Möglichkeit vorsieht, über die negative Tatsache des zum Zeitpunkt des Erbfalls nicht gestellten Scheidungsantrags dem Grundbuchamt gegenüber Nachweis zu erbringen, wenngleich deren Mehrwert für die Praxis durchaus fragwürdig erscheint (dazu unter 4.). Von vornherein ist es jedoch im Hinblick auf die gesetzgeberische Entscheidung in § 35 Abs. 1 GBO gar nicht geboten, einen solchen Nachweis bei einer sog. Scheidungsklausel in einem notariellen gemeinschaftlichen Testament bzw. Erbvertrag zwischen Ehegatten zu verlangen, ohne dass dem Grundbuchamt konkrete Anhaltspunkte für die Stellung eines Scheidungsantrags vorlägen (dazu unter 3.).

#### 1. § 35 Abs. 1 GBO als Ausgangspunkt

Grundsätzlich kann dem Grundbuchamt gegenüber gemäß § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO die Erbfolge nur durch einen Erbschein oder ein Europäisches Nachlasszeugnis geführt werden. Von diesem Grundsatz macht bekanntermaßen § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO eine wichtige und praktisch äußerst relevante Ausnahme. Beruht nämlich die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist (öffentliches Testament oder Erbvertrag, §§ 2232, 2276 BGB), so genügt es, wenn an Stelle des Erbscheins oder des Europäischen Nachlasszeugnisses die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung (§ 348 Abs. 1 Satz 2 FamFG) vorgelegt werden.

#### 2. Die „Scheidungsklausel“ als Erweiterung der Zweifelsregel des § 2077 Abs. 1 BGB

Oftmals wird im Beratungsgespräch mit Eheleuten erkannt, dass die – dogmatisch als Zweifelsregelung aufzufassende – Norm des § 2077 Abs. 1 BGB von den Mandanten als zu eng erachtet wird. Der Wunsch geht in die Richtung, dass unabhängig vom Vorliegen der Scheidungsvoraussetzungen und unabhängig davon, welcher der beiden Ehegatten

den Scheidungsantrag gestellt haben sollte, der Erbvertrag bzw. das notarielle gemeinschaftliche Testament dann keine Wirkungen zeitigen soll, wenn einer der beiden Ehegatten zum Zeitpunkt des Todes des Erstversterbenden einen Scheidungsantrag bei Gericht anhängig gemacht haben sollte.

So fand sich auch in dem vom OLG Naumburg entschiedenen Fall eine Verwirkungsklausel, die folgendermaßen formuliert war:

„Wird unsere Ehe geschieden oder aufgehoben oder hat der Überlebende zum Zeitpunkt des Todes des Erstversterbenden Scheidungs- oder Aufhebungsklage eingereicht, ist diese Verfügung unwirksam.“

Tritt also der erste Erbfall ein, ist der überlebende Ehegatte nur dann als Erbe berufen, wenn zum Todeszeitpunkt kein Scheidungsantrag von ihm gestellt worden war. Hinsichtlich der Stellung des Scheidungsantrags durch den Erblasser müsste man freilich mangels Eingreifen der vorstehenden Klausel auf die gesetzliche Regelung des § 2077 Abs. 1 BGB zurückgreifen, mit der „Schwäche“, dass die Scheidungsvoraussetzungen gemäß §§ 1565 ff. BGB zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers vorliegen müssten. Daher kann es durchaus als in der notariellen Praxis üblich und sachgerecht bezeichnet werden, die Verwirkungsklausel noch weiter zu fassen als in dem der zu besprechenden Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt – nämlich auch die Stellung des Scheidungsantrags durch den Erblasser unabhängig vom Vorliegen der Scheidungsvoraussetzungen als ausreichend für die Verwirkung zu erachten.<sup>1</sup>

Die Verwendung von Verwirkungsklauseln im vorgenannten Sinne haben mehrere Grundbuchämter in jüngerer Vergangenheit zum Anlass genommen, einen Nachweis über die negative Tatsache zu verlangen, dass ein solcher Scheidungsantrag nicht gestellt worden war. Ein derartiges Verlangen des Grundbuchamts hat unter anderem auch das OLG München als zulässig angesehen.<sup>2</sup> Da der Nachweis negativer Tatsachen grundsätzlich nur schwierig möglich ist und das Grundbuchamt einen gewissen Beurteilungsspielraum hat, wie (vermeintliche) Lücken im Nachweis der Erbfolge zu schließen sind,<sup>3</sup> wurde dem bis dato mit einer eidesstattlichen Versicherung des überlebenden, in der Verfügung als Alleinerben bedachten Ehegatten abgeholfen, dass seiner Kenntnis nach kein Scheidungsantrag gestellt war.<sup>4</sup> Dieser Möglichkeit der eidesstattlichen Versicherung hat das OLG Naumburg eine den Anforderungen des § 29 Abs. 3 GBO entsprechende Erklärung des für ein potenzielles Scheidungsverfahren zuständigen Familiengerichts gleichgestellt.

1 Vgl. dazu *Litzenburger*, FD-ErbR 2019, 417615.

2 OLG München, Beschluss vom 28.10.2015, 34 Wx 274/15, ZEV 2016, 401.

3 Vgl. dazu nur BayObLG, Urteil vom 8.6.2000, 2 Z BR 29/00, NJW-RR 2000, 1545.

4 BGH, Beschluss vom 2.6.2016, V ZB 3/14, MittBayNot 2017, 161 zur „Pflichtteilsstrafklausel“; OLG München, Beschluss vom 28.10.2015, 34 Wx 274/15, ZEV 2016, 401 zur „Scheidungsklausel“.

### 3. Nur abstrakte Möglichkeit der Stellung eines Scheidungsantrages nicht ausreichend für Notwendigkeit eines Nachweises der negativen Tatsache

Die öffentliche Urkunde samt Eröffnungsniederschrift (§ 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO) reicht als Nachweis der Erbfolge dann nicht aus, wenn sich bei Prüfung der Verfügung hinsichtlich des behaupteten Erbrechts Zweifel ergeben. Dabei haben, wie auch das OLG Naumburg feststellt,<sup>5</sup> entfernte Vermutungen außer Acht zu bleiben.<sup>6</sup> Daraufhin geht das Gericht davon aus, dass die Stellung eines Scheidungsantrages kein vernachlässigbares, theoretisches Risiko sei, dies liege schon angesichts senatsbekannter hoher Scheidungsraten in Deutschland auf der Hand.<sup>7</sup> Hier verkennt das Gericht jedoch, dass es zur Beurteilung dieses konkreten Risikos nicht auf die tatsächlich rechtskräftig erfolgten Scheidungen ankommt, sondern vielmehr darauf, wie viele Scheidungsanträge bereits gestellt sind, ohne dass diese Ehen schon rechtskräftig geschieden sind. Denn dass eine vormals bestehende Ehe nicht rechtskräftig geschieden wurde, kann anhand des gemäß § 31 Abs. 1 Nr. 3 PStG in der Sterbeurkunde des Erblassers niedergelegten Familienstandes nämlich ohne Weiteres in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden. Somit bedarf es insoweit keines weiteren Nachweises gegenüber dem Grundbuchamt.

Treffender sind die als obiter dicta ergangenen Ausführungen des Gerichts zu einer letztwilligen Verfügung von Ehegatten ohne „Scheidungsklausel“, bei der aber die Zweifelsregeln des § 2077 Abs. 1 BGB nicht widerlegt wären. Das OLG Naumburg tendiert bei diesem Sachverhalt nämlich zur richtigen Ansicht des KG,<sup>8</sup> wonach trotz dieser gesetzlichen Auslegungsregeln ohne Vorliegen von konkreten Anhaltspunkten kein Erbschein (oder eine eidesstattliche Versicherung bzw. Erklärung des Familiengerichts als entsprechendes „Minus“) verlangt werden kann, weil grundsätzlich ohne weitere ersichtliche Anhaltspunkte nur die abstrakte Möglichkeit der Unwirksamkeit vorliegt.<sup>9</sup>

Sähe man dies anders, würde ansonsten eine notarielle letztwillige Verfügung von Ehegatten (samt Eröffnungsniederschrift) nur dann alleine als für eine Grundbuchberichtigung nach § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO notwendiger Nachweis genügen, wenn die Zweifelsregeln der § 2077 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB widerlegt wären; Letzteres dürfte jedoch grundsätzlich dem Erblasserwillen widersprechen. Ein solches Ergebnis ist vom Gesetzgeber ersichtlich nicht gewollt; § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO soll eine zweite Möglichkeit des Nachweises der Erbfolge darstellen und grundsätzlich ohne „flankierende Angaben“ wie beispielsweise eine eidesstattliche Versicherung auskommen. Nur so kann die mit dieser Norm intendierte Entlastung der Nachlassgerichte gelingen.

5 Rdnr. 11 der besprochenen Entscheidung.

6 *Völzmann*, RNotZ 2012, 380.

7 Rdnr. 18 der besprochenen Entscheidung.

8 KG, Beschluss vom 13.11.2012, 1 W 382/12, FamRZ 2013, 1073.

9 Rdnr. 16 der besprochenen Entscheidung.

Dass die oben beschriebene Erweiterung der Auslegungsregelung des § 2077 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB durch die „Scheidungsklausel“ (im konkret entschiedenen Fall also sogar nur die Erweiterung, dass der Scheidungsantrag vom überlebenden, als Erben berufenen Ehegatten gestellt ist, und zwar nur in diesem Fall unabhängig von den Voraussetzungen der §§ 1565 ff. BGB) zu einer Erhöhung des abstrakten auf ein konkretes Risiko ihres jeweiligen Eintritts führen würde, leuchtet dem Verfasser nicht ein. Freilich fehlen aber soweit ersichtlich empirische Untersuchungen, wie oft zum Todeszeitpunkt der überlebende Ehegatte einen Scheidungsantrag ohne Zustimmung des Erblassers gestellt haben oder (bei einer noch weitergehenden Scheidungsklausel, vgl. 2.) der Erblasser schon den Scheidungsantrag eingereicht haben mag, ohne dass die Voraussetzungen der §§ 1565 ff. BGB erfüllt wären.

### 4. Praktische Bedenken bei der weiteren Nachweismöglichkeit

Trotz des oben Gesagten ist es aus der Sicht des notariellen Praktikers durchaus grundsätzlich zu begrüßen, wenn ein Obergericht wie das OLG Naumburg eine weitere Möglichkeit zum Nachweis der negativen Tatsache „keine Stellung eines Scheidungsantrages“ vorgegeben hat und nicht zwingend eine eidesstattliche Versicherung des Erben veranlasst ist.

Jedoch sind durchaus einige Bedenken hinsichtlich der Praktikabilität einer solchen Bescheinigung eines in aller Regel nur potenziell zuständigen Familiengerichts angezeigt. So weist schon *Böhringer* zu Recht darauf hin, dass dem Familiengericht keine ausdrücklich geschriebene Kompetenz zu einer solchen Bescheinigung zusteht.<sup>10</sup> Erfahrungsgemäß tendieren Gerichte nicht dazu sich ungeschriebene Kompetenzen (und eine damit verbundene noch höhere Arbeitsauslastung) anzueignen. Zudem dürfte es auch für das Grundbuchamt angesichts der sehr komplexen örtlichen Zuständigkeitsregel des § 122 FamFG nahezu unmöglich sein, das für das Negativattest zuständige Familiengericht zu ermitteln.<sup>11</sup> Wenn das Grundbuchamt nämlich schon ungerechtfertigterweise einen Nachweis verlangt (vgl. dazu 3.), wie soll diesem dann mit den im Grundbuchverfahrensrecht zur Verfügung stehenden Mitteln zu dessen Überzeugung ohne „konkrete Zweifel“ beispielsweise nachgewiesen werden, in welchem Gerichtsbezirk der Ehegatte mit allen gemeinschaftlichen Kindern den gewöhnlichen Aufenthalt zur Zeit der Stellung eines in aller Regel fiktiven Scheidungsantrags hatte (§ 122 Nr. 1 FamFG)?

10 *Böhringer*, NZFam 2019, 442.

11 *Litzenburger*, FD-ErbR 2019, 417615.

## HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

### 16. Gesellschafter-Geschäftsführer als arbeitnehmerähnliche Person im Sinne von § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG

BGH, Urteil vom 1.10.2019, II ZR 386/17 (Vorinstanz: OLG Köln, Urteil vom 24.10.2017, 14 U 11/16)

*BetrAVG § 7 Abs. 1, § 17 Abs. 1 Satz 2*

#### LEITSATZ:

**Ein Gesellschafter-Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der mit einem oder mehreren anderen Gesellschafter-Geschäftsführern 50 % der Geschäftsanteile hält und selbst nicht mit einem nur unbedeutenden Geschäftsanteil an der Gesellschaft beteiligt ist, ist keine arbeitnehmerähnliche Person im Sinne des § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG.**

### 17. Veräußerung und Belastung von fremden Grundstücken durch den für einen als Testamentsvollstrecker eingesetzten Kaufmann handelnden Prokuristen

OLG Köln, Beschluss vom 9.12.2019, 2 Wx 346/19, mitgeteilt von **Werner Sternal**, Vorsitzender Richter am OLG Köln

*HGB § 49 Abs. 2*

#### LEITSATZ:

**Der für einen als Testamentsvollstrecker eingesetzten Kaufmann handelnde Prokurist ist zur Veräußerung und Belastung von fremden Grundstücken nicht ermächtigt, sofern ihm diese Befugnis nicht besonders erteilt ist (§ 49 Abs. 2 HGB).**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**1 I.** Im Grundbuch des im Rubrum bezeichneten Grundbesitzes ist der am 12.5.2018 verstorbene V B als Eigentümer eingetragen. Die Beteiligte zu 2 ist ausweislich des Testamentsvollstreckerzeugnisses des AG Bonn vom 26.10.2018, 34 VI 745/18, als Testamentsvollstreckerin über den Nachlass des Herrn V B ernannt worden (...).

**2** Mit notarieller Urkunde vom 13.8.2019, UR. Nr. 2008/2019 des Notars Dr. I in Hamburg – hat die Beteiligte zu 2 in ihrer Eigenschaft als Testamentsvollstreckerin, vertreten durch die zur gemeinsamen Vertretung berechtigten Gesamtprokuristen Frau Dr. P und Herrn L, den im Rubrum bezeichneten Grundbesitz an die Beteiligte zu 1 für 1.700.000 € verkauft, aufgelassen und die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs der Käuferin auf Übertragung des Eigentums ins Grundbuch bewilligt und beantragt (...). Mit Schriftsatz vom

16.8.2019 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten der Beteiligten zu 1 beantragt (...).

**3** Durch am 31.10.2019 erlassene Zwischenverfügung vom 11.10.2019 hat das Grundbuchamt darauf hingewiesen, dass zur Eintragung der Auflassungsvormerkung die Genehmigung der vertretungsberechtigten Vorstandsmitglieder der Beteiligten zu 2 erforderlich seien und eine Frist zur Behebung der Eintragungshindernisse eine Frist bis einschließlich 27.11.2019 gesetzt (...). Zur Begründung hat das Grundbuchamt ausgeführt, dass eine Ermächtigung für die Gesamtprokuristen gemäß § 49 Abs. 2 HGB im Handelsregister nicht eingetragen sei. Eine solche Ermächtigung sei zum Verkauf von Grundbesitz aber erforderlich.

**4** Gegen diese dem Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten am 5.11.2019 zugestellte Zwischenverfügung haben diese mit am 11.11.2019 beim AG Bonn eingegangenen Schriftsatz Beschwerde eingelegt (...). Zur Begründung haben sie ausgeführt, dass eine Ermächtigung gemäß § 49 Abs. 2 HGB nur erforderlich sei, wenn es sich um eigene Grundstücke des Unternehmens handele. Die Veräußerung von fremden Grundstücken sei vom „normalen“ Umfang der Prokura gemäß § 49 Abs. 1 HGB abgedeckt.

**5** Durch am 13.11.2019 erlassenen Beschluss hat das Grundbuchamt der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Köln zur Entscheidung vorgelegt (...).

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

**7** In der Sache hat die Beschwerde indes keinen Erfolg. Das Grundbuchamt hat in der Zwischenverfügung vom 31.10.2019 zu Recht die Vorlage von Genehmigungen der vertretungsberechtigten Vorstandsmitglieder der Beteiligten zu 2 zu dem notariell beurkundeten Vertrag vom 13.8.2019 verlangt. Denn die beiden für die Beteiligte zu 2 handelnden Prokuristen sind zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken nicht ermächtigt (§ 49 Abs. 2 HGB) und konnten die Beteiligte zu 2 bei Abschluss des Vertrages vom 13.8.2019 nicht wirksam vertreten.

**8** In Literatur und Rechtsprechung wird zwar die Auffassung vertreten, dass eine Ermächtigung eines Prokuristen im Sinne des § 49 Abs. 2 HGB nur zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken des Kaufmanns erforderlich sei, nicht aber zur Veräußerung und Belastung fremder Grundstücke. Hierfür spreche, dass § 49 Abs. 2 HGB nur dem Schutz des Inhabers des Handelsgeschäfts diene (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 3592; MünchKomm-HGB/Krebs, 4. Aufl. 2016, § 49 Rdnr. 42; Baumbach/Hopt, HGB, 38. Aufl. 2018, § 49 Rdnr. 4; OLG Hamm, Beschluss vom 13.10.2011, 15 Wx 117/11, Rpfleger 2012, 209-211). Nach anderer Auffassung besteht die Beschränkung des § 49 Abs. 2 HGB unabhängig davon, wem das Grundstück gehört. Mangels Vertretungsmacht sei daher auch die Veräußerung eines fremden Grundstücks durch einen hierzu nicht ermächtigten Prokuristen im Namen des Inhabers des Handelsgeschäfts (schwebend) unwirksam. Hierfür spreche neben dem Wortlaut der Vorschrift, dass die Veräußerung oder Belastung von Grund-

stücken traditionell kein Handelsgeschäft sei und der Kaufmann bei Bedarf jederzeit eine Ermächtigung gemäß § 49 Abs. 2 HGB erteilen könne (Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/Wagner/Wöstmann, HGB, 5. Aufl. 2019, § 49 Rdnr. 14; Staub/Joost, HGB, 5. Aufl. 2008, § 49 Rdnr. 31; LG Freiburg, DNotZ 1992, 58, 59, bestätigt vom OLG Karlsruhe, Beschluss vom 12.9.1991, 4 W 78/91, soweit ersichtlich nicht veröffentlicht). Der Senat schließt sich im Hinblick auf den eindeutigen Wortlaut der Vorschrift und die Möglichkeit des Kaufmanns, einem Prokuristen jederzeit die Ermächtigung zur Veräußerung oder Belastung von Grundstücken einräumen zu können, der letztgenannten Auffassung an.

(...)

**12 IV.** Die Entscheidung über die Zulassung der Rechtsbeschwerde beruht auf § 78 Abs. 2 Nr. 1 und 2 GBO. Die hier entscheidungserhebliche Rechtsfrage, ob § 49 Abs. 2 HGB auch dann eingreift, wenn es sich nicht um die Veräußerung oder Belastung eines Grundstücks des Kaufmanns handelt, sondern um die Veräußerung oder Belastung eines fremden Grundstücks, hat grundsätzliche Bedeutung und stellt sich zudem in einer Vielzahl von Fällen, sodass die Zulassung der Rechtsbeschwerde auch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung angezeigt ist. Bislang gibt es zu dieser Frage – soweit ersichtlich – keine höchstrichterliche Rechtsprechung.

#### ANMERKUNG:

Von Notar Prof. Dr. **Heribert Heckschen**, Dresden

Die vorstehende Entscheidung des OLG Köln ist von ganz grundsätzlicher Bedeutung. Sie gewinnt in der Praxis immer mehr an Relevanz.

Ein Erblasser setzt eine juristische Person zum Testamentsvollstrecker ein. Nach seinem Tod will der Testamentsvollstrecker Immobilien veräußern. Für den Testamentsvollstrecker handeln zwei Gesamtprokuristen, die nicht zur Veräußerung von Immobilien gemäß § 49 Abs. 2 HGB ermächtigt sind. Das Grundbuchamt verweigert die Eintragung der Aufassungsvormerkung.

Das OLG Köln weist ebenso wie das AG auf den nach seiner Ansicht klaren Wortlaut des § 49 Abs. 2 HGB hin. Es hält demzufolge die Prokuristen, die nicht nach § 49 Abs. 2 HGB ermächtigt sind, zur Veräußerung von Immobilien für nicht befugt.

Die Entscheidung überzeugt nicht. Sie stellt allein auf den Wortlaut der Norm ab und sieht hier schon keine Auslegungsmöglichkeit. Auch wenn tatsächlich im Wortlaut des § 49 Abs. 2 HGB die Worte „*der Gesellschaft*“ fehlen, so ist die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung nach hier vertretener Auffassung nicht so klar, wie das OLG Köln dies annimmt. Darüber hinaus ist es methodisch stets geboten, nicht nur den Wortlaut der Norm zu berücksichtigen, sondern auch den Sinn und Zweck der Vorschrift.<sup>1</sup> Hinsichtlich des Sinns der Vorschrift bestehen aber gar keine Zweifel:

Der Gesetzgeber ging davon aus, dass Immobilien häufig wesentliche Betriebsgrundlage eines Unternehmens sind und insoweit die Veräußerung und Belastung von Immobilien einer besonderen Ermächtigung für die Prokuristen bedürfen. Genau darum geht es aber im vorliegenden Fall nicht. Es wird keine Immobilie der juristischen Person/des Einzelkaufmanns veräußert, sondern eine solche, bei der die juristische Person im Rahmen der Testamentsvollstreckung für einen Dritten handelt. Der Sinn und Zweck der Norm wird von derartigen Veräußerungen/Belastungen überhaupt nicht tangiert. Demzufolge entspricht es auch der mittlerweile herrschenden Meinung<sup>2</sup>, dass derartige Verfügungen vom Normbereich nicht erfasst sind, sondern auch von Prokuristen getätigt werden können, die nicht gemäß § 49 Abs. 2 HGB ermächtigt sind.

Das OLG Köln hat die weitere Beschwerde zum BGH zugelassen. Für die Praxis ist dies von Bedeutung, da häufig bei juristischen Personen das Thema der Befreiung von § 49 Abs. 2 HGB überhaupt nicht zur Diskussion steht. Wird etwa die Steuerberatungsgesellschaft zum Testamentsvollstrecker bestellt, so denkt man dort nicht an § 49 Abs. 2 HGB, weil Steuerberatungsgesellschaften typischerweise nicht über Immobilien verfügen. Folgt man der prominent in der Literatur vertretenen Auffassung, so entstehen in all diesen Fällen keine Probleme, und die besseren Argumente sprechen dafür, dass der BGH die Entscheidung des OLG Köln aufhebt.

- 2 LG Chemnitz, Beschluss vom 18.2.2008, 3 T 842/07, NotBZ 2008, 241; MünchKomm-HGB/Krebs, 4. Aufl. 2016, § 49 Rdnr. 42; Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer, Heymann-Handelsgesetzbuch, 3. Aufl. 2019, § 49 Rdnr. 16; Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, 39. Aufl. 2020, § 49 Rdnr. 4; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, HGB, 9. Aufl. 2019, § 49 Rdnr. 7.

## 18. Handelsregistereintragung eines Nießbrauchs an Kommanditeil

OLG Köln, Beschluss vom 7.10.2019, 18 Wx 18/19

BGB § 1030 Abs. 1, 1068 Abs. 2

HGB § 106 Abs. 2, §§ 161, 162 Abs. 1

#### LEITSATZ:

**Die Bestellung eines Nießbrauchs an einem Kommanditeil kann nicht in das Handelsregister eingetragen werden (Anschluss an OLG München, Beschluss vom 8.8.2016, 31 Wx 204/16, NZG 2016, 1064).**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte zu 3 ist Kommanditistin der Gesellschaft. Durch notariellen Vertrag vom 31.5.2019 hat sie einen Teil ihres Kommanditeils auf die Beteiligte zu 4 übertragen. Weiter heißt es in dem Vertrag:

„An dem übertragenen Kommanditeil ist Frau A der lebenslängliche, in der Ausübung unentgeltliche Nießbrauch zu einer Quote von 80 % vorbehalten (eintra-

1 Vgl. u. a. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 328.

gungsfähig, Staudinger, BGB 2009, §§ 1068, 1069 Rdnr. 57 ff., Ulmer, MK, § 705 Rdnr. 99 ff., OLG Stuttgart, Beschluss vom 28.1.2019, 8 W 25/13.“

2 Den entsprechenden Eintragungsantrag vom 5.6.2019 (...) hat das Handelsregister durch einen am 25.6.2019 erlassenen Beschluss (...) mit der Begründung zurückgewiesen, dass eine solche Eintragung gesetzlich nicht geboten sei und deshalb zu unterbleiben habe. Der hiergegen am 1.7.2019 eingelegten Beschwerde (...) hat das Handelsregister durch am 9.7.2019 erlassenen Beschluss (...) nicht abgeholfen und die Beschwerde dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

3 II. Die Beschwerde ist zulässig, bleibt in der Sache aber ohne Erfolg. Grundsätzlich sind nur solche Tatsachen in das Handelsregister einzutragen, deren Eintragung im Gesetz, für die Kommanditgesellschaft in §§ 106 Abs. 2, 162 Abs. 1 HGB, vorgesehen ist. Hierzu gehört der Nießbrauch an einem Kommanditanteil nicht. Dies allein steht der Eintragung aber nicht zwingend entgegen, denn es ist anerkannt, dass auch nicht eintragungspflichtige Tatsachen eintragungsfähig sind, wenn ein erhebliches Bedürfnis des Rechtsverkehrs an deren Verlautbarung besteht (BGH, Beschluss vom 14.2.2012, II ZB 15/11, NZG 2012, 385 Rdnr. 16 m. w. N.). Die Frage, ob dies für den Nießbrauch an einem Kommanditanteil gilt, ist in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten.

4 Zum Teil wird ein die Eintragungsfähigkeit begründendes Informationsbedürfnis verneint, weil der Nießbraucher im Außenverhältnis nicht haftete (OLG München, Beschluss vom 8.8.2016, 31 Wx 204/16, NZG 2016, 1064 Rdnr. 23-25; MünchKomm-HGB/K. Schmidt, 4. Aufl. 2016, § 106 Rdnr. 36; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Born, HGB, 3. Aufl. 2014, § 106 Rdnr. 11; Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/Haas, HGB, 5. Aufl. 2019, § 106 Rdnr. 8). Auch sei die Beteiligung des Nießbrauchers an den Verwaltungsrechten nicht mit denen eines Testamentsvollstreckers, für den der BGH (a. a. O.) die Eintragungsfähigkeit bejaht hat, vergleichbar. Nach der Gegenauffassung soll dagegen ein Informationsbedürfnis des Rechtsverkehrs bestehen. Dies wird zum einen aus dem Einfluss des Nießbrauchers auf die Verwaltung der Kommanditgesellschaft gefolgert, wobei teilweise angenommen wird, der Nießbraucher habe ein eigenes Stimmrecht bei Beschlüssen über die laufende Verwaltung (OLG Stuttgart, Beschluss vom 28.1.2013, 8 W 25/13, NZG 2013, 432, 433; wohl auch Oetker/Lieder, HGB, 6. Aufl. 2019, § 106 Rdnr. 62), teilweise aber auch darauf abgestellt wird, dass gemäß § 1071 BGB Änderungen des Gesellschaftsvertrages nur mit seiner Zustimmung erfolgen könnten (OLG Oldenburg, Beschluss vom 9.3.2015, 12 W 51/15, NZG 2015, 634 Rdnr. 8). Zum anderen wird auch eine eigene Haftung des Nießbrauchers bejaht (Staub/Schäfer, HGB, 5. Aufl. 2009, § 106 Rdnr. 16).

5 Der Senat schließt sich der erstgenannten Auffassung an und verneint ein die Eintragung des Nießbrauchs rechtfertigendes Informationsbedürfnis. Haftungsrechtliche Erwägungen vermögen ein Informationsbedürfnis des Rechtsverkehrs nicht zu begründen. Entgegen der oben zitierten Auffassung begründet der Nießbrauch keine Haftung des Nießbrauchers im Außenverhältnis. Der Nießbrauch begründet ein Recht, Nutzungen zu ziehen (§ 1030 Abs. 1, § 1068 Abs. 2 BGB). Hieraus folgt aber keine Verpflichtung gegenüber Dritten. Ent-

gegen der Auffassung des OLG Stuttgart (a. a. O.) steht dem Nießbraucher auch kein Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung zu, denn die Bestellung des Nießbrauchs ändert nichts an der Gesellschafterstellung des Kommanditisten. Dies zeigt sich insbesondere auch in dem hier gegebenen Fall, dass der Nießbrauch nur zu einem prozentualen Anteil des Rechts bestellt wird, im Übrigen aber beim Kommanditisten bleibt, denn das Stimmrecht kann für jeden Gesellschaftsanteil nur einheitlich ausgeübt werden (MünchKomm-HGB/K. Schmidt, § 105 Rdnr. 235; Staudinger/Heinze, Neub. 2017, Anh. §§ 1068, 1069 Rdnr. 72), was sogar bei Grundlagenbeschlüssen gilt (BGH, Urteil vom 9.11.1998, II ZR 213/97, NJW 1999, 571, 572). Richtig ist allerdings, dass Grundlagenentscheidungen gemäß § 1071 BGB der Zustimmung des Nießbrauchers bedürfen. Dies bedeutet aber keineswegs, dass die Zustimmung des Nießbrauchers konstitutive Bedeutung für die entsprechende Beschlussfassung innerhalb der Kommanditgesellschaft hätte. Eine solche weitgehende Wirkung ist vielmehr im Hinblick darauf, dass die Bestellung des Nießbrauchs, die ohne Mitwirkung und Kenntnis der Gesellschaft erfolgen kann und nichts an der Gesellschafterstellung des Kommanditisten ändert, abzulehnen (ebenso OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.9.1998, 3 Wx 209/98, NZG 1999, 26; MünchKomm-BGB/Pohlmann, 7. Aufl. 2017, § 1071 Rdnr. 13; a. A. Staudinger/Heinze, Anh. §§ 1068, 1069 Rdnr. 76).

6 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG; die Festsetzung des Wertes folgt aus § 36 Abs. 3 GNotKG. Im Hinblick auf die Divergenz in der obergerichtlichen Rechtsprechung war gemäß § 70 Abs. 2 Nr. 2 FamFG die Rechtsbeschwerde zuzulassen.

## 19. Wiedereintragung einer KG bei Nachtragsliquidation

KG, Beschluss vom 9.9.2019, 22 W 93/17

GBO § 29

HGB §§ 8, 12 Abs. 1, § 157 Abs. 1, § 161 Abs. 2

### LEITSATZ:

**Ist die Beendigung einer Kommanditgesellschaft nach den § 157 Abs. 1, § 161 Abs. 2 HGB in das Handelsregister eingetragen, ist die Gesellschaft auf eine Anmeldung hin wieder einzutragen, wenn die Wiedereintragung im Rahmen der Nachtragsliquidation zur vollständigen Beendigung notwendig ist.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte zu 1, eine Kommanditgesellschaft, ist seit dem 19.5.1994 im Handelsregister eingetragen. Der Beteiligte zu 2, der der einzige Kommanditist der Beteiligten zu 1 ist und der Liquidator der Komplementär-GmbH, der Beteiligten zu 3, meldete mit einer notariell beglaubigten elektronischen Anmeldung vom 15.7.2016 an, dass die Gesellschaft aufgelöst und die Firma erloschen ist. Die Eintragung erfolgte am 12.9.2016. Nachdem sich herausgestellt hatte, dass die Beteiligte zu 1

noch Eigentümerin von zwei Wohnungseigentumsrechten ist, beantragte der Beteiligte zu 2 zunächst seine Bestellung zum Nachtragsliquidator. Dies lehnte das AG mit einem Beschluss vom 16.3.2017 ab.

**2** Mit notariell beglaubigter und elektronisch eingereichter Erklärung vom 8.8.2017 hat der Beteiligte zu 2 als Liquidator der Beteiligten zu 3, und zugleich auch als Kommanditist beantragt, die zu Unrecht eingetragene Löschung der Gesellschaft zu berichtigen und zugleich angemeldet, dass die Beteiligte zu 3 aufgrund Gesellschafterbeschluss die von § 181 BGB befreite alleinige Liquidatorin sei. Die Beteiligten machen geltend, dass das Wohnungseigentum mit notariellem Kaufvertrag vom 29.11.2016 an Dritte veräußert worden sei. Das Grundbuchamt habe die Eintragung der Eigentumsübertragung aber abgelehnt. Der notwendige Nachweis über die Vertretungsbeziehung sei wegen § 29 GBO nur dadurch zu führen, dass die Löschung der Beteiligten im Handelsregister berichtigt werde.

**3** Das AG Charlottenburg hat den Antrag mit Beschluss vom 15.9.2017 (...) zurückgewiesen. Eine Wiedereintragung der Beteiligten zu 1 komme nicht in Betracht, weil hier keine umfangreichere und längere Abwicklung, sondern lediglich einzelne Rechtshandlungen zur Abwicklung von Grundeigentum erforderlich seien.

**4** Gegen diesen Beschluss haben die Beteiligten zu 2 und 3 mit Schriftsatz vom 10.10.2017 (...) Beschwerde eingelegt und zur Begründung ihre Rechtsansicht zur Notwendigkeit und Rechtmäßigkeit des von ihr beantragten Vorgehens wiederholt.

**5** Mit Beschluss vom 19.10.2017 (...) hat das AG Charlottenburg der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem KG zur Entscheidung vorgelegt.

**6** II. Die Beschwerde der Beteiligten zu 2 und 3 hat Erfolg.

**7** 1. Der Antrag vom 3.8.2017 ist als Anmeldung der Fortsetzung der Liquidation anzusehen und als solcher auch eintragungsfähig. Dem steht nicht entgegen, dass die Anmelder davon ausgehen, dass die Eintragung der Löschung zu Unrecht erfolgt und die Eintragung zu berichtigen sei. Denn dann wäre die Erklärung lediglich als Anregung auf eine Berichtigung nach § 395 FamFG anzusehen. Diese hätte aber erfolglos bleiben müssen, weil die Voraussetzung für die Eintragung vom 16.9.2016, nämlich eine entsprechende Anmeldung durch alle Gesellschafter, vorlag und das spätere Auffinden von Vermögensgegenständen, ebenso wie bei den Kapitalgesellschaften, nicht zu einer Unrichtigkeit der Eintragung führt, sondern nur die Notwendigkeit weiterer Liquidationsmaßnahmen auslöst (vgl. zu den Kapitalgesellschaften: Senat, Beschluss vom 31.7.2015, 22 W 43/15, juris Rdnr. 5; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1.3.2016, I-3 Wx 191/15, juris Rdnr. 11; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 1.3.2002, 3 W 38/02, juris Rdnr. 9; Henssler/Strohn/Klöhn, Gesellschaftsrecht, § 157 Rdnr. 9; MünchKomm-HGB/K. Schmidt, 4. Aufl., § 157 Rdnr. 13). Die Erklärung vom 8.8.2017 erfüllt dabei nicht nur die formellen Anforderungen nach § 12 Abs. 1 HGB, sondern sie ist auch entsprechend auslegungsfähig (vgl. Senat, Beschluss vom 5.9.2018, 22 W 53/18, juris Rdnr. 8). Eine entsprechende Auslegung ist auch geboten, weil dies dem Begehren der Beteiligten entspricht.

**8** Ist die Erklärung vom 8.8.2017 als Anmeldung anzusehen, ist die gegen die Zurückweisung dieser Anmeldung mit dem Beschluss vom 15.9.2017 gerichtete Beschwerde nach § 58 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig, weil die Beschwerdefrist von einem Monat gewahrt und die Beteiligten zu 2 und 3 in ihrem Recht auf Vollzug der Anmeldung beeinträchtigt sind, sodass auch die Voraussetzungen des § 59 Abs. 1 und 2 FamFG erfüllt sind. Wegen der wirtschaftlichen Bedeutung der Eintragung für die Beteiligten ist auch von einem Beschwerwert von über 600 € auszugehen.

**9** 2. Die Beschwerde ist auch begründet.

**10** a) Es ist streitig, ob und auf welche Weise eine Personenhandelsgesellschaft nach ihrer Löschung wieder eine Eintragung in das Handelsregister bewirken kann. Soweit nicht von vornherein angenommen wird, die Eintragung des Erlöschens der Firma sei im Falle des Auffindens von Vermögenswerten unrichtig und die Löschung nach § 395 FamFG ihrerseits zu löschen (so Henssler/Strohn/Klöhn, Gesellschaftsrecht, § 157 Rdnr. 9; MünchKomm-HGB/K. Schmidt, § 157 Rdnr. 13), wird teilweise die Auffassung vertreten, eine Eintragung erfolge nur dann, wenn umfangreicher und länger andauernder Abwicklungsbedarf besteht (vgl. Gustavus/Böhringer/Melchior, Handelsregisteranmeldungen, 9. Aufl., A 56; Ries/Rudolph, Praxis- und Formularbuch zum Registerrecht, 3. Aufl., Rdnr. 2.110; Schmidt/Sikora/Tiedke, Praxis des Handelsregister- und Kostenrechts, 7. Aufl., Rdnr. 678). Dies ist vertretbar, weil die Eintragung des Erlöschens nach allgemeiner Meinung nur rechtsbekundend wirkt (vgl. Baumbach/Hopt, HGB, 38. Aufl., § 157 Rdnr. 3; Ebenroth/Boujong/Hilman, HGB, 3. Aufl., § 157 Rdnr. 7; MünchKomm-HGB/K. Schmidt, § 157 Rdnr. 13; im Ergebnis ebenso: BGH, Urteil vom 21.6.1979, IX ZR 69/75, juris) und die Gesellschaft weiter durch alle Gesellschafter vertreten wird (vgl. dazu BGH, Urteil vom 21.6.1979, IX ZR 69/75, juris Rdnr. 24; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.1.2016, I-3 Wx 21/15, juris Rdnr. 19). Ob insoweit für die Wiedereintragung eine Anmeldung erforderlich ist, bleibt offen. Nach anderer Ansicht ist eine Fortsetzung mit dem Hinweis anzumelden, dass die Liquidation nicht beendet sei (so Fleischhauer/Wochner/Kallrath, Handelsregisterrecht, 4. Aufl., Muster 25, S. 227).

**11** b) Nach Auffassung des Senats hat unter Anlehnung an die letzte Auffassung eine Wiedereintragung jedenfalls dann zu erfolgen, wenn eine entsprechende Anmeldung auf Fortsetzung der Liquidation erfolgt und die Beteiligten geltend machen können, dass die Wiedereintragung zur Abwicklung erforderlich ist. Die Notwendigkeit des Vorliegens einer Anmeldung ist aus dem System des Handelsregisterverfahrens abzuleiten, das eine Eintragung von Amts wegen nur im Ausnahmefall kennt (vgl. Baumbach/Hopt, HGB, § 8 Rdnr. 6; Koller/Kindler/Roth, HGB, 9. Aufl., § 8 Rdnr. 21; MünchKomm-HGB/Krafka, § 8 Rdnr. 15; Schmidt-Kessel/Müther, Handelsregisterrecht, § 8 HGB Rdnr. 84). Die Frage der Eintragung kann darüber hinaus auch dann nicht allein in das Ermessen des Registergerichts gestellt werden, wenn die Beteiligten geltend machen können, dass die Wiedereintragung zu einer erleichterten Abwicklung führt.

**12** c) So liegt der Fall hier. Die Beteiligten haben unter Vorlage einer Zwischenverfügung des Grundbuchamtes Schöneberg vom 5.4.2017 geltend gemacht, dass ihre Wiedereintragung



zum Zwecke des Nachweises der Vertretungsberechtigung erforderlich ist. Dass das Grundbuchamt auch andere Wege aufgezeigt hat, die notwendigen Nachweise in der Form des § 29 GBO zu erbringen, ändert an der Verpflichtung des Registergerichts zur Wiedereintragung auf Anmeldung hin nichts. Denn die Entscheidung, auf welche Weise die Beanstandung des Grundbuchamtes beseitigt wird, obliegt den Beteiligten und nicht dem Registergericht. Darüber hinaus kommt es auch nicht auf die Frage an, ob die Beteiligten ihre Vertretungsbefugnis nicht auch durch einen beglaubigten Registerausdruck erbringen können, aus dem sich das Erlöschen der Firma ergibt. Dies kommt entgegen der Auffassung der Beteiligten in Betracht, weil der Ausdruck zugleich die letzten Gesellschafter, die gemeinsam zur Vertretung berufen sind, ausweist. Eine derartige Rechtsauffassung bindet das Grundbuchamt aber nicht. Von den Beteiligten eine Entscheidung im Rechtszug zu verlangen, steht dem Abwicklungszweck entgegen.

**13 d)** Nach alldem ist der Zurückweisungsbeschluss auf die Beschwerde hin aufzuheben und das Registergericht anzuweisen, die Beteiligten wieder in das Register einzutragen sowie die weitere Anmeldung der geänderten Vertretungsbefugnis zu vollziehen. Denn die Eintragungsvoraussetzungen liegen vor. Die Anmeldung ist durch die Beteiligten zu 2 und 3 erfolgt, die die beiden Gesellschafter der Beteiligten zu 1 sind. Die weiteren formellen Voraussetzungen sind gegeben und die Notwendigkeit der Wiedereintragung ausreichend dargetan. Dass die Anmeldung nicht den genauen Eintragungstext enthält, der der Sache nach dahin geht, dass die Liquidation fortzusetzen ist, steht der Eintragungsfähigkeit nicht entgegen, denn der Inhalt ergibt sich ohne Zweifel aus den weiteren Angaben in dem Antrag vom 8.8.2017. Auf die vorherige Einzahlung eines Kostenvorschusses ist hier wegen des erheblichen Zeitablaufs seit der Anmeldung zu verzichten.

**14 3.** Einer Kostenentscheidung bedarf es nicht. Gerichtskosten fallen wegen des Erfolgs des Rechtsmittels nicht an. Eine Entscheidung über die Erstattung außergerichtlicher Kosten kommt nicht in Betracht. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde scheidet mangels Beschwerde aus.

## 20. Legitimationswirkung alter Gesellschafterlisten

KG, Beschluss vom 20.8.2019, 22 W 1/18

*AktG § 67 Abs. 2*

*FamFG § 58 Abs. 1, § 63 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1, § 64 GmbHG a. F. § 16 Abs. 1 Satz 1, § 40*

### LEITSATZ:

**Für die notwendige Prüfung, ob der satzungsändernde Beschluss einer GmbH-Gesellschafterversammlung von aktuellen Gesellschaftern gefasst worden ist, ist durch das Registergericht auf die letzte in den Registerordner aufgenommene Gesellschafterliste auch dann abzustellen, wenn diese bereits vor dem Inkrafttreten des § 16**

**Abs. 1 Satz 1 GmbHG am 1.11.2008 zur Registerakte eingereicht worden ist.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1 I.** Die Beteiligte, eine GmbH, wurde durch Gesellschaftsvertrag vom 28.8.2003 mit einem Stammkapital von 25.000 € gegründet und im Jahr 2004 in das Handelsregister eingetragen. Bei Gründung wurde eine Gesellschafterliste vom 28.8.2003 zum Handelsregister eingereicht, welche am 2.12.2010 in die elektronische Registerakte, dort in den Registerordner, aufgenommen wurde und welche als Gesellschafter aufführte:

D C GmbH Unternehmensberatung	24.750 € Stammkapital
M F	250 € Stammkapital

**2** Mit Vertrag vom 30.12.2004 trat der Gesellschafter M F seinen Geschäftsanteil in Höhe von 250 € mit Zustimmung der Gesellschafter an die „P-D GmbH“ ab. Mit Anmeldeschreiben des Notars (...) K, Berlin (nachfolgend auch: der Notar) vom 19.8.2016 begehrt die Beteiligte die Eintragung einer Änderung des Firmennamens der Beteiligten, des Gegenstands und der Satzung der Beteiligten aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses vom 19.8.2016, an dem die „P-D GmbH“ mitwirkte, nicht aber Herr M F.

**3** Der Registerrichter beim AG Charlottenburg hat den Notar mit Schreiben vom 7.9.2016 (und erneut mit Schreiben vom 28.11.2016) unter anderem darauf hingewiesen, dass der Beschluss, dessen Inhalt zur Eintragung angemeldet worden sei, von einer Person gefasst worden sei, welche nach der zuletzt in das Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste nicht als Gesellschafter gelte.

**4** Der Notar hat hierauf mit Schreiben vom 7.12.2016 eine Gesellschafterliste vom 30.11.2016 eingereicht, welche als Gesellschafter aufführt:

D C GmbH Unternehmensberatung	24.750 € Stammkapital
P-D GmbH	250 € Stammkapital

und ergänzend ausgeführt, die Abtretung des Geschäftsanteils des M F sei der Beteiligten am 30.12.2004 entsprechend § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. angezeigt worden, weshalb seiner Ansicht nach der Gesellschafterstatus der „P-D GmbH“ auch nicht durch die Gesetzesänderung zum 1.11.2008 (MoMiG vom 23.10.2008) habe rückwirkend entfallen können.

**5** Der Registerrichter beim AG Charlottenburg hat mit Schreiben vom 8.12.2016 unter anderem darauf hingewiesen, dass der zur Eintragung angemeldete Gesellschafterbeschluss schwebend unwirksam sei. Die Anmeldung müsse entweder zurückgenommen und der Beschluss vom 19.8.2016 neu gefasst werden oder der Beschluss müsse durch Herrn M F genehmigt werden. Mit Beschluss vom 12.12.2016 hat der Registerrichter beim AG Charlottenburg das Schreiben des Notars vom 7.12.2016 als Beschwerde ausgelegt und dieser nicht abgeholfen. Wegen der Gründe wird auf den genannten

Beschluss Bezug genommen. Mit Schreiben vom 16.9.2017 hat der Notar „das Rechtsmittel zurückgenommen“.

**6** Mit Beschluss vom 13.12.2017 (dem Notar zugestellt am 14.12.2017) hat das AG Charlottenburg die Anmeldung vom 19.8.2016 auf Eintragung von Änderungen des Gesellschaftsvertrages kostenpflichtig zurückgewiesen. Dagegen hat der Notar namens und im Auftrag der Beteiligten am 17.12.2017 Beschwerde eingelegt. Das AG Charlottenburg hat der Beschwerde nicht abgeholfen (Beschluss vom 27.12.2017). Zur Begründung hat es ausgeführt, der zur Eintragung angemeldete Beschluss sei nicht wirksam gefasst worden, da weder alle Gesellschafter gemäß der im Registerordner zum Zeitpunkt der Beschlussfassung hinterlegten Gesellschafterliste vom 28.8.2003 zur Gesellschafterversammlung geladen worden seien noch alle diese Gesellschafter den zur Eintragung angemeldeten Beschluss gefasst hätten.

**7 II.** Die gemäß § 58 Abs. 1 FamFG statthafte Beschwerde ist zulässig. Die Beschwerde ist formgerecht (§ 64 FamFG) und fristgerecht (§ 63 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 FamFG) eingelegt worden. Die Beteiligte ist als durch den angefochtenen Beschluss unmittelbar in eigenen Rechten Betroffene beschwerdebe-rechtigt, § 59 Abs. 1 FamFG.

**8** Der Senat ist gemäß § 68 Abs. 2 FamFG, § 119 Abs. 1 Nr. 1 b), § 122 Abs. 1 GVG zur Entscheidung berufen.

**9** Die Beschwerde ist jedoch unbegründet. Das AG Charlottenburg hat die Anmeldung auf Eintragung von Änderungen des Gesellschaftsvertrages vom 19.8.2016 zu Recht zurückgewiesen.

**10 1.** Zutreffend hat das AG festgestellt, dass der zur Eintragung angemeldete Beschluss nicht wirksam gefasst worden ist. Gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG in der seit dem 1.11.2008 gültigen Fassung (nachfolgend auch: „GmbHG n. F.“) gilt im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter im Verhältnis zur Gesellschaft nur derjenige als Inhaber eines Geschäftsanteils, der als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG eingetragen ist. Den zur Eintragung angemeldeten Gesellschafterbeschluss vom 19.8.2016 haben die Gesellschafter „P-D GmbH“ und „D C GmbH Unternehmensberatung“ gefasst. Die letzte, dem Registergericht zu diesem Zeitpunkt vorliegende Gesellschafterliste vom 28.8.2003 wies als Gesellschafter die „D C GmbH Unternehmensberatung“ und den „Kaufmann M F“ aus. Damit ist der hier zur Eintragung angemeldete Beschluss nicht von den in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste bezeichneten Personen gefasst worden.

**11 a)** Es ist anerkannt, dass sich die Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 GmbHG n. F. auch auf vor dem Inkrafttreten des MoMiG am 1.11.2008 in das Handelsregister aufgenommene Gesellschafterlisten – insbesondere auf die Gründergesellschafterliste – auch unabhängig von einer „Veränderung“ im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG n. F. erstreckt und auch diese Gesellschafterlisten die Rechtsscheinwirkung des § 16 Abs. 1 GmbHG n. F. erzeugen (OLG Frankfurt, Beschluss vom 4.11.2016, 20 W 269/16, juris Rdnr. 32; MünchKomm-GmbHG/Heidinger, 3. Aufl. 2018, § 16 Rdnr. 30; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 16 Rdnr. 9; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 16 Rdnr. 10).

**12 b)** Umstritten ist aber, ob Veränderungen in den Gesellschafterverhältnissen vor dem 31.10.2008, die nach altem Recht lediglich der Anzeige an die Gesellschaft bedurften (§ 16 Abs. 1 GmbHG in der bis zum 31.10.2008 gültigen Fassung, nachfolgend auch: „GmbHG a. F.“), nach neuem Recht auch dann beachtlich sind, wenn zwischenzeitlich keine dem § 16 Abs. 1 GmbHG n. F. entsprechende angepasste Gesellschafterliste in das Handelsregister aufgenommen worden ist.

**13 aa)** Nach einer Ansicht soll sich die Gesellschafterlegitimation in diesen Fällen nach § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. richten (vgl. etwa Saenger/Inhvester/Pfisterer, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 16 Rdnr. 7; Mayer, ZIP 2009, 1037, 1040; Zirngibl/Sunne-mann/Zirngibl, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis, 2. Aufl. 2011, § 4 Rdnr. 20). Insoweit wird vertreten, dass ausschließlich auf die materielle Rechtslage abzustellen sei, da eine einmal wirksam begründete Gesellschafterstellung nicht ohne Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot durch Gesetzesänderung nachträglich entzogen werden könne (OLG Dresden, Beschluss vom 1.6.2016, 17 W 289/16, juris Rdnr. 35 f. und LG München I, Beschluss vom 24.9.2009, 17 HKT 15914/09, juris Rdnr. 6).

**14 bb)** Nach anderer Meinung soll sich die Legitimation der Gesellschafter ausschließlich nach § 16 Abs. 1 GmbHG n. F. richten, was vorrangig mit dem Gesetzesziel des MoMiG, nämlich mit einem Systemwechsel hin zu einem transparenten Gesellschafterbestand, begründet wird (vgl. MünchKomm-GmbHG/Heidinger, § 16 Rdnr. 123 m. w. N.; Saenger/Sandhaus, DNotZ 2012, 346; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 16 Rdnr. 107 f.; Horstkotte, ZInsO 2009, 209, 214).

**15 2.** Der Senat hält die letztgenannte Auffassung – anders als das OLG Dresden (vgl. OLG Dresden, a. a. O., juris Rdnr. 28) – jedenfalls, soweit – wie hier – das Registerverfahren betroffen ist, für zutreffend.

**16 a)** Dabei folgt der Senat der Auffassung, dass der Wortlaut des § 16 Abs. 1 n. F. mangels Eindeutigkeit keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Auslegung dahingehend, dass diese Regelung nur für nach oder auch für vor Inkrafttreten des MoMiG am 1.11.2008 eingereichte Gesellschafterlisten gelten soll, bietet (OLG Dresden, a. a. O., juris Rdnr. 29).

**17** Auch aus dem Umstand, dass – anders als zu § 16 Abs. 3 GmbHG n. F. – keine Überleitungsvorschrift zu § 16 Abs. 1 GmbHG n. F. wie § 3 Abs. 3 EGGmbHG zur Behandlung derartiger Übergangsfälle existiert, kann – abweichend von der Auffassung des OLG Dresden (a. a. O., juris Rdnr. 32) – nicht darauf geschlossen werden, der Gesetzgeber habe eine Anwendung des alten Rechts auf vor dem 1.11.2008 eingereichte Gesellschafterlisten gewollt. Das Fehlen einer Überleitungsvorschrift ließe nämlich auch den Schluss zu, dass die Regelung des § 16 Abs. 1 GmbHG n. F. eben anders als § 16 Abs. 3 GmbHG n. F. (mit der Überleitungsvorschrift § 3 Abs. 3 EGGmbHG) zeitlich uneingeschränkt Geltung erlangen sollte (Saenger/Sandhaus, DNotZ 2012, 346, 352; MünchKomm-GmbHG/Heidinger, § 16 Rdnr. 112, 112a).

**18 b)** Das Registergericht hat aber nach dem Sinn und Zweck des MoMiG § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG n. F. als registerrechtliche Verfahrensvorschrift auch auf Altfälle anzuwenden.

**19** Für die Behandlung von Veränderungen in den Personen der Gesellschafter vor Inkrafttreten des MoMiG ist für das Registerverfahren – unabhängig von der materiellen Rechtslage, über die hier nicht zu entscheiden war – davon auszugehen, dass sich nach der Zielsetzung der Neuregelung unter Berücksichtigung der Gesetzesbegründung zum MoMiG die Legitimation der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft ab dem 1.11.2008 allein nach der jeweiligen in das Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste bestimmt, auch wenn diese Gesellschafterliste in der Zeit bis zum 30.10.2008 Änderungen unterlegen haben sollte (so auch *Saenger/Sandhaus*, a. a. O.). Mit § 16 Abs. 1 GmbHG n. F. sollte in Anlehnung an § 67 Abs. 2 AktG Transparenz über die Anteilseignerstrukturen der GmbH geschaffen werden, indem nur der in der im (insoweit einsehbaren) Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragene Gesellschafter im Verhältnis zur Gesellschaft als solcher gelten soll (Gesetzesentwurf, BT-Drucks. 16/6140, S. 37, 38). Der Gesellschafterbestand sollte durch die Neuregelung aktuell, lückenlos und unproblematisch nachvollziehbar werden (Gesetzesentwurf, BT-Drucks. 16/6140, S. 38). Dieses Ziel lässt sich aber nur dann erreichen, wenn § 16 Abs. 1 GmbHG n. F. auch auf vor Inkrafttreten des MoMiG eingereichte Gesellschafterlisten Anwendung findet. Andernfalls wäre ein Zustand erheblicher und dauerhafter Rechtsunsicherheit dadurch zu befürchten, dass auf veraltete Gesellschafterlisten weiterhin das alte Recht mit der Folge anzuwenden wäre, dass auf diese Listen – anders als auf nach dem 1.11.2008 zum Handelsregister aufgenommene Listen – nicht der (einsehbare) Inhalt der jeweiligen Liste maßgeblich wäre, sondern die tatsächliche materielle Rechtslage. Eine derartige unterschiedliche Behandlung der beim Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterlisten widerspräche dem Zweck der Änderung des § 16 Abs. 1 GmbHG. Ziel der Gesetzesänderung war es neben der neuen Transparenz, mit welcher der gesamte Rechts- und Wirtschaftsverkehr geschützt werden sollte (*Saenger/Sandhaus*, a. a. O., S. 353) auch, die Legitimationsprüfung ausschließlich anhand des Listeninhalts in einfacher und praktikabler Form vornehmen zu können.

**20** Insoweit berücksichtigen die bisher hierzu ergangenen Entscheidungen (OLG Dresden, a. a. O., juris Rdnr. 24 ff., Rdnr. 26 und LG München I, a. a. O.) nicht hinreichend, dass es gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG n. F. nach der nunmehr streng an den Inhalt der beim Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste geknüpften Vermutung der relativen Gesellschafterstellung auf ein Abweichen von der materiellen Rechtslage nicht ankommt (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 4.11.2016, 20 W 269/16, juris Rdnr. 33). Dies kommt auch durch die Vorschrift des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG n. F. zum Ausdruck, die einen bestimmten solchen Fall des Auseinanderfallens der materiellen Rechtslage und der Registerrechtslage – anders als das alte Recht – regelnd erfasst.

**21** c) Die verfassungsrechtlichen – und dort letztlich entscheidenden (vgl. OLG Dresden, a. a. O., juris Rdnr. 37) – Bedenken des OLG Dresden (OLG Dresden, a. a. O., juris Rdnr. 35 f.) teilt der Senat insoweit nicht.

**22** Zwar wäre von einer verfassungsrechtlich unzulässigen, weil gegen das im Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG enthaltene Gebot der Rechtssicherheit und des Vertrauens-

schutzes verstoßenden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 23.3.1971, 2 BvL 17/69, juris Rdnr. 29) Rückwirkung auszugehen, wenn durch ein Gesetz nachträglich ändernd in abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingegriffen würde (BVerfG, Beschluss vom 31.5.1960, 2 BvL 4/59, juris Rdnr. 29; BVerfG, Beschluss vom 15.10.1996, 1 BvL 44/92, juris Rdnr. 110).

**23** Davon kann aber hier nicht ausgegangen werden. Im vorliegenden Fall wird durch die hier vorgenommene Auslegung des § 16 Abs. 1 GmbHG n. F. nicht in abgewickelte Tatbestände der Vergangenheit eingegriffen, sondern nur auf gegenwärtige Sachverhalte für die Zukunft eingewirkt und die betroffene Rechtsposition nachträglich entwertet. Damit ist nur von einer grundsätzlich unbedenklichen (BVerfG, Beschluss vom 23.3.1971, 2 BvL 17/69, juris Rdnr. 32) unechten Rückwirkung auszugehen, die nur ausnahmsweise bei Verstößen insbesondere gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz oder den Vertrauensschutz unzulässig ist (vgl. etwa BVerfG, Urteil vom 6.12.2016, 1 BvR 2821/11, juris Rdnr. 372 und Urteil vom 4.5.2011, 2 BvR 2333/08, juris Rdnr. 134 ff.).

**24** Hier wird die materielle Rechtsposition der Gesellschafter durch das Erfordernis, vor der weiteren Ausübung der Gesellschafterrechte eine Aufnahme einer aktualisierten Gesellschafterliste in das Handelsregister zu bewirken, nicht berührt.

**25** Vertrauensschutzgesichtspunkte stehen hier nicht entgegen, weil gemäß § 40 Abs. 1 GmbHG auch nach altem Recht die Pflicht (des Geschäftsführers) bestand, nach jeder Veränderung des Gesellschafterbestandes eine neue Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen. Ein schutzwürdiges berechtigtes Vertrauen dahin gehend, dass Gesellschafterrechte unabhängig von der Voraussetzung der Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste ausgeübt werden können, konnte damit auch nach alter Rechtslage nicht entstehen (vgl. dazu MünchKomm-GmbHG/*Heidinger*, § 16 Rdnr. 124).

**26** 3. Dem steht nicht entgegen, dass nach höchstrichterlicher Rechtsprechung § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG n. F. auf vor dem 1.11.2008 erworbene Ansprüche (genauer: Ansprüche des Insolvenzverwalters nach § 24 GmbHG gegen Gesellschafter, die ihre Beteiligung vor dem 1.11.2008 erworben haben) mangels Rückwirkungsanordnung betreffend § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG n. F. keine Anwendung findet (BGH, Urteil vom 18.9.2018, II ZR 312/16, juris Rdnr. 20). Dies betrifft ebenso wie die Entscheidung vom 19.4.2010 (BGH, Beschluss vom 19.4.2010, II ZR 150/09, juris Rdnr. 2) nur die hier – wie dargelegt – nicht zu entscheidende Frage des materiellen Rechts, nicht aber das Registerverfahren.

**27** Auch die Entscheidung des BGH vom 2.7.2019, in der eine Durchbrechung des dargestellten strengen Listenprinzips gesehen werden könnte, und die ausführt, dass eine einstweilige Verfügung die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste zur Aufnahme in das Handelsregister untersagt (BGH, Urteil vom 2.7.2019, II ZR 406/17, juris Rdnr. 36), steht hier nicht entgegen. Die Entscheidung betrifft einen Sonderfall eines ansonsten rechtsschutzlosen Gesellschafters (BGH, a. a. O., juris Rdnr. 40) und verdeutlicht, dass sich eine Gesellschaft nur unter den Einschränkungen des § 242 BGB auf die Legitimationswirkung nach § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG n. F. berufen

darf. Eine dahin gehende materiellrechtliche Prüfungspflicht durch das Registergericht wird aber in dieser Entscheidung – anders als für den handelnden Notar (vgl. BGH, a. a. O., juris Rdnr. 46) – gerade nicht angenommen.

**28** 4. Damit war hier aufgrund des Umstands, dass die „P-D GmbH“ am 19.8.2016 auf der in das Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste vom 28.8.2003 nicht, dafür aber der „Kaufmann M F“ als Gesellschafter der Beteiligten aufgeführt war, vom AG Charlottenburg zu Recht angenommen worden, dass der unter Mitwirkung der „P-D GmbH“ und ohne Mitwirkung des „Kaufmann M F“ zustande gekommene Gesellschafterbeschluss vom 19.8.2016 nach § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG n. F. zunächst schwebend unwirksam war (vgl. MünchKomm-GmbHG/*Heidinger*, § 16 Rdnr. 161) und auch nicht durch Einreichung der aktualisierten Gesellschafterliste vom 30.11.2016 zum Handelsregister nachträglich wirksam wurde. Die aktualisierte Liste wurde entgegen § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG n. F. nicht unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung (hier: Gesellschafterbeschluss vom 19.8.2016) in das Handelsregister aufgenommen. Unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 Satz 1 BGB), ist die Aufnahme der Liste – unabhängig von Frage der Behandlung vom Registergericht verschuldeter Verzögerungen – jedenfalls nicht mehr nach Ablauf von – wie hier – mehr als drei Monaten (in der Literatur werden Höchstfristen zwischen zwei und vier Wochen diskutiert, vgl. MünchKomm-GmbHG/*Heidinger*, § 16 Rdnr. 163 m. w. N.) Erfolgt die Aufnahme der Liste – wie hier – nicht unverzüglich, wird die Rechtshandlung – hier der Gesellschafterbeschluss vom 19.8.2016 endgültig unwirksam (*Saenger/Sandhaus*, a. a. O., S. 348; Gesetzentwurf, BT-Drucks. 16/6140, S. 38, MünchKomm-GmbHG/*Heidinger*, a. a. O.), sodass die Anmeldung der durch ihn bewirkten Änderungen durch Beschluss nach § 382 Abs. 3 FamFG zurückzuweisen war.

**29** III. Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 70 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 FamFG zuzulassen.

**30** Der Senat weicht von der Auffassung des OLG Dresden (OLG Dresden, a. a. O.) – jedenfalls soweit das Registerverfahren betroffen ist – ab. Auch im Übrigen hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, weil sie die entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage, ob § 16 GmbHG auch uneingeschränkt für Gesellschafterlisten gilt, die bereits vor Inkrafttreten des MoMiG im Handelsregister aufgenommen wurden, aufwirft (BGH, Beschluss vom 15.8.2018, XII ZB 32/18, juris Rdnr. 3). Die Rechtsfrage ist insbesondere deshalb klärungsbedürftig, weil sie bisher vom BGH hinsichtlich des Registerverfahrens nicht beantwortet wird und in der Literatur (vgl. dazu MünchKomm-GmbHG/*Heidinger*, § 16 Rdnr. 119 ff.) sowie durch OLG (OLG Dresden, a. a. O., OLG Frankfurt a. M., a. a. O.) unterschiedliche Meinungen vertreten werden (vgl. BGH, a. a. O.).

**31** IV. Eine Kostenentscheidung ist entbehrlich. Die Kostentragungspflicht ergibt sich aus dem Gesetz (§ 22 Abs. 1 GNotKG).

## INTERNATIONALES PRIVATRECHT

### 21. Löschung eines aufgrund der Eröffnung eines ausländischen Insolvenzverfahrens im Grundbuch eingetragenen Insolvenzvermerks

OLG Köln, Beschluss vom 21.10.2019, 2 Wx 271/19, 2 Wx 275/19 – 2 Wx 287/19, mitgeteilt von **Werner Sternal**, Vorsitzender Richter am OLG Köln

#### TITEL:

*EGInsO Art. 102 § 1, § 6 Abs. 2, Art. 102c § 8 Abs. 2  
GBO §§ 15, 46, 71  
InsO §§ 32, 346*

#### LEITSÄTZE:

- 1. Das Ersuchen eines Insolvenzverwalters auf Löschung eines aufgrund der Eröffnung eines ausländischen Insolvenzverfahrens im deutschen Grundbuch eingetragenen Insolvenzvermerks ist an das Insolvenzgericht zu richten.**
- 2. Das Grundbuchamt trägt die Löschung des Insolvenzvermerks nur auf entsprechendes Ersuchen des Insolvenzgerichts ein.**
- 3. Für die Löschung eines im Grundbuch eingetragenen Insolvenzvermerks über die Eröffnung eines ausländischen Insolvenzverfahrens gilt im Anwendungsbereich der EulnsVO Art. 102 § 6 Abs. 2 EGInsO (bzw. Art. 102c § 8 Abs. 2 EGInsO) entsprechend. Es bedarf keines Rückgriffs auf § 346 InsO.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** I. Die W B V war Eigentümerin des im Rubrum aufgeführten Grundbesitzes. Über ihr Vermögen wurde 2015 das Insolvenzverfahren in den Niederlanden eröffnet. Die Antragsteller sind als Insolvenzverwalter (Curator) bestellt worden. Am 18.8.2015 trug das AG – Grundbuchamt – Insolvenzvermerke in die o. a. Wohnungsgrundbücher ein.

**2** Mit notariellem Kaufvertrag vom 5.7.2019 haben die Insolvenzverwalter den im Rubrum aufgeführte Grundbesitz an die Eheleute R veräußert. In dem notariellen Vertrag haben sie u. a. auch die Löschung der in Abt. II lfd. Nr. 6 und lfd. Nr. 7 eingetragenen Rechte bewilligt. Die Eigentumsumschreibung erfolgte am 20.3.2019.

**3** Mit Schriftsatz vom 26.3.2019 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1 und 2 unter Bezugnahme auf den notariellen Kaufvertrag die Löschung der in Abt. II lfd. Nr. 6 und 7 der im Rubrum aufgeführten Wohnungsgrundbücher eingetragenen Insolvenzvermerke beantragt. Das AG – Grundbuchamt – Aachen hat den Antrag mit Beschluss vom 22.8.2019 zurückgewiesen mit der Begründung, eine Löschung des Insolvenzvermerks sei nur auf Ersuchen des deutschen Insolvenzgerichts zulässig. Gegen diesen Beschluss haben die Beteiligten zu 1 und 2 am 3.9.2019 Beschwerde

ingelegt. Das AG hat den Beschwerden mit Beschluss vom 18.9.2019 nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Köln zur Entscheidung vorgelegt.

**4** II. 1. Die Beschwerden sind nach §§ 71 ff. GBO zulässig.

**5** Der Schriftsatz des Notars vom 3.9.2019 ist entgegen der in dem am 18.9.2019 erlassenen Nichtabhilfebeschluss zum Ausdruck kommenden Auffassung des Grundbuchamts dahin auszulegen, dass die Beschwerden nicht in eigenem, sondern im Namen der Beteiligten zu 1 und 2, die zudem entgegen der Ansicht des Grundbuchamts und der missverständlichen Formulierung des Notars in dem Schriftsatz vom 26.3.2019 „beantrage ich“, auch Antragsteller sind, erhoben werden sollen. Wenn – wie hier – der einen Antrag einreichende Notar im Rahmen der (vermuteten) Vollmacht nach § 15 GBO Beschwerde einlegt, ist grundsätzlich der Antragsberechtigte und nicht der Notar persönlich als Beschwerdeführer anzusehen, wenn sich – wie hier – nicht aus einer ausdrücklichen Angaben oder aus den Umständen etwas anderes ergibt (vgl. statt aller nur *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 15 Rdnr. 20). Dafür, dass der Antrag nicht in eigenem Namen des Notars gestellt worden ist, spricht bereits der in der Antragsschrift enthaltene Hinweis, dass die Kosten der Löschung der Rechte der Verkäufer, mithin vorliegend die Beteiligten zu 1 und 2 tragen. Der ausländische Insolvenzverwalter ist gemäß § 71 GBO gegen die eine Löschung ablehnende Entscheidung des Grundbuchamtes auch beschwerdebefugt.

**6** 2. In der Sache haben die Beschwerden keinen Erfolg.

**7** Das Grundbuchamt hat es zu Recht abgelehnt, die in den Grundbüchern des AG Aachen von Forst Blättern (...) jeweils eingetragenen Insolvenzvermerke zu löschen. Hinsichtlich der in dem Grundbuch Blatt (...) und Blatt (...) jeweils eingetragenen Insolvenzvermerke fehlt es bereits an einem entsprechenden Löschantrag sowie an einer diesbezüglichen Bewilligung der Insolvenzverwalter. Der Antrag vom 26.3.2019 bezieht sich ausschließlich auf die Löschung der in Abt. II Nr. 6 bzw. Nr. 7 jeweils eingetragenen Rechte. Die Beteiligten zu 1 und 2 haben zudem unter V. Nr. 3 der notariellen Urkunde vom 5.7.2018 (Urkundenrollen-Nr. 1815/2018) lediglich die Löschung der in den vorgenannten Grundbüchern eingetragenen Rechte in Abt. II Nr. 6 bzw. Nr. 7 bewilligt. Im Grundbuch des AG Aachen von Forst Blatt (...) ist der Insolvenzvermerk indes in Abt. II Nr. 9 und im Grundbuch des AG Aachen von Forst Blatt (...) in Abt. II Nr. 8 eingetragen.

**8** Zudem können – entgegen der in dem Vermerk der Grundbuchrichterin vom 27.5.2019 zum Ausdruck kommenden Auffassung und der Ansicht des Verfahrensbevollmächtigten der Insolvenzverwalter – die jeweils eingetragenen Insolvenzvermerke nicht auf Antrag des Insolvenzverwalters gelöscht werden.

**9** Vorliegend findet gemäß Art. 84 Abs. 2 EulnsVO n. F. auf das am 27.5.2015 eröffnete Insolvenzverfahren über die in den Niederlanden ansässige Gesellschaft und damit auf das Eintragungsverfahren noch die Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates über Insolvenzverfahren vom 29.5.2000 (EulnsVO a. F.) und die auf nationaler Ebene durch Art. 102 EGlinsO näher geregelten Durchführungsbestimmungen Anwendung. Diese Vorschriften sind auch maßgebend für die im Falle der

Eröffnung eines ausländischen Hauptinsolvenzverfahrens in einem Mitglied der Europäischen Union bei inländischem Grundvermögen in das deutsche Grundbuch einzutragenden Insolvenzvermerke.

**10** Art. 102 § 6 Abs. 2 EGlinsO sieht für den Anwendungsbereich der EulnsVO eine Eintragung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Grundbuch durch das Grundbuchamt auf Antrag eines ausländischen Insolvenzverwalters nur unter Zwischenschaltung des örtlich zuständigen Insolvenzgerichts vor (vgl. nur *K/P/B/Kemper*, InsO, Stand: August 2019, EGlinsO Art. 102 § 6 Rdnr. 2; *Pannen/Riedeman*, NZI 2004, 301, 304). Entsprechend trägt das Grundbuchamt den Insolvenzvermerk nur auf Ersuchen des Insolvenzgerichts ein. Der von einem ausländischen Gericht bestellte Insolvenzverwalter hat seinen Antrag an das nach Art. 102 § 1 InsO zuständige Insolvenzgericht zu richten. Dieses ist gemäß Art. 102 § 1 Abs. 3 Satz 1 EGlinsO das Insolvenzgericht, in dessen Bezirk Vermögen des Schuldners belegen ist (*K/P/B/Kemper*, InsO, EGlinsO Art. 102 § 6 Rdnr. 3). Die gesamte Prüfung der kollisions- und insolvenzrechtlichen Voraussetzungen des Insolvenzvermerks, insbesondere der rechtlichen Qualifikation und Anerkennungsfähigkeit des ausländischen Verfahrens sowie seiner Auswirkungen auf die Verfügungsbefugnis des Schuldners obliegt allein dem Insolvenzgericht, dessen Entscheidung für das Grundbuchamt bindend ist (AG Duisburg, NZI 2010, 199)

**11** Dies dient der Entlastung der Registergerichte und damit auch des Grundbuchamts vor der Prüfung der Anerkennung des im Bereich der Europäischen Union eröffneten Insolvenzverfahrens (Regierungsentwurf zu Art. 102 § 6, BT-Drucks. 15/16, S. 16). Der Gesetzgeber geht davon aus, dass sich bei den Insolvenzgerichten ein gewisser Sachverstand über grenzüberschreitende Insolvenzverfahren bildet und diese Gerichte deshalb besonders in der Lage sind, die Voraussetzungen für die Eintragung des Insolvenzvermerks zu prüfen (BT-Drucks. 15/16, S. 15 f.). Für den ausländischen Insolvenzverwalter ist diese Konzeption insofern vorteilhaft, als er sich lediglich an eine Stelle wenden muss, die alle Registereintragungen veranlasst. Widersprechende Entscheidung über die Eintragung werden so vermieden (BT-Drucks. 15/16, S. 16; *Pannen/Riedemann*, NZI 2004, 301, 304). Entsprechend schließt Art. 102 § 6 Abs. 1 Satz 3 EGlinsO die Anwendung des § 32 Abs. 2 Satz 2 InsO und damit die Möglichkeit einer unmittelbaren Antragstellung durch den Insolvenzverwalter ausdrücklich aus.

**12** Diese Grundsätze gelten nach Auffassung des Senats nicht nur für die Eintragung eines Insolvenzvermerks, sondern auch für dessen Löschung. Die Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch erfolgt nach Maßgabe des § 46 Abs. 1 GBO durch Eintragung eines Vermerks unter der Rubrik „Löschungen“ in derselben Abteilung wie der zu löschende Insolvenzvermerk (vgl. *Jaeger/Schilken*, InsO, 2004, § 32 Rdnr. 43; *MünchKomm-InsO/Busch*, 4. Aufl. 2019, § 32 Rdnr. 87). Für das Verfahren des Grundbuchamtes gelten die Regeln zur Eintragung des Insolvenzvermerks entsprechend (vgl. *MünchKomm-InsO/Busch*, § 32 Rdnr. 88). Damit bedarf es keines Rückgriffs auf eine entsprechende Anwendung des § 346 Abs. 2 Satz 3 InsO. Vielmehr folgt die Notwendigkeit, den Löschantrag an das deutsche Insolvenzgericht zu

richten, damit dieses das Grundbuchamt um eine entsprechende Löschung ersucht, unmittelbar aus Art. 102 § 6 EGIInsO.

**13** Geht man mit dem Grundbuchamt davon aus, dass Art. 102 § 6 EGIInsO keine ausdrückliche Regelung enthält, wie zu verfahren ist, wenn die Eintragungsvoraussetzungen entfallen sind, ist entsprechend den Ausführungen des OLG Dresden (ZIP 2010, 2108 m. Anm. *Cranshaw*, jurisPR-InsR 21/2010 Anm. 2) § 346 Abs. 2 Satz 3 InsO heranzuziehen (a. A. *Vallender*, EulnsVO, Art. 102c § 8 EGIInsO, der auf eine entsprechende Anwendung von § 32 Abs. 3 Satz 1 InsO abstellt). Die §§ 343 ff. InsO finden ergänzende Anwendung, soweit weder die EulnsVO noch die Ausführungsbestimmungen in Art. 102 EGIInsO Sondervorschriften enthalten (BT-Drucks. 15/15, S. 12; *Pannen/Riedemann*, NZI 2004, 321). Auch bei Anwendung des § 346 Abs. 2 Satz 3 InsO bedarf es zur Löschung des Insolvenzvermerks eines diesbezüglichen Ersuchens des Insolvenzgerichts.

**14** Unerheblich ist es, dass vorliegend das Grundbuchamt bei der Eintragung des Insolvenzvermerks diese Grundsätze nicht beachtet und den Vermerk unter Verstoß gegen die gesetzliche Regelung eingetragen hat. Auf jeden Fall muss im Rahmen der Löschung der Weg über das Insolvenzgericht beschritten werden.

**15** III. Eine Entscheidung über die Erstattung außergerichtlicher Kosten ist nicht veranlasst.

**16** Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.

Geschäftswert des Beschwerdeverfahrens: 5.000 €

## ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

### 22. Veräußerung des Handelsgeschäfts durch den Schuldner in der Eigenverwaltung

BGH, Urteil vom 3.12.2019, II ZR 457/18 (Vorinstanz: LG Chemnitz, Entscheidung vom 4.10.2018, 3 S 67/18)

HGB § 25 Abs. 1 Satz 1

InsO §§ 157, 270 Abs. 1 Satz 1, § 276a Satz 1

#### LEITSÄTZE:

- 1. § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB ist auf den Erwerb eines Handelsgeschäfts aus der Insolvenz auch dann nicht anwendbar, wenn die Veräußerung nicht durch den Insolvenzverwalter, sondern durch den Schuldner in der Eigenverwaltung erfolgt.**
- 2. Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse verbleiben bei der Anordnung der Eigenverwaltung beim Schuldner. Dieser handelt als Amtswalter anstelle des regulären Insolvenzverwalters und unterliegt**

**weitgehend den gleichen Bindungen wie dieser.  
(Leitsatz der Schriftleitung)**

#### SACHVERHALT:

**1** Über das Vermögen der Elektrogenossenschaft H mbH (im Weiteren: Schuldnerin) wurde am 1.8.2014 das Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung eröffnet. Die Schuldnerin beauftragte die Klägerin im Januar 2015 mit der Durchführung von Elektroinstallationsarbeiten. Die Beklagte zu 1 entstand mit ihrer Eintragung im Handelsregister am 17.3.2015. Am 15.7.2015 verkaufte die Schuldnerin alle zu ihrem Geschäftsbetrieb gehörenden Wirtschaftsgüter an die Beklagte zu 1 mit Wirkung zum 1.7.2015.

**2** Mit Schreiben vom 2.10.2015 erhob die Beklagte zu 1 eine Mängelrüge unter Fristsetzung im Hinblick auf die von der Schuldnerin bei der Klägerin beauftragten Werkleistungen. Nachdem eine Reaktion der Klägerin ausblieb, teilte die Beklagte zu 1 der Klägerin am 4.2.2016 mit, den Mangel selbst beheben zu wollen. Sie stellte der Klägerin im Folgenden Mangelbeseitigungskosten i. H. v. 2.929,90 € in Rechnung.

**3** Das AG hat der gegen die Beklagte zu 1 und deren Geschäftsführer, den Beklagten zu 2, als Gesamtschuldner gerichteten Klage auf Zahlung von 2.817,74 € nebst Zinsen i. H. v. 1.017,74 € gegenüber der Beklagten zu 1 stattgegeben, sie im Übrigen aber ebenso wie die Widerklage der Beklagten zu 1 auf Zahlung der Mangelbeseitigungskosten abgewiesen. Die Berufung der Beklagten zu 1 hat das LG zurückgewiesen. Mit der vom LG zugelassenen Revision wendet sich die Beklagte zu 1 noch gegen ihre Verurteilung zur Zahlung.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**4** Die Revision der Beklagten zu 1 hat Erfolg. Sie führt zur Abweisung der Klage insgesamt.

**5** I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, im Wesentlichen wie folgt begründet:

**6** Für den Werklohnanspruch der Klägerin gegen die Schuldnerin hafte die Beklagte zu 1 gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB. Sie führe das Handelsgeschäft der Schuldnerin im wesentlichen Kern fort und habe in ihrer Firma die prägenden Merkmale der Firma der Schuldnerin übernommen. Der Erwerb des Handelsgeschäfts erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über die Schuldnerin stehe der Anwendung des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB nicht entgegen. Zwar finde § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB auf den Erwerb nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nach allgemeiner Ansicht keine Anwendung, wenn ein Insolvenzverwalter bestellt werde, da bei einer Übernahme der Unternehmensschulden durch den Erwerber eine gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger gefährdet würde. § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB müsse indes auch bei Anordnung der Eigenverwaltung Anwendung finden. In einem Eigenverwaltungsverfahren sei eine einschränkende Auslegung des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB nicht geboten, da es sich bei der Veräußerung des Handelsgeschäfts um eine Verfügung des Schuldners selbst handle, die nicht zur Liquidation des Unternehmens führe. Die Situation stelle sich aus Sicht der Gläubiger nicht anders als bei einer vorinsolvenzlichen Veräußerung des Handelsgeschäfts durch den Schuldner dar.

**7** II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Prüfung nicht stand.

**8** 1. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft angenommen, dass die Beklagte zu 1 für die Verpflichtung der Schuldnerin

zur Werklohnzahlung nach § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB haftet. Bei der Veräußerung eines Handelsgeschäfts während eines Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung ist § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB nicht anwendbar. Daher kann dahinstehen, ob die Voraussetzungen einer Haftung nach § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB im Streitfall vorliegen.

**9 a)** Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung findet § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB beim Verkauf des Handelsgeschäfts durch den Insolvenzverwalter im eröffneten Insolvenzverfahren keine Anwendung (BGH, Urteil vom 24.9.2008, VIII ZR 192/06, ZIP 2008, 2116 Rdnr. 22; Versäumnisurteil vom 23.10.2013, VIII ZR 423/12, ZIP 2014, 29 Rdnr. 17; BAG, ZIP 2007, 386 Rdnr. 9; zur Konkursordnung: BGH, Urteil vom 11.4.1988, II ZR 313/87, BGHZ 104, 151, 153 f.). Die Veräußerung des Handelsgeschäfts durch den Insolvenzverwalter duldet eine Schuldenhaftung des Erwerbers nach § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB nicht, da sie den bestimmenden Grundsätzen des Insolvenzverfahrens zuwiderliefe. Die Aufgabe des Insolvenzverwalters, das Unternehmen im Interesse der Gläubiger an der bestmöglichen Verwertung der Masse im Ganzen zu veräußern, würde durch eine mögliche Haftung des Erwerbers für die Schulden des bisherigen Unternehmensträgers erschwert werden. Zudem käme es zu einer systemwidrigen Bevorzugung einzelner hierdurch begünstigter Insolvenzgläubiger unter Benachteiligung der übrigen Insolvenzgläubiger, die sich angesichts einer dadurch zu erwartenden Erlösschmälerung mit einer geringeren Verteilungsmasse zu begnügen hätten. Dies widerspräche dem Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung aller Insolvenzgläubiger.

**10** Diese Rechtsprechung hat in der Literatur weit überwiegend Zustimmung gefunden (Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, 38. Aufl., § 25 Rdnr. 4; MünchKomm-HGB/Thiessen, 4. Aufl., § 25 Rdnr. 36; Jaeger/Henckel, InsO, § 35 Rdnr. 30; Großkommentar HGB/Burgard, 5. Aufl., § 25 Rdnr. 46; Röhrich/Graf von Wesphalen/Haas/Ries, 5. Aufl., § 25 Rdnr. 11; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, HGB, 3. Aufl., § 25 Rdnr. 41; Oetker/Vossler, HGB, 6. Aufl., § 25 Rdnr. 21; HK-HGB/Ruß, 7. Aufl., § 25 Rdnr. 6; NK-HGB/Bömeke, 2017, § 25 Rdnr. 18; Ensthaler/Steitz, HGB, 8. Aufl., § 25 Rdnr. 15; BeckOGK-HGB/Moser, Stand: 15.7.2019, § 25 Rdnr. 40; Henssler/Strohn/Wamser, GesR, 4. Aufl., § 25 HGB Rdnr. 6). Die Gegenauffassung (Heidel/Schall/Schall, HGB, 3. Aufl., § 25 Rdnr. 13; zweifelnd auch Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, HGB, 9. Aufl., § 25 Rdnr. 4c), die mit Rücksicht auf § 25 Abs. 2 HGB ein Bedürfnis für eine einschränkende Auslegung von § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB verneint, überzeugt nicht. Es ist nicht sachgerecht, den Insolvenzverwalter auf eine von weiteren Voraussetzungen abhängige Ausnahmevorschrift (§ 25 Abs. 2 HGB) zu verweisen, obwohl die ansonsten regelmäßig greifende Erwerberhaftung durchweg mit den bestimmenden Grundsätzen des Insolvenzverfahrens kollidiert.

**11 b)** Für die Veräußerung im Insolvenzverfahren mit angeordneter Eigenverwaltung ergibt sich nichts anderes. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts sind die Erwägungen, die zu einem Ausschluss der Anwendung des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB auf Veräußerungen des Insolvenzverwalters geführt haben, auf Veräußerungsgeschäfte des Schuldners im Eigenverwaltungsverfahren übertragbar (ebenso LAG Hamm, ZIP 2016, 2167, 2168; Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, § 25 Rdnr. 4;

Oetker/Vossler, HGB, § 25 Rdnr. 21; BeckOK-InsO/Ellers, Stand: 25.7.2019, § 270 Rdnr. 63; Bissels/Schroeders, NZI 2016, 870, 871).

**12 aa)** Die Entscheidung über den besten Weg zur Erreichung der insolvenzrechtlichen Verfahrensziele (insbesondere Stilllegung, Fortführung, Insolvenzplan, übertragende Sanierung) ist gemäß § 157 InsO im Insolvenzverfahren der Gläubigerversammlung zugewiesen. Daran ändert sich grundsätzlich nichts, wenn bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Eigenverwaltung angeordnet wird (§ 270 Abs. 1 Satz 2 InsO). Das Insolvenzgericht bestellt allerdings keinen Insolvenzverwalter. Der Schuldner bleibt während der Dauer des Insolvenzverfahrens nach § 270 Abs. 1 Satz 1 InsO berechtigt, unter der Aufsicht eines Sachwalters die Insolvenzmasse zu verwalten und über sie zu verfügen (BGH, Urteil vom 9.3.2017, IX ZR 177/15, ZIP 2017, 686 Rdnr. 8). In Ausübung dieser Befugnisse kann es dem Schuldner obliegen, sein Handelsgeschäft im Interesse der Gläubiger an der bestmöglichen Verwertung der Masse im Ganzen zu veräußern.

**13 bb)** Die Anwendung des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB würde auch in der Eigenverwaltung zu einer Bevorzugung einzelner Insolvenzgläubiger führen, wodurch die übrigen Insolvenzgläubiger, die sich angesichts einer dadurch zu erwartenden Erlösschmälerung mit einer geringeren Verteilungsmasse zu begnügen hätten, benachteiligt würden. Eine Bevorzugung einzelner Insolvenzgläubiger widerspricht dem Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung aller Insolvenzgläubiger, der auch im Eigenverwaltungsverfahren Geltung beansprucht (BAG, ZIP 2017, 2027 Rdnr. 11; OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 31.8.2015, 23 U 17/15, juris Rdnr. 29; Kübler/Prütting/Bork/Pape, InsO, Stand: April 2012, § 270 Rdnr. 192; Uhlenbruck/Zipperer, InsO, 15. Aufl., § 270 Rdnr. 12).

**14 cc)** Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist eine Veräußerung des Handelsgeschäfts durch den eigenverwaltenden Schuldner nicht mit der Veräußerung durch den Sequester nach der Konkursordnung vergleichbar.

**15 (1)** Zutreffend ist allerdings, dass nach der Rechtsprechung des Senats § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB auf die Veräußerung eines Handelsgeschäfts durch den Sequester der Konkursordnung anzuwenden war (BGH, Urteil vom 11.4.1988, II ZR 313/87, BGHZ 104, 151, 155 ff.). Zur Begründung hat der Senat maßgeblich darauf abgestellt, dass Funktionen und Befugnisse von Sequester und Konkursverwalter nicht miteinander vergleichbar sind. Eine Veräußerung durch den Sequester vor Konkurseröffnung war im Regelfall nicht ohne Zustimmung des Schuldners möglich. Sie stand damit rechtlich einer Veräußerung durch den Schuldner näher als derjenigen durch den Konkursverwalter. Zudem galt im Sequesterationsverfahren noch nicht der Gleichbehandlungsgrundsatz.

**16 (2)** Einer Übertragung dieser Erwägungen auf den eigenverwaltenden Schuldner steht die Ausgestaltung des Eigenverwaltungsverfahrens entgegen. Die Stellung des eigenverwaltenden Schuldners ähnelt nicht der des Sequesters, sondern ist derjenigen des Insolvenzverwalters angeglichen.

**17 (a)** Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners bei Anordnung der Eigenverwaltung fortbestehen. Dabei besteht die

Gefahr, dass eine Person, die den Eintritt der Insolvenz nicht hat vermeiden können, mitunter nicht geeignet ist, die Insolvenzmasse bestmöglich zu verwerten und die Belange der Gläubiger über die eigenen Interessen zu stellen. Deswegen wird der Schuldner im Eigenverwaltungsverfahren der Aufsicht eines Sachwalters unterstellt (RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 222 f.). Die Befugnisse des Schuldners und des Sachwalters werden in der Weise abgegrenzt, dass die laufenden Geschäfte von dem Schuldner geführt werden und der Sachwalter einerseits die Geschäftsführung kontrolliert und unterstützt, andererseits die besonderen Aufgaben wahrnimmt, die dem Insolvenzverwalter in erster Linie im Interesse der Gläubiger übertragen sind, insbesondere die Anfechtung von gläubigerbenachteiligenden Rechtshandlungen (BGH, Urteil vom 26.4.2018, IX ZR 238/17, BGHZ 218, 290 Rdnr. 17).

**18** Bei der Eigenverwaltung einer Gesellschaft üben deren Geschäftsleiter weitgehend die Befugnisse aus, die im Regelverfahren dem Insolvenzverwalter eingeräumt sind. Durch § 276a Satz 1 InsO wird klargestellt, dass die Überwachungsorgane der Gesellschaft keine weitergehenden Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsleitung haben sollen als bei der Bestellung eines Insolvenzverwalters. Die Führung der Geschäfte ist an dem Interesse der Gläubiger der Gesellschaft auszurichten. Auf diese Weise hat der Gesetzgeber den Pflichtenkreis und die Rechtsstellung der Geschäftsleiter an das Amt eines Insolvenzverwalters angeglichen (BGH, Urteil vom 26.4.2018, IX ZR 238/17, BGHZ 218, 290 Rdnr. 19 f.). Die Geschäftsleiter des eigenverwaltenden Schuldners müssen ihr Handeln mithin an den Insolvenzzwecken und den Interessen der Gläubigergesamtheit ausrichten und eigene Interessen hintanstellen (BAG, ZIP 2017, 2027 Rdnr. 12; Jaeger/Meller-Hannich, InsO, § 270 Rdnr. 23).

**19** (b) Während der Sequester der Konkursordnung grundsätzlich nicht über Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse verfügte (allg. M., vgl. statt aller Kilger/K. Schmidt, KO, 17. Aufl., § 106 Rdnr. 4 m. w. N.), verbleiben diese Befugnisse aufgrund der Anordnung der Eigenverwaltung beim Schuldner. Dieser handelt als Amtswalter an Stelle des regulären Insolvenzverwalters (Uhlenbruck/Zipperer, InsO, § 270 Rdnr. 12; Jaeger/Meller-Hannich, InsO, § 270 Rdnr. 16; MünchKomm-InsO/Tetzlaff, 3. Aufl., § 270 Rdnr. 141; K. Schmidt/Undritz, InsO, 19. Aufl., § 270 Rdnr. 17; Mutzek, Die Kompetenzen des Schuldners im eröffneten Eigenverwaltungsverfahren, 2018, S. 165 f.; a. A. AG Köln, ZIP 2004, 471, 474). Insoweit kann dahinstehen, ob der eigenverwaltende Schuldner seine ursprüngliche privatautonome Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis behält, nunmehr aber insolvenzrechtlichen Pflichtenbindungen unterliegt (BGH, Urteil vom 26.4.2018, IX ZR 238/17, BGHZ 218, 290 Rdnr. 17, 20; Huhn, Die Eigenverwaltung im Insolvenzverfahren, 2003, Rdnr. 603), oder die ursprüngliche Befugnis erlischt und dem Schuldner vom Insolvenzgericht eine insolvenzspezifische Verfügungsbefugnis neu zugewiesen wird (BAG, ZIP 2017, 2027 Rdnr. 11). Im Ergebnis unterliegt er weitgehend den gleichen Bindungen wie der Insolvenzverwalter. Dies zeigt sich bei der Gesellschaftsinsolvenz auch darin, dass die Überwachungsorgane der Gesellschaft bei der Eigenverwaltung keine weitergehenden Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsführung haben als im Falle der Fremdverwaltung durch den Insolvenzverwalter (§ 276a InsO).

**20** (c) Auch sonst ist der Sequester der Konkursordnung nicht mit dem eigenverwaltenden Schuldner vergleichbar. Der Sequester begründete durch seine Handlungen keine Masseforderungen (Kilger/K. Schmidt, KO, § 106 Rdnr. 4 m. w. N.); auf den Schuldner findet dagegen im Eigenverwaltungsverfahren § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO wie bei einem Insolvenzverwalter Anwendung (Uhlenbruck/Zipperer, InsO, § 270 Rdnr. 13; HambKomm-InsO/Jarchow, 7. Aufl., § 55 Rdnr. 4). Der Sequester konnte des Weiteren durch seine Rechtshandlungen Anfechtungstatbestände verwirklichen (BGH, Urteil vom 30.1.1986, IX ZR 79/85, BGHZ 97, 87, 91), wohingegen vom eigenverwaltenden Schuldner nach Verfahrenseröffnung vorgenommene Rechtshandlungen nicht dem Anfechtungsrecht unterliegen (Uhlenbruck/Borries/Hirte, InsO, § 129 Rdnr. 74; K. Schmidt/K. Schmidt, InsO, § 129 Rdnr. 38; BeckOK-InsO/Raupach, § 129 Rdnr. 33). Der Sequester konnte ferner nicht das Wahlrecht bei gegenseitigen Verträgen ausüben (Kilger/K. Schmidt, KO, § 106 Rdnr. 4), während der eigenverwaltende Schuldner auch insoweit dem Insolvenzverwalter gleichgestellt ist (BGH, Urteil vom 26.4.2018, IX ZR 238/17, BGHZ 218, 290 Rdnr. 19).

**21** (3) Schließlich hat der Senat die Anwendung des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB auf Veräußerungen durch den Sequester damit begründet, dass im Sequestrationsverfahren noch nicht der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung greift (BGH, Urteil vom 11.4.1988, II ZR 313/87, BGHZ 104, 151, 155). In der Eigenverwaltung hat der eigenverwaltende Schuldner demgegenüber wie der Insolvenzverwalter den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung zu wahren (BAG, ZIP 2017, 2027 Rdnr. 11; OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 31.8.2015, 23 U 17/15, juris Rdnr. 29; Kübler/Prütting/Bork/Pape, InsO, § 270 Rdnr. 192; Uhlenbruck/Zipperer, InsO, § 270 Rdnr. 12).

**22** dd) Entgegen dem Einwand der Revisionserwiderung setzt die Unanwendbarkeit des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB in der Eigenverwaltung keine unerwünschten Anreize, vor Veräußerung des Handelsgeschäfts im größtmöglichen Umfang noch Waren- oder Werklieferungen zu beziehen, um einen höheren Kaufpreis zu erzielen.

**23** Ein solcher Anreiz besteht für die Geschäftsleiter der eigenverwalteten Gesellschaft nicht. Sie haften den Beteiligten für die Verletzung der ihnen obliegenden insolvenzspezifischen Pflichten analog §§ 60, 61 InsO auf Schadensersatz (BGH, Urteil vom 26.4.2018, IX ZR 238/17, BGHZ 218, 290 Rdnr. 47 ff.). Darüber hinaus trifft den Sachwalter eine Prüfungs- und Überwachungspflicht. Er muss durch Kontrollen des Schuldners sicherstellen, dass dieser seine Geschäftsführungsbefugnisse nicht zur Gläubigerschädigung missbraucht (§ 274 Abs. 2 InsO; Kübler/Prütting/Bork/Pape, InsO, Stand: Oktober 2019, § 275 Rdnr. 18). Nach § 275 Abs. 1 Satz 2 InsO kann der Sachwalter der Eingehung von Verbindlichkeiten widersprechen, auch wenn sie zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören.

**24** Im Übrigen stellt sich das von der Revisionserwiderung ausgemachte Problem unabhängig von der Frage, ob § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB in der Eigenverwaltung anwendbar ist. Der eigenverwaltende Schuldner kann auch ohne das Vorhaben einer übertragenden Sanierung Neuverbindlichkeiten eingehen, die von der Masse nicht gedeckt sind. Die bekannten



Gefahren der Eigenverwaltung haben den Gesetzgeber nicht davon abgehalten, mit dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 7.12.2011 (BGBl. I, S. 2582) Hindernisse auf dem Weg zur Eigenverwaltung auszuräumen (vgl. RegE, BT-Drucks. 17/5712, S. 38).

**25** 2. Die Entscheidung erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Die Beklagte zu 1 schuldet den von der Klägerin begehrten Werklohn insbesondere nicht aufgrund des Abschlusses eines Schuldübernahmevertrags gemäß §§ 414, 415 BGB.

**26** Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung kann aus dem Verhalten der Beklagten zu 1 keine Schuldübernahme abgeleitet werden. Dazu genügt nicht, dass sie den ihr abgetretenen Nacherfüllungsanspruch der Schuldnerin im eigenen Namen geltend gemacht hat, ohne die Abtretung offenzulegen. Der bloßen Berühmung mit einem Anspruch kommt aus einem nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte gemäß § 157 BGB objektivierte Empfängerhorizont nicht der Erklärungswert zu, für die synallagmatisch gebundene Schuld eines Dritten eintreten zu wollen. Im Streitfall will die Klägerin im Übrigen gerade von Schuldneridentität ausgegangen sein. Das schließt aus, dass sie das Nacherfüllungsverlangen als Angebot (§ 414 BGB) oder Mitteilung (§ 415 Abs. 1 Satz 2 BGB) eines Dritten verstanden hat (§ 133 BGB).

**27** III. Das Berufungsurteil ist daher im aus dem Tenor ersichtlichen Umfang aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Klage ist abzuweisen, weil die Klägerin keinen Werklohnanspruch gegen die Beklagte zu 1 aus dem mit der Schuldnerin geschlossenen Vertrag über Elektroinstallationsarbeiten hat.

## BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

### 23. Entfernung eines Notars aus dem Amt auf bestimmte Zeit wegen Verletzung der Mitwirkungspflichten

BGH, Urteil vom 18.11.2019, NotSt(Brfg) 1/19 (Vorinstanz: OLG Celle, Entscheidung vom 9.4.2019, Not 10/18)

*BDG* §§ 3, 65 Abs. 1

*BNotO* § 93 Abs. 4 Satz 1, § 97 Abs. 3 Satz 1, § 96 Abs. 1 Satz 1, § 98 Abs. 1 Satz 2, § 109

#### LEITSATZ:

**Zu der Entfernung eines Notars aus dem Amt auf bestimmte Zeit wegen Verletzung der Mitwirkungspflichten.**

#### SACHVERHALT:

**1** 1. Der im Jahr 1963 geborene und seit dem Jahr 1992 zur Rechtsanwaltschaft zugelassene Beklagte wurde 2002 zum Notar bestellt.

**2** 2. Er ist disziplinarrechtlich wie folgt in Erscheinung getreten: Mit Disziplinarverfügung vom 4.4.2006 wurde gegen ihn wegen einer Mitwirkungspflichtverletzung im Zusammenhang mit der erstmaligen

Prüfung seiner Amtsgeschäfte im Jahr 2004 eine Geldbuße i. H. v. 300 € verhängt. Mit weiteren Disziplinarverfügungen vom 21.4.2008, 17.5.2010, 19.10.2011 und 17.6.2013 wiederum wegen vorsätzlicher Verletzung der Mitwirkungspflicht und anderer Amtspflichten wurden Geldbußen i. H. v. 4.000 € (diese verbunden mit einem Verweis), 10.000 €, 7.500 € und 5.000 € (die letzten beiden erneut verbunden mit einem Verweis) verhängt. Zu den Einzelheiten wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen. Als Rechtsanwalt ist der Notar ebenfalls bereits wegen verschiedener Pflichtverletzungen in Erscheinung getreten. (...)

**3** 3. Nachdem am 21.11.2017 bei dem Notar eine Prüfung der Amtsgeschäfte stattgefunden hatte, wurden ihm mit Schreiben vom 5.12.2017 die Prüfungsniederschriften mit der Bitte um Erledigung der erhobenen Beanstandungen und anschließenden Bericht übersandt. Die dem Notar hierfür gesetzte Frist von einem Monat ließ er ungenutzt verstreichen. Auf die Erinnerung an die Erledigung der vorgenannten Verfügung mit Schreiben vom 29.1.2018, dem Notar zugestellt am 31.1.2018, reagierte er nicht. Einer weiteren Erledigungsbitte vom 27.2.2018, zugestellt am 1.3.2018, kam der Notar ebenfalls – trotz eines Hinweises auf seine Amtspflichten gemäß § 93 Abs. 4 BNotO und trotz der Ankündigung disziplinarrechtlicher Maßnahmen – nicht nach.

**4** 4. Gegen den Notar wurde deshalb mit Verfügung vom 4.4.2018 durch das LG ein Disziplinarverfahren eingeleitet wegen des Vorwurfs, gegen seine Mitwirkungspflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde gemäß § 93 Abs. 4 BNotO verstoßen zu haben. Von der ihm eingeräumten Möglichkeit zur Stellungnahme machte der Notar gegenüber dem LG keinen Gebrauch. Mit Verfügung vom 23.5.2018 legte das LG das Disziplinarverfahren dem OLG mit der Bitte um Übernahme vor, die am 12.6.2018 erfolgte. Auf eine weitere Möglichkeit zur Stellungnahme mit der Ankündigung der Absicht, die Entfernung aus dem Amt für eine Dauer von mindestens vier Jahren zu beantragen, teilte der Notar zwar zunächst mit Schreiben vom 29.6.2018 mit, sich innerhalb der gesetzten Frist äußern zu wollen. Eine anschließende Stellungnahme erfolgte jedoch nicht.

**5** 5. Die Klägerin erhob mit Schriftsatz vom 29.8.2018 Disziplinarklage gegen den Beklagten mit dem Ziel seiner befristeten Entfernung aus dem Amt. Sie legt dem Beklagten zur Last, vorsätzlich die ihm obliegenden Mitwirkungspflichten aus § 93 Abs. 4 BNotO verletzt und damit ein (einheitliches) Dienstvergehen im Sinne der §§ 95 ff. BNotO begangen zu haben. Der Zeitraum der Nichterledigung betrage bereits neun Monate; das Verhalten des Notars komme mithin einer vollständigen Mitwirkungsverweigerung gleich. Der Beklagte ist der Klage nicht entgegengetreten. Nach Zustellung der Klageschrift am 12.9.2018 hat er zu der Disziplinarklage nicht Stellung genommen und ist trotz ordnungsgemäßer Ladung zu dem Termin zur mündlichen Verhandlung unentschuldig nicht erschienen.

**6** 6. Das OLG hat die Klage gemäß § 96 Abs. 1 Satz 1, § 98 Abs. 1 Satz 2 BNotO i. V. m. § 52 Abs. 1 BDG für zulässig und begründet erachtet und hat den Notar für die Dauer von vier Jahren aus dem Amt entfernt. Zur Begründung hat es ausgeführt, es erachte nach Abwägung aller zugunsten und zulasten des Beklagten sprechenden Umstände und in Anbetracht der Schwere und des Umfangs der ihm anzulastenden Dienstvergehen sowie unter Berücksichtigung der Belange der rechtsuchenden Bevölkerung eine befristete Entfernung aus dem Amt für eine Dauer von vier Jahren für erforderlich und geboten. Der Verstoß gegen die Pflicht des Notars, bei der Prüfung seiner Geschäftstätigkeit durch die Aufsichtsbehörden mitzuwirken, sei als schwerwiegender Amtspflichtverstoß anzusehen, der jedenfalls dann den Kernbereich der notariellen Tätigkeit betreffe, wenn er einer vollständigen Mitwirkungsverweigerung gleichkomme und eine effektive und funktionierende Dienstaufsicht nahezu unmöglich mache.

**7** So liege der Fall hier, weil der Beklagte sich durch seine zahlreichen Verstöße gegen die Mitwirkungspflicht seit vielen Jahren der Notaraufsicht fast vollständig entziehe. Indem der Beklagte über Jahre hinweg hartnäckig die Zusammenarbeit mit der Dienstaufsichtsbehörde verweigere, habe er mit Blick auf den Sinn und Zweck der

Mitwirkungspflicht, eine effektive und funktionierende Notaraufsicht (auch) durch Mitarbeit und Mithilfe des Notars zu ermöglichen, vorsätzlich einen schwerwiegenden Amtspflichtverstoß begangen. Ferner falle ins Gewicht, dass der Beklagte bereits vielfach einschlägig disziplinarrechtlich in Erscheinung getreten sei. Nachdem das LG und die Klägerin die jeweils verhängten Disziplinarmaßnahmen in der Vergangenheit stufenweise gesteigert hätten, ohne dass damit eine Veränderung des Verhaltens des Notars habe herbeigeführt werden können, erscheine die befristete Entfernung aus dem Amt trotz ihrer erheblichen Auswirkungen auf die berufliche Tätigkeit des Beklagten erforderlich und angemessen. Eine erneute Geldbuße – selbst im oberen Bereich – reiche in Anbetracht des Unwertgehalts des wiederholten Dienstvergehens und des darin zum Ausdruck gekommenen Amtsverständnisses des Beklagten mit Blick auf seine Vorbelastung nicht aus und biete auch keine genügende Gewähr gegen künftige Pflichtverstöße. Innerhalb weniger Jahre seien gegen den Beklagten in dem Zeitraum von April 2006 bis Juni 2013 eine Vielzahl von Geldbußen bis in den fünfstelligen Bereich hinein verhängt worden, die sich insgesamt auf einen Betrag von 26.800 € summierten. Diese erheblichen Geldbußen und die damit verbundenen finanziellen Belastungen sowie die Hinweise, dass bei Begehung weiterer Dienstvergehen ein disziplinarrechtliches Vorgehen nicht zu vermeiden sein werde, hätten bisher nicht zu einem Umdenken des Beklagten geführt. Dies spreche dafür, dass er auch durch die Verhängung einer weiteren, höheren Geldbuße im vorliegenden Fall nicht erreicht und zu einer Verhaltensänderung bewegt werden könne. Gesundheitliche Einschränkungen des Beklagten, die eine Erklärung für sein Verhalten darstellten, hätten nicht festgestellt werden können.

**8** Nach Lage der Akten sei zwar zugunsten des Beklagten zu berücksichtigen, dass die bei ihm durchgeführten Notarprüfungen – sowie diese unter den o. g. Umständen möglich gewesen seien – zuletzt zu keinen Beanstandungen geführt hätten, sondern als letztes Prüfungsergebnis sogar vermerkt worden sei: „Die Führung des Notariats ist exzellent und macht einen hervorragenden Eindruck“. Ferner sei nicht zu verkennen, welche erhebliche wirtschaftliche Bedeutung das Notariat mit den von der Klägerin mitgeteilten leicht überdurchschnittlichen Beurkundungszahlen für den Beklagten habe, und dass ihm im Falle einer – auch befristeten – Amtsenthebung als „Einzelkämpfer“ der Verlust von wesentlichen Teilen seiner Mandantschaft drohe. Gleichwohl komme nach Abwägung aller Gesamtumstände eine mildere Maßnahme als die befristete Entfernung des Beklagten aus dem Amt nicht in Betracht.

**9** Die vierjährige Entfernung aus dem Amt trage einerseits der Schwere des Dienstvergehens unter Berücksichtigung der Vorbelastungen des Beklagten Rechnung, andererseits gebe sie dem heute 55-jährigen Beklagten noch Gelegenheit, sein Amt vor Erreichen des 60. Lebensjahres wiederaufzunehmen, sodass ihm bis zur Altersgrenze ein Zeitraum von mehr als zehn Jahren verbleibe, um sich in seinem Beruf als Notar neu zu etablieren. Der Zeitraum von vier Jahren sei auch noch nicht so lang, dass zu befürchten sei, dass es dem Beklagten nicht gelingen könne, in theoretischer und praktischer Hinsicht wieder an seine frühere Tätigkeit anknüpfen zu können.

**10** 7. Mit der von ihm am 9.5.2019 eingelegten Berufung macht der Beklagte geltend, das Dienstvergehen rechtfertige seine befristete Entfernung aus dem Amt nicht. Diese sei unangemessen, weil sie angesichts der von ihm mit seiner Rechtsanwaltschaftstätigkeit erzielten vergleichsweise geringen Umsätze und dem Umstand, dass er eine Einzelkanzlei führe und nicht in einer Sozietät tätig sei, zu einer Schließung der Kanzlei führen müsse. Die befristete Entfernung aus dem Amt habe daher die wirtschaftliche Wirkung eines (unangemessenen) Berufsverbots. Der Beklagte beantragt, das Urteil aufzuheben und auf einen Verweis nebst angemessener Geldstrafe zu erkennen.

**11** Die Klägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen. (...)

## AUS DEN GRÜNDEN:

**13** Die Berufung des Beklagten ist teilweise begründet.

**14** 1. Der Beklagte hat – was von dem Senat als weiterer Tatsacheninstanz im Rahmen der Berufungsanträge (§ 129 VwGO) ohne Bindung an den Vortrag der Beteiligten grundsätzlich im selben Umfang wie durch das Gericht erster Instanz in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nachzuprüfen ist, § 109 BNotO, § 65 Abs. 1, § 3 BDG, § 128 VwGO (Senatsbeschluss vom 28.8.2019, NotSt(Brfg) 1/18, z. V. b., Rdnr. 38) – vorsätzlich gegen die sich aus § 93 Abs. 4 Satz 1 BNotO ergebenden Verhaltenspflichten verstoßen und dadurch ein (einheitliches) Dienstvergehen begangen (§ 95 BNotO). Die dazu getroffenen Feststellungen des OLG hat der Senat überprüft und bestätigt gefunden. Das Dienstvergehen stellt der Beklagte im Übrigen auch nicht in Abrede; er macht mit der Berufung vielmehr (nur) geltend, es rechtfertige nicht die getroffene disziplinarrechtliche Maßnahme.

**15** 2. Zutreffend ist das OLG davon ausgegangen, dass die Disziplinarmaßnahme nach der Schwere der Amtspflichtverletzung unter angemessener Berücksichtigung des Persönlichkeitsbilds des Notars und des Umfangs der Beeinträchtigung des Vertrauens der Allgemeinheit zu bemessen ist, § 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO, § 13 Abs. 1 BDG. Das von dem Beklagten begangene Dienstvergehen wiegt schwer und verlangt eine strenge Ahndung. Das folgt nicht nur aus dem objektiven Eigengewicht des Amtspflichtverstoßes, sondern vor allem auch daraus, dass sich der Beklagte durch die vielfachen und bereits schwerwiegenden vorausgegangenen disziplinarrechtlichen Maßnahmen wegen gleichartiger Amtspflichtverletzungen völlig unbeeindruckt gezeigt hat. Zu Recht hat das OLG daher angenommen, dass die Voraussetzungen für die befristete Entfernung des Beklagten aus dem Amt vorliegen (§ 97 Abs. 3 Satz 1 BNotO). Die Dauer der Entfernung war aber bei der gebotenen Gesamtwürdigung aller objektiven und subjektiven Umstände auf drei Monate vom 1.2. bis 30.4.2020 zu beschränken.

**16** a) Notarinnen und Notare nehmen im Bereich vorsorgender Rechtspflege Staatsaufgaben wahr, die richterlichen Funktionen nahe kommen, und werden mithin typischerweise in sachlich bedingter Nähe zum öffentlichen Dienst tätig. Insbesondere sind ihnen Zuständigkeiten übertragen, die nach der Rechtsordnung hoheitlich ausgestaltet sind (BVerfG, BVerfGE 131, 130, 141 m. w. N.; Senat, Beschluss vom 23.4.2018, NotZ(Brfg) 6/17, DNotZ 2018, 930 Rdnr. 16). Mit der in §§ 92, 93 BNotO geregelten Dienstaufsicht nimmt der Staat seine Verantwortung für die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung im Bereich der vorsorgenden Rechtspflege wahr (BVerfG, a. a. O., S. 146 f.). Die Dienstaufsicht soll ein ordnungsgemäßes Funktionieren sowie einen sachgerechten Ablauf der überwachten Justizorgane sicherstellen und gewährleisten, dass der Notar als unabhängiger Träger des ihm anvertrauten öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO) seine Tätigkeit im Einklang mit den bestehenden Vorschriften ausübt (Senat, Beschlüsse vom 11.7.2005, NotZ 8/05, NJW 2005, 2693; vom 14.2.2019, NotSt(Brfg) 4/18, juris Rdnr. 10).

**17** b) Die in Bezug auf die Erledigung der Beanstandungen aus den Prüfungsberichten des richterlichen Prüfers und der Bezirksrevisorin vom 21. und 22.11.2017 vollständige und bis

heute andauernde Mitwirkungsverweigerung des Notars macht eine effektive und funktionierende Dienstaufsicht in Bezug auf die Beanstandungen unmöglich.

**18** Zwar betreffen die Beanstandungen als solche keine schwerwiegenden fehlerhaften Sachbehandlungen. So wird dem Notar in dem Prüfungsbericht des richterlichen Prüfers vielmehr im Ergebnis bescheinigt, die Führung des Notariats sei exzellent und mache einen hervorragenden Eindruck.

**19** Hierauf kommt es indessen nur in untergeordneter Hinsicht an, denn vorliegend maßgeblich sind nicht die Beanstandungen selbst, sondern, dass der Beklagte hartnäckig seine Mitwirkung daran verweigert, der Notaraufsicht die Klärung zu ermöglichen, ob die Beanstandungen behoben worden bzw. diese gerechtfertigt sind.

**20 c)** Der Senat hält es wegen dieser Verfehlung in Übereinstimmung mit dem OLG für geboten, den Beklagten für eine bestimmte Zeit aus dem Amt des Notars zu entfernen. Sein Dienstvergehen wiegt insbesondere deshalb schwer, weil sich der Beklagte gegenüber den zahlreichen vorausgegangenen Disziplinarmaßnahmen wegen gleichartiger Verfehlungen völlig unbeeindruckt gezeigt hat.

**21 aa)** Der Beklagte ist seit Beginn seiner Bestellung zum Notar seinen Mitwirkungspflichten gegenüber der Dienstaufsicht nahezu durchgängig nicht nachgekommen. Gegen ihn mussten seit dem Jahr 2002 bereits fünf Geldbußen in Höhe von insgesamt 26.800 € wegen vorsätzlichen Verstoßes gegen die Mitwirkungspflicht verhängt werden, ohne dass ein Bewusstseinswandel eingetreten ist und er sein Verhalten geändert hat. Selbst die vorliegende Disziplinarlage hat ihn bis heute nicht veranlasst, seiner Mitwirkungspflicht nachzukommen; im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem OLG ist er unentschuldig nicht erschienen. Eine nachvollziehbare Erklärung für sein Verhalten hat der Notar auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht abgegeben und ist nicht ersichtlich.

**22 bb)** In diesem Verhalten wird eine ausgeprägte Interessenlosigkeit, Gleichgültigkeit und Geringschätzung gegenüber den ihm obliegenden Verpflichtungen und den Belangen der Dienstaufsicht sichtbar. Die nunmehrigen erneuten Amtspflichtverstöße zeigen daher einen solch schwerwiegenden Mangel an dienstlicher Verantwortung und Einsicht, dass der Senat die Würdigung des OLG teilt, der Notar werde durch weitere, auch höhere Geldbußen nicht mehr zu beeindrucken sein (vgl. Senat, Urteil vom 13.7.1992, NotSt(Brfg) 3/91, BGHR BNotO § 97 Abs. 3 Amtsenthebung 1 m. w. N.).

**23 d)** Zur Ahndung des Dienstvergehens ist unter Zugrundelegung des eingangs genannten Maßstabs und nach Abwägung aller für und gegen den Beklagten sprechenden Umstände die Entfernung des Beklagten aus dem Amt für drei Monate erforderlich, aber auch ausreichend. Der Senat hat die Dauer der Entfernung aus dem Amt deutlich kürzer bemessen, als das OLG es getan hat. Der Notar erhält so Gelegenheit, sein Verhältnis zu seinen Amts- und Dienstpflichten zu überdenken. Ihm werden durch die Entfernung aus dem Amt eindringlich die Schwere des Dienstvergehens und die dadurch verursachten Folgen hinsichtlich des Fortbestands seines Notaramts vor Augen geführt. Angesichts des Umfangs

seiner Notartätigkeit und des Umstands, dass er nicht in einer Sozietät tätig ist, wird ihn die Entfernung aus dem Amt auch mit kürzerer Dauer empfindlich treffen (vgl. etwa Senat, Urteil vom 22.7.1963, NotSt(Brfg) 2/62, juris Rdnr. 85, in BGHSt 19, 90 nicht abgedruckt; Urteil vom 16.2.1987, NotSt(Brfg) 1/86, juris Rdnr. 32). Durch die kürzere Dauer wird aber verhindert, dass die Maßnahme wegen ihrer Auswirkungen auf die Mandatsstruktur und längerfristig ausbleibender Einkünfte einer hier noch nicht verhältnismäßigen dauerhaften Entfernung aus dem Amt gleichkommt (vgl. Schippel/Bracker/Herrmann, BNotO, 9. Aufl., § 97 Rdnr. 13; Eylmann/Vaasen/Lohmann, BNotO, BeurkG, 4. Aufl., § 97 BNotO Rdnr. 34; Arndt/Lerch/Sandkühler/Arndt, BNotO, 8. Aufl. § 97 Rdnr. 41). Der Beklagte erhält so die Chance, an seine bisherige notarielle Tätigkeit anzuknüpfen und zu einem möglichen neuen Anfang und einem neuen Verhältnis zu seinen Amts- und Dienstpflichten zu finden. Der Senat verbindet die Milderung der Disziplinarmaßnahme mit der Erwartung, dass der Beklagte nunmehr unverzüglich, spätestens bis zum 31.1.2020 seiner Mitwirkungspflicht nachkommt.

**24 3.** Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 109, 96 Abs. 1 BNotO, § 77 BDG, § 154 Abs. 1 VwGO (vgl. Eylmann/Vaasen/Bormann/Hüren, BNotO, BeurkG, § 99 BNotO Rdnr. 27, § 109 BNotO Rdnr. 12; Hummel/Köhler/Mayer/Baunack/Mayer, BDG, 6. Aufl., § 77 Rdnr. 2). Einer Streitwertfestsetzung bedarf es nicht (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 2010, 166; Köhler/Mayer/Baunack/Mayer, BDG, § 78 Rdnr. 1; Urban/Wittkowski/Wittkowski, BDG, 2. Aufl., § 78 Rdnr. 3).

## 24. Pflicht des Notars zur Einsichtnahme in das Zentrale Testamentsregister

LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 14.11.2019, 4 O 678/19

*BeurkG § 17 Abs. 1, § 34*

*BNotO § 19*

### LEITSÄTZE:

- Bei Bezugnahme auf ein Testament ist insoweit Anlass zur Klärung des Sachverhalts gegeben, als der beurkundende Notar sich über den Inhalt des in Bezug genommenen Testaments vergewissern und den Erblasser fragen muss, ob dieses Testament nach wie vor Gültigkeit beansprucht. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- Eine darüber hinausgehende Verpflichtung, die Angaben des Erblassers ohne weitere Anhaltspunkte dahin gehend zu überprüfen, dass mittels Einsicht in das amtliche Testamentsregister ermittelt wird, ob das in Bezug genommene Testament noch in amtlicher Verwahrung ist, besteht hingegen nicht. Eine solche allgemeine Nachforschungsverpflichtung würde nicht nur einen erheblichen Mehraufwand für den Notar darstellen, sondern den testierfähigen Erblasser auch dergestalt herabsetzen, dass seinen**

## Angaben ein grundsätzliches Misstrauen entgegengebracht würde. (Leitsatz der Schriftleitung)

### SACHVERHALT:

**1** Die Parteien streiten über Schadensersatzansprüche wegen unzureichender notarieller Beratung. Unter dem 8.4.2008 errichtete Herr M zur Urkunde des Notars L ein Testament (UR-Nr. 519/2008 L), in welchem er Frau S, die Nichte seiner verstorbenen Frau, zu seiner Alleinerbin einsetzte.

**2** Im Frühling 2012 entstand eine Beziehung zwischen der Klägerin und dem verstorbenen Erblasser, Herrn M.

**3** Unter dem 26.7.2012 ließ Herr M ein neues Testament durch den Notar M beurkunden (UR-Nr. 1337/2012 M). Mit diesem Testament widerrief er seine früher getroffenen letztwilligen Verfügungen, setzte die Klägerin zur Alleinerbin ein und belastete sie mit einem Vermächtnis zugunsten von Frau S mit der Pflichtteilslast.

**4** Das Testament wurde am 1.8.2012 in die besondere amtliche Verwahrung genommen.

**5** Am 29.1.2014 beantragte Herr M die Rückgabe des in besondere amtliche Verwahrung genommenen Testaments vom 26.7.2012. Das Testament wurde Herrn M zurückgegeben, die Rückgabe in das Testamentsregister eingetragen und ein entsprechender Hinweis auf dem Testament angebracht, wonach das Testament als widerrufen gilt.

**6** Unter dem 28.5.2015 ließ Herr M ein weiteres Testament durch den Beklagten beurkunden (UR-Nr. 914/2015 J). In diesem Testament erklärte Herr M, zur Urkunde des Notars M vom 26.7.2012, UR-Nr. 1337/2012 M, ein Testament errichtet zu haben und die Vermächtnisanordnung nach Ziffer II. 2. sowie die Anordnung über die Tragung von Pflichtteilslasten nach Ziffer II. 3. ersatzlos aufzuheben. Die übrigen Bestimmungen dieses Testaments sollten unverändert fortgelten. Eine Erbeinsetzung enthielt dieses Testament nicht.

**7** Vor der Beurkundung des Testaments vom 28.5.2015 hatte der Beklagte nicht das amtliche Testamentsregister eingesehen.

**8** M verstarb am (...).

**9** Mit Schreiben vom 27.2.2018 teilte das Nachlassgericht N der Klägerin mit, dass im Nachlassverfahren Frau S als Erbin angegeben wurde und die Erbfolge auf den notariellen Testamenten vom 8.4.2008 und 28.5.2015 beruhe.

**10** Am 4.10.2018 fand die Anhörung in der Erbsache M vor dem AG N statt. In diesem Termin schlossen die Klägerin, Frau S sowie die drei Kinder des Herrn M einen Vergleich, in dem geregelt wurde, dass die Klägerin den verstorbenen Herrn M beerbt. In diesem Vergleich verpflichtete sich die Klägerin unter anderem dazu, an Frau S einen Betrag von 77.500 € zu bezahlen.

**11** Die Klägerin behauptet, ihr sei durch die im Vergleich niedergelegte Zahlungsverpflichtung an Frau S nach Abzug der Erbschaftsteuer ein Schaden in Höhe von 54.250 € entstanden. Die Klägerin meint, der Beklagte hätte vor Beurkundung des Testaments vom 28.5.2015 Einsicht in das amtliche Testamentsregister nehmen müssen. Da er in seiner Urkunde auf das Testament vom 26.7.2012 Bezug genommen habe, hätte er auch nachforschen müssen, ob dieses Testament noch hinterlegt sei.

(...)

**12** Der Beklagte behauptet, vor der Rückgabe des Testaments vom 26.7.2012 sei Herr M durch den Rechtspfleger ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass das Testament durch die Rückgabe als widerrufen gelte. Es sei offensichtlich der Wille des Herrn M gewesen, dieses Testament nicht mehr gelten zu lassen, dies vor dem Hintergrund, dass es 2013 und 2014 auch Auseinandersetzungen zwischen Herrn M und der Klägerin gegeben habe. Der Beurkundungstermin vom 28.5.2015 sei am 19.5.2015 nicht von Herrn M, sondern von der Klägerin vereinbart worden. Diese sei auch bei dem Vorberechungstermin und bei der Beurkundung selbst anwesend ge-

wesen. Sowohl zu der Vorberechung als auch zu der Beurkundung des Testaments vom 28.5.2015 seien alle in der Urkundensammlung verfügbaren Urkunden hinzugezogen und mit Herrn M besprochen worden. Auch das Testament vom 26.7.2012 habe vorgelegen. Herr M habe jedoch die Rückgabe des Testaments aus der besonderen öffentlichen Verwahrung nicht erwähnt und auch die Urschrift des Testaments nicht zum Termin mitgebracht. Der Beurkundungsauftrag habe dahin gehend gelaute, dass die getroffenen Vermächtnisanordnungen aufgehoben werden sollten, eine Erbeinsetzung sei nicht gewünscht gewesen. Der Beklagte meint, Nachforschungen über die Rücknahme des in Bezug genommenen Testaments aus der besonderen amtlichen Verwahrung würden nicht zu den Amtspflichten des Notars gehören.

(...)

### AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

**13** II. Die Klage hat aber in der Sache aus rechtlichen Gründen keinen Erfolg.

**14** Die Klägerin hat keinen Anspruch aus § 19 BNotO, da der Beklagte keine ihm obliegende Amtspflicht verletzt hat, indem er vor Beurkundung des Testaments des Herrn M vom 28.5.2015 (UR-Nr. 914/2015 J) nicht das amtliche Testamentsregister eingesehen hat, um sich davon zu überzeugen, dass sich das Testament vom 26.7.2012 noch in besonderer öffentlicher Verwahrung befindet.

**15** 1. Die Pflicht des Notars zur Klärung des einer Beurkundung zugrunde liegenden Sachverhalts ist als Kardinalspflicht in § 17 Abs. 1 BeurkG geregelt. Der Notar soll den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Der Umfang der Aufklärungspflicht richtet sich dabei immer nach dem konkreten Beurkundungsantrag und dem zu beurkundenden Rechtsgeschäft. Der Notar hat den Sachverhalt insoweit aufzuklären, als dies für die Errichtung einer rechtswirksamen Urkunde erforderlich ist.

**16** Nichtsdestotrotz ist es aber grundsätzlich Sache der Beteiligten, dem Notar den Sachverhalt und die für die beantragte Regelung relevanten Angaben zu übermitteln. Eine Verpflichtung zu Nachfrage und Nachforschung ohne Anlass und Anhaltspunkte trifft den Notar nicht (Ganter/Hertel/Wörstmann/Ganter, Handbuch der Notarhaftung, 4. Aufl. 2018, Rdnr. 850.). Er ist nicht zu Nachfragen oder Nachforschungen „ins Blaue hinein“ verpflichtet (vgl. BeckOGK-BeurkG/Regler, Stand: 1.3.2019, § 17 Rdnr. 25) und darf grundsätzlich ohne eigene Sachprüfung davon ausgehen, dass die abgegebenen Erklärungen tatsächlicher Art richtig sind (vgl. Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rdnr. 213).

**17** 2. Vorliegend ist aufgrund der Bezugnahme auf das Testament vom 26.7.2012 zwar insoweit Anlass zur Klärung des Sachverhalts gegeben, als der beurkundende Notar sich über den Inhalt des in Bezug genommenen Testaments vergewissern und den Erblasser fragen muss, ob dieses Testament nach wie vor Gültigkeit beansprucht. Dass der Beklagte sich nicht über den Inhalt des in Bezug genommenen Testaments vergewissert und eine Nachfrage zu dessen Gültigkeit unterlassen hätte, trägt die Klägerin aber nicht vor.

**18** Eine darüber hinausgehende Verpflichtung, die Angaben des Erblassers ohne weitere Anhaltspunkte dahin gehend zu überprüfen, dass mittels Einsicht in das amtliche Testamentsregister ermittelt wird, ob das in Bezug genommene Testament noch in amtlicher Verwahrung ist, besteht hingegen nicht. Eine solche allgemeine Nachforschungsverpflichtung würde nicht nur einen erheblichen Mehraufwand für den Notar darstellen, sondern den testierfähigen Erblasser auch dergestalt herabsetzen, dass seinen Angaben ein grundsätzliches Misstrauen entgegengebracht würde. Für ein solches Misstrauen besteht – jedenfalls ohne konkrete Anhaltspunkte – kein Anlass. Dies vorliegend umso mehr, als sich aus der Niederschrift des Rechtspflegers vom 29.1.2014 zur Überzeugung des Gerichts ergibt, dass Herr M bei der Rücknahme des Testaments aus der besonderen amtlichen Verwahrung darüber belehrt wurde, dass das Testament damit als widerrufen gilt. Vorliegend trägt die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Klägerin keine Umstände vor, die den Beklagten hätten dazu veranlassen müssen, über die Angaben des mündigen Erblassers hinaus das amtliche Testamentsregister einzusehen. Eine Amtspflichtverletzung ist nicht gegeben.

(...)

## KOSTENRECHT

### 25. Gerichtsgebühren im Falle der Zurückweisung einer Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung

OLG Naumburg, Beschluss vom 19.9.2018, 12 Wx 40/17, mitgeteilt von **Jürgen Thole**, Richter am OLG Naumburg

*FamFG § 38 Abs. 1 und 2, § 58 Abs. 1*

*GBO §§ 18, 71 Abs. 1*

*KV-GNotKG Nr. 14510, Nr. 19116*

#### LEITSATZ:

**Im Falle der Zurückweisung einer Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 GBO sind Gerichtsgebühren nach Nr. 14510 KV-GNotKG gegen den Antragsteller festzusetzen, jedoch keine Festgebühr nach Nr. 19116 KV-GNotKG.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** I. Mit Beschluss vom 14.2.2018 hat der Senat die Beschwerde der Beteiligten zu 1 gegen die Zwischenverfügung des AG Halberstadt – Grundbuchamt – vom 19.6.2017 auf deren Kosten zurückgewiesen und den Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren auf 331.666,66 € festgesetzt. Mit dem o. g. Kostenansatz stellte das OLG Naumburg der Beteiligten zu 1 für das Beschwerdeverfahren eine 1,0 Gebühr nach Nr. 14510 KV-GNotKG in Rechnung.

**2** Gegen diesen Kostenansatz hat die Beteiligte zu 1 mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 18.3.2018 – eingegangen beim OLG Naumburg am 23.3.2018 – Erinnerung eingelegt. Zur Begründung hat sie ausgeführt, dass der

Gebührentatbestand Nr. 14510 KV-GNotKG nach seinem Wortlaut nur Beschwerden gegen Endentscheidungen wegen des Hauptgegenstandes betreffe. Beschwerden gegen eine Zwischenverfügung fielen unter die Auffangvorschrift Nr. 19116 KV des Hauptabschnittes 9, Abschnitt 1 GNotKG, nach der bei Zurückweisung der Beschwerde nur eine Festgebühr in Höhe von 60 € anfielen.

**3** Mit Verfügung vom 17.4.2018, der sich die Bezirksrevisorin beim OLG Naumburg angeschlossen hat, hat die Kostenbeamtin des OLG Naumburg der Erinnerung nicht abgeholfen und die Sache dem Einzelrichter des Senats zur Entscheidung vorgelegt. Dieser hat mit Beschluss vom 29.8.2018 das Erinnerungsverfahren nach § 81 Abs. 6 Satz 2 GNotKG wegen grundsätzlicher Bedeutung dem Senat zur Entscheidung in der im Gerichtsverfassungsgesetz vorgeschriebenen Besetzung übertragen.

**4** II. Die nach § 81 Abs. 2 Satz 1 GNotKG statthafte und auch im Übrigen zulässige Erinnerung ist nicht begründet.

**5** Die Kostenbeamtin des OLG hat gegen die Beteiligte zu 1 zu Recht eine Gebühr nach Nr. 14510 KV-GNotKG festgesetzt. Insoweit ist die zutreffende Berechnung und Höhe der angesetzten Gebühr von der Beteiligten zu 1 auch gar nicht angegriffen worden.

**6** Entgegen ihrer Auffassung ist aber auch nicht eine Festgebühr in Höhe von nur 60 € nach Nr. 19116 KV-GNotKG festzusetzen. Denn von Nr. 14510 KV-GNotKG sind Beschwerden gegen Zwischenverfügungen nach § 18 Abs. 1 GBO erfasst (zum Beispiel Korintenberg/*Schneider*, GNotKG, Rdnr. 1 zu Nr. 14510 KV). Auch bei der Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung handelt es sich um eine Beschwerde, die sich gegen eine Endentscheidung wegen des Hauptgegenstandes in der KV-GNotKG richtet. Wesentliches Merkmal einer der Beschwerde nach § 71 Abs. 1 GBO unterliegenden Entscheidung ist deren Regelungsgehalt im Hinblick auf die Hauptsache. Zu unterscheiden ist die Entscheidung insoweit von einer Verfügung des Grundbuchamts, die lediglich eine Meinungsäußerung enthält (vgl. BGH, Beschluss vom 27.2.1980, V ZB 28/78, NJW 1980, 2521). Der Regelungsgehalt im Hinblick auf die Hauptsache ist sowohl einer Ablehnung eines Eintragungsantrages durch das Grundbuchamt als auch einer Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 GBO zu eigen (so auch OLG Köln, Beschluss vom 3.1.2011, 2 Wx 197/10, FGPrax 2011, 172, das auf die Verbindlichkeit der Zwischenverfügung abstellt). Von einem solchen Regelungsgehalt hinsichtlich der Hauptsache geht die Rechtsprechung bei einer Zwischenverfügung nach § 18 GBO regelmäßig aus, was sich etwa darin zeigt, dass auch bei einer Zwischenverfügung eine Erledigung der Hauptsache als möglich angesehen wird (vgl. die Nachweise bei *Demharter*, GBO, 31. Aufl. 2018, § 71 Rdnr. 34 Abs. 2). Durch § 71 Abs. 1 GBO hat der Gesetzgeber die Anfechtbarkeit der Zwischenverfügung ausdrücklich angeordnet und sie so den Endentscheidungen im Sinne des § 58 Abs. 1 FamFG gleichgestellt. Es erscheint dem Senat daher folgerichtig, sie auch gebührenrechtlich so zu behandeln. Deshalb ist hier für den Auffangtatbestand der Nr. 19116 KV-GNotKG kein Raum.

7 Die gegenteilige – zumeist nicht näher begründete – Ansicht (zum Beispiel OLG Hamm, Beschluss vom 4.11.2014, 15 W 412/14; Beschluss vom 5.1.2016, 15 W 398/15; OLG München, Beschluss vom 7.7.2014, 34 Wx 265/14; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 1.6.2015, 11 Wx 29/15; zitiert nach juris) überzeugt nicht. Soweit diese offenbar darauf abstellt, dass durch die Zwischenverfügung der Verfahrensgegenstand weder ganz noch teilweise erledigt wird (vgl. *Demharter*, GBO, § 18 Rdnr. 29), ist dem entgegenzuhalten, dass die Zwischenverfügung auch im Grundbuchverfahren durch förmlichen Beschluss zu ergehen hat, der den Anforderungen des § 38 Abs. 2 FamFG genügen muss (zum Beispiel OLG Köln, FGPrax 2013, 18; OLG Düsseldorf, MDR 2010, 274; a. A. *Demharter*, a. a. O.). Insoweit handelt es sich eben um eine Endentscheidung im Sinne von § 38 Abs. 1 FamFG.

8 Auch der BGH ist für den vergleichbaren und im Kostenverzeichnis wortgleich geregelten Fall des Rechtsbeschwerdeverfahrens gegen die Entscheidung über die Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung der Auffassung, dass keine Festgebühr nach Nr. 19116 KV-GNotKG anfällt, sondern eine streitwertabhängige Gebühr nach Nr. 14520 KV-GNotKG (zum Beispiel BGH, Beschluss vom 9.6.2016, V ZB 61/15, NJW 2017, 728).

(...)

#### ANMERKUNG:

##### Von Notar Dr. Markus Sikora, München

Die Entscheidung des OLG Naumburg, die der Senat anstelle des Einzelrichters wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache getroffen hat, befasst sich mit Gerichtskosten. Sie ist aber auch für die notarielle Praxis von Interesse. Es geht darum, welche Kosten zu erheben sind, wenn eine Beschwerde zum OLG gegen eine Zwischenverfügung des Grundbuchamts zurückgewiesen wird. Das Beschwerdegericht hat eine gegenstandswertabhängige 1,0-Gebühr nach Nr. 14510 KV-GNotKG angesetzt. Im konkreten Fall betrug diese 685 €. Auf die in Nr. 14510 KV-GNotKG vorgesehene Höchstgebühr von 800 € kam es somit nicht an. Mit der Erinnerung gegen den Kostenansatz wurde indes vorgebracht, dass insoweit nur die Festgebühr nach Nr. 19116 KV-GNotKG i. H. v. 60 € hätte erhoben werden dürfen.

Grundbuchverfahrensrechtlich geht es im Kern um die Frage, ob eine Zwischenverfügung des Grundbuchamts gemäß § 18 Abs. 1 GBO eine „Endentscheidung“ darstellt, die sodann kostenrechtlich von Nr. 14510 KV-GNotKG erfasst wäre, weil systematisch gesehen die Überschrift zu Unterabschnitt 1 sich auf „Beschwerde[n] gegen die Endentscheidung wegen des Hauptgegenstands“ bezieht. Geht man hingegen davon aus, dass der Verfahrensgegenstand mit ihr weder ganz noch teilweise erledigt wird, bleibt in nur Raum für den Auffangtatbestand der Nr. 19116 KV-GNotKG. Das OLG Naumburg, das die erste Auffassung für zutreffend hält, stellt sich damit jeweils gegen Entscheidungen des OLG Hamm,<sup>1</sup> des OLG München<sup>2</sup> und des OLG Karlsruhe<sup>3</sup>

und damit faktisch gegen die insoweit herrschende Meinung. Der Entscheidung des OLG Naumburg kann nicht gefolgt werden.

Das OLG Naumburg geht davon aus, dass auch Zwischenverfügungen ablehnende Entscheidungen des Grundbuchamts und damit Endentscheidungen seien, die bei zurückgewiesener Beschwerde gegen sie eine geschäftswertabhängige Gebühr nach sich ziehen.<sup>4</sup> Hierbei verkennt es indes den grundbuchverfahrensrechtlich signifikanten Unterschied zwischen Zurückweisungen einerseits und Zwischenverfügungen andererseits, mögen auch beide beschwerdefähig gemäß § 71 GBO sein. Ergeht eine Zurückweisung, ist der Antrag im Sinne des § 17 GBO erledigt, u. a. mit der Folge, dass dem Antragsteller die Anwartschaft für den Rang verloren geht. Anders verhält es sich mit einer Zwischenverfügung, mit der noch keine endgültige Entscheidung getroffen ist. Hier bleiben alle Wirkungen des Antrags – etwa auch bezogen auf den Rang<sup>5</sup> – erhalten. Bekanntlich wird mit der Zwischenverfügung ein – aus Sicht des Grundbuchamts behebbares<sup>6</sup> – Eintragungshindernis festgestellt. Egal wie das Beschwerdegericht entscheidet, es bedarf nach einer Entscheidung über die Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung einer weiteren Entscheidung des Grundbuchamts: Obsiegt der Notar mit seiner Beschwerde, weil kein Eintragungshindernis vorlag, hat das Grundbuchamt die begehrte Eintragung vorzunehmen. Ist das Beschwerdegericht der Meinung, es hätte keine Zwischenverfügung, sondern sogleich eine Zurückweisung ergehen müssen (auch in diesem Fall obsiegt vordergründig der Notar), muss diese vom Grundbuchamt erst noch erlassen werden. Verliert indes der Notar den Rechtsstreit über die Beschwerde, weil die Zwischenverfügung aus Sicht des Beschwerdegerichts zu Recht erging, muss das Grundbuchamt eine neue Frist zur Behebung des Eintragungshindernisses setzen. Gerade auch der letzte Fall zeigt, dass bei einer Zwischenverfügung, gleich wie der Rechtsstreit ausgeht, zwar eine Entscheidung, aber keine Endentscheidung im Sinne des § 38 Abs. 1 FamFG vorliegt.<sup>7</sup>

Nicht überzeugen kann auch die Begründung des OLG Naumburg für eine Endentscheidung, das OLG entscheide durch förmlichen Beschluss, der den Anforderungen des § 38 Abs. 2 FamFG genügen müsse. Dabei handelt es sich nämlich um einen Zirkelschluss. § 38 Abs. 2 FamFG gilt vielmehr erst dann, wenn eine Endentscheidung im Sinne des § 38 Abs. 1 FamFG ergangen ist und nicht umgekehrt. Auch die schließlich vom OLG Naumburg angeführte parallele Entscheidung des BGH zu Nr. 14520 KV-GNotKG (Rechtsbeschwerde gegen eine Beschwerde in Bezug auf eine Zwischenverfügung)<sup>8</sup> vermag kein anderes Ergebnis zu recht-

1 Beschluss vom 4.11.2014, 15 W 412/14, FGPrax 2015, 54; Beschluss vom 5.1.2016, 15 W 398/15, DNotZ 2016, 622.

2 Beschluss vom 7.7.2014, 34 Wx 365/14, DNotZ 2014, 677.

3 Beschluss vom 1.6.2015, 11 Wx 29/15, NJW-RR 2015, 1097.

4 Ebenso Korintenberg/*Schneider*, GNotKG, 21. Aufl. 2020, Nr. 14510 KV-GNotKG Rdnr. 1 ohne nähere Begründung.

5 Vgl. statt vieler Bauer/*Schaub/Wilke*, GBO, 4. Aufl. 2018, § 18 Rdnr. 21a.

6 Hielte das Grundbuchamt das Eintragungshindernis für nicht behebbar, müsste es den Antrag ja zurückweisen.

7 In diesem Sinne ebenso *Demharter*, GBO, 31. Aufl. 2018, § 18 GBO Rdnr. 29 und § 71 Rdnr. 34.

8 BGH, Beschluss vom 9.6.2016, V ZB 61/15, NJW 2017, 728.

fertigen, erging sie doch ohne nähere Begründung und Ausführungen zu den hier in Rede stehenden grundbuchverfahrensrechtlichen Fragen.

Festzuhalten bleibt, dass bei einer Beschwerdeentscheidung gegen eine Zwischenverfügung in keiner denklogischen Variante das Verfahren beendet ist. Bleibt man mit der herrschenden Meinung bei den bewährten grundbuchverfahrensrechtlichen Grundsätzen, löst sich die kostenrechtliche Folgefrage zwanglos wie folgt: Legen die Beteiligten – oder für sie der Notar – Beschwerde ein, beträgt das maximale Kostenrisiko 60 € (Nr. 19116 KV-GNotKG). Nr. 14510 KV-GNotKG kommt gerade nicht zur Anwendung. Dieses vergleichsweise geringe Kostenrisiko sollte uns Notare freilich nicht zu sachlich nicht gerechtfertigten Beschwerden verleiten.

## ÖFFENTLICHES RECHT

### 26. Vorläufige Untersagung der Begründung von Wohnungs- oder Teileigentum wegen der Aufstellung einer Erhaltungsverordnung

BGH, Beschluss vom 19.12.2019, V ZB 145/18 (Vorinstanz: KG, Beschluss vom 23.8.2018, 1 W 53/18)

*BauGB § 15 Abs. 1 Satz 2, § 22 Abs. 6 Satz 1, § 172 Abs. 1 und Abs. 2*

*BGB §§ 135, 136, 878, 883 Abs. 2, §§ 888, 892 Abs. 1 Satz 1 und 2, § 894*

*GBO § 22 Abs. 1*

*WEG § 8 Abs. 1 und 2 Satz 2*

#### LEITSÄTZE:

1. **Das Grundbuchamt darf den Vollzug einer Teilungserklärung im Grundbuch nicht deshalb verweigern, weil dem teilenden Eigentümer die Begründung von Wohnungs- oder Teileigentum im Hinblick auf einen Beschluss über die Aufstellung einer Erhaltungsverordnung gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 172 Abs. 2 BauGB vorläufig untersagt worden ist; dabei kommt es nicht darauf an, ob die vorläufige Untersagung im Grundbuch eingetragen ist.**
2. **Die vorläufige Untersagung der Begründung von Wohnungs- oder Teileigentum gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 172 Abs. 2 BauGB ist zivilrechtlich als behördliches Veräußerungsverbot im Sinne von § 136 BGB anzusehen.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte ist Eigentümerin des im Eingang dieses Beschlusses bezeichneten bebauten Grundstücks. Es befindet sich in dem Geltungsbereich der durch den Bezirk Tempelhof-Schöneberg von Berlin nach § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB erlassenen Erhaltungsverordnung „Schöneberger Süden“ (GVBl. 2018, S. 180) vom 27.2.2018, die am 10.3.2018 in

Kraft getreten ist. Nach einer auf der Grundlage von § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB erlassenen Verordnung des Senats von Berlin darf für alle Grundstücke im Bereich einer Erhaltungsverordnung Wohnungs- oder Teileigentum gemäß § 1 des Wohnungseigentumsgesetzes an Gebäuden, die ganz oder teilweise Wohnzwecken zu dienen bestimmt sind, nicht ohne Genehmigung begründet werden (Verordnung über einen Genehmigungsvorbehalt für die Begründung von Wohnungseigentum oder Teileigentum in Erhaltungsgebieten nach § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 des Baugesetzbuches, GVBl. 2015 S. 43, nachfolgend Umwandlungsverordnung – UmwandV). Der Beschluss über die Aufstellung der Erhaltungsverordnung wurde durch das Bezirksamt Tempelhof-Schöneberg von Berlin am 2.6.2017 gefasst und im Amtsblatt von Berlin bekanntgemacht. Mit Bescheid vom 31.7.2017 sprach das Bezirksamt gegenüber dem damaligen Eigentümer des Grundstücks gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 172 Abs. 2 BauGB eine vorläufige Untersagung der Begründung von Wohnungs- und Teileigentum auf dem Grundstück aus. Hierüber setzte es das Grundbuchamt in Kenntnis. Nachdem die Beteiligte am 7.11.2017 als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen worden war, teilte sie mit notarieller Urkunde vom 15.11.2017 das Grundstück in Wohnungs- und Teileigentumseinheiten auf und bewilligte die Aufteilung.

2 Nach Eingang des Vollzugsantrags vom 8.2.2018 hat das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 13.2.2018 auf die vorläufige Untersagung hingewiesen und die Beteiligte aufgefordert, die Zustimmung des Bezirksamts zu der beabsichtigten Teilung des Grundstücks vorzulegen. Die dagegen gerichtete Beschwerde hat das KG zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde möchte die Beteiligte die Aufhebung der Zwischenverfügung erreichen.

3 II. Nach Ansicht des Beschwerdegerichts verlangt das Grundbuchamt zu Recht die Zustimmung des Bezirksamts. Nach dem zwischenzeitlichen Inkrafttreten der Erhaltungsverordnung bedürfe die Begründung von Wohnungs- oder Teileigentum gemäß § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB i. V. m. § 1 UmwandV der Genehmigung. Zwar habe die Beteiligte ihren Eintragungsantrag am 8.2.2018 und damit noch vor Inkrafttreten der Erhaltungsverordnung gestellt. Das führe aber nicht gemäß § 878 BGB zur Entbehrlichkeit der Genehmigung, weil die Aufteilung bereits mit Bescheid vom 31.7.2017 vorläufig untersagt worden sei. Dieser Verwaltungsakt sei wirksam, ohne dass es darauf ankomme, ob er nur das konkrete Vorhaben oder jegliche Begründung von Wohnungs- oder Teileigentum auf dem Grundstück erfasse. Als sog. dinglicher Verwaltungsakt richte er sich auch an die Beteiligte als Rechtsnachfolgerin; denn eine vorläufige Untersagung im Sinne von § 15 Abs. 1 Satz 2 BauGB regle keine personenbezogenen Pflichten, sondern den Zustand eines Grundstücks und die Rechte, die daran begründet werden könnten. Schließlich sei die vorläufige Untersagung auch von dem Grundbuchamt zu beachten. Der Gesetzgeber habe zwar weder geregelt, ob es sich um ein absolutes oder relatives Verfügungsverbot handle, noch, ob es durch das Grundbuchamt zu berücksichtigen sei. Der Zweck des Verbots, die Erhaltungsziele der Gemeinde bereits vor Inkrafttreten der Erhaltungsverordnung zu sichern, lege es aber nahe, der vorläufigen Untersagung keine geringeren Rechtswirkungen beizumessen als dem nach Inkrafttreten der

Erhaltungsverordnung geltenden Verbot; dieses gelte nur als relatives Verfügungsverbot (§ 172 Abs. 1 Satz 5 BauGB), begründe aber gleichwohl eine Grundbuchsperrung (§ 172 Abs. 1 Satz 6 i. V. m. § 22 Abs. 6 BauGB). Dementsprechend müsse das Grundbuchamt auch eine vorläufige Untersagung berücksichtigen, wenn es von ihr Kenntnis habe. Dafür spreche auch, dass das Grundbuchamt andernfalls ein der Gemeinde gegenüber unwirksames Recht eintragen und das Grundbuch insoweit wissentlich unrichtig machen würde. Ein gutgläubiger Erwerb, der die Eintragung legitimieren könnte, fände nicht bereits bei der Vollziehung der Aufteilung, sondern allenfalls bei einer späteren Veräußerung der entstandenen Einheiten statt.

**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 begründet.

**5 1.** Im Ausgangspunkt rechtsfehlerfrei ist allerdings die Annahme des Beschwerdegerichts, wonach die Beteiligte die gegenüber ihrer Rechtsvorgängerin gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 172 Abs. 2 BauGB ergangene vorläufige Untersagung gegen sich gelten lassen muss; ohne Erfolg beruft sich die Rechtsbeschwerde darauf, dass der Verwaltungsakt lediglich personenbezogene Rechte und Pflichten regelt und die Beteiligte nicht bindet.

**6 a)** Nach der verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung hat der bodenrechtliche Bezug jeder bauplanungs- oder bauordnungsrechtlichen Verfügung zur Folge, dass durch diese nicht über die (personenbezogene) Berechtigung des jeweiligen Adressaten etwa aufgrund von Zuverlässigkeitsfragen entschieden wird, sondern über die allein bodenrechtlichen Kriterien folgende Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der vorhandenen oder beabsichtigten Nutzung der Liegenschaft. Bauordnungsrechtliche Beseitigungs- oder Nutzungsuntersagungsverfügungen sind auf die Liegenschaft bezogene dingliche Verwaltungsakte mit der Folge, dass sie sachbezogen mit der Liegenschaft verbunden sind und dies auch dann bleiben, wenn ein Eigentums- oder Besitzwechsel stattgefunden hat (vgl. BVerwG, NJW 1971, 1624 f.; VGH Kassel, NVwZ-RR 2015, 270 Rdnr. 16; BeckOK-BauordnungsR BW/Weiblen, Stand: 1.9.2019, § 65 BWLBO Rdnr. 61 m. w. N.). Nichts anderes gilt für die gleichermaßen liegenschaftsbezogene vorläufige Untersagung gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 172 Abs. 2 BauGB. Für die Rechtsnachfolgefähigkeit sprechen nicht zuletzt praktische Erwägungen. Das Beschwerdegericht stellt zutreffend darauf ab, dass die gemeindlichen Erhaltungsziele anderenfalls durch einen (möglicherweise nur vorgeschobenen) Eigentumswechsel auf Dauer vereitelt werden könnten. Erwägungen dieser Art hatten bereits das Bundesverwaltungsgericht veranlasst, die Rechtsnachfolgefähigkeit einer baurechtlichen Beseitigungsanordnung zu bejahen (vgl. BVerwG, NJW 1971, 1624, 1625).

**7 b)** Ob für die dingliche Wirkung eines Verwaltungsakts, wie es teilweise angenommen wird (vgl. OVG Hamburg, NVwZ-RR 1997, 11, 12; Kopp/Ramsauer/Ramsauer, VwVfG, 20. Aufl., § 35 Rdnr. 183; HK-VerwR/Schwarz, 4. Aufl., § 43 VwVfG Rdnr. 14, 16), eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist, kann dahinstehen. Denn zuständig für die vorläufige Untersagung gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 BauGB ist in Berlin die Bauauf-

sichtsbehörde (vgl. § 62 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 Satz 3 BauO Bln). Nach § 58 Abs. 2 BauO Bln gelten bauaufsichtliche Genehmigungen und sonstige Maßnahmen auch für und gegen Rechtsnachfolger. Wer – wie die Beteiligte – durch Rechtsgeschäft das Eigentum an dem Grundstück von dem Adressaten der Untersagungsverfügung erwirbt, ist nach insoweit einhelliger Ansicht Rechtsnachfolger in diesem Sinne (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 16.5.2019, OVG 2 S 19.19, juris Rdnr. 3; zu vergleichbaren landesrechtlichen Bestimmungen: OVG Thüringen, Beschluss vom 20.12.2013, 1 EO 312/13, juris Rdnr. 14; BeckOK-BauordnungsR BW/Weiblen, § 65 BWLBO Rdnr. 61 m. w. N.). Infolgedessen bedurfte es auch keiner erneuten Bekanntgabe an die Beteiligte (vgl. Stelkens/Bonk/Sachs/Stelkens, VwVfG, 9. Aufl., § 41 Rdnr. 24; HK-VerwR/Schwarz, § 41 VwVfG Rdnr. 23).

**8 c)** Schließlich ist die aus dem Grundbuch nicht ersichtliche vorläufige Untersagung auch nicht aufgrund eines gutgläubigen Erwerbs der Beteiligten entfallen, ohne dass es darauf ankommt, ob die Beteiligte den Bescheid kannte, als sie das Grundstück erwarb. Gemäß § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB ist, wenn der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschränkt ist, die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist. Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist bereits nicht eröffnet, weil die Verfügung (Veräußerung des einheitlichen Grundstücks) dem Verfügungsverbot (Verbot der Aufteilung in Wohnungs- oder Teileigentum) nicht widerspricht und es infolgedessen nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ankommt. Dem entspricht es, dass § 135 Abs. 2 BGB einen Gutgläubensschutz nur im Hinblick auf verbotswidrige Verfügungen im Sinne von § 135 Abs. 1 Satz 1 BGB vorsieht. Da die Verfügungsbeschränkung kein Recht an einem Grundstück darstellt, nimmt sie auch nicht gemäß § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB an dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil (vgl. bereits Protokolle III, S. 3433 f.).

**9 2.** Keinen Bestand haben kann hingegen die Annahme des Beschwerdegerichts und des Grundbuchamts, wonach die beantragte Eintragung der Zustimmung des Bezirksamts bedarf. Das Grundbuchamt darf den Vollzug einer Teilungserklärung im Grundbuch nicht deshalb verweigern, weil dem teilenden Eigentümer die Begründung von Wohnungs- oder Teileigentum im Hinblick auf einen Beschluss über die Aufstellung einer Erhaltungsverordnung gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 172 Abs. 2 BauGB vorläufig untersagt worden ist.

**10 a)** Zunächst führt das Inkrafttreten der Erhaltungssatzung nach Eingang des Eintragungsantrags nicht dazu, dass die von der Beteiligten bewilligte Aufteilung ihres Grundstücks einer Genehmigung nach § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB i. V. m. § 1 UmwV bedarf.

**11 aa)** Zwar sind die Grundbuchämter, sofern – wie hier – eine Verordnung gemäß § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB erlassen worden ist, nach Inkrafttreten einer Erhaltungssatzung öffentlichrechtlich dazu verpflichtet, die Aufteilung eines Grundstücks in Wohnungs- und Teileigentum nur nach Vorlage des Genehmigungsbescheids oder diesem gleichgestellter Bescheinigungen oder Zeugnisse vorzunehmen (§ 172 Abs. 1 Satz 6 i. V. m. § 22 Abs. 2 Satz 3 und 4, Abs. 6 Satz 1 und



Abs. 8 Satz 1 BauGB; vgl. Senat, Beschluss vom 12.10.2016, V ZB 198/15, ZfIR 2017, 113 Rdnr. 25). Der Senat hat aber bereits entschieden, dass § 878 BGB auf die Teilungserklärung des Grundstückseigentümers nach § 8 Abs. 1 WEG entsprechend anzuwenden ist; die Verfügungsbeschränkung, die sich aus dem Genehmigungserfordernis aufgrund einer Rechtsverordnung nach § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB ergibt, ist daher unbeachtlich, wenn sie erst nach Eingang des Vollzugsantrags eintritt (vgl. Senat, Beschluss vom 12.10.2016, V ZB 198/15, ZfIR 2017, 113 Rdnr. 20 ff.).

**12 bb)** Danach scheidet hier eine Genehmigungspflicht nach § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB i. V. m. § 1 UmwandV infolge des Inkrafttretens der Erhaltungssatzung aus. Da der Eintragungsantrag am 8.2.2018 bei dem Grundbuchamt eingegangen ist, die Erhaltungssatzung aber erst am 10.3.2018 in Kraft getreten ist, ist die von der Beteiligten bewilligte Aufteilung ihres Grundstücks in entsprechender Anwendung von § 878 BGB nicht gemäß § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB i. V. m. § 1 UmwandV genehmigungsbedürftig, und eine Grundbuchsperrung gemäß § 172 Abs. 1 Satz 6 i. V. m. § 22 Abs. 6 BauGB besteht nicht.

**13 b)** Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts rechtfertigt die vorläufige Untersagung der Begründung von Wohnungs- oder Teileigentum gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 172 Abs. 2 BauGB kein anderes Ergebnis. Sie begründet weder eine eigene Genehmigungspflicht noch gebieten Entstehungsgeschichte oder Sinn und Zweck der Vorschrift eine Grundbuchsperrung.

**14 aa)** Ein Verwaltungsakt dieser Art zieht zunächst keine eigene Genehmigungspflicht gemäß § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB i. V. m. § 1 UmwandV nach sich. Gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 172 Abs. 2 BauGB wird, wenn der Beschluss über die Aufstellung einer Erhaltungssatzung gefasst und ortsüblich bekannt gemacht ist, auf Antrag der Gemeinde eine vorläufige Untersagung des Vorhabens innerhalb einer durch Landesrecht festgesetzten Frist ausgesprochen. § 172 Abs. 2 BauGB begründet aber keinen eigenständigen Genehmigungstatbestand (vgl. KG, FGPrax 2016, 195; Battis/Krautzberger/Löhr/Mitschang, BauGB, 14. Aufl., § 172 Rdnr. 68). Hierfür fehlt auch jegliches Bedürfnis. Vor Inkrafttreten der Erhaltungssatzung ist die Begründung von Wohnungs- oder Teileigentum grundsätzlich erlaubt und kann nur im Einzelfall gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 172 Abs. 2 BauGB verboten werden. Gelangt die Behörde, nachdem sie die Begründung von Wohnungs- oder Teileigentum vorläufig untersagt hatte, zu der Erkenntnis, dass ein Versagungsgrund nicht (mehr) vorliegt, hat sie die Untersagungsverfügung aufzuheben, wodurch die ursprüngliche Freiheit des Eigentümers, Wohnungseigentum zu begründen, wiederhergestellt wird. Einer eigenständigen Genehmigung bedarf es deshalb nicht.

**15 bb)** Die vorläufige Untersagung der Begründung von Wohnungs- oder Teileigentum gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 172 Abs. 2 BauGB ist zivilrechtlich als behördliches Veräußerungsverbot im Sinne von § 136 BGB anzusehen; sie begründet keine Grundbuchsperrung.

**16 (1)** Gemäß § 136 BGB steht ein von einer Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassenes Verfügungsverbot einem gesetzlichen Veräußerungsverbot im Sinne von § 135 BGB

zum Schutz bestimmter Personen – wie es § 172 Abs. 1 Satz 5 BauGB in dem Einzugsbereich einer Erhaltungssatzung anordnet – gleich. Das relative Verfügungsverbot bewirkt grundsätzlich keine Grundbuchsperrung; vielmehr ist eine verbotswidrige Verfügung in das Grundbuch einzutragen (vgl. Senat, Beschluss vom 5.6.2014, V ZB 16/14, NJW-RR 2014, 1279 Rdnr. 13 und BGH, Urteil vom 20.2.1997, III ZR 208/95, NJW 1997, 1581, 1582 zur Beschlagnahme nach § 23 ZVG; Urteil vom 14.6.2007, IX ZR 219/05, BGHZ 172, 360 Rdnr. 17 zum richterlichen Verfügungsverbot; RGZ 105, 71, 76). Verstößt eine Rechtsänderung gegen eine Veräußerungsbeschränkung im Sinne von § 135 BGB, ist die in das Grundbuch eingetragene Rechtsänderung nur in dem Verhältnis zu dem Verbotsgeschützten unwirksam. Dieser kann sich auf die relative Unwirksamkeit gemäß §§ 888, 883 Abs. 2 BGB berufen und die Löschung der Rechte verlangen (vgl. Senat, Beschluss vom 12.10.2016, V ZB 198/15, ZfIR 2017, 113 Rdnr. 21; Urteil vom 10.10.2008, V ZR 137/07, ZfIR 2009, 244 Rdnr. 8 zur Vormerkung).

**17** Anders verhält es sich bei einem behördlichen Verfügungsverbot, das nicht nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, sondern ein absolutes Verfügungsverbot darstellt. Hierauf sind die §§ 135, 136 BGB nicht anwendbar (vgl. Senat, Beschluss vom 13.1.1956, V ZB 49/55, BGHZ 19, 355, 359; BeckOGK-BGB/Muthorst, Stand: 1.9.2019, § 136 Rdnr. 17; BeckOK-BGB/Wendtland, Stand: 1.11.2019, § 136 Rdnr. 3; MünchKomm-BGB/Armbrüster, 8. Aufl., § 136 Rdnr. 1; Staudinger/Kohler, Neub. 2017, § 136 Rdnr. 2). Ein solches absolutes Verfügungsverbot führt grundbuchrechtlich zu einer Grundbuchsperrung (vgl. RGZ 105, 71, 76 f.; Staudinger/Kohler, § 136 Rdnr. 3). Vergleichbare Rechtswirkungen entfaltet ein relatives Verfügungsverbot dann, wenn eine Grundbuchsperrung (ausnahmsweise) gesetzlich ausdrücklich angeordnet wird; eine dahin gehende Regelung trifft § 172 Abs. 1 Satz 6 i. V. m. § 22 Abs. 6 Satz 1 BauGB (erst) ab Inkrafttreten der Erhaltungssatzung.

**18 (2)** Gemessen daran handelt es sich bei einer vorläufigen Untersagung gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 172 Abs. 2 BauGB um ein relatives Verfügungsverbot (so auch KG, FGPrax 2016, 195; VG Berlin, Beschluss vom 17.9.2018, 19 L 175.18, juris Rdnr. 28); eine Grundbuchsperrung begründet es nicht.

**19 (a)** Die vorläufige Untersagung, mit der die Behörde dem Grundstückseigentümer jede Art der Begründung von Wohnungseigentum, also auch die Begründung durch Teilung gemäß § 8 WEG verbietet, bezweckt in gleicher Weise wie das aus der Erhaltungssatzung resultierende Verbot den Schutz der Gemeinde. Hierdurch sollen die gemeindlichen Erhaltungsziele schon vor Inkrafttreten der Erhaltungssatzung vorläufig vor Beeinträchtigungen gesichert werden (vgl. EZBK/Stock, BauGB, Stand: August 2019, § 172 Rdnr. 77; Schrödter/Möller, BauGB, 9. Aufl., § 172 Rdnr. 56; Jarass/Kment, BauGB, 2. Aufl., § 172 Rdnr. 3). Da der Gesetzgeber in § 172 Abs. 1 Satz 5 BGB ausdrücklich angeordnet hat, dass das durch Rechtsverordnung für den Einzugsbereich einer Erhaltungssatzung bestimmte Verbot, Wohnungs- oder Teileigentum zu begründen, ein gesetzliches Veräußerungsverbot im Sinne von § 135 BGB darstellt, also nur im Verhältnis zu der Gemeinde

zur Unwirksamkeit führt (vgl. Senat, Beschluss vom 12.10.2016, V ZB 198/15, ZfIR 2017, 113 Rdnr. 21), kann für die vorläufige Sicherung dieses Interesses nichts anderes gelten.

**20 (b)** Eine Grundbuchsperrung sieht das Gesetz insoweit nicht vor; insbesondere ist § 22 Abs. 6 Satz 1 BauGB nicht anwendbar, weil es zum einen an einer Verweisung fehlt und die Norm zum anderen eine Genehmigungspflicht voraussetzt, die hier gerade nicht besteht. Infolgedessen entsteht zwar die Gefahr, dass ein Dritter das verbotswidrig entstandene Wohnungs- oder Teileigentum gemäß §§ 136, 135 Abs. 2 i. V. m. § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB gutgläubig von dem Eigentümer erwirbt mit der Folge, dass die Beschränkung dem Erwerber gegenüber unwirksam ist und die Erhaltungsziele der Gemeinde unterlaufen werden. Zur Verhinderung eines solchen Erwerbs kann das Verfügungsverbot aber – wie alle relativen Verfügungsbeschränkungen (vgl. BeckOGK-BGB/Hertel, Stand: 1.10.2019, § 892 Rdnr. 136; Demharter, GBO, 31. Aufl., Anh. zu § 13 Rdnr. 33) – auf Antrag durch Eintragung in das Grundbuch gesichert werden. Da die vorläufige Untersagung der Begründung von Wohnungs- oder Teileigentum gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 172 Abs. 2 BauGB nur einen Einzelfall betrifft, erweist sich dieses Instrument zum Schutz der Erhaltungsinteressen – anders als nach Inkrafttreten einer Erhaltungssatzung (vgl. Senat, Beschluss vom 12.10.2016, V ZB 198/15, ZfIR 2017, 113 Rdnr. 25) – auch als sachgerecht.

**21 (c)** Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift bietet ebenfalls keinen Anhaltspunkt für darüber hinausgehende Rechtsfolgen. Im Gegenteil hatte der Bundesrat in dem Gesetzgebungsverfahren, das mit Wirkung vom 1.1.1998 zu der Einfügung von § 172 Abs. 1 Satz 4 bis 6 BauGB geführt hat, eine Regelung für den vorläufigen Schutz der Erhaltungsziele vorgeschlagen, die zu einer Grundbuchsperrung geführt hätte. Dieser Vorschlag ist aber nicht Gesetz geworden.

**22 (aa)** Der Bundesrat hatte unter anderem einen Verweis auf § 22 Abs. 6 BauGB a. F. (= § 174a Abs. 6 des Entwurfs) vorgesehen (vgl. BT-Drucks. 13/6392, S. 114 ff.). Danach sollte das Grundbuchamt keine Eintragung von Wohnungs- und Teileigentum vornehmen dürfen, solange nicht ein Genehmigungsbescheid oder ein Zeugnis darüber vorliegt, dass eine Genehmigung entweder nicht erforderlich ist oder als erteilt gilt. Mit dem in § 22 Abs. 6 Satz 3 BauGB a. F. geregelten Aussetzungsverfahren sollte die Baugenehmigungsbehörde auf Antrag der Gemeinde die Erteilung eines Zeugnisses, dass eine Genehmigung nicht erforderlich ist, für einen Zeitraum von bis zu zwölf Monaten aussetzen können, wenn zu befürchten ist, dass der Sicherungszweck des Genehmigungsvorbehalts durch eine Eintragung unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert würde, sofern ein Beschluss über die Aufstellung eines Bebauungsplans oder einer sonstigen Satzung gefasst und ortsüblich bekanntgemacht war. Die Bundesregierung hatte diesen Vorschlag aber abgelehnt, was sie mit der Erschwerung des Rechtsverkehrs, der Behinderung der erwünschten Bildung von Einzeleigentum, insbesondere der Privatisierung von Mietwohnungen in den neuen Ländern, und einer Belastung der Grundbuchämter begründete (vgl. BT-Drucks. 13/6392, S. 138). Der von dem Vermittlungsausschuss vorgeschlagene und Gesetz gewordene Kompromiss

besteht in der Einführung eines engeren Genehmigungsvorbehalts mit einem zweistufigen Verfahren (Satzung und ergänzende Rechtsverordnung) und der Verweisung auf § 135 BGB, die dem von der Bundesregierung angemahnten Schutz des Rechtsverkehrs dient, sowie einem Verweis auf § 20 Abs. 2 bis 4 BauGB a. F., der eine Eintragung in das Grundbuch von der Vorlage eines Zeugnisses abhängig machte, dass eine Genehmigung nicht erforderlich ist („Negativattest“, § 20 Abs. 2 Satz 2 BauGB a. F.). Ein vorläufiger Schutz wurde damals wie heute durch die Verweisung in § 172 Abs. 2 BauGB auf § 15 Abs. 1 BauGB – also mittels vorläufiger Untersagung – ermöglicht.

**23 (bb)** Diesen Weg der Verwaltungsvereinfachung hat der Gesetzgeber auch in der Folgezeit nicht zurückgenommen, sondern mit der Anpassung von § 172 Abs. 1 Satz 6 BauGB durch das Europarechtsanpassungsgesetz Bau vom 24.6.2004 (BGBl. I, S. 1359) fortgesetzt, indem das Negativattest abgeschafft wurde (§ 172 Abs. 1 Satz 6 a. F. i. V. m. § 22 Abs. 2 Satz 3 und 4, Abs. 6 und 8 BauGB a. F.); damit sollte einer verbreiteten Praxis der Grundbuchämter entgegengewirken werden, die teilweise bei jeder Aufteilung in Wohnungs- oder Teileigentum unabhängig von dem Bestehen von Erhaltungssatzungen ein Negativattest forderten (vgl. BT-Drucks. 15/2250, S. 86, 95; Senat, Beschluss vom 12.10.2016, V ZB 198/15, ZfIR 2017, 113 Rdnr. 29 ff.; KG, FGPrax 2016, 100, 101 f.). Das in § 22 Abs. 6 Satz 3 BauGB a. F. geregelte Aussetzungsverfahren wurde in demselben Gesetz als unnötig gestrichen (vgl. BT-Drucks. 15/2250, S. 53).

**24 (3)** Auch der Legalitätsgrundsatz hindert die Eintragung nicht; dabei kommt es nicht darauf an, ob die vorläufige Untersagung im Grundbuch eingetragen ist. Das Grundbuch wird nicht unrichtig, wenn die Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum entgegen einer vorläufigen Untersagung gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 172 Abs. 2 BauGB vollzogen wird. Die Eintragung führt auch nicht zu einem Rechtserwerb allein kraft guten Glaubens, und zwar auch dann nicht, wenn die Verfügungsbeschränkung aus dem Grundbuch nicht ersichtlich ist.

**25 (a)** Allerdings darf das Grundbuchamt die Eintragung nicht vornehmen, wenn es weiß, dass durch die bewilligte Eintragung das Grundbuch unrichtig würde (vgl. Senat, Beschluss vom 28.4.1961, V ZB 17/60, BGHZ 35, 135, 139; Urteil vom 21.2.1986, V ZR 38/84, BGHZ 97, 184, 186 f.; Beschluss vom 1.12.1988, V ZB 10/88, BGHZ 106, 108, 110; Beschluss vom 13.7.2017, V ZB 136/16, ZfIR 2017, 827 Rdnr. 11). Darüber hinaus soll nach einer in Rechtsprechung und Literatur verbreiteten, wenngleich bestrittenen Ansicht das Grundbuchamt die bewilligte Eintragung auch dann nicht vornehmen dürfen, wenn das Veräußerungsverbot – wie hier – zwar nicht aus dem Grundbuch hervorgeht, dem Grundbuchamt aber bekannt ist, es sei denn, die Voraussetzungen von § 878 BGB seien erfüllt, der Verbotsgeschützte stimme zu (§ 185 BGB) oder das Veräußerungsverbot werde gleichzeitig eingetragen. Zur Begründung wird angeführt, dass das Grundbuchamt nicht daran mitwirken dürfe, einen Rechtserwerb herbeizuführen, der nur kraft guten Glaubens statfinde (vgl. BayObLG, MittBayNot 2004, 41, 42 m. abl. Anm. Heinemann; Bauer/Schaub/Kössinger, GBO, 4. Aufl., § 19 Rdnr. 251; Demharter, GBO, § 19 Rdnr. 58 und § 22 Rdnr. 52; Becker, ZfIR 2019, 253, 256; a. A. Bauer/

Schaub/*Lieder*, GBO, AT H Rdnr. 53 f.; Meikel/*Böttcher*, GBO, 11. Aufl., Nach § 20 Rdnr. 181; MünchKomm-BGB/*Kohler*, § 892 Rdnr. 67; Staudinger/*Kohler*, § 135 Rdnr. 106; Stöber/*Morvilius*, GBO-Verfahren, 3. Aufl., Rdnr. 361).

**26** (b) So liegt es hier aber nicht.

**27** (aa) Das Grundbuch wird durch den Vollzug der Aufteilung durch Anlegung der Wohnungsgrundbücher (§ 8 Abs. 2 Satz 2 WEG) nicht unrichtig. Unrichtig ist das Grundbuch nur, wenn der Buchinhalt im Sinne von § 894 BGB bzw. § 22 Abs. 1 GBO von der wirklichen materiellen Rechtslage abweicht. Durch die Eintragung eines gegenüber dem Verbotsgeschützten unwirksamen Rechts wird das Grundbuch aber nicht in diesem Sinne unrichtig (vgl. OLGR Hamm 1993, 83, 84; Staudinger/*Gursky*, Neub. 2013, § 883 Rdnr. 203; Bauer/*Schaub/Lieder*, GBO, AT H Rdnr. 54). Der durch ein relatives Veräußerungsverbot Betroffene verliert auch nicht seine Verfügungsbefugnis (vgl. Motive III, S. 219; Senat, Beschluss vom 13.1.1956, V ZB 49/55, BGHZ 19, 355, 359; RGZ 71, 38, 40; 105, 71, 76; Palandt/*Ellenberger*, 79. Aufl., §§ 135, 136 Rdnr. 6; *Becker*, ZfIR 2019, 253, 255). Soweit nach § 894 BGB das Grundbuch auch unrichtig ist, weil eine Verfügungsbeschränkung im Sinne von § 892 Abs. 1 BGB nicht eingetragen ist, besteht diese Unrichtigkeit bereits vor der verbotswidrigen Eintragung, wird aber nicht durch sie herbeigeführt.

**28** (bb) Das Grundbuchamt wirkt durch die Eintragung auch nicht daran mit, einen Rechtserwerb herbeizuführen, der nur kraft guten Glaubens stattfindet, weshalb der hierüber geführte Streit keiner Entscheidung bedarf. Zwar führt die Anlegung der Wohnungsgrundbücher gemäß § 8 Abs. 2 Satz 2 WEG dazu, dass verbotswidrig Wohnungseigentum begründet wird. Die Teilungserklärung nach § 8 Abs. 1 WEG ist aber eine einseitige Willenserklärung gegenüber dem Grundbuchamt (vgl. Senat, Beschluss vom 12.10.2016, V ZB 198/15, ZfIR 2017, 113 Rdnr. 9), weshalb ein Erwerb kraft öffentlichen Glaubens gemäß § 892 BGB ausgeschlossen ist. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH setzt der gutgläubige Erwerb nach § 892 BGB ein Verkehrsgeschäft voraus, an dem es fehlt, wenn Veräußerer und Erwerber rechtlich oder wirtschaftlich identisch sind (vgl. Senat, Urteil vom 29.6.2007, V ZR 5/07, BGHZ 173, 71 Rdnr. 22 m. w. N.). Da sich durch die Teilung des Grundstücks in Wohnungseigentum mittels einseitiger Erklärung des Eigentümers nichts an dessen Rechtsinhaberschaft ändert, kann auch ein gutgläubiger Erwerb nicht erfolgen. Erst die Veräußerung des verbotswidrig entstandenen Wohnungs- oder Teileigentums an einen gutgläubigen Dritten führt nach § 135 Abs. 2 BGB i. V. m. § 892 BGB zu dessen unbeschränktem Erwerb (vgl. Senat, Beschluss vom 12.10.2016, V ZB 198/15, ZfIR 2017, 113 Rdnr. 21).

**29** (4) Nach alledem hindert die vorläufige Untersagung vom 31.7.2017 die Vollziehung der Teilungserklärung vom 15.11.2017 nicht. Zwar verstößt die Beteiligte mit der Teilungserklärung gegen die vorläufige Untersagung der Begründung von Wohnungseigentum. Die Aufteilung ist aber nur dem Bezirksamt gegenüber unwirksam; daher kann nur das Bezirksamt gegen die Aufteilung vorgehen.

**30** 3. Da das Beschwerdegericht die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung zu Unrecht zurückgewiesen hat, sind

seine Entscheidung und der entsprechende Teil der Zwischenverfügung des Grundbuchamts aufzuheben. Die Sache ist zur Entscheidung über den Eintragungsantrag an das Grundbuchamt zurückzuverweisen, das den Vollzug der Eintragung nicht aus den in Nr. 1 der Zwischenverfügung vom 13.2.2018 genannten Gründen ablehnen darf.

**31** IV. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf § 61 Abs. 1 i. V. m. § 36 Abs. 1 und 3 GNotKG.

## STEUERRECHT

### 27. Privates Veräußerungsgeschäft: Unentgeltlicher Erwerb bei Übertragung ohne Übernahme der Darlehen des Rechtsvorgängers

BFH, Urteil vom 3.9.2019, IX R 8/18 (Vorinstanz: FG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 15.2.2018, 4 K 4295/16)

*BGB § 1093*

*EStG, § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1, Abs. 1 Satz 3, Abs. 3 Satz 1*

*HGB § 255 Abs. 1 Satz 1*

#### LEITSÄTZE:

- 1. Ein unentgeltlicher Erwerb i. S. d. § 23 Abs. 1 Satz 3 EStG liegt vor, wenn im Rahmen der Übertragung eines Grundstücks im Wege der vorweggenommenen Erbfolge dem Übergeber ein (dingliches) Wohnrecht eingeräumt wird und die durch Grundschulden auf dem Grundstück abgesicherten Darlehen des Rechtsvorgängers nicht übernommen werden.**
- 2. Nachträgliche Anschaffungskosten entstehen nicht, wenn der Erwerber eines Grundstücks zwecks Löschung eines Grundpfandrechts Schulden tilgt, die er zunächst nicht vom Übergeber übernommen hat.**
- 3. Die bloße Verwendung des Veräußerungserlöses zur Tilgung privater Verbindlichkeiten nach der Veräußerung führt nicht zur Entstehung von Veräußerungskosten.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** I. Die Beteiligten streiten über einen Gewinn aus einem privaten Veräußerungsgeschäft bei einem Grundstück (§ 22 Nr. 2 i. V. m. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG).

**2** Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) erwarb am 27.10.2004 im Wege der vorweggenommenen Erbfolge von ihrer Mutter unter Übernahme der in Abteilung III des Grundbuchs eingetragenen Grundschulden über insgesamt 400.000 DM ein Grundstück in B. Nicht übernommen wurden von der Klägerin die den Grundschulden zugrunde liegenden Darlehen. Die Darlehen wurden nach der Grundstücksübertragung weiterhin von der Mutter der Klägerin bedient. Zugleich

mit der Übertragung des Grundstücks bestellte die Klägerin ihrer Mutter und deren damaligen Lebensgefährten ein lebenslanges dingliches Wohnrecht.

**3** Das Grundstück hatte eine Größe von 81.660 m<sup>2</sup>. Es befanden sich dort als getrennte Gebäude mit jeweils eigenen Zugängen und eigenen Sanitär- und Küchenbereichen ein Haupthaus (120 m<sup>2</sup>) und ein Nebengebäude (60 m<sup>2</sup>). Die Mutter der Klägerin hatte das Grundstück am 8.12.1998 für 285.000 DM im Rahmen einer Zwangsversteigerung erworben. Nach dem Grundstückserwerb tätigte die Mutter Instandsetzungs- und Ausbaukosten i. H. v. 70.000 €. Das Hauptgebäude nutzte die Mutter der Klägerin zusammen mit ihrem Lebensgefährten von 1998 bis zur Veräußerung 2007 unentgeltlich zu eigenen Wohnzwecken. Das Nebengebäude wurde ab dessen Fertigstellung in den Jahren 2002 und 2003 bis zur Veräußerung von der Klägerin hauptsächlich an Wochenenden zu privaten Wohnzwecken genutzt. Unter der Woche wohnte die Klägerin wegen einer Berufsausbildung andernorts.

**4** Am 14.9.2007 veräußerte die Klägerin das gesamte Grundstück zu einem Kaufpreis i. H. v. 530.000 €. Die Veräußerung erfolgte lastenfrei. Vom Kaufpreis entfielen 15.000 € auf den Verkauf „beweglicher Güter“. Von dem auf dem Notarandkonto hinterlegten Kaufpreis wurden die durch die Grundschulden besicherten Darlehen i. H. v. 265.748 € bedient. Der Restkaufpreis in Höhe von rund 264.250 € wurde an die Klägerin ausgekehrt. Mit der Veräußerung bezweckten die Klägerin und ihre Mutter, der drohenden Zwangsvollstreckung seitens der Grundschuldgläubiger zu entgehen.

**5** In ihrer Einkommensteuererklärung 2007 erklärte die Klägerin keinen Gewinn aus einem privaten Veräußerungsgeschäft. Im (erstmaligen) Einkommensteuerbescheid 2007 vom 23.1.2013 unterwarf der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) einen Betrag i. H. v. 325.484 € als privates Veräußerungsgeschäft der Besteuerung nach § 22 Nr. 2 i. V. m. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG. In den Erläuterungen zum Steuerbescheid führte das FA aus, dass eine Steuerbefreiung nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG nicht eingreife, weil das Grundstück nicht im Jahr der Veräußerung sowie in den beiden Vorjahren von der Klägerin zu eigenen Wohnzwecken genutzt worden sei.

**6** Der von der Klägerin dagegen erhobene Einspruch hatte teilweise Erfolg. Mit Einspruchsentscheidung vom 26.9.2016 setzte das FA den Veräußerungsgewinn auf 195.515 € herab. Zur Begründung führte es aus, hinsichtlich des von der Klägerin zu eigenen Wohnzwecken genutzten Nebengebäudes sei von der Nichtsteuerbarkeit nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG auszugehen. Für die Veräußerung des Hauptgebäudes, das von der Mutter und deren Lebensgefährten bewohnt worden sei, sei der Besteuerungstatbestand hingegen erfüllt. Die Aufteilung habe nach dem Verhältnis der Nutzflächen zu erfolgen. Daher sei ein Drittel des Veräußerungsgewinns außer Betracht zu lassen. Die Tilgung der den Grundschulden zugrunde liegenden Verbindlichkeiten seitens der Klägerin anlässlich der Veräußerung stelle lediglich eine Verwendung des Kaufpreises dar. Die Ablösung bestehender Belastungen aus dem Kaufpreis mindere diesen nicht.

**7** Die von der Klägerin dagegen erhobene Klage, mit der sie eine Außerachtlassung des Veräußerungsgewinns und hilfsweise Berücksichtigung des an die darlehensgebenden Gläubiger weitergeleiteten Betrags i. H. v. 265.748 € als nachträgliche Anschaffungskosten begehrte, hatte keinen Erfolg. In seiner in EFG 2018, 834 veröffentlichten Entscheidung führte das FG aus: Das FA sei zutreffend von einem privaten Veräußerungsgeschäft ausgegangen und habe den Veräußerungsgewinn nicht zu hoch angesetzt. Die Klägerin habe von ihrer Mutter das Grundstück im Jahr 2004 nach § 23 Abs. 1 Satz 3 EStG unentgeltlich erworben. Sie habe ihrer Mutter gegenüber als Rechtsvorgängerin keine Gegenleistung erbracht. Die mit dem Grundstückserwerb übernommenen Grundschulden stünden nicht der Annahme eines unentgeltlichen Erwerbs entgegen. Da ein unentgeltlicher Erwerb der Klägerin vorliege, sei hinsichtlich der Berechnung der Spekulationsfrist auf die Anschaffung durch die Rechtsvorgängerin abzustellen. Daher sei die Veräußerung noch innerhalb der zehnjährigen Spekulationsfrist erfolgt. Nach der Entscheidung des BVerfG vom 7.7.2010, 2 BvL 14/02, 2 BvL 2/04, 2 BvL 13/05 (BVerfGE 127, 1 = BStBl. II 2011, S. 76) sei der Veräußerungsgewinn auch im vollen Umfang der Besteuerung zu unterwerfen, da zum Zeitpunkt der Verkündung des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 vom 24.3.1999 (BGBl. 1999 I, S. 402) die (frühere) zweijährige Spekulationsfrist noch nicht abgelaufen gewesen sei. Das Haupthaus werde nicht zu eigenen Wohnzwecken genutzt. Denn dieses sei nur von der Mutter der Klägerin und deren Lebensgefährten genutzt worden. Nur das Nebengebäude sei von der Klägerin zu eigenen Wohnzwecken als Zweitwohnung genutzt worden.

**8** Mit ihrer Revision rügt die Klägerin die Verletzung materiellen Rechts. Die Übertragung der Immobilie von der Mutter auf sie sei unentgeltlich erfolgt. Die Veräußerung sei nicht steuerbar gewesen.

**9** Die Klägerin beantragt sinngemäß,

das Urteil des FG Berlin-Brandenburg vom 15.2.2018, 4 K 4295/18 sowie die Einspruchsentscheidung vom 26.9.2016 aufzuheben und den Einkommensteuerbescheid 2007 vom 23.1.2013 dahin gehend zu ändern, dass weitere Anschaffungskosten i. H. v. 265.748 €, hilfsweise der Betrag als Veräußerungskosten im Rahmen der Ermittlung des Gewinns aus einem privaten Veräußerungsgeschäft berücksichtigt werden.

**10** Das FA beantragt,

die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

**11** II. Die Revision der Klägerin ist nicht begründet und daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO).

**12** Das FG ist zutreffend von einem unentgeltlichen Erwerb der Klägerin (dazu unter 1.) und von einer Veräußerung innerhalb der zehnjährigen Frist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG ausgegangen (dazu unter 2.). Weiter hat das FG auf der Grundlage seiner tatsächlichen Feststellungen zutreffend eine den Steuertatbestand ausschließende Selbstnutzung nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG nur hinsichtlich des Nebengebäudes angenommen (dazu unter 3.). Das FG hat schließlich den Veräußerungsgewinn zutreffend ermittelt und die von der Klägerin aus dem Kaufpreis beglichene Darlehensverbind-

lichkeiten nicht als (nachträgliche) Anschaffungskosten der Immobilie eingeordnet (dazu unter 4.). Auch Veräußerungskosten nach § 22 Nr. 2, § 23 Abs. 3 EStG liegen insoweit nicht vor (dazu unter 5.).

**13** 1. Das FG ist zunächst zutreffend von einem unentgeltlichen Erwerb der Klägerin mit Vertrag vom 27.10.2004 ausgegangen.

**14** a) Ein unentgeltlicher Erwerb liegt vor, wenn der Erwerber keine Gegenleistung erbringt. Das ist zum Beispiel der Fall, wenn zivilrechtlich eine Schenkung vorliegt (vgl. Schmidt/Weber-Grellet, EStG, 38. Aufl., § 23 Rdnr. 43; Herrmann/Heuer/Raupach/Musil, EStG, KStG, § 23 EStG Rdnr. 231). Die Übernahme von Schulden beim Erwerb eines Grundstücks hingegen stellt eine Gegenleistung dar. Es liegt in Höhe der Schuldübernahme ein Entgelt vor (vgl. Beschluss des Großen Senats des BFH vom 5.7.1990, GrS 4-6/89, BFHE 161, 317 = BStBl. II 1990, S. 847 Leitsatz 3; Urteile vom 6.9.2006, IX R 25/06, BFHE 215, 465 = BStBl. II 2007, S. 265 unter II. 1. Rdnr. 8 und vom 17.4.2007, IX R 56/06, BFHE 218, 53 = BStBl. II 2007, S. 956 unter II. 1. Rdnr. 10; Herrmann/Heuer/Raupach/Stobbe, EStG, KStG, § 6 EStG Rdnr. 193 Stichwort „Schuldübernahme“; Herrmann/Heuer/Raupach/Musil, EStG, KStG, § 23 EStG Rdnr. 231). Denn der Übertragende wird von einer zivilrechtlichen Verbindlichkeit befreit, in die der Übernehmer des Grundstücks eintritt.

**15** Werden die Schulden nicht übernommen, sondern das Grundstück übereignet, die auf dem Grundstück lastenden (Brief- oder Buch-)Grundschulden mit übernommen und – wie hier – keine Freistellung des Übertragenden von den zugrunde liegenden schuldrechtlichen Verbindlichkeiten vereinbart, liegt weiterhin ein unentgeltlicher Erwerb vor. Denn in diesem Fall erbringt der Erwerber keine Gegenleistung, sondern erwirbt nur das um den Wert der Belastungen geminderte Grundstück. Eine Verbindlichkeit setzt eine dem schuldrechtlichen Anspruch des Gläubigers auf ein bestimmtes Handeln (§ 194 Abs. 1 BGB) entsprechende Leistungspflicht in der Person des Schuldners selbst voraus (vgl. Beschluss des Großen Senats des BFH in BFHE 161, 317 = BStBl. II 1990, S. 847 unter C. II. 3. a) Rdnr. 82; Urteil vom 17.11.2004, I R 96/02, BFHE 208, 197 = BStBl. II 2008, S. 296 unter II. 3. Rdnr. 19). Daran fehlt es im Fall einer dinglichen Belastung des Grundstücks, die lediglich den Wert des Grundstücks mindert. Denn der Übertragende übereignet nur das belastete Grundstück, nicht die mit den Belastungen zusammenhängenden schuldrechtlichen Verbindlichkeiten (vgl. BFH-Urteil in BFHE 208, 197 = BStBl. II 2008, S. 296 unter II. 3. Rdnr. 19; BGH-Urteil vom 7.4.1989, V ZR 252/87, BGHZ 107, 156 Leitsatz 1 sowie B. II. 3. a) Rdnr. 17; Herrmann/Heuer/Raupach/Stobbe, EStG, KStG, § 6 EStG Rdnr. 193 Stichwort „Dingliche Lasten“). Die Grundsuld stellt ein Grundpfandrecht ohne Bindung an eine persönliche Forderung dar. Dass die Grundsuld über die Sicherungsvereinbarung mit der zugrunde liegenden Verbindlichkeit verbunden ist, führt nicht zur Übertragung der Verbindlichkeit. Die Grundsuld berechtigt nur dazu, dass der Grundstückseigentümer die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu dulden und der Grundsuldgläubiger einen Anspruch auf Zahlung eines Geldbetrags aus dem Veräußerungserlös hat (vgl. zum Inhalt der Grundsuld Palandt/

*Herrler*, 78. Aufl., § 1191 Rdnr. 1; MünchKomm-BGB/Lieder, 7. Aufl., § 1191 Rdnr. 1).

**16** b) Daher handelt es sich bei der am 27.10.2004 erfolgten Übertragung von der Mutter an die Klägerin um einen unentgeltlichen Erwerb. Denn die Klägerin hat lediglich die dingliche Belastung übernommen, nicht aber die zugrunde liegenden schuldrechtlichen Verpflichtungen aus den Darlehensverträgen. Die Klägerin hat mithin keine Gegenleistung erbracht. Vielmehr hat sie das Grundstück, gemindert um den Wert der dinglichen Belastungen, erworben.

**17** c) Daran ändert auch die im Übertragungsvertrag geregelte Einräumung eines dinglichen Wohnrechts nichts. Der Wert des zurückbehaltenen Wohnrechts ist nicht den Anschaffungskosten zuzurechnen. Die Übertragung eines Grundstücks unter Vorbehalt eines dinglichen Wohnrechts (§ 1093 BGB) führt zivilrechtlich und steuerlich zu einem unentgeltlichen Erwerb. Bestellt der Erwerber eines Wirtschaftsguts im Zusammenhang mit dem Erwerb des Wirtschaftsguts zugunsten des Übertragenden ein Nutzungsrecht, gehört der Kapitalwert nicht zu den Anschaffungskosten i. S. d. § 255 Abs. 1 HGB. Vielmehr mindert das dingliche Wohnrecht von vornherein den Wert des übertragenen Vermögens (st. Rspr., vgl. BFH-Urteile vom 21.7.1992, IX R 72/90, BFHE 169, 317 = BStBl. II 1993, S. 486 unter 2. a) Rdnr. 16; vom 7.6.1994, IX R 33-34/92, BFHE 175, 70 = BStBl. II 1994, S. 927 unter 2. a) Rdnr. 17; vom 31.5.2000, IX R 50-51/97, BFHE 191, 563 = BStBl. II 2001, S. 594 unter II. 1. a) Rdnr. 16; in BFHE 208, 197 = BStBl. II 2008, S. 296 unter II. 3. Rdnr. 19; Herrmann/Heuer/Raupach/Musil, EStG, KStG, § 23 EStG Rdnr. 231; Fuhrmann/Kraeusel/Schiffers/Korn/Strahl, eKomm Bis VZ 2015, § 6 EStG Rdnr. 82 [Aktualisierung vom 21.10.2016]; Schreiben des BMF vom 30.9.2013, BStBl. I 2013, S. 1184 Rdnr. 40 „Nießbrauchserlass“).

**18** 2. Das FG ist auch zu Recht von einer Veräußerung innerhalb der zehnjährigen Frist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG ausgegangen.

**19** a) Nach § 22 Nr. 2 EStG sind sonstige Einkünfte (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 EStG) auch Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften i. S. d. § 23 EStG. Dazu gehören gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG u. a. Veräußerungsgeschäfte bei Grundstücken, bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als zehn Jahre beträgt. Im Fall des unentgeltlichen Erwerbs ist dem Einzelrechtsnachfolger die Anschaffung des Wirtschaftsguts durch den Rechtsvorgänger zuzurechnen (§ 23 Abs. 1 Satz 3 EStG).

**20** b) Im Streitfall hat die Mutter der Klägerin das Grundstück am 8.12.1998 erworben. Die unentgeltliche Übertragung an die Klägerin erfolgte am 27.10.2004 mit der Folge, dass die Klägerin in die noch laufende Frist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG eintrat. Die durch die Klägerin erfolgte Veräußerung fand am 14.9.2007 und damit noch innerhalb der Zehnjahresfrist statt.

**21** 3. Eine den Steuertatbestand ausschließende Selbstnutzung nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG hat das FG auf der Grundlage seiner tatsächlichen Feststellungen zu Recht nur hinsichtlich des Nebengebäudes, nicht hinsichtlich des Hauptgebäudes angenommen.

**22 a)** Der Ausdruck „Nutzung zu eigenen Wohnzwecken“ i. S. d. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG setzt voraus, dass eine Immobilie zum Bewohnen geeignet ist und vom Steuerpflichtigen auch bewohnt wird. Der Steuerpflichtige muss das Gebäude zumindest auch selbst nutzen; unschädlich ist, wenn er es gemeinsam mit seinen Familienangehörigen oder einem Dritten bewohnt. Eine Nutzung zu „eigenen Wohnzwecken“ liegt hingegen nicht vor, wenn der Steuerpflichtige die Wohnung entgeltlich oder unentgeltlich an einen Dritten überlässt, ohne sie zugleich selbst zu bewohnen (vgl. u. a. grundlegend BFH, Urteil vom 27.6.2017, IX R 37/16, BFHE 258, 490 = BStBl. II 2017, S. 1192 Rdnr. 12 mit umfangreichen Nachweisen zur Rechtsprechung des BFH; Schmidt/Weber-Grellet, EStG, § 23 Rdnr. 18). Ein Gebäude wird auch dann zu eigenen Wohnzwecken genutzt, wenn es der Steuerpflichtige nur zeitweilig bewohnt, sofern es ihm in der übrigen Zeit als Wohnung zur Verfügung steht. Erfasst sind daher auch Zweitwohnungen, nicht zur Vermietung bestimmte Ferienwohnungen und Wohnungen, die im Rahmen einer doppelten Haushaltsführung genutzt werden (vgl. BFH-Urteil in BFHE 258, 490 = BStBl. II 2017, S. 1192 Rdnr. 13). Dabei sind die Voraussetzungen für jedes einzelne Wirtschaftsgut gesondert zu prüfen (vgl. Schmidt/Weber-Grellet, EStG, § 23 Rdnr. 15).

**23 b)** Nach den nicht weiter mit Verfahrensrügen angegriffenen und daher bindenden (vgl. § 118 Abs. 2 FGO) Feststellungen des FG hat die Klägerin nur das Nebengebäude, nicht aber das Hauptgebäude zu eigenen Wohnzwecken genutzt. Soweit die Klägerin im Revisionsverfahren vorbringt, sie habe beide Gebäude ohne abgegrenzte Nutzung zusammen mit ihrer Mutter und deren Lebensgefährten genutzt, handelt es sich um neues tatsächliches Vorbringen. Dies kann wegen der Bindung des BFH an die Tatsachenfeststellungen des FG (§ 118 Abs. 2 FGO) im Revisionsverfahren nicht berücksichtigt werden.

**24 4.** Das FG hat schließlich zutreffend im Rahmen der Ermittlung des Gewinns aus dem privaten Veräußerungsgeschäft nach § 23 Abs. 3 Satz 1 EStG die von der Klägerin aus dem Kaufpreis beglichenen Darlehensverbindlichkeiten nicht als nachträgliche Anschaffungskosten der Immobilie eingeordnet.

**25 a)** Gewinn oder Verlust aus privaten Veräußerungsgeschäften ist nach § 23 Abs. 3 Satz 1 EStG der Unterschied zwischen dem Veräußerungspreis einerseits und den Anschaffungs- oder Herstellungskosten und den Werbungskosten andererseits. Der in § 23 EStG verwendete Begriff „Anschaffungskosten“ ist i. S. d. § 6 EStG und des § 255 Abs. 1 HGB auszulegen (st. Rspr., vgl. u. a. zuletzt BFH, Urteil vom 8.11.2017, IX R 25/15, BFHE 260, 202 = BStBl. II 2018, S. 518 Rdnr. 16; H 23 des Amtlichen Einkommensteuer-Handbuchs 2007, Stichwort „Anschaffungskosten“). Anschaffungskosten sind nach § 255 Abs. 1 Satz 1 HGB Aufwendungen, die geleistet werden, um einen Vermögensgegenstand zu erwerben und ihn in einen betriebsbereiten Zustand zu versetzen, soweit sie dem Vermögensgegenstand einzeln zugeordnet werden können. Erwerben bedeutet nach der Rechtsprechung des BFH das Überführen eines Gegenstands von der fremden in die eigene wirtschaftliche Verfügungsmacht. Dies ist der Fall, wenn Eigentum und Besitz auf den Steuerpflich-

tigen übergegangen sind (vgl. Beschluss des Großen Senats des BFH vom 22.8.1966, GrS 2/66, BFHE 86, 792 = BStBl. III 1966, S. 672 Rdnr. 13; BFH-Urteil in BFHE 218, 53 = BStBl. II 2007, S. 956 unter II. 1. Rdnr. 10).

**26** Nachträgliche Anschaffungskosten nach § 255 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 HGB sind Ausgaben, die nach Abschluss des ursprünglichen Beschaffungsvorgangs anfallen, um die Verwendbarkeit eines Vermögensgegenstandes zu ändern oder zu verbessern. Sie müssen in einem ursächlichen Veranlassungszusammenhang mit der Anschaffung stehen, also durch das Anschaffungsgeschäft veranlasst sein. Wenn die Ausgaben durch den Inhaber des Wirtschaftsguts selbst erfolgt sind und daher zu Aufwendungen geführt haben, liegen nachträgliche Anschaffungskosten nur vor, wenn die Art und/oder Qualität des Wirtschaftsguts unverändert geblieben ist (vgl. Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, 38. Aufl., § 255 Rdnr. 3; MünchKomm-HGB/Ballwieser, 3. Aufl., § 255 Rdnr. 16 ff.; Beck'sches Steuerberater-Handbuch/Zwirner/Tippelhofer, 16. Aufl. 2017/2018, § 255 HGB Rdnr. 13; Blümich/Ehmcke, EStG, KStG, GewStG, § 6 EStG Rdnr. 317).

**27** Steht einem Dritten ein dingliches Recht an einem Grundstück zu und löst der Eigentümer das dingliche Recht ab, sind die Ablösezahlungen dann nachträgliche Anschaffungskosten i. S. d. § 255 Abs. 1 HGB, wenn durch das dingliche Recht die Befugnisse des Eigentümers i. S. v. § 903 BGB, wozu u. a. auch das Recht auf Nutzung und Veräußerung des Vermögensgegenstandes zählt, beschränkt waren und der Eigentümer durch die Ablösezahlung die Beschränkung seiner Eigentümerbefugnisse beseitigt und sich die vollständige rechtliche und wirtschaftliche Verfügungsmacht an dem Grundstück verschafft (vgl. BFH-Urteile in BFHE 218, 53 = BStBl. II 2007, S. 956 unter II. 1. und II. 2. b) Rdnr. 11 und 15 betreffend die Abwehr eines Anfechtungsanspruchs; vom 18.11.2014, IX R 49/13, BFHE 247, 435 = BStBl. II 2005, S. 224 unter II. 1. a) Rdnr. 13, betreffend einen Vorbehaltsnießbrauch; vom 7.6.2018, IV R 37/15, BFH/NV 2018, 1082 betreffend eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit; Kirchhof/Schindler, EStG, 18. Aufl., § 6 Rdnr. 41). Erwirbt ein Steuerpflichtiger einen mit einem dinglichen Nutzungsrecht belasteten Gegenstand, so erhält er zunächst um das Nutzungsrecht gemindertes Eigentum. Löst er das Nutzungsrecht ab, so verschafft er sich die vollständige Eigentümerbefugnis an dem Gegenstand. Daher sind Aufwendungen zur Befreiung von einem Nießbrauch als nachträgliche Anschaffungskosten einzustufen (vgl. u. a. BFH-Urteile vom 21.12.1982, VIII R 215/78, BFHE 138, 44 = BStBl. II 1983, S. 410; in BFHE 169, 317 = BStBl. II 1993, S. 486; vom 15.12.1992, IX R 323/87, BFHE 169, 386 = BStBl. II 1993, S. 488 betreffend ein dingliches Wohnrecht; vom 22.2.2007, IX R 29/05, BFH/NV 2007, 1100 und vom 26.1.2011, IX R 24/10, BFH/NV 2011, 1480; Fuhrmann/Kraeusel/Schiffers/Korn/Strahl, eKomm Bis VZ 2015, § 6 EStG Rdnr. 84 (Aktualisierung vom 6.3.2019); BMF-Schreiben in BStBl. I 2013, S. 1184 Rdnr. 59, „Nießbrauchserlass“).

**28** Nachträgliche Anschaffungskosten entstehen allerdings nicht, wenn der Erwerber eines Grundstücks zwecks Löschung eines Grundpfandrechts Schulden tilgt, die er zunächst nicht übernommen hat. Die Belastung eines unentgelt-

lich übertragenen Wirtschaftsguts mit einer Grundschuld führt nicht zu Anschaffungskosten (vgl. BFH, Urteil vom 14.4.1992, VIII R 6/87, BFHE 169, 511 = BStBl. II 1993, S. 275 Rdnr. 13). Denn die Belastung mit einer Grundschuld beruht weder auf einem entgeltlichen Anschaffungsgeschäft noch verändert sie die Nutzbarkeit des Grundstücks oder dient der Herstellung eines betriebsbereiten Zustands. Die Eintragung einer Grundschuld hat keine Einschränkung der Nutzungsbefugnisse zur Folge. Die Belastung sichert auch nicht den Übergang in die Verfügungsmacht des Erwerbers, da sie über die Sicherungsvereinbarung nur den Darlehensanspruch des Gläubigers, nicht aber den Verschaffungsanspruch des Erwerbers absichert.

**29** Entsprechendes gilt für die Löschung der Grundschuld. Die Löschung der Grundschuld führt nicht zu einer (weitergehenden) Verschaffung der (dinglichen) Verfügungsmacht über das Grundstück und erweitert auch nicht die Nutzungsbefugnisse. Das (wirtschaftliche) Eigentum und der Besitz sind bereits bei (unentgeltlichem) Erwerb des Grundstücks übergegangen. Die spätere Zahlung auf das Darlehen, das die Grundschuld besichert, hat hierauf keine Auswirkung. Sie erweitert nicht die Verfügungsbefugnis des Grundstückseigentümers. Dieser kann das Grundstück – wie im Streitfall und in der Praxis zumeist der Fall – lastenfrei auf den Erwerber übertragen und die den Grundschulden zugrunde liegenden Drittverbindlichkeiten tilgen. Alternativ kann der Veräußerer die Grundschuld auch bestehen lassen und mit dem Erwerber eine Übernahme der besicherten Darlehensverbindlichkeiten an Erfüllung statt (§ 364 Abs. 1 BGB) unter Anrechnung auf den Kaufpreis vereinbaren.

**30** Der Eigentümer muss zwar unter Umständen die Zwangsvollstreckung hinnehmen (vgl. Erman/Wenzel, BGB, 15. Aufl., § 1191 Rdnr. 127). Die Verpflichtung des Eigentümers, die Zwangsvollstreckung zu dulden, ist aber in der Regel durch die Sicherungsvereinbarung beschränkt. Die Zahlung auf ein Darlehen zwecks Ablösung einer Grundschuld muss daher anders behandelt werden als Zahlungen zur Ablösung von dinglichen Nutzungsrechten wie Vorbehaltssnießbrauch und Wohnrecht. Anders als bei der Ablösung eines Nutzungsrechts kommt es nicht zur Übertragung eines Vermögenswerts vom Berechtigten auf den Grundstückseigentümer (vgl. BFH-Urteil in BFHE 169, 511 = BStBl. II 1993, S. 275 Rdnr. 13).

**31** b) Daran gemessen hat das FG zu Recht wegen der Zahlung auf die Darlehen das Entstehen nachträglicher Anschaffungskosten i. H. v. 265.748 € verneint. Denn dieser Betrag ist geleistet worden, um Verbindlichkeiten eines Dritten – hier der Mutter der Klägerin – abzulösen. Im Streitfall hatte die Klägerin das Eigentum an dem Grundstück bereits im Jahr 2004 unentgeltlich durch Schenkung erworben. Der Erwerbsvorgang war seinerzeit abgeschlossen. Die Tilgung war nicht auf eine Verschaffung oder Erweiterung der dinglichen Verfügungsmacht gerichtet. Bei wirtschaftlicher Betrachtung entfällt die Ablösezahlung allein auf die Tilgung der den Grundschulden zugrunde liegenden Darlehensverbindlichkeiten und nicht auf die Anschaffung des Grundstücks.

**32** Die Ablösung der Darlehen hat zudem ihre Ursache darin, dass seitens der Mutter der Klägerin zum Verkaufszeitpunkt die Darlehen noch nicht zurückgeführt waren. Die Ablösung stellt eine bloße Verwendung des Veräußerungserlöses dar.

Auch bei der Mutter der Klägerin wäre die Tilgung der den Grundschulden zugrundeliegenden Verbindlichkeiten ohne steuerliche Auswirkung geblieben und hätte sich nicht auf die Anschaffungskosten ausgewirkt. Daher wird auch in der Rechtsprechung des Senats die Ablösung von Belastungen nach einem unentgeltlichen Erwerb dann nicht zu den Anschaffungskosten gerechnet, wenn es sich um rein privat veranlasste Verbindlichkeiten gegenüber einem Dritten handelt (vgl. BFH, Urteil vom 17.12.2008, IX R 11/08, BFH/NV 2009, 1100, NV-Leitsatz 2 und unter II. 1. b) Rdnr. 13). Dies ist entschieden worden zum Beispiel für Vermächtnis- oder Pflichtteilsverbindlichkeiten (vgl. BFH-Urteil in BFHE 169, 511 = BStBl. II 1993, S. 275 und in BFH/NV 2009, 1100).

**33** 5. Eine Einordnung der Tilgungsbeträge als Veräußerungskosten nach § 22 Nr. 2, § 23 Abs. 3 EStG scheidet ebenfalls aus.

**34** a) Veräußerungskosten sind alle durch den Veräußerungsvorgang veranlassten Kosten, die nicht zu den nachträglichen Anschaffungs- oder Herstellungskosten gehören und auch nicht im Rahmen einer steuerlich relevanten Zwischennutzung Betriebsausgaben oder Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung darstellen oder wegen privater Nutzung nach § 12 EStG nicht abziehbar sind. Abziehbar sind danach die durch die Veräußerung des Wirtschaftsguts veranlassten Aufwendungen (vgl. BFH, Urteil vom 12.12.1996, X R 65/95, BFHE 182, 363 = BStBl. II 1997, S. 603; Schmidt/Weber-Grellet, EStG, § 23 Rdnr. 82; Herrmann/Heuer/Raupach/Musil, EStG, KStG, § 23 EStG Rdnr. 288; Kirchhof/Kube, EStG, § 23 Rdnr. 19; KKB/Bäumel, EStG, 4. Aufl., § 23 Rdnr. 361; BeckOK-EStG/Trossen EStG, Stand: 1.7.2019, § 23 Rdnr. 304).

**35** b) Die streitigen Aufwendungen der Klägerin sind nicht durch die Veräußerung veranlasst. Vielmehr hat die Klägerin private Verbindlichkeiten ihrer Mutter mit dem Veräußerungserlös getilgt. Diese Verwendung der erlangten Mittel steht mit der Veräußerung weder unmittelbar noch mittelbar in Zusammenhang. Die Zahlung hat sich zudem zeitlich – durch Einzahlung auf ein Anderkonto – nach der Veräußerung abgespielt und hat auch keinen Niederschlag im Kaufvertrag zwischen Veräußerer und Erwerber gefunden. Die bloße Verwendung des Veräußerungserlöses zur Tilgung privater Verbindlichkeiten nach der Veräußerung führt nicht zur Entstehung von Veräußerungskosten i. S. v. § 23 Abs. 3 EStG.

**36** 6. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 2 FGO.

#### ANMERKUNG:

Von Richter am BFH Dr. **Nils Trossen**, München

#### 1. Unentgeltlicher Erwerb bei Übertragung eines Grundstücks ohne Übernahme der Darlehen des Rechtsvorgängers

Die Entscheidung betrifft einen unglücklich gestalteten Fall der vorweggenommenen Erbfolge bei einem Wohngrundstück. Im Streitfall übertrug die Mutter der Klägerin im Jahr 2004 der Klägerin (im Folgenden: Tochter) ein Grundstück mit zwei Gebäuden (Haupt- und Nebengebäude). Die auf dem Grundstück lastende Grundschuld über 400.000 DM

in Abt. III wurde bestehen gelassen. Allerdings übernahm die Tochter nicht die der Grundschuld zugrunde liegende Darlehensverbindlichkeit. Vielmehr wurde diese mit Zins und Tilgung weiter von der Mutter bedient. Zugleich wurde zugunsten der Mutter und ihres damaligen Lebensgefährten ein dingliches Wohnrecht eingetragen. Das Hauptgebäude wurde weiterhin von der Mutter zu eigenen Wohnzwecken genutzt. Das Nebengebäude nutzte die Tochter als Zweitwohnsitz hauptsächlich an Wochenenden zu privaten Wohnzwecken.

Im Jahr 2007 geriet die Mutter in wirtschaftliche Schwierigkeiten und konnte das Darlehen nicht mehr bedienen. Um die Zwangsversteigerung der Immobilie zu verhindern, veräußerte die Tochter die gesamte Liegenschaft zu einem Kaufpreis von 530.000 €. Der Verkauf erfolgte lastenfrei. Von dem auf dem Notaranderkonto hinterlegten Kaufpreis wurden 265.748 € dazu verwandt, das der Grundschuld zugrunde liegende Darlehen abzulösen. Der Restkaufpreis wurde an die Tochter ausgekehrt. Das FA unterwarf den gesamten Veräußerungsvorgang als privates Veräußerungsgeschäft der Besteuerung. Dem ist der BFH nur hinsichtlich des Hauptgebäudes, nicht aber hinsichtlich des von der Tochter genutzten Nebengebäudes gefolgt.

Der BFH führte zunächst aus, es sei von einem unentgeltlichen Erwerb und einer Veräußerung innerhalb der Zehnjahresfrist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG auszugehen. Es sei eine die Besteuerung ausschließende Selbstnutzung nur hinsichtlich des von der Tochter genutzten Nebengebäudes anzunehmen. Der Veräußerungsgewinn sei ohne Berücksichtigung der Tilgung der bei der Übertragung nicht übernommenen Darlehensverbindlichkeit zu berechnen. Insofern lägen weder nachträgliche Anschaffungskosten noch Veräußerungskosten vor.

Das Urteil des BFH betrifft mehrere praxisrelevante Problemfelder bei der Übertragung von Immobilienvermögen zwischen nahen Angehörigen.

## 2. Unentgeltlicher Erwerb

Der BFH beschäftigt sich zunächst unter II. 1 der Entscheidungsgründe mit der Frage eines unentgeltlichen Erwerbs seitens der Tochter. Ein unentgeltlicher Erwerb liegt vor, wenn der Erwerber keine Gegenleistung erbringt. Werden Darlehen anlässlich der Grundstücksübertragung übernommen oder der Übertragende von der schuldrechtlichen Verbindlichkeit frei gestellt, führt dies regelmäßig zu einem (teil-) entgeltlichen Erwerb. Anders ist dies hingegen, wenn – wie im Besprechungsfall – die der Belastung zugrunde liegende Darlehensverbindlichkeit nicht mitübernommen wird. In diesem Fall wird nur das Grundstück, gemindert um den Wert der grundbuchmäßigen Belastung, übertragen. Dies entspricht der ständigen BFH-Rechtsprechung und gilt in gleicher Weise für die Übertragung unter Vorbehaltsnießbrauch oder Zurückbehaltens eines dinglichen Wohnrechts.<sup>1</sup>

## 3. Selbstnutzung auch bei nur gelegentlicher Nutzung als Zweitwohnsitz

Unter Punkt II. 3 der Entscheidungsgründe befasst sich der BFH mit der Frage einer die Steuerbarkeit als privates Veräußerungsgeschäft ausschließenden Nutzung zu eigenen Wohnzwecken. Hier nimmt er auf seine jüngste Rechtsprechung Bezug, wonach eine auch nur gelegentliche Nutzung (zum Beispiel als Zweitwohnsitz oder als Ferienwohnung) eine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken darstellt.<sup>2</sup> In Bezug auf das private Veräußerungsgeschäft ist bei § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG die Rechtslage eine deutlich andere als bei der Steuerbefreiung für das Familienheim in § 13 Abs. 1 Nr. 4a bis 4c ErbStG, wo eine Begünstigung von Zweit- und Ferienwohnungen abgelehnt wird.<sup>3</sup> Für die Praxis bedeutsam ist in diesem Zusammenhang die objektbezogene Betrachtungsweise des BFH. Dies bedeutet, dass jedes einzelne Wirtschaftsgut für Zwecke der Selbstnutzung gesondert zu betrachten ist, d. h. bei einem Zwei- oder Mehrfamilienhaus hat dies für jede einzelne Wohnung zu erfolgen.

## 4. Tilgung fremder Darlehen führt nicht zu (nachträglichen) Anschaffungskosten

Unter II. 4 der Entscheidungsgründe äußert sich der BFH zu der Kernfrage des Verfahrens, nämlich ob die Bezahlung einer von dem Erwerber nicht übernommenen Verbindlichkeit des Übertragenden zu (nachträglichen) Anschaffungskosten für die Immobilie führt. Dies verneint der BFH, weil es sich insoweit um eine private Verbindlichkeit des Übertragenden handelt, die mit der (bereits in der Vergangenheit erfolgten) Übertragung der Immobilie in keinem Zusammenhang steht. Die Tilgung fremder Verbindlichkeiten führt auch dann nicht zur Annahme von (nachträglichen) Anschaffungskosten eines Grundstücks i. S. d. § 255 Abs. 1 HGB, wenn die betroffene Verbindlichkeit über eine Grundschuld auf dem Grundstück dinglich abgesichert ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Zahlung nicht zu einer weiteren Verschaffung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht führt. Letzteres ist zum Beispiel bei der Ablösung eines Vorbehaltsnießbrauchs oder dinglichen Wohnrechts der Fall, da sich hier in der Folge des Wegfalls der Belastung die Eigentümerrechte erweitern. Nachträgliche Anschaffungskosten entstehen daher nicht, wenn der Grundstückseigentümer zwecks Löschung einer Grundschuld Darlehen tilgt, die er bei Erwerb des Grundstücks nicht übernommen hatte. Das Gleiche gilt, wenn der Erwerber des Grundstücks anlässlich der Grundstücksübertragung zum Beispiel Bürgschaften zugunsten des Übertragenden eingeht, die zugrunde liegenden Verbindlichkeiten des Übertragenden aber nicht übernimmt. Im Besprechungsfall wäre das Ergebnis für die Tochter auch günstiger gewesen, wenn sie das dingliche Wohnrecht der Mutter entgeltlich abgelöst hätte und die Mutter aus den erhaltenen Mitteln das Darlehen ganz oder teilweise selbst getilgt hätte. In diesem Fall wären der Tochter mit der Zahlung (nachträgliche) Anschaffungskosten ent-

<sup>1</sup> § 1093 BGB, vgl. auch u. a. BFH, Urteil vom 18.11.2014, IX R 49/13, MittBayNot 2016, 86.

<sup>2</sup> Vgl. u. a. BFH, Urteil vom 27.6.2017, IX R 37/16, MittBayNot 2018, 73 und Urteil vom 21.5.2019, IX R 6/18, BFH/NV 2019, 1227.

<sup>3</sup> Vgl. BFH, Urteil vom 18.7.2013, II R 35/11, ZEV 2013, 688.



standen, die sich im Rahmen der Ermittlung ihres Gewinns aus einem privaten Veräußerungsgeschäft mindernd ausgewirkt hätten.<sup>4</sup> Voraussetzung ist dann aber eine Bewertung des Wohnrechts, d.h. es muss der Wert des Wohnrechts abgefunden werden. Dieser deckt sich in der Praxis häufig nicht mit den noch offenen Darlehensverbindlichkeiten.

4 Vgl. BFH, Urteil vom 18.11.2014, IX R 49/13, MittBayNot 2016, 89.

## 28. Kurzzeitige Vermietung für die Anwendung der Ausnahmegvorschrift des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 Alt. 2 EStG unschädlich

BFH, Urteil vom 3.9.2019, IX R 10/19 (Vorinstanz: FG Baden-Württemberg, Urteil vom 7.12.2018, 13 K 289/17)

*EStG § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 Alt. 2*

### LEITSATZ:

Wird eine Wohnimmobilie im Jahr der Veräußerung kurzzeitig vermietet, ist dies für die Anwendung der Ausnahmegvorschrift des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 Alt. 2 EStG unschädlich, wenn der Steuerpflichtige das Immobilienobjekt – zusammenhängend – im Veräußerungsjahr zumindest an einem Tag, im Vorjahr durchgehend sowie im zweiten Jahr vor der Veräußerung zumindest einen Tag lang zu eigenen Wohnzwecken genutzt hat.

## SONSTIGES

### TAGUNGSBERICHT

#### Vertragliche Instrumente gegen die Wohnungsnot

#### Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 5.2.2020

Von **Johannes Gansmeier**, München<sup>1</sup>

Am 5.2.2020 fand die zweite Tagung des Wintersemesters 2019/20 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt. Das Thema der Veranstaltung lautete „Vertragliche Instrumente gegen die Wohnungsnot. Gemeindliche Wohnungspolitik zwischen Öffentlichem Recht, Privatrecht und Notariat“. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle, Professor Dr. *Hans Christoph Grigoleit*, begrüßte die zahlreichen Teilnehmerinnen und Teilnehmer und führte in das Tagungsthema ein. Danach stellte er die Referenten, Professor Dr. *Elisabeth Merk*, Stadtbaurätin der Landeshauptstadt München, Professor Dr. *Martin Burgi*, Ludwig-Maximilians-Universität München, und Professor Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Notar in Regen/Zwiesel, vor und übergab das Wort an *Merk*.

Zu Beginn ihres Vortrags zum Thema „Gestaltungsinstrumente aus Sicht der Landeshauptstadt – politische Perspektiven“ führte *Merk* unter Hinweis auf ihre Funktion als Stadtbaurätin und ihren Hintergrund als Architektin mit der Bemerkung ein, dass der Fokus ihrer thematischen Auseinandersetzung weniger den juristischen als vielmehr den städtebaulichen Herausforderungen und Möglichkeiten gelten sollte. Sodann verschaffte sie einen Überblick über die Rahmenbedingungen einer urbanen Stadtentwicklung der Landeshauptstadt München. In diesem Themenbereich seien verschiedene Aspekte des städtischen Wohnens miteinander zu vereinen: Neben der Sicherstellung der Einrichtung zukunftsfähiger Mobilitätskonzepte, dem Klimaschutz und der Wahrung individuellen Frei-raums müssten etwa auch die ansprechende Nutzung des öffentlichen Raums und eine adäquate Durchmischung von Wohngebieten bedacht werden. Das Spannungsfeld zwischen den benannten Aspekten werde in München durch ein prognostiziertes Wachstum um ca. 300.000 Einwohner bis ins Jahr 2035 weiter an Intensität gewinnen. Anders als etwa in Berlin oder Hamburg wachse in München jedoch nicht nur das Stadtgebiet selbst, sondern ebenso die angrenzende Region, was eine verstärkte Kooperation zwischen der Stadt München und den benachbarten Landkreisen erfordere. *Merk* wies in diesem Zusammenhang auf zusätzliche Schwierigkeiten hin, die München – im Gegensatz zu Hamburg und Berlin als die

beiden noch größeren deutschen Städte – deshalb habe, weil es kein eigenes Bundesland sei; insbesondere wurde hier die mangelnde Verfügungsmacht über das Bauordnungsrecht angeführt.

In ihrer anschließenden Darstellung der städtebaulichen Grundstückspolitik erläuterte *Merk* verschiedene Ansätze der Landeshauptstadt, um die oben benannten Herausforderungen bewältigen zu können: Zum einen habe sich die Landeshauptstadt dazu entschieden, bis auf Weiteres keine in städtischem Eigentum stehenden Grundstücke mehr zu verkaufen, eine Vergabe an Investoren oder Ähnliches erfolge nurmehr im Erbbaurecht und mit zusätzlichen Verpflichtungen. Zum anderen würden städtebauliche Entwicklungsprojekte nur dann vergeben, wenn die jeweiligen Konzeptausschreibungen auf die Vorstellungen der Landeshauptstadt zugeschnitten seien; den Zuschlag erhalte derjenige Investor, welcher die von der Stadt München vorab aufgestellten Vorgaben in seinem Baukonzept am besten umsetze. Neben der gezielten Akquise von Grundstücken, welche wiederum städtebaulichen Projekten zugeführt werden könnten, betonte *Merk* zudem den Aspekt der Nachverdichtung im Rahmen bestehender Bausubstanz. Hierbei sei ein besonderes Problem jedoch, die Nachverdichtungsvorgaben derart auszugestalten, dass sich eine Nachverdichtung für Investoren einerseits finanziell lohne, andererseits aber auch Belange des gesunden Wohnens angemessen Berücksichtigung fänden. Zum Beispiel lohne sich für viele Investoren eine Aufstockung eines Mehrparteienhauses um zwei Stockwerke finanziell durch die damit verbundenen Mehrausgaben nicht; bei vier Stockwerken würden jedoch Belange der nachbarschaftlichen Umgebungsbelichtung gegen eine Realisierung sprechen. Nachdem die Rahmenbedingungen und Gestaltungsmöglichkeiten der Stadtentwicklung abstrakt vorgestellt waren, ging *Merk* zum Abschluss ihres Vortrags auf einige ausgewählte städtebauliche Projekte der letzten Jahre ein, wobei sie exemplarisch unter anderem die Entwicklungen im Prinz-Eugen-Park mit 570 Wohnungen, in Freiham mit 11.500 Wohnungen oder im Gebiet der ehemaligen Bayernkaserne mit 5.500 Wohneinheiten hervorhob.

Nach dem Vortrag *Merks* referierte *Burgi* zum Thema „Vertragliche Instrumente gemeindlicher Wohnungspolitik: Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen und Vorgaben“. In einer kur-

<sup>1</sup> Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Geschäftsführer der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

zen Hinführung kontextualisierte *Burgi* das Thema anhand empirischer Rahmenbedingungen; zwischen 1950 und 2017 seien die Baulandpreise in München um 39.390,0 % angestiegen, die Wohnungsmietpreise in den vergangenen fünf Jahren um 23,5 %. Gleichzeitig sei der Bedarf nach bewohnbarer Fläche von 20 m<sup>2</sup> pro Person in 1960 auf rund 40 m<sup>2</sup> im Jahr 2020 angestiegen und eine massive Wanderbewegung in die sieben größten deutschen Städte, deren Umfeld sowie in Universitätsstädte zu beobachten. Dies alles führe dazu, dass die defizitäre Wohnraumversorgung als existenzielle Herausforderung den Staat und die meisten Bürger (in Großstädten) betreffe.

Nach einem kurzen Überblick über die verschiedenen Akteure und Herausforderungen in der gemeindlichen Wohnungspolitik stellte *Burgi* die Ziele und Verträge wohnraumbezogener Bodenpolitik vor: Hier ginge es in erster Linie um die Bereitstellung von Bauland bzw. die Mobilisierung von zum Wohnen geeigneter Immobilien und einer dadurch bedingten Verringerung von Mieten. Sekundäre Ziele wohnraumbezogener Bodenpolitik könnten unter Umständen die Förderung von Einheimischen, der Kampf gegen die sog. Gentrifizierung oder die Vermeidung von Segregation sein. Aktuell in der politischen Debatte besonders präzente Instrumente, wie etwa die sog. Mietpreisbremse, seien kein Teil wohnraumbezogener Bodenpolitik, da diese keinen Beitrag zum Ziel der Wohnraumversorgung lieferten, sondern lediglich dazu gedacht seien, die Bezahlbarkeit von Wohnraum sicherzustellen. Instrumente wohnraumbezogener Bodenpolitik seien demgegenüber als einseitige staatliche Maßnahmen etwa der Erlass von Satzungen (darunter zuvorderst: Bebauungspläne oder Ähnliches), Enteignungen oder die Ausübung von Vorkaufrechten. Kooperative Maßnahmen umfassten hingegen beispielsweise eine aktive kommunale Liegenschaftspolitik oder den Abschluss von Verträgen mit Pflichten zulasten Privater bezüglich der Grundstücksbereitstellung zum Zwecke der Wohnraumnutzung; bei Verträgen sei in Abhängigkeit der jeweiligen Leistung danach zu unterscheiden, ob die Gemeinde (1) eine sonst fehlende Bebauungsbefugnis oder (2) Eigentum bzw. Erbbaurecht verschafft.

*Burgi* leitete sodann zur Darstellung der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen über. Die Legitimation gemeindlicher Wohnungspolitik sei durch das Sozialstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 1 GG eigentlich relativ schwach konturiert, werde in den letzten Jahren indes durch das BVerfG (unter dem Stichwort „Existenzminimum“) verstärkt ausgefüllt. Vorschriften der Bayerischen Verfassung (BV), wie etwa Art. 106 Abs. 1, Art. 125 Abs. 3 oder Art. 161 Abs. 1 und 2 könnten darüber hinaus die Legitimation gemeindlicher Wohnungspolitik partiell verstärken, wengleich die wesentlichen vertraglichen Elemente als bundesrechtliche Vorschriften des BauGB und BGB nicht durch Maßstäbe der BV tangiert werden könnten. In grundrechtlicher Hinsicht wären insbesondere Art. 14 und Art. 3 Abs. 1 GG sowie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach Art. 20 Abs. 3 GG mit Blick auf eine gemeindliche Wohnungspolitik von (unterschiedlich ausgeprägter) Bedeutung.

Nach diesen Ausführungen widmete sich *Burgi* den einfachgesetzlichen Vorgaben des BauGB, wobei insbesondere Ausführungen zu § 11 BauGB als Zentralnorm des städtebaulichen

Vertrags im Fokus standen: Zunächst thematisierte *Burgi* die Anwendbarkeit und Reichweite von § 11 BauGB. Dabei wurde für städtebauliche Verträge die Frage aufgeworfen, ob nur bebauungsplanbegleitende Verträge von der Vorschrift erfasst seien, also solche, in denen explizit baubezogene Pflichten durch die Gemeinde begründet werden. Hierauf habe etwa der BGH kürzlich abgestellt.<sup>2</sup> *Burgi* plädierte hinsichtlich dieser Thematik dafür, dass § 11 BauGB *umfassend* die kooperativen Instrumente gemeindlicher Wohnungspolitik normiere und somit präge. Die Vorschrift sei für alle städtebauvertraglichen Aktivitäten seitens der Kommunen entscheidend, und zwar unabhängig davon, ob der jeweils in Rede stehende Vertrag als öffentlich- oder zivilrechtlich zu qualifizieren sei. Hierfür spreche insbesondere der Wortlaut des § 11 Abs. 1 und 4 BauGB („städtebauliche Verträge“). Der Gesetzgeber habe mit § 11 BauGB in die eigentlich privatautonom zu gestaltende Beziehung der Vertragspartner eingegriffen, um in städtebaulichen Angelegenheiten Gemeinwohlbelangen mehr Geltung verschaffen zu können. Besonders bedeutsame, typisierte städtebauliche Verträge stellten in diesem Zusammenhang Förderungs- und Sicherungsverträge (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB) sowie Folgekostenverträge im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB dar; überdies seien auch § 1 Abs. 5 sowie Abs. 6 Nr. 2 BauGB stets zu beachten.

Im weiteren Verlauf des Vortrags beleuchtete *Burgi* das Verhältnis von § 11 Abs. 2 BauGB und §§ 305 ff. BGB, welches in der BGH-Judikatur weitgehend ungeklärt sei.<sup>3</sup> Während etwa nach § 11 Abs. 2 BauGB der gesamte Vertrag Prüfungsmaßstab sei, käme es im AGB-Recht im Grundsatz nur auf einzelne Vertragsklauseln an; auch gelte im AGB-Recht das weitgehende sog. Verbot geltungserhaltender Reduktion. Eine entsprechende Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB könne sich bei städtebaulichen Verträgen über Art. 62 Satz 2 BayVwVfG ergeben. *Burgi* plädierte – auch für Konstellationen mit Verbraucherbeteiligung – für einen Vorrang des § 11 BauGB gegenüber dem AGB-Recht, da die gesetzgeberische Intention der Norm hinsichtlich der Bestimmung des Schutzniveaus des Vertragspartners abschließenden Charakter habe.

Anschließend stellte *Burgi* verschiedene Typen anerkannter städtebaulicher Vertragsinhalte vor (zum Beispiel Handlungs- und Unterlassungspflichten, Instrumente der Sicherung und Durchsetzung wie etwa Bürgschaften und Grundpfandrechte) und bettete diese in die verwaltungsrechtlichen Regelungskomplexe „Koppelungsverbot“ (gemäß § 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB und Art. 56 Abs. 1 Satz 2 BayVwVfG) und „Angemessenheitsprüfung“ ein. *Burgi* endete mit einem kurzen Überblick über die aktuelle Rechtsprechung des BGH zu städtebaulichen Vertragskonstellationen und resümierte die Ergebnisse seines Vortrags.

Als dritter Referent der Tagung wandte sich *Grziwotz* im Anschluss dem Thema „Gemeindliche Wohnungspolitik zwischen Öffentlichem Recht, Privatrecht und Notariat: Die Perspektive des Notariats“ zu. Einleitend ging *Grziwotz* zunächst auf die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen ein, wo-

2 Urteil vom 16.3.2018, V ZR 306/16, DNotZ 2019, 91 Rdnr. 10.

3 Vgl. BGH, Urteil vom 15.2.2019, V ZR 77/18, DNotZ 2019, 857 Rdnr. 6.

bei wiederum Art. 106 Abs. 1 und Art. 125 Abs. 3 BV angeführt wurden. Im weiteren Verlauf des Vortrags skizzierte *Grziwotz* den Rechtsprechungsverlauf zum Thema „Einheimischenmodell“ und wies in diesem Zusammenhang auf besondere Herausforderungen für die notarielle Praxis hin: Zunächst seien Einheimischenmodelle – auch ohne entsprechende Rechtsgrundlage – insbesondere von der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung gebilligt worden.<sup>4</sup> Daraufhin habe der Gesetzgeber durch Schaffung verschiedener Rechtsgrundlagen für die Anerkennung von Einheimischenmodellen – u. a. in § 11 Abs. 1 Nr. 2 BauGB a. F. – reagiert und so versucht, den Kommunen weiterhin deren rechtmäßige Etablierung zu ermöglichen. Zwar seien in der zivilrechtlichen Judikatur vereinzelt Unsicherheiten hinsichtlich der Zulässigkeit von Einheimischenmodellen laut geworden,<sup>5</sup> doch habe schließlich auch der BGH deren Zulässigkeit anerkannt.<sup>6</sup>

Eine Zäsur stellte in dieser Hinsicht eine Entscheidung des EuGH dar, in welcher dieser entschied, dass das Unionsrecht einer Regelung entgegenstehe, nach welcher die Überprüfung des Bestehens einer „ausreichenden Bindung“ eines potenziellen Grundstückserwerbers oder Mieters zu einer Gemeinde einer provinziellen Bewertungskommission unterworfen ist.<sup>7</sup> In

Folge dieser Rechtsprechung seien Einheimischenmodelle dahin gehend modifiziert worden, dass nunmehr nicht (allein) auf eine Ortsansässigkeit, sondern vielmehr die angemessene Versorgung einkommensschwächerer Personen der örtlichen Bevölkerung abgestellt wurde (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 2 BauGB i. d. F. ab 13.5.2017).

*Grziwotz* stellte im Folgenden die Entwicklung des „klassischen“ Einheimischenmodells hin zu einem „Eigentums-Einheimischenmodell“ vor, in welchem insbesondere die Befugnis zur Weiterveräußerung eines Grundstücks an den Ablauf einer bestimmten Frist (meist 20 bis 30 Jahre) gebunden ist.<sup>8</sup> So dann warf *Grziwotz* die Frage nach einer Neujustierung der städtebaulichen Verträge durch neuartige Vertragsgestaltungen seitens kommunaler Akteure auf, welche unter den Schlagworten Angebotsmodelle, Spekulationsverhinderung und Nutzungsbindung diskutiert wurde. Abschließend erteilte *Grziwotz* einen Ausblick darauf, inwiefern die notarielle Vertragsgestaltung möglicherweise einen Beitrag zur Erhöhung der gesamtgesellschaftlichen Gerechtigkeit leisten könnte.

Nach den Vorträgen eröffnete *Grigoleit* die – angesichts der bereits fortgeschrittenen Zeit kurze – Diskussion mit den Referenten, die sich den Fragen des Auditoriums stellten. Bei einem anschließenden Empfang hatten die Referenten und die Teilnehmerinnen und Teilnehmer die Möglichkeit zum weiteren fachlichen und persönlichen Austausch.

4 Etwa BayVGH, Urteil vom 11.4.1990, 1 B 85 A. 1480, MittBayNot 1990, 259 oder BVerwG, Urteil vom 11.2.1993, IV C 18/91, DNotZ 1994, 63.

5 OLG Hamm, Urteil vom 11.1.1996, 22 U 67/95, MittBayNot 1996, 199 oder OLG München, Urteil vom 27.6.1994, 30 U 974/93, MittBayNot 1994, 464.

6 BGH, Urteil vom 2.10.1998, V ZR 45/98, DNotZ 1999, 398 („Tannenwaldfall“).

7 Urteil vom 8.5.2013, Rs. C-197/11 und C-203/11, DNotZ 2013, 831, („flämisches Dekret“).

8 Dazu etwa BGH, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 271/14, DNotZ 2015, 819; Urteil vom 15.2.2019, V ZR 77/18, DNotZ 2019, 857.

## Veranstaltungen des DAI

1. **Modularer Intensivkurs der Notarkasse für Privatangestellte**  
(Falkner/Jurkat/Lisch/Storch/Vollrath)  
16.7.2020 bis 18.7.2020 in München
2. **Der Bauträgervertrag, Gestaltung, Inhalte – für fortgeschrittene Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**  
(Tondorf)  
21.8.2020 in Heusenstamm
3. **Grundstückskaufvertrag für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**  
(Thon)  
26.8.2020 in Kiel
4. **Intensivkurs Kostenrecht**  
(Diehn)  
28.8.2020 in Heusenstamm
5. **Das Landwirtschaftsrecht in der notariellen Praxis**  
(Hartmann/Piltz)  
28.8.2020 in Oldenburg
6. **Aktuelle Fragen des Erbbaurechts in der notariellen Praxis**  
(Schreinert)  
28.8.2020 in Bochum
7. **Insolvenzrecht in der notariellen Praxis**  
(Reul)  
29.8.2020 in Köln

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um **Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare**. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

## NEUERSCHEINUNGEN

1. Blaurock: Handbuch Stille Gesellschaft. 9. Aufl., Otto Schmidt, 2020. 1.088 S., 189 €
2. Bork/Gehrlein: Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung. 15. Aufl., RWS, 2020. 374 S., 62 €
3. Egelhof: Ausschüttungssperren in der Organschaft. Mohr Siebeck, 2020. 275 S., 69 €
4. Falkner/Grotheer/Hupka/Primaczenko/Sander/Weber: Kölner Formularbuch Wohnungseigentumsrecht. Heymanns, 2020. 800 S., 129 €
5. Francisco Fernández Sánchez: Die Parteiautonomie im internationalen Erbrecht. Notarverlag, 2020. 180 S., 49 €
6. Göthel: Grenzüberschreitende M & A-Transaktionen. 5. Aufl., RWS, 2020. 1.264 S., 138 €
7. Gustavus: Handelsregister-Anmeldungen. 10. Aufl., Otto Schmidt, 2020. 479 S., 59,50 €
8. Haase/Jachmann-Michel: Beck'sches Handbuch Immobiliensteuerrecht. 2. Aufl., Beck, 2020. 674 S., 149 €
9. Ihrig/Schäfer: Rechte und Pflichten des Vorstands. 2. Aufl., Otto Schmidt, 2020. 609 S., 129 €
10. Lange: Der Matrixkonzern. Duncker & Humblot, 2020. 373 S., 99,90 €
11. Lotz: Grenzüberschreitende Einflussnahme im Konzern. Mohr Siebeck, 2020. 344 S., 64 €
12. Lutter/Krieger/Verse: Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats. 7. Aufl., Otto Schmidt, 2020. 656 S., 129 €
13. Müller-Engels/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira: Adoptionsrecht in der Praxis. 4. Aufl., Giesecking, 2020. 234 S., 49 €
14. Pöschke: Satzungsdurchbrechende Beschlüsse in GmbH und AG. Mohr Siebeck, 2020. 381 S., 94 €
15. Quast: Unternehmensfortführung durch Testamentsvollstrecker und Insolvenzverwalter. Duncker & Humblot, 2020. 307 S., 89,90 €
16. Saenger/Inhester: GmbHG. 4. Aufl., Nomos, 2020. 1.999 S., 128 €
17. Schneider: ZVG: Zwangsversteigerungsgesetz. Otto Schmidt, 2020. 2.148 S., 139 €
18. Schreiber/Ruge: Handbuch Immobilienrecht. 4. Aufl., Erich Schmidt Verlag, 2020. 1851 S., 198 €
19. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 4: Familienrecht, §§ 1616-1625 (Kindesname, Eltern-Kind-Verhältnis). Sellier – De Gruyter, 2020. 292 S., 109,95 €
20. Viskorf: Familienunternehmen in der Nachfolgeplanung. Beck, 2020. 528 S., 139 €
21. Von Oertzen/Loose: ErbStG. 2. Aufl., Otto Schmidt, 2020. 1.539 S., 179 €
22. Wieseahn: Unternehmensnachfolge. 2. Aufl., Springer Gabler, 2020. 411 S., 39,99 €

# STANDESNACHRICHTEN

## PERSONALÄNDERUNGEN

### 1. Verstorben:

AR i. N. Thomas Stäblein, Mellrichstadt  
verstorben am 6.5.2020

### 2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 1.7.2020:

Notar Lutz Feller, Eggenfelden

Notar Helmut Jacob, Kaiserslautern

Mit Wirkung zum 1.8.2020:

Notar Dr. Tilman Götte, München

Mit Wirkung zum 1.9.2020:

Anja Schaller, Würth a. d. Donau

### 3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.6.2020:

Landau i. d. Pfalz dem Notar  
Dr. Torsten Jäger  
(bisher in Landstuhl)

Landstuhl dem Notarassessor  
Andreas Langenbahn  
(bisher in Kaiserslautern,  
Notarstelle Dietrich)

Mit Wirkung zum 1.7.2020:

Eggenfelden der Notarin a.D.  
Dr. Stefanie Kramer

Kaiserslautern dem Notar Ingo Oltmanns  
(in Sozietät mit  
Notar Karl Felix Dietrich) (bisher in Pirmasens)

Pirmasens dem Notar Dr. Fabian Wall  
(bisher in Ludwigshafen  
am Rh.)

Mit Wirkung zum 1.8.2020:

Bad Reichenhall dem Notar  
Christian Braun  
(bisher in Erlangen)

Lauf a. d. Pegnitz dem Notarassessor  
Dr. André Weiß  
(bisher in Schweinfurt,  
Notarstellen Dr. Weiß/  
Muschel)

München dem Notar  
Dr. Thomas Grund  
(in Sozietät mit  
Notar Konrad Lautner) (bisher in Augsburg)

### 4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.5.2020:

Simon Braun, Bayreuth  
(Notarstelle Eberl)

Jonas Bühler, Illertissen  
(Notarstelle Dr. Kössinger)

Carolin Heiß, Weißenhorn  
(Notarstelle Dr. Ziegler)

Robert Riedl, Würzburg  
(Notarstelle Prof. Limmer)

### 5. Sonstige Veränderungen:

Notarassessorin Nadja Danninger, Berlin,  
wurde mit Wirkung vom 7.5.2020 promoviert.

## ANSCHRIFTEN- UND RUFNUMMERN-ÄNDERUNGEN:

Alzenau, Notarstellen Dr. Pötting/Dr. Bleifuß  
E-Mail: post@notare-alzenau.de  
Homepage: www.notare-alzenau.de

Bad Dürkheim, Notarstellen Holland/Schumacher  
Beethovenstraße 8, 67098 Bad Dürkheim

Coburg, Notarstellen Dr. Heisel/Dr. Heisel  
Seifartshofstraße 25, 96450 Coburg

Grafenau, Notarstelle Saumweber  
Leuchtenbergerweg 8, 94481 Grafenau

Weilheim, Notarstelle Dr. Braun  
Telefax: 0881 92 54 75-99









## Abonnement

# MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Denninger Straße 169, 81925 München, Telefon: (089) 551660, Telefax: (089) 55166234, E-Mail: [info@mittbaynot.de](mailto:info@mittbaynot.de), bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 56,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:  
Universal Medien GmbH, Geretsrieder Straße 10, 81379 München,  
Telefon: (089) 5482170, Telefax: (089) 555551, Internet: [www.universalmedien.de/notarkammer](http://www.universalmedien.de/notarkammer).



Notare Bayern

[www.notare.bayern.de](http://www.notare.bayern.de)