

# MittBayNot

Begründet 1864

1 | 2025

Januar | Februar 2025

**Herausgeber:**  
Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

**Schriftleitung:**  
Christoph Draxinger,  
Notarassessor  
Benjamin Lorenz,  
Notarassessor

**Herausgeberbeirat:**  
Dr. Susanne Frank,  
Notarin in München

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

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

Angelika Strähuber,  
Notarin in Regen

Michael Volmer,  
Notar in Aschaffenburg

Dr. Eckhard Wälzholz,  
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,  
Notar in Roth

Dr. Felix Wobst,  
Notar in Gerolzhofen

## AUFSÄTZE

**Bock:** Die Digitalisierungsrichtlinie II – Ausbau der öffentlichen Präventivkontrolle und weitere Erleichterungen im Zugang zu Registerinformationen 1

**Kellner:** Auskünfte gegenüber Erben und Vorsorgebevollmächtigten – Notarielle Verschwiegenheitspflicht und die Verfahren nach § 18 Abs. 2 und Abs. 3 BNotO 11

## RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

**Bogner zu OLG Bamberg:** Zur Wirksamkeit einer Vollmacht über den Tod hinaus 41

**Stopfer zu BGH:** Verweigerung der Aufnahme eines notariellen Nachlassverzeichnisses 48

**Heinemann zu OLG Karlsruhe:** Anfechtung der Erbschaftsannahme wegen Irrtums über die Zusammensetzung des Nachlasses 56

**Kafka zu KG:** Entscheidung des Eintragungswortlauts durch das Registergericht nach pflichtgemäßem Ermessen 65

**Heitzer zu OLG Nürnberg:** Zur Anwendung des § 48 GNotKG bei fortdauernder Verpachtung/Betriebsfortführung des landwirtschaftlichen Betriebs durch eine bestehende GbR 75

# Impressum MittBayNot

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

## Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München  
T. +49 89 551 66-0  
F. +49 89 551 66-234  
[M. mittbaynot@notare-bayern-pfalz.de](mailto:M.mittbaynot@notare-bayern-pfalz.de)  
[www.notare.bayern.de/mittbaynot.html](http://www.notare.bayern.de/mittbaynot.html)

## Herausgeberbeirat:

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

## Schriftleitung:

Notarassessor Christoph Draxinger,  
Notarassessor Benjamin Lorenz

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

## Design:

INTO Branding GmbH

## Druck:

Universal Medien GmbH  
Fichtenstraße 8  
82061 Neuried

# Inhaltsverzeichnis MittBayNot 1 | 2025

<b>AUFSÄTZE</b>	<b>1</b>
<b>Bock:</b> Die Digitalisierungsrichtlinie II – Ausbau der öffentlichen Präventivkontrolle und weitere Erleichterungen im Zugang zu Registerinformationen	1
<b>Kellner:</b> Auskünfte gegenüber Erben und Vorsorgebevollmächtigten – Notarielle Verschwiegenheitspflicht und die Verfahren nach § 18 Abs. 2 und Abs. 3 BNotO	11
<b>BUCHBESPRECHUNGEN</b>	<b>24</b>
<b>Wicke:</b> Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung ( <b>Hess</b> )	24
<b>Grziwotz/Sauer/Heinemann:</b> Beurkundungsgesetz ( <b>Drexler</b> )	25
<b>Reimann/Bengel/Dietz/Sammet:</b> Testament und Erbvertrag ( <b>Wössner</b> )	26
<b>RECHTSPRECHUNG</b>	<b>28</b>
<b>Bürgerliches Recht</b>	
ALLGEMEINES	
1. Verjährungsbeginn bei Fälligkeit nach Vertragsschluss (BGH, Urteil vom 15.03.2024, V ZR 224/22)	28
SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT	
2. Zustimmung zur Veräußerung von Wohnungseigenum (BGH, Urteil vom 22.03.2024, V ZR 141/23) (LS)	31
3. Geltendmachung von Baumängeln am Gemeinschaftseigentum bei Mehrhausanlagen (BGH, Urteil vom 23.02.2024, V ZR 132/23)	31
4. Legitimationswirkung einer transmortalen Vollmacht bei Alleinerbenstellung des Bevollmächtigten (OLG Nürnberg, Beschluss vom 25.03.2024, 15 Wx 2176/23)	35
5. Kaufvertraglicher Begriff „Wohnung“ enthält keine Beschaffenheitsgarantie für die baurechtliche Unbedenklichkeit (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 19.10.2023, 6 U 210/22)	38
<b>Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht</b>	
13. Eintragung einer KG vor Eintragung der Komplementär-GmbH (OLG Brandenburg, Beschluss vom 10.07.2024, 7 W 41/24)	60
14. Rechtsformzusatz beim Namen der Gesellschaft (OLG Hamburg, Beschluss vom 22.04.2024, 11 W 19/24)	61
15. Namenszusatz „eGbR“ im Firmennamen (OLG Köln, Beschluss vom 22.04.2024, 4 Wx 4/24)	62

6. Zustimmungserfordernis bei Eintragung eines höheren dinglichen Erbbauzinses in das Grundbuch (OLG Naumburg, Beschluss vom 26.04.2023, 12 Wx 43/22) 38

## FAMILIENRECHT

7. Nachehelicher Ehegattenunterhalt wegen Alters – Voraussetzungen und Umfang (OLG Hamm, Beschluss vom 21.12.2023, 4 UF 36/23) (LS) 39
8. Zur Wirksamkeit einer Vollmacht über den Tod hinaus (OLG Bamberg, Beschluss vom 26.06.2023, 10 Wx 11/23) 40  
mit Anmerkung **Bogner** 41
9. Ausschluss des Versorgungsausgleichs wegen groben vermögensbezogenen Fehlverhaltens (KG, Beschluss vom 07.03.2024, 16 UF 112/23) (LS) 44

## ERBRECHT

10. Verweigerung der Aufnahme eines notariellen Nachlassverzeichnisses (BGH, Beschluss vom 19.06.2024, IV ZB 13/23) 44  
mit Anmerkung **Stopfer** 48
11. Elektronische Einreichung von Erbscheinsanträgen (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 26.07.2023, 20 W 151/23) (LS) 51
12. Anfechtung der Erbschaftsannahme wegen Irrtums über die Zusammensetzung des Nachlasses (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 23.08.2023, 14 W 144/21 (Wx)) 52  
mit Anmerkung **Heinemann** 56

## Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

13. Eintragung einer KG vor Eintragung der Komplementär-GmbH (OLG Brandenburg, Beschluss vom 10.07.2024, 7 W 41/24) 60
14. Rechtsformzusatz beim Namen der Gesellschaft (OLG Hamburg, Beschluss vom 22.04.2024, 11 W 19/24) 61
15. Namenszusatz „eGbR“ im Firmennamen (OLG Köln, Beschluss vom 22.04.2024, 4 Wx 4/24) 62



AUFSÄTZE

BUCHBESPRECHUNGEN

RECHTSPRECHUNG

SONSTIGES

STANDESNACHRICHTEN

## Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 1 | 2025

16. Entscheidung des Eintragungswortlauts durch das Registergericht nach pflichtgemäßem Ermessen (KG, Beschluss vom 03.06.2024, 22 W 22/24)	63
mit Anmerkung <b>Kafka</b>	65

### **Internationales Privatrecht**

17. Keine Bindung an einen Verweisungsbeschluss bei Anwendung einer seit Jahren außer Kraft getretenen Vorschrift (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.09.2023, 3 Sa 5/23) (LS)	66
--	----

### **Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht**

18. Offenkundigkeit einer Rechtsnachfolge bei deren Bekanntmachung im Staatsanzeiger (BGH, Beschluss vom 31.01.2024, VII ZB 57/21) (LS)	66
---	----

### **Beurkundungs- und Notarrecht**

19. Zur Reichweite des Rechtsberatungsverbots (EuGH, Urteil vom 05.09.2024, C-109/23, „Jemerak“)	66
20. Karten, Zeichnungen oder Abbildungen als Inhalt der Niederschrift (OLG Schleswig, Beschluss vom 20.02.2024, 2 Wx 12/24)	70
21. Zur Beratungspflicht des Notars über sozialrechtliche Fragen (LG Bremen, Urteil vom 16.02.2024, 4 O 124/23)	71

### **Kostenrecht**

22. Zur Anwendung des § 48 GNotKG bei fortdauernder Verpachtung/Betriebsfortführung des landwirtschaftlichen Betriebs durch eine bestehende GbR (OLG Nürnberg, Beschluss vom 02.05.2024, 15 W 565/24)	74
mit Anmerkung <b>Heitzer</b>	75

### **Öffentliches Recht**

23. Zum Erlöschen eines Erbbaurechts bei einer Grundstücksteilung (OLG Koblenz, Urteil vom 12.03.2024, 3 U 970/23)	77
--	----

### **Steuerrecht**

24. Werterhöhung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft als Schenkung (BFH, Urteil vom 10.04.2024, II R 22/21)	81
---	----

25. Zum wirtschaftlich einheitlichen Erwerb nach § 8b Abs. 4 Satz 6 KStG (BFH, Urteil vom 13.03.2024, I R 30/21)	85
--	----

26. Keine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken bei Überlassung an (Schwieger-)Mutter (BFH, Urteil vom 14.11.2023, IX R 13/23) (LS)	87
--	----

### **SONSTIGES**

**88**

<b>Hinweise für die Praxis</b>	88
--------------------------------	----

<b>Notarkasse A. d. ö. R.: Bewertung von Gebäuden gemäß § 46 GNotKG. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrandversicherungswertes</b>	88
--	----

Neue Vergütungsempfehlungen des Deutschen Notarvereins für Testamentsvollstrecker – Anpassungen an wirtschaftliche Entwicklung und zunehmende Komplexität	93
---	----

### **Neuerscheinungen**

95

### **STANDESNACHRICHTEN**

**96**

# Die Digitalisierungsrichtlinie II – Ausbau der öffentlichen Präventivkontrolle und weitere Erleichterungen im Zugang zu Registerinformationen

Von Rechtsanwalt und Notar Dr. Lenard Bock, Darmstadt

Auf europäischer Ebene steht ein weiterer Digitalisierungsschub für das nationale Gesellschafts- und Registerrecht an. Im März 2023 hatte die Kommission einen Entwurf einer Richtlinie zur Ausweitung des Einsatzes digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht vorgelegt.<sup>1</sup> Die Richtlinie soll den grenzüberschreitenden Informationsaustausch und die Registerpublizität verbessern. Sie widmet sich dabei ganz zentral dem Anliegen, europaweit eine hohe Verlässlichkeit der in den nationalen Registern veröffentlichten Informationen zu erreichen. Am 13.03.2024 konnte im Trilog bereits eine politische Einigung hinsichtlich dieser sog. Digitalisierungsrichtlinie II erzielt werden (im Folgenden „DigRL II“). Der finale Richtlinientext wurde im November 2024 vom europäischen Parlament bereits beschlossen, die Zustimmung im Rat dürfte nur noch Formalsache sein.<sup>2</sup> Der Beitrag widmet sich primär zwei Aspekten, die für die notarielle Praxis maßgebliche Auswirkungen haben werden, nämlich der Vereinheitlichung des Standards der öffentlichen Präventivkontrolle und der Frage der grenzüberschreitenden Anerkennung von Informationen aus mitgliedstaatlichen Registern.

## I. Entwicklung des europäischen Registerrechts

Das harmonisierte europäische Gesellschafts- und Registerrecht hat seinen Ursprung in der sog. Publizitätsricht-

linie,<sup>3</sup> die im Jahr 1968 als erste Richtlinie im Zivilrecht überhaupt verabschiedet wurde. Sie gilt als die „Magna Charta des europäischen Gesellschaftsrechts“<sup>4</sup>. Das deutsche Recht stand damals in weiten Teilen für die Richtlinie Pate. Ein erstes Digitalisierungsupdate erhielt die Richtlinie im Jahr 2003, wobei im Schwerpunkt die Pflicht zur elektronischen Registerführung eingeführt wurde.<sup>5</sup>

2012 wurde durch eine weitere Richtlinie<sup>6</sup> das sog. Business Registers Interconnection System (BRIS) geschaffen, das auf eine stärkere Vernetzung der nationalen Register abzielte. Miteingeführt wurde ein einheitlicher Zugangspunkt für den Rechtsverkehr über das europäische Justizportal. Dieses Portal stellt allerdings kein europäisches Register dar, sondern vermittelt nur den Zugang zu den jeweiligen nationalen Registern und den dort eingetragenen bzw. hinterlegten Informationen über ein einheitliches Portal.<sup>7</sup> Das Portal funktioniert aber auch Jahre nach seiner Einführung noch nicht richtig und ist vermutlich deshalb in der Praxis

- 1 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 2009/102/EG und (EU) 2017/1132 zur Ausweitung und Optimierung des Einsatzes digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht, COM (2023) 177. Dazu Denninger, GmbHR 2023, 482 ff.; J. Schmidt, NZG 2023, 593 ff.; Stelmaszczyk/Wościen, EuZW 2023, 550 ff.; Teichmann, RDi 2023, 357 ff.; Zwirlein-Forschner, NZG 2023, 863 ff.
- 2 Im Folgenden werden die Vorschriften daher bereits mit „DigRL II“ und die geänderten Vorschriften der Richtlinie (EU) 2017/1132 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts als „GesRRL n. F.“ zitiert.

- 3 Erste Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 09.03.1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmung, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften i. S. d. Art. 58 Abs. 2 des Vertrags im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABI. 1968 L 65, 8.
- 4 Wicke, ZIP 2014, 1414, 1416.
- 5 Richtlinie 2003/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.07.2003 zur Änderung der Richtlinie 86/151/EWG des Rates in Bezug auf die Offenlegungspflichten von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen, ABI. 2003 L 221, 13.
- 6 Richtlinie 2012/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.06.2012 zur Änderung der Richtlinie 89/666/EWG des Rates sowie der Richtlinien 2005/56/EG und 2009/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die Verknüpfung von Zentral-, Handels- und Gesellschaftsregistern, ABI. 2012 L 156, 1.
- 7 Vgl. dazu Bock, GmbHR 2018, 281 ff.

vielfach noch unbekannt.<sup>8</sup> Das ist bedauerlich, denn ein reibungsloses Funktionieren wäre auch für die Effektivität der Maßnahmen aus der DigRL II von entscheidender Bedeutung.

Im Jahr 2017 wurden sämtliche Regelungen in die konsolidierte Richtlinie zum Gesellschaftsrecht (EU) 2017/1132<sup>9</sup> (im Folgenden „GesRRL“) überführt.

Im Anschluss folgte 2019 die sog. Digitalisierungsrichtlinie<sup>10</sup> (im folgenden „DigRL“), die mit der Möglichkeit der Online-Gründung einem weiteren Ausbau der Vernetzung nationaler Register und mit einem grundlegenden Eingriff in das Offenlegungssystem der Richtlinie einen erneut spürbaren Digitalisierungsschub brachte.<sup>11</sup>

## II. Überblick DigRL II

Die DigRL II zielt darauf ab, die Transparenz und die grenzüberschreitende Nutzung von Unternehmensdaten in öffentlichen Registern weiter zu verbessern.<sup>12</sup>

Eine „kleine Revolution“<sup>13</sup> ist die Erweiterung der europäischen Registerpublizität auf Personengesellschaften, die das deutsche Recht traditionell schon vorsieht. Die GesRRL findet bisher nur auf Kapitalgesellschaften Anwendung, die durch einen Anhang zur Richtlinie für jeden Mitgliedstaat genau bestimmt sind. Erstmals mit der DigRL II wird der Anwendungsbereich der GesRRL teilweise auch auf Personengesellschaften ausgedehnt, die in einem weiteren Anhang für jeden Mitgliedstaat konkret aufgeführt sind (für Deutschland OHG und KG). Dass künftig für Personengesellschaften über BRIS die verfügbaren Registerdaten durch einen einzelnen Zugangspunkt abrufbar sein sollen, stellt perspektivisch eine deutliche Erleichterung des grenzüberschreitenden Zugangs zu Unternehmensdaten dar.

- 8 Größtes Hindernis für die Nutzung ist weiterhin, dass alle in nationalen Registern zu veröffentlichten Dokumente auch in Kopie unmittelbar über das Portal verfügbar sein sollen. Der Abruf über das Portal ist aber immer dann nicht möglich, wenn die Dokumente auch bei den jeweiligen nationalen Registern nicht kostenlos verfügbar sind. Es bleibt einem nichts anders übrig, als die Unterlagen auf der Webseite des jeweiligen nationalen Registers abzurufen.
- 9 Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.06.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABI. 2017 L 169, 46.
- 10 Richtlinie (EU) 2019/1151 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.06.2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht, ABI. 2019 L 186, 80.
- 11 Umgesetzt in Deutschland durch „DiRUG“ und „DiREG“, Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) vom 05.07.2021, BGBl. 2021 I, S. 3338 und Gesetz zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 15.07.2022, BGBl. 2022 I, S. 1146.
- 12 Erwägungsgrund 1 DigRL II.
- 13 J. Schmidt, NZG 2024, 563, 564.

Daneben verbessert die DigRL II die Transparenz von Konzernstrukturen,<sup>14</sup> wozu künftig ebenfalls über BRIS leichter Informationen verfügbar sein werden. Die Transparenz wird zudem dadurch weiter verbessert, dass die europäischen „Register“ zu den wirtschaftlichen Eigentümern,<sup>15</sup> die Insolvenzregister<sup>16</sup> und das BRIS verbunden werden, sodass auch insoweit einheitlich Daten über eine Gesellschaft abgerufen werden können.<sup>17</sup>

Vor allem aber geht die DigRL II in zwei Bereichen deutlich über ein bloßes „Upgrade“ hinaus, die im vorliegenden Beitrag näher dargestellt werden sollen und die notarielle Praxis erheblich beeinflussen werden:

Für alle Gründungsformen (und auch spätere Änderungen und Einreichungen) bei Kapital- und Personengesellschaften enthält die Richtlinie nun die Vorgabe einer echten öffentlichen Präventivkontrolle und läutet damit das Ende von solchen Registern in Europa ein, die ohne Kontrolle alle eingereichten Dokumente einfach aufnehmen und zugänglich machen. Ziel dieser Präventivkontrolle ist es, die grenzüberschreitende Akzeptanz von Registerdaten weiter zu erhöhen (dazu näher unter III.). Mit der Schaffung einer neuen EU-Gesellschaftsbescheinigung, einer digitalen EU-Vollmacht und der teilweisen Abschaffung des Erfordernisses einer Apostille und einer Übersetzung bringt die Richtlinie zudem deutliche Erleichterungen für grenzüberschreitende Transaktionen (dazu näher unter IV.).

Die Richtlinie muss überwiegend innerhalb von 30 Monaten nach Inkrafttreten umgesetzt werden; die Umsetzungsvorschriften müssen innerhalb von zwölf weiteren Monaten in Kraft treten.<sup>18</sup>

## III. Verlässlichkeit von Registerdaten – Ausbau einer öffentlichen Präventivkontrolle

### 1. Die europäischen Ursprünge

Schon die ursprüngliche Publizitätsrichtlinie von 1968 enthielt in ihrem damaligen Art. 11 Grundlagen für eine präventive Kontrolle bei der Gründung von Kapitalgesellschaften. Die Vorschrift sah vor, dass in allen Mitgliedstaaten, nach deren Recht die Gesellschaftsgründung keiner vorbeugenden verwaltungs- oder gerichtlichen Kontrolle unterworfen ist, der Errichtungsakt der Gesellschaft und seine Änderung öffentlich beurkundet werden müssen.<sup>19</sup>

14 Art. 19b GesRRL n. F., vgl. dazu J. Schmidt, NZG 2024, 563, 566.

15 BORIS – Beneficial Ownership Registers Interconnection System.

16 IRIS – Insolvency Register Interconnection System.

17 Näher J. Schmidt, NZG 2024, 563, 567. Das soll insbesondere auch Steuerbehörden die Ermittlungen erleichtern. Zugangsbeschränkung für die Einsicht in diese Register bleiben gleichwohl bestehen, Art. 22 Abs. 7 Unterabs. 2 GesRRL n. F.

18 Art. 3 DigRL II.

19 Wortgleich übernommen in Art. 10 GesRRL.



Mit einer präventiven Kontrolle im Sinne einer „Nichtigkeitsprophylaxe“<sup>20</sup> sollten Gründungsmängel möglichst vermieden werden. Ursprünglich sollte eine gerichtliche Kontrolle zwingend vorgeschrieben werden. Im Wege eines Kompromisses wurde die öffentliche Beurkundung alternativ zugelassen.<sup>21</sup> Die Entstehungsgeschichte zeigt aber, dass die angesprochene Gründungsprüfung wohl nicht im Sinne einer strengen Prüfung nach deutschem Recht zu verstehen ist, wo zunächst Notare den Gründungsvorgang betreuen und in aller Regel auch sämtliche Dokumente entwerfen sowie anschließend hochqualifizierte Rechtspfleger beim Registergericht die eingereichten Unterlagen vor Eintragung prüfen. Vor Erlass der Richtlinie führte nämlich der französische Gesetzgeber als zentrales Element der Gründungskontrolle eine sog. *Déclaration de conformité* ein. Darin mussten die Gründer versichern, dass alle Gründungsvorschriften ordnungsgemäß eingehalten wurden. Vertreter der Kommission und der übrigen Mitgliedstaaten erklärten noch vor Erlass der Publizitätsrichtlinie, dass eine solche Erklärung als zentrales Element der Gründungsprüfung dem Ziel einer präventiven Kontrolle der Richtlinie entsprechen würde.<sup>22</sup> Auch wenn die *Déclaration de conformité* im französischen Recht in der Folge wieder abgeschafft wurde, dürften gleichwohl strafbewehrte Versicherungen über die ordnungsgemäße Gründung bisher im Fall der Offlinegründung (vor der Umsetzung der DigRL II) noch als unionsrechtsskonform anzusehen sein.<sup>23</sup>

## 2. BRIS-Richtlinie 2012 – Nachbesserung bei der Publizität

2012 wollte der europäische Gesetzgeber im Rahmen der Schaffung von BRIS wenigstens eine Plattform bieten, auf der sich der Rechtsverkehr über die Standards der Register informieren kann. Auf dem europäischen Justizportal stellt die Kommission zu allen Mitgliedstaaten Informationen über die nationalen Register zur Verfügung. Die Informationen werden von den Mitgliedstaaten selbst verfasst und von der Kommission in alle Amtssprachen übersetzt.<sup>24</sup> Vergleicht man diese Angaben, lässt sich leicht erkennen, wie groß die Unterschiede und auch die eigene Einschätzung der Mitgliedstaaten zur Verlässlichkeit der Unternehmensdaten sind.

Unter der Überschrift „Wie zuverlässig sind die im Register enthalten Dokumente?“ kann man für Irland zum Beispiel nachlesen, dass die dort veröffentlichten Informationen von Dritten im Rahmen gesetzlicher Verpflichtung zur Verfügung gestellt werden, wozu auch das durch eidestattliche

20 Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, Rdnr. 198.

21 Zur Entstehungsgeschichte eingehend m. w. N. Bock, Der Harmonisierungserfolg der Publizitätsrichtlinie, 2016, S. 33 f.

22 Bock, Der Harmonisierungserfolg der Publizitätsrichtlinie, S. 34 m. w. N.

23 Bock, Der Harmonisierungserfolg der Publizitätsrichtlinie, S. 35; Teichmann, GmbHR 2021, 1237, 1240.

24 Das beruht auf der Vorgabe in Art. 15 GesRRL, der im Zusammenhang mit der BRIS-Richtlinie eingeführt wurde. Vgl. dazu auch näher Bock, GmbHR 2018, 281, 285.

Versicherung abgesicherte Verbot gehöre, vorsätzlich oder fahrlässig falsche Information zu übermitteln. Das Register könne aber keine Gewähr für die Richtigkeit der von Dritten übermittelten Informationen übernehmen. Andere Mitgliedstaaten verweisen lediglich auf ihre Umsetzungsvorschriften (zum Beispiel Zypern) oder auf ihre Vorschriften über die Publizitätswirkungen, den Vertrauenschutz und die Eigenverantwortung der Unternehmen (zum Beispiel Dänemark und die Niederlande). Nach dem Verständnis vieler Mitgliedstaaten sind offenbar weniger die Richtigkeit der Registerdaten, als vielmehr starke Vorschriften zur Publizitätswirkung maßgeblicher Bestandteil des Vertrauens in Registerdaten. Zwar sind die Publizitätswirkungen in ihren Grundzügen durch die Richtlinie harmonisiert. Das sagt aber letztlich wenig über eine richtlinienkonforme Umsetzung oder darüber aus, inwieweit durch nationale Rechtsfiguren, wie etwa in Deutschland das sog. Veranlassungsprinzip,<sup>25</sup> die Richtlinienvorgaben aufgeweicht werden.

## 3. Erste Ausweitung der Präventivkontrolle durch die DigRL

Mit der DigRL wurden für die Onlinegründung<sup>26</sup> von Kapitalgesellschaften und deren Onlineanmeldung erste „Pflöcke“<sup>27</sup> für eine echte Präventivkontrolle eingeschlagen. Nach Art. 13g Abs. 3 GesRRL, der durch die DigRL II insoweit unverändert bleibt, müssen seitdem Mitgliedstaaten im Rahmen des Onlineverfahrens u. a. Regelungen vorsehen für ein Verfahren zur Gewährleistung der erforderlichen Rechts- und Geschäftsfähigkeit der Antragsteller sowie der Vertretungsbefugnis (lit. a), zur Identitätsprüfung der Antragsteller (lit. b) und zur Überprüfung der Bestellung von Geschäftsführern (lit. f).

Schon die erstmalige zwingende Kontrolle dieser Punkte, vor allem die Kontrolle der Rechts- und Geschäftsfähigkeit der Antragsteller sowie der Vertretungsbefugnis verbunden mit der Pflicht zur Identitätsprüfung, waren ein großer Schritt zur Steigerung der Verlässlichkeit der Registerdaten und eine deutliche Abkehr von den bis dahin geltenden nur rudimentären Vorgaben einer Gründungsprüfung.<sup>28</sup>

25 Nach dem Veranlassungsprinzip kann eine unrichtige Eintragung nur demjenigen entgegengehalten werden, der die Eintragung zurechenbar veranlasst hat. Es sprechen gute Gründe dafür, dass das Veranlassungsprinzip richtlinienwidrig ist, Bock, Der Harmonisierungserfolg der Publizitätsrichtlinie, S. 123 ff.; ebenso wohl MünchKomm-HGB/Krebs, 5. Aufl. 2021, § 15 Rdnr. 89; kritisch zum Veranlassungsprinzip etwa auch BeckOK-HGB/Müther, Stand: 01.04.2024, § 15 Rdnr. 38; a. A. etwa Lieder, NZG 2020, 81, 88; ders., DNotZ 2021, 830, 843 f.

26 Für eine systematische Auslegung über den Wortlaut hinaus auf alle Gründungsformen Teichmann, RDi 2023, 357, 359, ders., GmbHR 2021, 1237, 1243; zust. J. Schmidt, NZG 2023, 593, 598; dies., NZG 2024, 563, 568.

27 Teichmann, GmbHR 2021, 1237, 1243.

28 Daneben sieht die Richtlinie auch vor, dass auch die Rechtmäßigkeit des Unternehmensgegenstandes (lit. b) und die Rechtmäßigkeit des Namens der Gesellschaft (lit. f) geprüft werden müssen, allerdings nur „sofern im nationalen Recht vorgesehen“.

#### 4. Deutliche Ausweitung durch DigRL II

Die DigRL II weitet die öffentliche Präventivkontrolle nun noch einmal deutlich aus. Mit der DigRL II hält der Grundsatz „Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser“ in weiten Teilen Einzug in das europäische Registerrecht der Kapital- und Personengesellschaften. Das zeigt auch die anders formulierte Zweckrichtung. Während die Kontrolle ursprünglich den Zweck einer Nichtigkeitsprophylaxe hatte, geht es nun um die Verlässlichkeit von Gesellschaftsdaten in grenzüberschreitenden Situationen.<sup>29</sup> Der europäische Gesetzgeber benennt ausdrücklich, dass die sehr unterschiedliche Intensität der Prüfung insbesondere im grenzüberschreitenden Kontext bisher zu unzureichendem Vertrauen in die Registerdaten anderer Staaten und zu deren Nichtanerkennung führt.<sup>30</sup> Neben dem Schutz verlässlicher öffentlicher Register sollen außerdem illegale Tätigkeiten durch die korrekte und sichere Identifizierung der Gründer und Geschäftsführer verhindert werden.<sup>31</sup> Konsequenterweise erweitert der europäische Gesetzgeber mit der DigRL II daher nicht nur die Registerpublizität auf die Personengesellschaften, sondern unterwirft diese (weitestgehend<sup>32</sup>) auch den gleichen Vorgaben für eine öffentliche Präventivkontrolle, die die DigRL II für die Kapitalgesellschaften erweitert bzw. einführt.

##### a) Zulässigkeit des zweistufigen digitalen Identifizierungsverfahrens

Um eine besonders umfassende und sichere Identitätskontrolle zu ermöglichen, lässt die Richtlinie den Mitgliedstaaten im Fall des Onlineverfahrens ausdrücklich weiterhin die Freiheit, die allgemeine öffentliche elektronische Kontrolle der Identität um öffentliche audiovisuelle Fernkontrollen zu erweitern.<sup>33</sup> Die in Deutschland in § 16c BeurkG eingeführte zweistufige Identitätskontrolle mittels elektronischen Auslesens der Identifizierungsdaten aus dem Ausweis (1. Stufe) und des Auslesens des Lichtbildes sowie des Abgleichs des Lichtbildes mit dem Erscheinungsbild der Anwesenden im Rahmen der Videokonferenz (2. Stufe) wird damit auf europäischer Ebene noch einmal als besonders verlässliches System bestätigt.<sup>34</sup>

Dass der europäische Gesetzgeber diese in Deutschland gewählte Umsetzung ausdrücklich als besonders zuverlässig benennt, ist zu begrüßen. Auch wenn vereinzelt, insbesondere in den sozialen Medien, die deutsche Umsetzung der Onlinebeurkundung vermeintlich als zu schwerfällig kritisiert wird, steht die akademische Öffentlichkeit weitge-

hend geschlossen hinter ihr.<sup>35</sup> Soweit u. a. Estland immer wieder als Digitalisierungsvorreiter benannt wird, ist in Bezug auf Onlinegründungen zu berücksichtigen, dass die traditionell für effektive Onlinegründungen bekannten Länder ihre Regeln technisch und rechtlich stark auf das nationale Umfeld zugeschnitten und ein deutlich niedrigeres Sicherheitsniveau haben.<sup>36</sup> Auch jetzt noch benötigt man offenbar in Estland vor der Gründung einer Gesellschaft eine sog. *E-Residency*. Entsprechende Unterlagen dafür kann man in Deutschland nur in Berlin und an bestimmten Tagen in München und Frankfurt persönlich abholen.<sup>37</sup> Der gesamte Prozess dauert laut Webseite offenbar mindestens drei Wochen. Demgegenüber dauert es nur wenige Minuten, sich einmalig auf der Internetseite der BNotK ([www.online.notar.de](http://www.online.notar.de)) für eine Onlinebeurkundung zu registrieren. Die deutsche Umsetzung ist daher ein guter Mittelweg zwischen technischer Machbarkeit und hohem Sicherheitsstandard.<sup>38</sup> Das größte Hemmnis für Onlinebeurkundungen in der notariellen Praxis ist nach Erfahrung des Verfassers, dass viele Bürger ihre Personalausweis-PIN noch nicht freigeschaltet haben und nutzen.

##### b) Gründungsprüfung (Art. 10 Abs. 1 GesRRL n. F.)

Art. 10 Abs. 1 GesRRL n. F. bleibt im Wortlaut zunächst nahe an der bisherigen Gestaltung. Auch die Neufassung sieht vor, dass eine öffentliche Präventivkontrolle sowohl in Form einer administrativen, gerichtlichen oder notariellen Prüfung erfolgen kann. Neu ist aber, dass die Richtlinie explizit benennt, dass eine Kombination der verschiedenen Kontrollinstanzen zulässig ist. Damit gestattet die Richtlinie nunmehr ausdrücklich das in Deutschland bekannte System einer doppelstufigen Kontrolle, bei dem den Notaren bei der Vorbereitung, Beurkundung und Anmeldung eine Filterfunktion zukommt, die im Zusammenspiel mit der anschließenden gerichtlichen Kontrolle vor Eintragung eine hohe Rechtssicherheit schafft. Ebenfalls neu ist, dass die Richtlinie festhält, dass nationale Vorschriften unberührt bleiben, die eine öffentliche Beurkundung zwingend vorschreiben. In zweifacher Hinsicht betont die Richtlinie damit noch stärker als bisher die Bedeutung der Notare.

##### c) Mindestvorgaben (Art. 10 Abs. 2 GesRRL n. F.)

Eine deutliche qualitative Erweiterung bewirkt Art. 10 Abs. 2 GesRRL n. F., der nunmehr einen Mindeststandard für eine Rechtmäßigkeitskontrolle von Errichtungsakt und Satzung, sofern die Satzung in einem gesonderten Akt enthalten ist, vorseht. Als Ergebnis der Rechtmäßigkeitskontrolle muss mindestens festgestellt werden, dass die formellen Anfor-

29 Erwägungsgrund 9 DigRL II.

30 Erwägungsgrund 7 DigRL II.

31 Erwägungsgrund 10 DigRL II.

32 Eine Ausnahme gilt für Errichtungsakte und Satzungen nach Art. 10 Abs. 3 GesRRL n. F., dazu sogleich.

33 Vgl. Art. 10 GesRRL n. F. sowie Erwägungsgrund 10 DigRL II.

34 Ebenso *Stelmaszczyk/Wosgien* in Wachter/Heckschen, Praxis des Handels- & Gesellschaftsrechts, 6. Aufl. 2024, Rdnr. 2362; *Lieder*, NJW 2024, 2065, 2067.

35 Befürwortend etwa *Bock*, RNotZ 2021, 326, 331; *Herz/Hupka*, NJW 2022, 3385, 3388; *Knaier*, GmbHHR 2021, 169, 176; *Lieder*, NZG 2022, 1043, 1050; *Omlor*, DStR 2019, 2544, 2549; *Stelmaszczyk/Kienzle*, GmbHHR 2021, 849, 857; *Teichmann*, GmbHHR 2021, 1237, 1245 f.

36 Eingehend dazu und dem jeweiligen nationalen Prozess *Teichmann*, GmbHHR 2021, 1237, 1245 f.; ähnlich *Lieder*, NZG 2022, 1043, 1050.

37 Vgl. zu den Einzelheiten [www.e-resident.gov.ee/](http://www.e-resident.gov.ee/) (zuletzt eingesehen am 24.06.2024).

38 *Teichmann*, GmbHHR 2021, 1237, 1246.



derungen an den Errichtungsakt und die Satzung eingehalten sind, sowie für den Fall, dass Muster verwendet werden, deren korrekte Verwendung überprüft wird (lit. a), die vorgeschriebenen Mindestangaben in den Gründungsdokumenten enthalten (lit. b), die wesentlichen rechtlichen Anforderungen an die Gründung erfüllt sind (lit. c) und schließlich die Einlagen nach nationalem Recht geleistet wurden, sei es als Geld- oder Sachleistungen (lit. d).

Die Richtlinie fordert damit, anders als noch der Kommissionsentwurf, der lediglich eine Evidenzkontrolle vorsah,<sup>39</sup> eine vollständige Rechtmäßigkeitskontrolle. Die Richtlinie geht über den Kommissionsvorschlag auch insoweit hinaus, als die korrekte Verwendung von Mustern ebenfalls geprüft werden muss.<sup>40</sup> Damit erkennt der europäische Gesetzgeber an, dass die Verwendung von Mustersatzungen gleichermaßen fehleranfällig ist und nicht ohne Weiteres darauf vertraut werden kann, dass Muster automatisch richtig funktionieren oder benutzt werden.

d) Einschränkung bei Personengesellschaften  
(Art. 10 Abs. 3 GesRRL n. F.)

Im Grundsatz sind die Vorschriften zur Präventivkontrolle auch auf Personenhandelsgesellschaften anwendbar. Für sie sieht die Richtlinie allerdings eine Ausnahme in Bezug auf die Prüfung des Errichtungsakts und der Satzung vor, soweit auch das nationale Recht eine solche nicht vorschreibt.<sup>41</sup> Hintergrund ist, dass viele Mitgliedstaaten, wie etwa auch das deutsche Recht, bei Personengesellschaften einen (schriftlichen) Gesellschaftsvertrag nicht zwingend verlangen und dieser auch nicht zum Handelsregister eingereicht werden muss.<sup>42</sup>

e) Ausweitung der Kontrollvorgaben der Onlinegründung auf sonstige Gründungen (Art. 10 Abs. 4 GesRRL n. F.)

Art. 10 Abs. 4 GesRRL n. F. stellt zunächst klar, dass die Vorgaben der Präventivkontrolle nach Art. 10 Abs. 1-3 GesRRL n. F. gleichermaßen für Online- und Präsenzverfahren gelten.

Daneben wird auch der bisher nur für die Onlinegründung vorgesehene Kontrollmaßstab (siehe oben III. 3.) durch Verweisung auf Art. 13g GesRRL n. F. explizit auf alle Gründungsformen (papiergebunden oder digital)<sup>43</sup> sowie alle Registeranmeldungen (papiergebunden oder digital)<sup>44</sup> ausgeweitet. Die Mitgliedstaaten müssen Vorschriften erlassen, wonach in Fällen der Präsenzgründung die Identität der Beteiligten ebenfalls geprüft wird.<sup>45</sup> Eine Verpflichtung zur Einführung einer Onlinegründung für alle Gesellschafts-

<sup>39</sup> Nach Art. 10 Abs. 2 lit. c des Kommissionsentwurfs musste die Rechtmäßigkeitskontrolle nur erfassen, dass keine „wesentlichen rechtlichen Unregelmäßigkeiten vorliegen“.

<sup>40</sup> Art. 10 Abs. 3 des Kommissionsentwurfs.

<sup>41</sup> Art. 10 Abs. 3 GesRRL n. F.

<sup>42</sup> Anpassungsbedarf bzgl. der öffentlichen Präventivkontrolle besteht für den deutschen Gesetzgeber daher auch nicht.

<sup>43</sup> Art. 13k Abs. 1 GesRRL n. F.

<sup>44</sup> Art. 13k Abs. 2 GesRRL n. F.

<sup>45</sup> Art. 13k Abs. 1 Unterabs. 2 GesRRL n. F.

formen, wie für die Kapitalgesellschaften im Sinne des Anhang IIA („GmbHs“), ist damit nicht verbunden.

f) Aktualität der Registerdaten

Die Verlässlichkeit von Registern und der darin enthaltenen Daten setzt aber nicht nur die erstmals geprüfte und richtige Aufnahme dieser Daten in das Register voraus, sondern auch, dass die Informationen dauerhaft aktuell sind. Dazu sieht die Richtlinie nun eine allgemeine Anmeldefrist von 15 Tagen ab dem Datum der erfolgten Änderung vor.<sup>46</sup> Die generelle Eintragungsfrist beträgt künftig zehn Tage ab dem Zeitpunkt, in dem die erforderlichen Informationen beim Register vollständig vorliegen.<sup>47</sup> Die Eintragungsfrist kann in Ausnahmefällen um fünf Arbeitstage verlängert werden.<sup>48</sup> Positiv ist, dass die Mitgliedstaaten Verfahren einführen sollen, um in Zweifelsfällen etwaige „Registerleichen“ zu identifizieren und ggf. aus dem Register zu „entfernen“.<sup>49</sup> Zu begrüßen ist aber zugleich, dass der ursprüngliche Vorschlag der Kommission<sup>50</sup>, eine jährliche Bestätigung der Aktualität ihrer Registereintragungen durch die Gesellschaften zu verlangen, nicht Eingang in den finalen Richtlinientext gefunden hat. Dies hätte einen unnötigen bürokratischen Aufwand verursacht.<sup>51</sup>

#### IV. Erleichterung grenzüberschreitender Nachweise und Anerkennung

Der Ausbau der öffentlichen Präventivkontrolle durch die Richtlinie sagt für sich genommen noch nichts darüber aus, inwieweit im grenzüberschreitenden Verkehr die in einem Register veröffentlichten Daten auch in anderen Mitgliedstaaten anerkannt werden müssen. Die DigRL II will über eine neu geschaffene EU-Gesellschaftsbesccheinigung (EU Company Certificate, im Folgenden „EUCC“) und eine ebenfalls neu eingeführte digitale EU-Vollmacht für Gesellschaften in begrenztem Umfang eine solche gegenseitige Anerkennungspflicht ausdrücklich vorschreiben sowie im Zusammenhang damit und in einigen anderen Fällen das Erfordernis der Apostille beseitigen.

<sup>46</sup> Ausnahmen bzgl. der Frist gelten etwa für Rechnungslegungsunterlagen (Art. 15a Abs. 2 lit. a S. 2 GesRR n. F.) oder im Fall der Onlinegründung (Art. 13g Abs. 7 GesRRL).

<sup>47</sup> Art. 15 Abs. 2 lit. a GesRRL n. F.

<sup>48</sup> Art. 15 Abs. 2 lit. b GesRRL n. F.

<sup>49</sup> Da die Richtlinie nur vorschreibt, dass es „in Zweifelsfällen“ eine Möglichkeit zur Entfernung aus dem Register geben muss, wird man der Richtlinie nicht entnehmen können, dass die Register ein Verfahren zur „aktiven“ Suche nach Registerleichen haben müssen. Dafür spricht auch Erwähnungsgrund 23 wonach keine Verpflichtung zu regelmäßigen Inspektionen bestehen soll. Insoweit dürften die §§ 394, 397 und 399 FamFG den Registergerichten bereits ausreichende Handlungsmöglichkeiten im Sinne der Richtlinie bieten.

<sup>50</sup> Vgl. Art. 15 Abs. 2 lit. c GesRRL-E in der Fassung des Kommissionsentwurfs COM (2023) 177.

<sup>51</sup> Stelmaszczyk/Wosgien in Wachter/Heckschen, Praxis des Handels- & Gesellschaftsrechts, Rdnr. 2340.

## 1. EU-Gesellschaftsbescheinigung (EUCC)

### a) Inhalt

Mit dem EUCC schafft die DigRL II eine Art „europäischen Registerauszug“, der künftig einen erleichterten Nachweis der Kerndaten einer Gesellschaft ermöglichen soll. Ein Muster für das EUCC veröffentlicht die Kommission in allen Amtssprachen.

Für die betroffenen Kapitalgesellschaften enthält das EUCC nach Art. 16b Abs. 2 GesRRL n. F. den Namen der Gesellschaft, die Rechtsform, die Eintragungsnummer und den Mitgliedstaat, in dem sie eingetragen ist, die EUID, den Sitz, eine Kontaktadresse (elektronische Anschrift wie E-Mail-Adresse oder Postanschrift), den Tag der Eintragung der Gesellschaft, den Betrag des gezeichneten Kapitals (falls anwendbar) und die Dauer der Gesellschaft, sofern ihre Dauer begrenzt ist.<sup>52</sup> Außerdem sind darin aufzuführen: Vorname, Nachname und Geburtsdatum (sofern dies nach nationalem Recht zu erfassen ist) aller organschaftlichen Vertreter sowie die Angabe dazu, ob diese Personen allein vertretungsberechtigt sind oder in welchem Umfang gemeinschaftliche Vertretungsbefugnis besteht.<sup>53</sup> Für Personenhandelsgesellschaften sieht Art. 16b Abs. 3 GesRRL n. F. einen ähnlichen Katalog von verpflichtend enthaltenen Informationen vor. Daneben ist in jedem Fall das Datum der Ausstellung des EUCC anzugeben.

### b) Abruf und Form

Das EUCC wird von den nationalen Registern ausgestellt. Es ist in Papierform und in elektronischer Form verfügbar.<sup>54</sup> Die elektronische Fassung soll zudem über das BRIS beantragt werden können. Die elektronische Fassung muss über Vertrauensdienste nach der eIDAS-Verordnung authentifiziert werden und für die Verwendung mit der neuen „EU Digital Identity Wallet“ – eine digitale Brieftasche – in der sich digitale Ausweise speichern lassen sollen, kompatibel sein.<sup>55</sup>

### c) Kosten

Auch wenn viele Informationen über die nationalen Register mittlerweile kostenlos abgerufen werden können, soll dies nicht für die Ausstellung eines EUCC gelten. Die Gebühren für die Erlangung des EUCC dürfen die durch dieses verursachten Verwaltungskosten nicht übersteigen, wozu auch die Kosten für die Entwicklung und Wartung der Register gehören. Den Gesellschaften ist eine auf sie bezogene Bescheinigung in elektronischer Form grundsätzlich kostenlos

52 Sofern nationale Register entsprechende Informationen erfassen, sind in dem EUCC auch der Status der Gesellschaft anzugeben (z. B. ob die Gesellschaft aufgelöst ist, sich in einem Insolvenzverfahren befindet oder wirtschaftlich inaktiv ist), der Zweck der Gesellschaft und Angaben zur Webseite der Gesellschaft.

53 Wenn der organschaftliche Vertreter selbst eine juristische Person ist, müssen auch der Name der Gesellschaft, Rechtsform, EUID bzw. Eintragungsnummer angegeben werden.

54 Art. 16b Abs. 4 GesRRL n. F.

55 Art. 16b Abs. 6 GesRRL n. F.

zu erteilen, es sei denn, dies führt zu einer ernsthaften Beeinträchtigung der Finanzierung der Unternehmensregister, wobei jede Gesellschaft ihr eigenes EUCC in jedem Fall mindestens einmal pro Kalenderjahr kostenlos erlangen können muss.

Diese komplizierte Kostenregelung ist wenig verständlich, da das EUCC aller Voraussicht nach ohnehin automatisch generiert werden wird.<sup>56</sup> Insofern bleibt nur zu hoffen, dass die Mitgliedstaaten von der Erhebung der Gebühren abssehen. Meint man es ernst mit dem grenzüberschreitenden Zugang zu Unternehmensdaten, wäre gerade an dieser Stelle die kostenlose Zurverfügungstellung mehr als sinnvoll.

### d) Anerkennung

Für das EUCC enthält die Richtlinie eine ausdrückliche Regelung zur grenzüberschreitenden Anerkennung. Das EUCC ist nach Art. 16b Abs. 1 GesRRL n. F. in allen Mitgliedstaaten bezogen auf den Zeitpunkt der Ausstellung als „ausreichender Nachweis“ (in der englischen Fassung „*sufficient evidence*“) für die Eintragung der Gesellschaft und für die nach Art. 16b Abs. 2 GesRRL n. F. (Kapitalgesellschaften) bzw. Art. 16b Abs. 3 GesRRL n. F. (Personenhandelsgesellschaften) im Register offengelegten Information anzuerkennen. Für einen begrenzten Zeitraum nach Ausstellung werden sich Dritte, Gerichte, Behörden und Notare auf die Angaben im EUCC verlassen können.<sup>57</sup> Der Kommissionsentwurf hatte an dieser Stelle noch von einem „schlüssigen Nachweis“ (in der englischen Fassung „*conclusive evidence*“) gesprochen. Diese deutliche Abschwächung im finalen Richtlinientext zeigt, dass auch der europäische Gesetzgeber durchaus Umstände anerkennt, wonach Behörden fehlerhafte oder zweifelhafte Dokumente und Informationen aufgrund konkreter Anhaltspunkte zurückweisen können müssen.<sup>58</sup>

### e) Praktische Einschränkung zur Anerkennung

Allerdings gilt die Anerkennungspflicht nur für das, was tatsächlich im EUCC ausgewiesen wird. Zum Schwur kommen wird es insofern hinsichtlich der Angaben zur Art der Vertretungsmacht. Nach Art. 16b Abs. 2 lit. j GesRRL n. F. soll das EUCC das enthalten, was Art. 14 lit. d sublit. i GesRRL

56 Krit. auch J. Schmidt, NZG 2024, 563, 571.

57 Stelmaszczyk/Wosgien in Wachter/Heckschen, Praxis des Handels- & Gesellschaftsrechts, Rdnr. 2378 schlagen in Anlehnung an § 15 Abs. 2 Satz 2 HGB einen Zeitraum von 15 Tagen vor. Zu beachten ist allerdings, dass § 15 Abs. 2 Satz 2 HGB von den europarechtlichen Vorgaben des Art. 16 Abs. 5 Unterabs. 2 GesRRL abweicht, der eine 15-Tages-Frist nur bei Unmöglichkeit der Kenntnisnahme durch den Dritten vorsieht. Zum Erfordernis der richtlinienkonformen Auslegung von § 15 Abs. 2 Satz 2 HGB, Bock, Der Harmonisierungserfolg der Publizitätsrichtlinie, S. 129 ff. m. w. N. Wie lange nach Ausstellung man sich auf die Angaben im EUCC verlassen können wird, wird vor allem davon abhängen, wie schnell ein EUCC von der jeweiligen Stelle bzw. Dritten zu erhalten sein wird.

58 Stelmaszczyk/Wosgien in Wachter/Heckschen, Praxis des Handels- & Gesellschaftsrechts, Rdnr. 2382.

schon lange<sup>59</sup> für die Offenlegung in den Registern vorschreibt, nämlich die Namen und Geburtsdaten der organ-schaftlichen Mitglieder einschließlich der Angabe, ob diese Personen die Gesellschaft allein oder nur gemeinschaftlich vertreten können.

Was das heißt, hat der EuGH auf eine Vorlage des BGH hin in der Sache Haaga<sup>60</sup> bereits im Jahr 1974 weiter konkretisiert. Ausgangspunkt war die Frage, ob sich die alleinige Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers für den Fall, dass nur ein Geschäftsführer bestellt ist, zwingend aus dem Register selbst ergeben muss. Der EuGH hat schon damals betont, dass der Richtlinienzweck die Intensivierung des grenzüberschreitenden Geschäftsverkehrs ist und sich daher jeder unschwer Kenntnis von den wesentlichen Angaben über die Gründung der Handelsgesellschaften und über die Befugnisse der mit ihrer Vertretung betrauten Personen verschaffen können muss.<sup>61</sup> Daher müssten im Interesse des Rechtsverkehrs alle einschlägigen Angaben ausdrücklich aus den Registern ersichtlich sein, selbst wenn sie sich zum Teil ohne Weiteres aus nationalen Rechtsvor-schriften ergeben oder offenkundig erscheinen mögen.<sup>62</sup>

Das ist konsequent: Dritte sollen Vertretungsregelungen leicht aus dem Register entnehmen können und zwar ohne „logische Schlussfolgerungen“ und Kenntnis des nationalen Vertretungsrechts. Das überzeugt schon deswegen, weil „logische Schlussfolgerungen“ mit dem Wissensvor-sprung über das eigene nationale Recht häufig deutlich leichter durchzuführen sind als für ausländische Dritte.<sup>63</sup> Aus diesem Grund wird zu deutschen Registern heute ganz selbstverständlich im Rahmen der abstrakten Vertretungsbefugnis mit angemeldet: „Ist nur ein Geschäftsführer be-stellt, so vertritt er die Gesellschaft alleine.“

Umso erstaunlicher ist, dass viele europäische Register hier überhaupt keine Aussage treffen. So enthält das französische Register keinerlei Angaben dazu, in welcher Art und Weise die Vertretungsbefugnis bei einer *société à responsabilité limitée* gegeben ist. Das liegt wohl daran, dass sich die (Allein-)Vertretungsbefugnis bereits aus dem Ge-setz ergibt und eine statutarische Beschränkung (insbeson-dere Gesamtvertretung) nicht zulässig ist.<sup>64</sup> Deutsche Nota-re haben den Luxus, solche Informationen häufig recht ein-fach über das DNotI herausfinden zu können. Da außer den Angaben im französischen Handelsregister keinerlei weite-re Informationen über die Gesellschaft erforderlich sind,

59 Die Regelung fand sich bereits in der Art. 2 lit. d der Publizi-tätsrichtlinie.

60 EuGH, Urteil vom 12.11.1974, Haaga GmbH, 32-74, DNotZ 1975, 565.

61 EuGH, Urteil vom 12.11.1974, Haaga GmbH, 32-74, DNotZ 1975, 565 Rdnr. 6.

62 EuGH, Urteil vom 12.11.1974, Haaga GmbH, 32-74, DNotZ 1975, 565 Rdnr. 6.

63 Bock, Der Harmonisierungserfolg der Publizitätsrichtlinie, S. 200.

64 DNotI-Gutachten/Abruf-Nr: 163995 vom 19.06.2018; Herrler/ Süß, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspra-xis, 2. Aufl. 2021, GesR § 23.

können sie daher auch Vertretungsbescheinigungen nach § 21 BNotO unter Bezugnahme auf das französische Regis-ter ausstellen, auch wenn die Art der Vertretungsmacht im Register nicht angegeben ist.<sup>65</sup> Gleichwohl soll eine solche Nachforschung nach der Rechtsprechung des EuGH aber dem grenzüberschreitenden Verkehr nicht zugemutet werden. Noch schwerer wiegen solche fehlenden Angaben zur Art der Vertretungsmacht dort, wo die gesetzliche Vertre-tungsregelung dispositiv ist wie etwa in Irland.<sup>66</sup> In diesen Fällen kann selbst bei Kenntnis des nationalen Rechts aus dem EUCC die Vertretungsmacht der Organvertreter nicht zuverlässig erkannt werden.

An dieser Stelle muss die Kommission ihren Auftrag zur Überwachung der ordnungsgemäßen Umsetzung der Richtlinie ernst nehmen. Das EUCC dürfte der Kommission die Arbeit etwas erleichtern, weil sich zum Beispiel hinsichtlich der Publizitätsgegenstände mit geringstem Aufwand prüfen lassen wird, ob die nationalen Register hier die ent-sprechenden Angaben übermitteln.

## 2. Digitale EU-Vollmacht

Neben dem EUCC führt die DigRL II mit einer digitalen EU-Vollmacht ein weiteres Instrument ein, das die grenzüber-schreitende Handlungsfähigkeit von Gesellschaften bei ge-sellschaftsrechtlichen Vorgängen in anderen Mitgliedstaaten erleichtern soll.

### a) Ausgestaltung und Inhalt

Sie ergänzt das EUCC (mit dem die organ-schaftliche Ver-tretung vereinfacht nachweisbar sein soll), indem auch für den Nachweis rechtsgeschäftlich erteilter Vollmachten für bestimmte Vorgänge ein erleichtertes Verfahren eingeführt wird. Auch hier wird es voraussichtlich ein allgemeines Muster geben, das in allen EU-Amtssprachen verfügbar sein soll. Den genauen Inhalt wird die Kommission noch in einem Durchführungsrechtsakt festlegen. Das Muster soll aber zumindest Datenfelder über den Umfang der Vertre-tung, die zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigte Per-son und die Art der Vertretung enthalten (Art. 16c Abs. 5 GesRRL n. F.).

Es handelt sich bei der digitalen EU-Vollmacht aber um kein allgemeines Vollmachtsformular. Ihr Anwendungsbereich ist in mehrfacher Hinsicht beschränkt. Zum einen betrifft die Vollmacht nur Verfahren im Anwendungsbereich der GesRRL selbst, also vor allem Gründungen von Gesell-schaften, Eintragung oder Schließung von Zweigniederlas-sungen und (grenzüberschreitende) Umwandlungsvorgän-ge. Zum anderen können Vollmachtgeber nur Gesellschaf-ten, nicht aber natürliche Person sein.

Die genaue Ausgestaltung der digitalen EU-Vollmacht ist den Mitgliedstaaten nicht vorgegeben, sodass diese hier einen Umsetzungsspielraum haben. Es wird also nicht eine einzige EU-Vollmacht geben, sondern letztlich für jeden Mitgliedstaat unterschiedliche Formen, wobei angesichts

65 DNotI-Gutachten/Abruf-Nr: 163995 vom 19.06.2018.

66 DNotI-Gutachten/Abruf-Nr: 140298 vom 11.03.2015.



des von der Kommission zu veröffentlichten Musters wohl zu erwarten ist, dass sie sich relativ ähnlich sehen und damit gleichwohl im grenzüberschreitenden Verkehr eine Erleichterung bringen werden.

#### b) Erteilung, Änderung und Widerruf

Erteilung, Änderung und Widerruf der digitalen EU-Vollmacht richten sich gemäß Art. 16c Abs. 1 Unterabs. 2 GesRRL n. F. nach den jeweiligen nationalen rechtlichen und formalen Anforderungen, wobei nach Sinn und Zweck richtigerweise nur das Gesellschaftsstatut der erteilenden Gesellschaft gemeint sein kann.<sup>67</sup> Vorgabe an das nationale Recht ist, dass zumindest die Identität, die Geschäftsfähigkeit und die organschaftliche Vertretungsbefugnis der erteilenden Person durch Gerichte, Notare oder andere zuständige Behörden geprüft wird. Auch hier muss eine Authentifizierung über einen Vertrauensdienst nach der eIDAS-Verordnung erfolgen und Kompatibilität mit dem EU-Wallet gewährleistet sein.

Im Gegensatz zum Kommissionsentwurf ist die mögliche Erfassung der digitalen EU-Vollmacht in einem Register den Mitgliedstaaten überlassen. Entscheiden sich Mitgliedstaaten für eine Registrierungspflicht, steht es ihnen frei, ein separates Vollmachtsregister einzuführen oder die Vollmacht im zuständigen Handelsregister zu erfassen. Letzteres wäre wohl sicher der für den Rechtsverkehr übersichtlichste Weg, weil er ein weiteres Register erspart.<sup>68</sup> Zusammen mit der Einsicht im Hinblick auf die organschaftliche Vertretung einer Gesellschaft sowie erteilten Prokuren und Handlungsvollmachten könnte man dann erkennen, ob und inwieweit rechtsgeschäftliche Vollmachten erteilt und noch gültig sind. Denn auch die zuständigen Stellen im Verwendungsmittelstaat werden jedenfalls die Echtheit, die fortdauernde Gültigkeit sowie die Einhaltung der Erteilungsvoraussetzungen einer digitalen EU-Vollmacht prüfen können müssen.<sup>69</sup> Das würde durch eine Erfassung in einem Register deutlich vereinfacht.

#### c) Anerkennung und Einschränkungen bei der Verwendung

Die bestehende Prüfungspflicht auf Seiten des ausstellenden Mitgliedstaates ist sinnvoll. Die Mindestanforderungen für eine öffentliche Präventivkontrolle in den Registern sollen nicht durch die Erteilung von rechtsgeschäftlichen Vollmachten umgangen werden können. Auch hier ist die öffentliche Präventivkontrolle Voraussetzung für den nächsten Schritt, die Anerkennung im Verwendungsmittelstaat. Denn bei der digitalen EU-Vollmacht ordnet die Richtlinie an:

„Die digitale EU-Vollmacht wird als Nachweis dafür anerkannt, dass die ermächtigte Person gemäß dem Dokument zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt ist.“<sup>70</sup>

<sup>67</sup> J. Schmidt, NZG 2024, 563, 571.

<sup>68</sup> Stelmaszczyk/Wosgien in Wachter/Heckschen, Praxis des Handels- & Gesellschaftsrechts, Rdnr. 2388.

<sup>69</sup> Stelmaszczyk/Wosgien in Wachter/Heckschen, Praxis des Handels- & Gesellschaftsrechts, Rdnr. 2388.

<sup>70</sup> Art. 16c Abs. 2 GesRRL n. F.

Interessant wird es für die Praxis vor allem bei Vollmachten aus Mitgliedstaaten, die einerseits dispositive Vertretungsregeln für ihre Vertretungsorgane vorsehen, andererseits (richtlinienwidrig) die Art der Vertretungsmacht nicht im Register eintragen. So müsste etwa in Irland die dann für die Prüfung der Erteilungsvoraussetzungen zuständige Behörde die Vertretungsbefugnis des handelnden *director* durch Einsichtnahme in Unterlagen jenseits des Registerauszugs, die regelmäßig auch gar nicht beim Register, sondern bei der Gesellschaft vorliegen, wie etwa die *board minutes*, prüfen und bestätigen.

Eine weitere praktische Einschränkung erfährt die digitale EU-Vollmacht dadurch, dass die nationalen Vorschriften im Anwendungsstaat über die Gründung von Gesellschaften und die Beschränkung der Ausübung von Vollmachten im Allgemeinen unberüht bleiben.<sup>71</sup> Das bedeutet aus deutscher Sicht zum Beispiel, dass die Formvorschrift des § 2 Abs. 2 GmbHG uneingeschränkt weiter Anwendung finden kann und eine digitale EU-Vollmacht für eine GmbH-Gründung nur dann ausreicht, wenn sie elektronisch beurkundet<sup>72</sup> ist.<sup>73</sup> Insoweit kommt es gerade auf die nationalen Vorschriften im Anwendungsstaat an und nicht (allein) auf die Frage einer formwirksamen Erteilung nach dem Gesellschaftsstatut der erteilenden Gesellschaft.

## 4. Befreiung von der Legalisation und einer ähnlichen Förmlichkeit

Für bestimmte Dokumente wird durch die DigRL II das Erfordernis der „Legalisation und einer ähnlichen Förmlichkeit“ (vor allem Apostille) abgeschafft.<sup>74</sup> Das betrifft sämtliche beglaubigte Kopien und Auszüge im Sinne des Art. 16 GesRRL aus den europäischen nationalen Registern, das EUCC, digitale EU-Vollmachten und Vorabbescheinigungen für grenzüberschreitende Umwandlungen. Ebenso sind notarielle Urkunden, Verwaltungsdokumente, deren beglaubigte Kopien und Übersetzungen, die im Rahmen der Verfahren der GesRRL ausgestellt wurden, von sämtlichen Legalisierungserfordernissen befreit.

Für elektronische Dokumente ist dafür allerdings erforderlich, dass sie über Vertrauensdienste nach der eIDAS-Verordnung authentifiziert wurden. Für Papierdokumente ist auf die Apostille zu verzichten, wenn sie eine eindeutige Protokoll- oder Kennnummer oder ein ähnliches Merkmal aufweisen, das die elektronische Überprüfung des Ursprungs und der Echtheit des Dokuments ermöglicht. Wie das bei den Papierdokumenten aussehen soll, lässt die Richtlinie of-

<sup>71</sup> Erwägungsgrund 27 DigRL II.

<sup>72</sup> Der Fortbestand der Gründungsvollmacht muss dem Registergericht nachgewiesen werden können. Das ist bei elektronisch beglaubigten Gründungsvollmachten nicht möglich, weil hiervon keine Unterschrift oder Ausfertigung erteilt werden kann, vgl. Bormann, GmbHR 2023, 533, 537; Lieder, NZG 2020 81, 86; Beck'sches Notar-Handbuch/Stelmaszczyk, 8. Aufl. 2024, § 31 Rdnr. 59; Wicke, GmbHG, 5. Aufl. 2024, § 2 Rdnr. 7a.

<sup>73</sup> Erfasst wären etwa auch Fälle, in denen nationales Recht eine Stellvertretung bei der Gründung überhaupt nicht zulässt, J. Schmidt, NZG 2024, 563, 572.

<sup>74</sup> Art. 16d GesRRL n. F.



fen. Die DigRL II führt damit insoweit nur zur Anerkennungspflicht von e-Apostillen-ähnlichen Systemen auf Papierdokumenten.<sup>75</sup> Wo solche Merkmale nicht beigelegt sind, kann weiterhin eine Apostille verlangt werden. Es liegt also an den Mitgliedstaaten, für „ihre“ Gesellschaften und Dokumente für die Verwendung in anderen Mitgliedstaaten solche Systeme einzuführen. Eine Verpflichtung zur Einführung gibt es nicht.<sup>76</sup>

## 5. Teilweise Einschränkung des Übersetzungs erfordernisses

Sprachlich erhebliche Erleichterungen wird das EUCC bringen, das für grenzüberschreitende Transaktionen insbesondere die Existenz und die Vertretungsmacht der Organe im Regelfall ausreichend nachweisen und aufgrund des einheitlichen Musters häufig auch in einer fremdsprachigen Fassung verständlich sein wird.

Eine Akzeptanzpflicht für fremdsprachige Dokumente schreibt die Richtlinie aber nicht zwingend vor. Sie bestimmt lediglich, dass Mitgliedstaaten „anstreben“ sollen, keine Übersetzung von Kopien oder Auszügen von Dokumenten zu verlangen, die von einem Register eines anderen Mitgliedstaats bereitgestellt werden, wenn diese im EUCC enthalten oder über erläuternde Hinweise, die über das BRIS veröffentlicht werden, identifizierbar sind.<sup>77</sup>

## 6. Allgemeine Anerkennungspflicht?

Die Richtlinie regelt nicht ausdrücklich, inwieweit Dokumente und Auszüge aus anderen Registern anerkannt werden müssen. Vorschriften zur Anerkennung gibt es nur für das EUCC und die digitale EU-Vollmacht.

Allerdings enthält die Richtlinie nun aber Vorschriften, die festlegen, wann Dokumente nicht anerkannt werden müssen, nämlich zum einen bei begründeten Zweifeln hinsichtlich des Ursprungs oder der Echtheit von Kopien und Auszügen von Dokumenten und Informationen aus einem Register (Art. 16e GesRRL n. F.) und zum anderen „ausnahmsweise und auf Einzelfallbasis bei begründetem Verdacht auf Betrug oder Missbrauch“ (Art. 16f GesRRL n. F.).<sup>78</sup>

In Erwägungsgrund 26 heißt es dazu, dass die Gesellschaftsinformationen oder das Gesellschaftsdokument aus einem Register in einem anderen Mitgliedstaat nicht systematisch, sondern nur ausnahmsweise auf Einzelfallbasis abgelehnt werden sollen. Die Mitgliedstaaten sollen außerdem sicherstellen, dass unterschiedliche Ansätze der Mitgliedstaaten bei der Durchführung der vorbeugenden Kontrolle oder Unterschiede in den Rechtsordnungen und Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten nicht als Ablehnungsgrund dienen.

75 Stelmaszczyk/Wosgien in Wachter/Heckschen, Praxis des Handels- & Gesellschaftsrechts, Rdnr. 2392; Lieder, NJW 2024, 2065, 2069; a. A. J. Schmidt, NZG 2024, 563, 572.

76 Stelmaszczyk/Wosgien in Wachter/Heckschen, Praxis des Handels- & Gesellschaftsrechts, Rdnr. 2392.

77 Art. 16g GesRRL n. F.

78 Jeweils unter weiteren Voraussetzungen und Durchführung eines speziellen Verfahrens, vgl. dazu J. Schmidt, NZG 2024, 563, 573.

In Erwägungsgrund 26 heißt es explizit aber auch, dass die in der Richtlinie vorgesehene Möglichkeit der Ablehnung von Informationen wegen Verdachts auf Missbrauch und Betrug jedoch nicht dahin gehend verstanden werden dürfe, dass ein allgemeiner Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung in Bezug auf alle in nationalen Unternehmensregistern gespeicherten Informationen und Dokumente existieren würde. Auch wenn die Erwägungsgründe grundsätzlich unverbindlich sind, ist das durchaus ernst zu nehmen und entspricht der Regelungssystematik der Richtlinie.<sup>79</sup> Diejenigen Dokumente, die nicht der Publizität der GesRRL unterliegen und die auch keiner harmonisierten öffentlichen Präventivkontrolle unterworfen sind, wie etwa Gesellschafterlisten, werden nicht durchgehend in anderen Mitgliedstaaten anerkannt werden müssen.<sup>80</sup>

Interessant bei der Frage nach der allgemeinen Anerkennung von Dokumenten ist insbesondere die Regelung in Art. 16f Abs. 3 GesRRL n. F. Danach bleibt zum einen die Anwendung des Art. 16 Abs. 5 GesRRL n. F. unberührt. In Art. 16 Abs. 5 GesRRL sind die europäischen Vorgaben für eine negative und positive Publizität des Registerinhalts aufgeführt. Zum anderen soll nach Art. 16f Abs. 3 GesRRL n. F. die Möglichkeit der zuständigen Behörden unberührt bleiben, das Ausgangsregister davon zu benachrichtigen, dass die bereitgestellten Informationen oder Dokumente unabsichtliche redaktionelle oder sonstige offensichtliche Fehler enthalten könnten, um eine mögliche Berichtigung zu erwirken, bevor sie sich auf die Information oder das Dokument stützen, einschließlich für Eintragungen in ihr eigenes Register. Das ist in zweifacher Hinsicht beachtlich: Auf der einen Seite gelten die Publizitätswirkungen der Richtlinie nur gegenüber Dritten, nicht gegenüber Behörden.<sup>81</sup> Auf der anderen Seite knüpft Art. 16f Abs. 3 GesRRL n. F. gerade nicht lediglich an Fälle von Missbrauch oder Betrug, sondern auch an sonstige Unrichtigkeiten an, die einer Behörde auffallen, und eröffnet die Möglichkeit, bei dem Ursprungsregister eine Korrektur zu erwirken und mit der eigenen Eintragung zu warten. Daraus muss man entnehmen, dass auch jenseits von Hinweisen auf Missbrauch und Betrug oder Zweifeln am Ursprung und der Echtheit nationale Behörden und Register bei Hinweisen auf Unrichtigkeiten oder Unstimmigkeiten nicht gezwungen sind, die übermittelten Dokumente ohne Weiteres anzuerkennen und in eigene Register zu übernehmen. Art. 16f Abs. 3 GesRRL n. F. enthält – anders als in Missbrauchsfällen nach Art. 16f Abs. 1 und Abs. 2 GesRRL n. F. – explizit auch keine Verpflichtung, sondern nur die Möglichkeit, das Ursprungsregister zu informieren.<sup>82</sup>

79 Lieder, NJW 2024, 2065, 2070.

80 Stelmaszczyk/Wosgien in Wachter/Heckschen, Praxis des Handels- & Gesellschaftsrechts, Rdnr. 2374; Lieder, NJW 2024, 2065, 2070.

81 Wie auch § 15 HGB, vgl. nur MünchKomm-HGB/Kafka, § 12 Rdnr. 48.

82 Weitergehend aber J. Schmidt, NZG 2024, 563, 573, die aus dem *effet utile* des Unionsrechts eine „Berichtigungsbemühung“ der verwendenden Behörde bei der ausstellenden Behörde ableitet; schwächer demgegenüber Lieder, NJW 2024, 2065, 2068, für den aus dem *effet utile* lediglich eine Benachrichtigungsverpflichtung folgt.

Letztendlich steckt hier, vor allem auch beim EUCC und der digitalen EU-Vollmacht, eine der Hauptschwierigkeiten für die Umsetzung und danach für die Praxis: Es ist derzeit schwer absehbar, ob aufseiten des Verwendungsmittelstaats der zweite Schritt (Anerkennung) möglicherweise vor dem ersten Schritt im Herkunftsmitgliedstaat (öffentliche Präventivkontrolle) gemacht werden müsste. Es kann nicht sein, dass im Verwendungsmittelstaat ein EUCC oder eine digitale EU-Vollmacht anerkannt werden muss, obwohl der Ausgangsmittelstaat die Regeln über die öffentliche Präventivkontrolle der DigRL II nicht richtlinienkonform umgesetzt hat. Daher wird es entscheidend darauf ankommen, dass die Kommission die Umsetzung vor allem der Vorgaben zur öffentlichen Präventivkontrolle genau überwacht und zeitnah gegen eine unzureichende Umsetzung vorgeht.

## V. Fazit

Die DigRL II ist ein echter Meilenstein für den Ausbau der öffentlichen Präventivkontrolle in Europa. Mit der DigRL II ist nun auf europäischer Ebene vorgeschrieben, dass insbesondere die Vertretungsbefugnis und die Identität der handelnden Personen für alle Gründungs- und Anmeldungs-vorgänge durch öffentliche Stellen wie Gerichte, Behörden und/oder Notare geprüft werden müssen und dass der Errichtungsakt einer echten Rechtmäßigkeitskontrolle durch öffentliche Stellen unterzogen werden muss. Das wird in weiten Teilen im europäischen Ausland eine deutlich höhere Qualität der Register nach sich ziehen, die teilweise bisher eine Sammlung gänzlich ungeprüfter Unternehmensinformationen sind. Ein großer Schritt für das europäische Registerrecht ist, dass künftig auch die Personengesellschaften einer harmonisierten Registerpublizität wie auch einer öffentlichen Präventivkontrolle unterliegen.

In vielen Fällen wird das EUCC den grenzüberschreitenden Rechtsverkehr erheblich erleichtern. Statt sich mit fremden, ungewohnten Registerauszügen aus anderen Mitgliedstaaten befassen zu müssen, wird man mit dem EUCC einen in Grundzügen einheitlichen „europäischen Registerauszug“ erhalten können. Außerdem ist zu begrüßen, dass in vielen Fällen im innereuropäischen Rechtsverkehr das Erfordernis einer Apostille entfällt.

Die öffentliche Präventivkontrolle ist Voraussetzung für die weitgehende (wenn auch nicht vollumfängliche) grenzüberschreitende Anerkennung von Informationen im EUCC und bezüglich der digitalen EU-Vollmacht, die die DigRL II bringt. Dass die Richtlinie allgemein keine Anerkennungspflicht und beim EUCC und der digitalen EU-Vollmacht keine vollumfängliche Anerkennung vorschreibt, ist richtig. Das, was nicht der öffentlichen Präventivkontrolle unterliegt, kann nicht Gegenstand der Anerkennung sein. Auch wo konkrete Zweifel an der Richtigkeit der Informationen bestehen, muss es den Behörden im Verwendungsmittelstaat freigestellt sein, eine möglicherweise fehlerhafte Eintragung abzulehnen und nicht zum Gegenstand bzw. zur Grundlage der eigenen Eintragung zu machen.

Das deutsche Recht erfüllt die neuen Mindeststandards der öffentlichen Präventivkontrolle für Kapital- und Personengesellschaften bereits. In einigen Mitgliedstaaten werden

hingegen umfangreiche Eingriffe ins nationale Recht erforderlich werden. Die Mitgliedstaaten, die eine Präventivkontrolle bisher nur rudimentär oder gar nicht durchführen, werden kaum in kurzer Zeit ein System schaffen können, das der besonders hohen Verlässlichkeit des deutschen Systems im Wege einer zweistufigen Prüfung durch Notare und Register gleichkommt, auch wenn die Richtlinie diesen Standard zwar ausdrücklich als wünschenswert anerkennt, aber nicht zwingend als Mindeststandard vorschreibt.

Insbesondere bei der öffentlichen Präventivkontrolle ist wichtig, dass diese nicht nur in der Richtlinie vorgeschrieben ist, sondern in allen Mitgliedstaaten auch effektiv eingeführt wird. Es kann nicht sein, dass Mitgliedstaaten Informationen aus anderen Registern akzeptieren sollen, wenn dort die öffentliche Präventivkontrolle nicht den Richtlinievorgaben entsprechend gelebt wird. Insofern ist es zu begrüßen, dass die DigRL II einen ausdrücklichen Evaluierungsauftrag für die Kommission innerhalb von fünf Jahren nach Ablauf der Umsetzungsfrist enthält (Art. 4 DigRL II). In ihrem Bericht soll die Kommission explizit unter anderem auch die „Wirksamkeit der von den Mitgliedstaaten eingeführten und durchgeführten vorbeugenden Kontrollen und Rechtmäßigkeitsprüfungen im Hinblick auf die Sicherstellung eines hohen Maßes an sachlicher Richtigkeit und Verlässlichkeit von Gesellschaftsinformationen sowie die Notwendigkeit weiterer Transparenz solcher Informationen“ evaluieren. Die Mitgliedstaaten selbst sind verpflichtet, der Kommission die für die Evaluation erforderlichen Informationen zur Verfügung zu stellen.<sup>83</sup> Man kann an dieser Stelle nur an die Kommission appellieren, ihren Evaluierungsauftrag ernst zu nehmen und sich nicht allein auf das zu verlassen, was die Mitgliedstaaten mitteilen. Gleichzeitig muss man von der Kommission als Hüterin der Umsetzung von Richtlinien erwarten, dass sie gegen Umsetzungsverstöße auch effektiv vorgeht.<sup>84</sup> Funktionierende öffentliche Präventivkontrolle ist, wie der europäische Gesetzgeber zutreffend erkannt hat, Voraussetzung für grenzüberschreitendes Vertrauen und Akzeptanz von Registerdaten.

<sup>83</sup> Art. 4 Abs. 1 Unterabs. 2 DigRL II.

<sup>84</sup> Der Kommission kommt die originäre Verfolgungspflicht von Vertragsverletzungen zu (Art. 17 EUV), damit nach Art. 258 AEUV primär das Recht zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen einen Mitgliedstaat. Das Klagerecht der Mitgliedstaaten nach Art. 259 AEUV setzt wegen der originären Verfolgungszuständigkeit der Kommission auch voraus, dass die Kommission sich zuvor mit dem infrage stehenden Vertragsverstoß befassen konnte. Die praktische Bedeutung des Art. 259 AEUV ist wegen politischer Rücksichtnahme extrem gering, prominente Ausnahme ist das von Österreich gegen Deutschland eingeleitete Verfahren in der Pkw-Maut (vgl. zum Ganzen Grabitz/Hilf/Nettesheim/Karpenstein, Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, Stand: Januar 2024, Art. 259 AEUV Rdnr. 1 ff., 7).



# Auskünfte gegenüber Erben und Vorsorgebevollmächtigten – Notarielle Verschwiegenheitspflicht und die Verfahren nach § 18 Abs. 2 und Abs. 3 BNotO

AUFSÄTZE

Von Notarassessorin Carina Kellner, Bruckberg



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSBESPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

„Reden ist Silber, Schweigen ist Gold“: Diese Volksweisheit dürfte kaum einem anderen Berufsstand so in Fleisch und Blut übergegangen sein wie Notarinnen und Notaren,<sup>1</sup> deren Verschwiegenheitspflicht in § 18 Abs. 1 Satz 1 BNotO normiert ist. Diese schützt das Recht der Beteiligten auf informationelle Selbstbestimmung im Sinne von Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG.<sup>2</sup> Zugleich stärkt die Amtsverschwiegenheit das Vertrauen und das Ansehen des Notars bei der rechtsuchenden Bevölkerung.<sup>3</sup> Dass der Notar anvertraute Tatsachen geheim halten muss, trägt wesentlich dazu bei, dass ihn die Beteiligten umfassend über ihre Verhältnisse informieren.<sup>4</sup>

Es gibt jedoch Fälle, in denen Personen vom Notar Auskunft verlangen und das Schweigen hierauf nicht als gülden, sondern als belastend empfinden, zum Beispiel wenn Erben oder Vorsorgebevollmächtigte eines Beteiligten Informationen zu bestimmten Amtsvorgängen wünschen. Im konkreten Einzelfall kann für den Notar die Beurteilung schwierig sein, ob und wenn ja in welchem Umfang er sich äußern darf.

Dieser Beitrag beschäftigt sich daher mit der Frage, wann Erben, Erbanwärter und Vorsorgebevollmächtigte Auskunft vom Notar erhalten können. In diesem Zusammenhang spielt das Verfahren nach § 18 Abs. 2 2. Hs. BNotO eine wichtige Rolle, wonach die Aufsichtsbehörde anstelle eines verstorbenen oder verhinderten Beteiligten den Notar von der Schweigepflicht befreien kann. Zudem kann der Notar bei Zweifeln über die Reichweite seiner Schweigepflicht gemäß § 18 Abs. 3 Satz 1 BNotO die Entscheidung der Aufsichtsbehörde nachsuchen. In der Kommentarliteratur wird letzteres Verfahren teilweise nur stiefmütterlich behandelt. Entscheidungen hierzu sind rar gesät und liegen seit der Änderung des Rechtsschutzregimes in §§ 111 ff. BNotO mit Wirkung zum

01.09.2009<sup>5</sup> nicht vor. Der Beitrag will dies zum Anlass nehmen, um die Rechtsinstitute nach § 18 Abs. 2 2. Hs. und Abs. 3 Satz 1 BNotO näher zu beleuchten.

## I. Allgemeines zur notariellen Verschwiegenheitspflicht

„Jedermann gegenüber, alle in amtlicher Funktion erlangten Informationen.“<sup>6</sup> So lässt sich die Reichweite der notariellen Verschwiegenheitspflicht pointiert zusammenfassen.

### 1. Sachliche Reichweite der Schweigepflicht

Die Verschwiegenheitspflicht bezieht sich gemäß § 18 Abs. 1 Satz 2 BNotO auf alles, was dem Notar bei der Ausübung seines Amtes bekannt geworden ist. Die fraglichen Tatsachen müssen einen Bezug zu seiner Amtstätigkeit haben. Dabei ist unerheblich, ob sie dem Notar bewusst offenbart wurden oder ob er nur anlässlich der Amtsausübung von ihnen Kenntnis erlangt hat. Es ist nicht erforderlich, dass sie dem Notar besonders anvertraut wurden.<sup>7</sup>

Erfasst sind der gesamte Inhalt der notariellen Verhandlung, einschließlich der Tatsache, dass die Beurkundung stattfand, Zeit und Ort, Identität der betroffenen Personen sowie alle Umstände, die der Notar anlässlich der Beurkundung erfährt. Hinweise des Notars, die er aufgrund seiner Belehrungspflicht nach § 17 BeurkG erteilt, fallen ebenfalls unter die Schweigepflicht.<sup>8</sup> Schließlich bezieht sich diese auf die gesamten Vorbereitungshandlungen für die Beurkundung. Sie gilt auch, wenn nur Besprechungen stattgefunden haben, der Notar seine Mitwirkung bei einer Beurkundung abgelehnt hat oder bloß einmal mit dem Notar Kontakt aufgenommen wurde, sich aber eine weitere Amts-

1 Zur leichteren Lesbarkeit wird im weiteren Verlauf das generische Maskulinum verwendet.

2 Frenz/Miermeister/*Bremkamp*, BNotO, 5. Aufl. 2020, § 18 Rdnr. 2.

3 BGH, Beschluss vom 08.07.2021, V ZB 42/19, DNotZ 2022, 38, 40.

4 OLG Koblenz, Beschluss vom 22.02.1985, DNotZ 1986, 423, 424; BeckOK-BNotO/Sander, Stand: 01.08.2024, § 18 Rdnr. 4.

5 Siehe Gesetz zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht, zur Errichtung einer Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften, BGBl. 2009 I, S. 2449.

6 Zitat nach Frenz/Miermeister/*Bremkamp*, BNotO, § 18 Rdnr. 9.

7 BGH, Beschluss vom 09.12.2004, IX ZB 279/03, DNotZ 2005, 288; Beschluss vom 09.12.2004, IX ZB 279/03, DNotZ 2005, 288, 289 f.

8 BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 36 f.

tätigkeit nicht ergeben hat.<sup>9</sup> Anders als es der Wortlaut des § 18 Abs. 1 Satz 2 BNotO vermuten ließe, fallen auch negative Tatsachen unter die Schweigepflicht. So darf sich der Notar ohne Befreiung nicht etwa dazu äußern, ob er mit einer bestimmten Angelegenheit befasst oder für eine bestimmte Person in amtlicher Funktion tätig war.<sup>10</sup>

## 2. Persönliche Reichweite der Schweigepflicht

Der Notar hat gegenüber jedermann Stillschweigen zu bewahren, auch gegenüber Ehegatten, Verwandten, Verschwägerten, Behörden und Gerichten.<sup>11</sup> Nur gegenüber den Beteiligten kann sich der Notar grundsätzlich nicht auf seine Verschwiegenheitspflicht berufen. Sofern ihm eine Tatsache aber von einzelnen Beteiligten besonders anvertraut wurde, darf er sich gegenüber den übrigen Beteiligten nicht äußern. An andere Personen kann der Notar Informationen nur weitergeben, wenn ihn alle Beteiligten nach § 18 Abs. 2 1. Hs. BNotO von seiner Schweigepflicht befreit haben oder wenn die Verschwiegenheitspflicht im Einzelfall durchbrochen wird, etwa durch gesetzlich besonders geregelte Anzeige- und Mitteilungspflichten.<sup>12</sup>

## II. Schweigepflicht nach dem Tod des Beteiligten

Der Tod eines Beteiligten lässt die Schweigepflicht über die ihn betreffenden Informationen nicht entfallen. Dies zeigt § 18 Abs. 2 2. Hs. Var. 1 BNotO, wonach die Aufsichtsbehörde anstelle des Verstorbenen den Notar von der Verschwiegenheitspflicht befreien kann. Diese Regelung wäre überflüssig, bestünde die Verschwiegenheitspflicht nach dem Tod des Beteiligten nicht fort.<sup>13</sup>

### 1. Grundsätzlich keine Auskünfte gegenüber Erben und sonstigen letztwillig Bedachten

Streitig ist jedoch, ob der Notar den Erben des Verstorbenen oder sonstigen in der Verfügung von Todes wegen bedachten Personen Auskunft erteilen kann.

So wurde bzw. wird teilweise noch immer vertreten, der Notar könne sich gegenüber den Erben in vermögensrechtlichen Angelegenheiten des Erblassers äußern, da diese im Wege der Universalsukzession in die Rechtsposition des Erblassers eintreten. Nur in persönlichen Angelegenheiten müsse der Notar weiterhin Stillschweigen bewahren, es sei denn, das Einverständnis des Erblassers sei zu vermuten (siehe hierzu II. 3. b).<sup>14</sup>

Richtig daran ist, dass die erbrechtliche Universalsukzession gemäß § 1922 Abs. 1 BGB eine Vermögensnachfolge ist, während persönlichkeitsbezogene Rechtspositionen grundsätzlich nicht auf den Erben übergehen. Sie erlöschen mit dem Tod des Erblassers.<sup>15</sup> Mit Blick auf notarielle Amtsvorgänge wird einer Differenzierung nach vermögensrechtlichen und persönlichen Angelegenheiten zu Recht entgegengehalten, diese sei nicht sachgerecht und häufig kaum möglich,<sup>16</sup> da der Beteiligte dem Notar in der Regel bezogen auf das gleiche Amtsgeschäft sowohl Einblick in seine wirtschaftlichen als auch in seine privaten Umstände gewährt. Die (vorgelagerten) Motive für eine vermögensrechtliche Disposition entstammen vielfach der persönlichen Sphäre.

Viel gewichtiger ist jedoch der Blick auf das Telos des § 18 Abs. 1 BNotO. Dieses verbietet in jedem Fall, dass der Notar nach dem Tod des Erblassers Auskünfte an dessen Erben erteilt, ohne von der Verschwiegenheitspflicht befreit worden zu sein. Es geht nicht um einzelne Nachlasspositionen, die Gegenstand eines notariellen Amtsgeschäfts sind. Der individualschützende Charakter des § 18 Abs. 1 BNotO stellt allein darauf ab, dass der Beteiligte dem Notar bei dessen Amtsausübung Informationen – gleich welcher Art – mitteilt. Zweck der notariellen Verschwiegenheitspflicht ist nämlich der Schutz des aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleiteten Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG.<sup>17</sup> Es umfasst die Befugnis des Einzelnen, selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden.<sup>18</sup> Die aus § 18 Abs. 1 BNotO folgende und grundrechtlich abgesicherte Position als Geheimnisgeschützter geht nicht auf die Erben über. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung erlischt grundsätzlich mit dem Tod des Grundrechtsträgers und ist nicht postmortale geschützt.<sup>19</sup> Das bedeutet jedoch gerade nicht, dass der Notar als Grundrechtsverpflichteter<sup>20</sup> alle Informationen, die den Verstorbenen betreffen, nach dessen Tod offenbaren dürfte. Dem schiebt die Spezialregelung des § 18 Abs. 2 2. Hs. Var. 1 BNotO bezüglich der notariellen Verschwiegenheitspflicht einen Riegel vor.<sup>21</sup> Der einfachgesetzliche Schutz des Beteiligten reicht weiter als der durch die Verfassung gewährte.

15 BeckOGK-/BGB/Preuß, Stand: 01.08.2024, § 1922 Rdnr. 161 f.

16 BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 43.

17 BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 2; Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 2.

18 BVerfG, Urteil vom 15.12.1983, 1 BvR 209/83 u. a., NJW 1984, 419 ff.; Sachs/Rixen, GG, 10. Aufl. 2024, Art. 2 Rdnr. 73.

19 Ausnahmen gibt es, wenn die Menschenwürde des vormaligen Grundrechtsträgers durch Verunglimpfung betroffen ist oder Persönlichkeitsmerkmale ungerechtfertigt kommerziell ausgebautet werden, siehe BVerfG, Beschluss vom 22.08.2006, 1 BvR 1168/04, NJW 2006, 3409 ff.; BGH, Urteil vom 01.12.1999, I ZR 49/97, NJW 2000, 2195 ff. (Marlene Dietrich); Urteil vom 01.12.1999, I ZR 226/97, NJW 2000, 2201 ff. (Der blaue Engel); beides ist mit Blick auf § 18 Abs. 1 BNotO nicht denkbar.

20 Als unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO) ist der Notar Grundrechtsverpflichteter.

21 BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 30.

9 BGH, Beschluss vom 09.12.2004, IX ZB 279/03, DNotZ 2005, 288, 290; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 18.03.2021, 20 W 275/19, ZEV 2021, 525, 526; BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 37.

10 BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 35.

11 Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 11.

12 BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 40, 41.

13 BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 30.

14 Schippel/Bracker/Kanzleiter, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 18 Rdnr. 7; i. Erg. auch: Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl. 2016, § 18 Rdnr. 40.



Der Notar ist gegenüber den Erben – und erst recht gegenüber sonstigen Bedachten wie Vermächtnisnehmern oder Auflagenbegünstigten – also ausnahmslos zur Verschwiegenheit verpflichtet, sofern sich nicht aus gesetzlichen Vorschriften etwas anderes ergibt oder der Notar wirksam von seiner Verschwiegenheitspflicht entbunden wurde.

## 2. Recht auf Urkundsausfertigungen und -abschriften sowie auf Einsicht in die Urschrift

Eine derartige Spezialnorm, hinter welche die Schweigepflicht im Sinne von § 18 Abs. 1 BNotO zurücktritt, ist § 51 Abs. 1 und Abs. 3 BeurkG.<sup>22</sup> Danach können Rechtsnachfolger der Beteiligten Ausfertigungen und Abschriften von Urkunden verlangen und die Urschrift einsehen. Dies gilt natürliche für die Erben als Gesamtrechtsnachfolger. Dabei muss die Rechtsnachfolge nicht unmittelbar sein, sondern kann durch mehrere Rechtsnachfolgen vermittelt werden. Entscheidend ist, dass die Rechtsnachfolge bei der Antragstellung nach § 51 BeurkG noch besteht.<sup>23</sup> Sind mehrere Personen zur Erbfolge berufen, stehen jeder von ihnen in vollem Umfang die Befugnisse nach § 51 Abs. 1 und Abs. 3 BeurkG zu, selbst wenn die Miterben dem widersprechen.<sup>24</sup> Dagegen haben Pflichtteilsberechtigte,<sup>25</sup> Vermächtnisnehmer und sonstige von der Erbfolge ausgeschlossene Personen keinen Anspruch aus § 51 Abs. 1 und Abs. 3 BeurkG, soweit nicht die Urkundsbeteiligten gemäß § 51 Abs. 2 BeurkG etwas anderes bestimmt haben.

Der Notar muss die Rechtsnachfolge genau prüfen, da er gegen seine Verschwiegenheitspflicht verstieße, würden Ausfertigungen und Abschriften an Nichtberechtigte herausgegeben.<sup>26</sup> Er unterliegt dabei keinen festen Beweisregeln, sondern hat nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, wie er sich die erforderliche Gewissheit über die Berechtigung des Antragstellers verschafft.<sup>27</sup> Die Vorlage eines Erbscheins zum Nachweis der Rechtsnachfolge ist nicht zwingend erforderlich.<sup>28</sup> Vielmehr reicht ein notarielles Testament mit Eröffnungsniederschrift als Nachweis aus.<sup>29</sup> Ob auch andere Dokumente genügen, insbesondere handschriftliche Testamente, wird in der Literatur kaum diskutiert. § 795 Satz 1, § 727 Abs. 1 ZPO enthalten eine Sonderregelung, wenn von einer Urkunde eine *vollstreckbare Aus-*

*fertigung* erteilt werden soll. Dann muss die Rechtsnachfolge auf Gläubiger- oder Schuldnerseite für den Notar offenkundig oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen sein. Daraus lässt sich der Umkehrschluss ziehen, dass einfache Ausfertigungen oder Abschriften auch dann erteilt werden dürfen, wenn der Nachweis zur Überzeugung des Notars durch sonstige Dokumente erbracht wird.<sup>30</sup> Wird dem Notar jedoch allein ein handschriftliches Testament ohne weitere Nachweise (insbesondere ohne Eröffnungsniederschrift) vorgelegt, kann er sich nicht darauf verlassen, dass dieses die Erbfolge zutreffend wiedergibt. Ihm ist in diesen Fällen bei der Annahme der Rechtsnachfolge zur Zurückhaltung zu raten.

Steht die Rechtsnachfolge fest, haben die Erben zwar grundsätzlich einen Anspruch auf Erteilung von Ausfertigungen oder Abschriften bzw. Einsichtsgewährung in die Urkunde. Gegenstand und Reichweite dieses Rechts können im Einzelfall aber fraglich sein, insbesondere wenn aus der Urkunde keine konkreten Rechte oder Pflichten für den Rechtsnachfolger mehr folgen können oder wenn Gegenstand der Urkunde ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft ist. In der Praxis sollte vor Erteilung von Ausfertigungen, Abschriften oder einer Einsichtsgewährung gegenüber Rechtsnachfolgern daher Rücksprache mit der LNotK Bayern gehalten und ggf. ein Antrag gemäß § 18 Abs. 3 BNotO erwogen werden. Aus § 51 Abs. 1 und Abs. 3 BeurkG folgt ferner kein Anspruch auf Auskunft darüber, ob der Erblasser überhaupt an Urkunden beteiligt war. Außerdem können nicht pauschal Abschriften aller den Erblasser betreffender Urkunden verlangt werden.<sup>31</sup> Vielmehr hat der Antragsteller die Niederschrift, von der er Ausfertigungen oder Abschriften begeht, hinreichend bestimmt zu bezeichnen. Er muss mitteilen, dass vor dem Notar eine konkrete Urkunde aufgenommen wurde und diese zumindest nach Errichtungszeitraum und Gegenstand konkretisieren.<sup>32</sup> Erst recht gewährt § 51 Abs. 1 und Abs. 3 BeurkG kein Einsichtsrecht in die Nebenakte. Diese unterliegt der allgemeinen notariellen Schweigepflicht aus § 18 Abs. 1 BNotO.<sup>33</sup> § 13 Abs. 2 FamFG ist auf die notarielle Nebenakte nicht anwendbar. Daher müssen alle Beteiligten den Notar von der Verschwiegenheitspflicht befreien, damit er den Erben Einsicht in die Nebenakte gewähren kann.<sup>34</sup> Er ist dazu – auch bei Vorliegen der erforderlichen Befreiungen – jedoch nicht verpflichtet.<sup>35</sup> Für den Verstorbenen kann allein die Aufsichtsbehörde nach § 18 Abs. 2 2. Hs. Var. 1 BNotO die Befreiung erteilen.

22 BGH, Beschluss vom 08.07.2021, V ZB 42/19, ZEV 2021, 714, 715; Beck-OK/Sander, § 18 Rdnr. 49; BeckOGK-BeurkG/Regler, Stand: 01.09.2024, § 51 Rdnr. 1 und 2.

23 BeckOGK-BeurkG/Regler, § 51 Rdnr. 33.

24 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.01.2007, 14 Wx 51/06, DNotZ 2008, 139, 140; BeckOGK-BeurkG/Regler, § 51 Rdnr. 35; Winkler, BeurkG, 21. Aufl. 2023, § 51 Rdnr. 14.

25 Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 51 Rdnr. 25.

26 Frenz/Miermeister/Limmer, BNotO, § 51 BeurkG Rdnr. 1.

27 Armbrüster/Preuß/Eickelberg, BeurkG, 9. Aufl. 2022, § 51 Rdnr. 2; Winkler, BeurkG, § 51 Rdnr. 6.

28 LG Stuttgart, Beschluss vom 02.06.2004, 1T 56/04, ZEV 2004, 339; Armbrüster/Preuß/Eickelberg, BeurkG, § 51 Rdnr. 2.

29 Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, § 51 Rdnr. 12.

30 Winkler, BeurkG, § 51 Rdnr. 6.

31 BGH, Beschluss vom 08.07.2021, V ZB 42/19, ZEV 2021, 714, 715; BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 49; Armbrüster/Preuß/Eickelberg, BeurkG, § 51 Rdnr. 4.

32 BGH, Beschluss vom 08.07.2021, V ZB 42/19, ZEV 2021, 714, 716; Armbrüster/Preuß/Eickelberg, BeurkG, § 51 Rdnr. 4; Regler, MittBayNot 2022, 205, 207.

33 BGH, Beschluss vom 31.01.2013, V ZB 168/12, DNotZ 2013, 711, 714; Kanzleiter, DNotZ 1993, 434, 435.

34 BGH, Beschluss vom 31.01.2013, V ZB 168/12, DNotZ 2013, 711, 713 f.

35 BGH, Beschluss vom 11.01.2024, V ZB 63/22, MittBayNot 2024, 497, 499; Regler, MittBayNot 2022, 205, 208.

### 3. Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht

Hinsichtlich aller Umstände, die sich nicht direkt aus der Urkunde ergeben und somit von § 51 Abs. 1 und Abs. 3 BeurkG nicht gedeckt sind, kommt eine Äußerung des Notars gegenüber den Erben nur in Betracht, wenn der Notar von seiner Schweigepflicht entbunden wurde.

#### a) Befreiungserklärung durch den Verstorbenen

Hat der Erblasser zu seinen Lebzeiten eine entsprechende Erklärung abgegeben, wirkt diese über den Tod hinaus fort, wenn sie sich auch auf eine Äußerung gegenüber den Erben bezieht.<sup>36</sup> Die Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht ist eine verfahrensrechtliche Erklärung, für die Geschäftsfähigkeit nicht erforderlich ist, sondern nur natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit.<sup>37</sup> Sie ist grundsätzlich formfrei möglich. Der Notar sollte aber mit Blick auf die scharfen Sanktionen bei einem Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht zu Beweiszwecken auf einer Erklärung in Schriftform bestehen.<sup>38</sup>

Die Befreiung kann nicht nur ausdrücklich erklärt werden, sondern auch konkludent durch schlüssiges Verhalten, wenn der Beteiligte zu erkennen gegeben hat, dass er auf die Geheimhaltung keinen Wert legt. Dabei ist dem Notar zu höchster Zurückhaltung zu raten.<sup>39</sup> Nur weil der Beteiligte selbst seinen Erben bestimmte Informationen preisgegeben hat, heißt das nicht, dass er mit einer Weitergabe durch den Notar einverstanden ist. Dies gilt umso mehr, als für den Notar nicht sicher erkennbar ist, welche Tatsachen dem Erben schon bekannt sind. Die konkludente Befreiung mag in der Theorie möglich sein, kann in der Praxis aber schon wegen der Nachweisprobleme keine große Rolle spielen.

#### b) Keine Auskunft aufgrund mutmaßlichen Einverständnisses des Erblassers

In Rechtsprechung und Literatur werden zum Teil sogar Auskünfte des Notars an den Erben ohne eine ausdrückliche oder konkludente Befreiungserklärung für möglich gehalten, wenn die Äußerung des Notars dem mutmaßlichen Willen des Erblassers entspricht.<sup>40</sup> Es liege im wohlverstan-

denen Interesse des Erblassers, dass Tatsachen, die seine Willensbildung und das Zustandekommen der letztwilligen Verfügung betreffen, nach seinem Tod offenbart werden.<sup>41</sup>

Dieser Auffassung ist jedoch nicht zu folgen. § 18 Abs. 2 2. Hs. Var. 1 BNotO gibt der Aufsichtsbehörde die Möglichkeit, anstelle des verstorbenen Beteiligten den Notar von der Schweigepflicht zu entbinden. Diese Befugnis der Aufsichtsbehörde ist einmalig. Bei anderen zur Verschwiegenheit verpflichteten Professionen fehlt eine derartige Regelung.<sup>42</sup> Hinsichtlich der notariellen Verschwiegenheitspflicht besteht also kein Bedürfnis dafür, auf eine mutmaßliche Einwilligung zurückzugreifen. § 18 Abs. 2 2. Hs. BNotO enthält eine insoweit abschließende Spezialregelung.<sup>43</sup> Der mutmaßliche Wille des Beteiligten spielt nur bei der Entscheidung der Aufsichtsbehörde gemäß § 18 Abs. 2 2. Hs. BNotO eine Rolle.<sup>44</sup>

### 4. Auskünfte gegenüber sonstigen Personen

Darf sich der Notar ohne eine entsprechende Befreiung schon nicht gegenüber den Erben äußern, gilt dies erst recht gegenüber sonstigen Personen. In Betracht kommen vor allem jene, deren Erbrecht streitig ist, etwa weil sie als gesetzliche Erben durch eine Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen sind.

#### a) Keine Befreiung durch die Erben anstelle des Erblassers

Selbstredend kann eine Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht nicht von den Erben erteilt werden. Bei anderen der Schweigepflicht unterliegenden Berufsgruppen wird zwar anerkannt, dass die Erben nach dem Tod des Geheimnisgeschützten den Geheimnisträger von seiner Schweigepflicht entbinden können, zumindest hinsichtlich vermögensrechtlicher Angelegenheiten.<sup>45</sup> Das OLG Köln<sup>46</sup> nahm dies auch für die notarielle Verschwiegenheitspflicht an.

Die Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht gemäß § 18 Abs. 2 1. Hs. BNotO ist aber eine höchstpersönliche Erklärung, die nicht von einem Vertreter abgegeben werden kann.<sup>47</sup> Kann eine Rechtsposition zu Lebzeiten des Erblas-

36 Vgl. insoweit einen Formulierungsvorschlag zu einer Befreiungserklärung in notariellen Verfügungen von Todes wegen: Kirchner, MittBayNot 2023, 644.

37 BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 151; Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 27; a. A. Schippel/Bracker/Kanzleiter, BNotO, § 18 Rdnr. 51: empfangsbedürftige Willenserklärung, die volle Geschäftsfähigkeit voraussetze.

38 Für Schrift- oder Textform: Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 29; Diehn/Schwipps, BNotO, 2. Aufl. 2019, § 18 Rdnr. 26.

39 BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 150.

40 BGH, Beschluss vom 04.07.1984, IV a ZB 18/83, NJW 1984, 2893, 2895 für Ärzte; BayObLG, Beschluss vom 31.08.1990, BReg. 1 a Z 60/89, NJW-RR 1991, 6, 8 für Rechtsanwälte und Steuerberater; OLG Stuttgart, Beschluss vom 18.10.1982, 8 W 388/82, OLGZ 1983, 6, 9 ff. für Steuerberater; OLG Köln, Beschluss vom 14.04.1981, 2 Wx 1/81, OLGZ 1982, 1, 4 für Notare; Schippel/Bracker/Kanzleiter, BNotO, § 18 Rdnr. 7 für persönliche Angelegenheiten, da seiner Ansicht nach in vermögensrechtlichen Angelegenheiten den Erben gegenüber schon keine Schweigepflicht besteht; i. Erg.: Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, § 18 Rdnr. 55.

41 Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, § 18 Rdnr. 55.

42 Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 30; Außner, ZErb 2023, 256, 258.

43 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 18.03.2021, 20 W 275/19, ZEV 2021, 525, 527.

44 BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 39, 163, dazu siehe Abschnitt IV.

45 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.04.2018, I-3 Wx 202/17, NJW-RR 2018, 1160, 1161 für Rechtsanwälte; OLG Stuttgart, Beschluss vom 18.10.1982, 8 W 388/82, OLGZ 1983, 6, 9 für Steuerberater.

46 OLG Köln, Beschluss vom 14.04.1981, 2 Wx 1/81, OLGZ 1982, 1, 3; so auch: Schippel/Bracker/Kanzleiter, BNotO, § 18 Rdnr. 54, der sogar eine Pflicht des Notars annimmt, die Erben zu befragen, bevor er sich an die Aufsichtsbehörde wendet.

47 BGH, Beschluss vom 20.04.2009, NotZ 23/08, DNotZ 2009, 876 Rdnr. 7; BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 155; Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 42; Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, § 18 Rdnr. 99.



sers nicht übertragen werden, ist dies ein Indiz für die Unvererblichkeit.<sup>48</sup> Daher geht die Befugnis zur Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht nach dem Tod des Urkunds-beteiligten nicht auf die Erben über,<sup>49</sup> sondern steht gemäß § 18 Abs. 2 2. Hs. Var. 1 BNotO allein der Aufsichtsbehörde zu, ohne dass nach vermögensrechtlichen oder persönlichen Angelegenheiten des Verstorbenen zu unterscheiden wäre. Gerade wenn die Erbfolge streitig ist, bietet nur dieses Verfahren eine sachgerechte Lösung. Andernfalls könnte ein Erbe, dessen endgültiges Recht am Nachlass noch ungewiss ist, die Einvernahme eines wichtigen Zeugen vereiteln, schlüssig indem er *im Namen des Verstorbenen* die Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht verweigert.<sup>50</sup>

b) Gegebenenfalls zusätzliche Befreiung durch sonstige Personen erforderlich

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Erben ggf. zusätzlich zur Aufsichtsbehörde eine *eigene* Befreiungserklärung abgeben müssen, damit sich der Notar äußern kann. Sind nämlich mehrere Personen beteiligt, müssen alle den Notar von der Schweigepflicht entbinden.<sup>51</sup>

Der Beteiligtenbegriff im Sinne von § 18 Abs. 1 und Abs. 2 BNotO ist autonom anhand des Zwecks der notariellen Verschwiegenheitspflicht auszulegen. Er ist demnach nicht deckungsgleich mit dem formellen oder materiellen Beteiligenbegriff im Sinne des BeurkG. Demnach sind all diejenigen Personen Beteiligte, auf die sich die offenbarte bzw. zu offenbarende Tatsache bezieht, also all jene, deren persönlichen oder wirtschaftlichen Angelegenheiten dem Notar bei seiner Amtstätigkeit bekannt geworden sind.<sup>52</sup> Nur die von der Information betroffene Person ist hierüber dispositionsbefugt.<sup>53</sup> Auch Dritte sind Beteiligte, wenn der Notar in amtlicher Eigenschaft Informationen über sie erhalten hat, ohne dass ihm diese direkt von den Dritten anvertraut wurden. Man spricht insoweit auch von Drittinformation.<sup>54</sup> Nach diesen Maßstäben kommt bei der Errichtung einer letztwilligen Verfügung neben dem Erblasser auch der in der Verfügung benannte Erbe als Beteiligter im Sinne von § 18 Abs. 2 1. Hs. BNotO in Betracht.<sup>55</sup> Gleiches gilt für enterbte Personen und sonstige Erbanwärter.

48 BeckOGK-BGB/Preuß, § 1922 Rdnr. 165.

49 BGH, Beschluss vom 20.04.2009, NotZ 23/08, DNotZ 2009, 876, 877; BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 43; Diehn/Schwipps, BNotO, § 18 Rdnr. 29, 30.

50 BGH, Beschluss vom 25.11.1974, NotZ 4/74, NJW 1975, 930; Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 40.

51 BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 149.

52 BGH, Beschluss vom 31.01.2013, V ZB 168/12, DNotZ 2013, 711, 714; Diehn/Schwipps, BNotO, § 18 Rdnr. 24; BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 148.

53 Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 34.

54 Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 35, der dann aber in sich widersprüchlich und ohne nähere Begründung davon ausgeht, dass der Erbe, über den der Notar bei Beurkundung der letztwilligen Verfügung Informationen erlangt, nicht Beteiligter ist, vgl. Rdnr. 36.

55 BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 149; a. A.: BGH, Beschluss vom 25.11.1974, NotZ 4/74, NJW 1975, 930, 931; Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, § 18 Rdnr. 95.

Dabei muss jedoch differenziert werden, wozu sich der Notar äußern soll. Richtig ist, dass die Frage der Testierfähigkeit des Erblassers allein diesen betrifft, sodass es einer zusätzlichen Befreiung durch sonstige Personen nicht bedarf.<sup>56</sup>

Sofern sich die Befreiung der Aufsichtsbehörde nach § 18 Abs. 2 2. Hs. BNotO ausnahmsweise auch auf die Motive des Verstorbenen<sup>57</sup> bezieht, die ihn zur Errichtung seiner letztwilligen Verfügung veranlasst haben, sind vom Erblasser mitgeteilte Tatsachen, die sich auf persönliche oder wirtschaftliche Umstände einer anderen Person beziehen, nach den o. g. Kriterien als Drittinformation zu qualifizieren. So kann es sein, dass der Erblasser ein bestimmtes Kind von der Erbfolge ausschließt, weil ihm dessen vermeintlicher Lebenswandel missfällt, zum Beispiel aufgrund von Drogenkonsum, der falschen Partnerwahl oder wirtschaftlicher Verschwendungen. Die Informationen, die der Testierende dem Notar über die persönlichen oder finanziellen Verhältnisse dieses Kindes offenbart, betreffen grundsätzlich allein dessen Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Der Notar kann diese Tatsachen nur mitteilen, wenn neben der Befreiungserklärung des Verstorbenen bzw. der Aufsichtsbehörde auch eine solche des Dritten vorliegt.<sup>58</sup> Zweifelt der Notar daran, ob er sich ohne die zusätzliche Befreiungserklärung Dritter äußern darf, ist ihm zu einem Verfahren nach § 18 Abs. 3 Satz 1 BNotO zu raten (siehe hierzu Abschnitt VI.).

### III. Schweigepflicht gegenüber Vorsorgebevollmächtigten

Neben Erben bzw. enterbten Personen wenden sich häufig Vorsorgebevollmächtigte an den Notar, um Auskünfte zu Amtsvorgängen zu erhalten, an denen der Vollmachtgeber beteiligt war. Sind sie nicht ebenfalls selbst Beteiligte im Sinne von § 18 Abs. 1 BNotO, kann sich der Notar hierzu grundsätzlich nur äußern, wenn ihn der Beteiligte von seiner Schweigepflicht befreit hat. Ein genuiner Auskunftsanspruch aufgrund der Stellung als Vorsorgebevollmächtigte steht ihnen in der Regel nicht zu.<sup>59</sup>

#### 1. Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht durch Vollmachterteilung

Allerdings wird vereinzelt vertreten, dass in einer rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung zugleich eine konkludente Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht gegenüber dem Bevollmächtigten liege. Der Notar sei dem gewillkürten Vertreter gegenüber dann zur Auskunft berechtigt. Dies komme vor allem bei General- und Prozessvollmachten in Betracht.<sup>60</sup>

56 BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 149.

57 Siehe hierzu Ziffer IV. 3. a).

58 Lorenz, Anm. zu BGH, Beschluss vom 11.01.2024, V ZB 63/22, MittBayNot 2024, 501.

59 Im Ergebnis auch: Außner, ZErb 2023, 256, 257.

60 Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 71; krit.: BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 158; BeckOGK-BeurkG/Regler, Stand: 01.10.2023, § 51 Rdnr. 8 Fn. 47.

Fraglich ist, ob diese Auffassung auch für eine Vorsorgevollmacht fruchtbare gemacht werden kann. Dabei handelt es sich um eine Vollmacht nach den §§ 164 ff. BGB, der ein Innenverhältnis zugrunde liegt, welches darauf gerichtet ist, im Falle der Aufhebung der rechtlichen Handlungsfähigkeit eine Vertretung zu ermöglichen und damit die Bestellung eines Betreuers zu vermeiden.<sup>61</sup> Daher enthält sie in der Regel eine umfassende Generalvollmacht für die Vermögens- und Personensorge. Der Vorsorgebevollmächtigte kann demnach für den Vollmachtgeber alle Rechtsgeschäfte tätigen, die nicht höchstpersönlicher Natur sind. Es liegt nahe, dass sich der Bevollmächtigte nach dem Willen des Vollmachtgebers auch über notarielle Amtsgeschäfte informieren können soll, an denen der Vollmachtgeber beteiligt war. Im Einzelfall kann die Vollmachturkunde daher so auszulegen sein, dass sie neben der rechtsgeschäftlichen Erklärung nach § 167 Abs. 1 BGB zusätzlich die verfahrensrechtliche Befreiungserklärung nach § 18 Abs. 2 1. Hs. BNotO enthält. Ein derartiges Auslegungsergebnis ist aber mit Blick auf § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB nur ausnahmsweise anzunehmen. Zudem kann sich eine konkludente Befreiung nur auf Angelegenheiten beziehen, die vom Umfang der Vertretungsmacht gedeckt sind. Daher können grundsätzlich keine Informationen zu höchstpersönlichen Angelegenheiten des Vollmachtgebers erteilt werden.<sup>62</sup> Namentlich kann der Vertreter vom Notar keine Auskünfte zu Verfügungen von Todes wegen erhalten. Auch die Errichtung einer Vorsorgevollmacht oder Patientenverfügung sind höchstpersönliche Rechtsgeschäfte, sodass der Notar sich gegenüber dem Vorsorgebevollmächtigten hierzu nicht äußern darf. Bei der Vorbereitung notarieller Vorsorgevollmachten sollte die Problematik mit dem Vollmachtgeber erörtert und – falls gewünscht – eine ausdrückliche Befreiungserklärung in den Vollmachtstext aufgenommen werden. In jedem Fall ist zu beachten, dass eine (ausdrückliche oder konkludente) Befreiung in Vollmachten nur für den Beteiligten gilt, der zugleich Vollmachtgeber ist. Sind weitere Personen von einer Offenbarung betroffen, müssen auch sie eine Befreiung erteilen.<sup>63</sup>

Ist sich der Notar nicht sicher, ob und inwieweit er dem Vorsorgebevollmächtigten Auskunft erteilen darf, steht es ihm frei, von dem Beteiligten eine ausdrückliche Befreiungserklärung einzuholen, sofern bei diesem noch die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit vorhanden ist. Fehlt es hieran, kann der Notar seine Zweifel durch ein Verfahren bei der Aufsichtsbehörde nach § 18 Abs. 3 Satz 1 BNotO klären lassen und zugleich – für den Fall, dass die Aufsichtsbehörde eine Befreiung durch den Vertretenen für erforderlich hält – einen Antrag nach § 18 Abs. 2 2. Hs. Var. 2 BNotO stellen.

## 2. Rechte aus § 51 Abs. 1 und Abs. 3 BeurkG

Eine andere Frage ist, ob der Vorsorgebevollmächtigte nach § 51 Abs. 1 und Abs. 3 BeurkG Urkundsaufertigungen und

61 BT-Drucks. 19/24445, S. 245.

62 Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 71.

63 BeckOGK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 158; Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 72.

-abschriften verlangen und Einsicht in die Urschrift nehmen kann. Gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG stehen diese Rechte nur dem Vertretenen zu. Sie können allerdings *im Namen des Beteiligten* durch den Vertreter geltend gemacht werden, da sie anders als die Befreiungserklärung nach § 18 Abs. 2 1. Hs. BNotO nicht höchstpersönlich sind. Die Vertretungsmacht muss sich aber im Einzelfall darauf erstrecken. Bei einem Generalbevollmächtigten ist dies grundsätzlich der Fall, sodass einem Vorsorgebevollmächtigten Ausfertigungen und Abschriften erteilt werden können.<sup>64</sup> Dabei lauten die Ausfertigungen auf den Namen des Vertretenen.

Enthält die in Rede stehende Urkunde jedoch ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft wie eine Vorsorgevollmacht oder Patientenverfügung kann der Vorsorgebevollmächtigte die Rechte aus § 51 Abs. 1 und Abs. 3 BeurkG nicht im Namen des Vertretenen geltend machen.<sup>65</sup> Dies gilt auch für letztwillige Verfügungen. Das Gebot der Höchstpersönlichkeit aus § 2064 BGB setzt sich zu Lebzeiten des Erblassers in dem Recht aus § 51 Abs. 1 und Abs. 3 BeurkG fort.<sup>66</sup> Exemplare entsprechender Urkunden können daher nur an den Beteiligten gegeben werden, der die für ihn bestimmten Ausfertigungen und Abschriften an Dritte weiterreichen darf. Aber der Beteiligte kann den Notar zur Abkürzung des Übermittlungsweges ausdrücklich anweisen, diese direkt dem Vorsorgebevollmächtigten zuzusenden.

Nach dem Tod des Beteiligten stehen die Rechte aus § 51 Abs. 1 und Abs. 3 BeurkG den Erben als Rechtsnachfolger zu (siehe II. 2.). Zwar werden diese nach dem Tod des Vollmachtgebers von dem transmortal Vorsorgebevollmächtigten vertreten. Die Vertretungsmacht erstreckt sich aber nicht auf das Eigenvermögen der Erben.<sup>67</sup> Ihr Anspruch aus § 51 Abs. 1 und Abs. 3 BeurkG leitet sich nicht vom Erblasser ab. Vielmehr handelt es sich um konstitutive Befugnisse der Erben, die zu ihrem Eigenvermögen zählen.<sup>68</sup> Damit können Vorsorgebevollmächtigte des Erblassers nicht im Namen der Erben die Rechte aus § 51 Abs. 1 und Abs. 3 BeurkG geltend machen, sofern nicht von den Erben selbst eine entsprechende Vollmacht erteilt wurde oder eine Anweisung an den Notar vorliegt.

*Keinesfalls* hat ein Vertreter *eigene Befugnisse* aus § 51 Abs. 1 und Abs. 3 BeurkG. Eine auf den Namen des Bevollmächtigten lautende Ausfertigung einer Vorsorgevollmacht

64 BeckOGK-BeurkG/Regler, § 51 Rdnr. 28; Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 69; dies gilt unabhängig davon, ob man eine konkludente Befreiung in der Vollmacht für möglich hält.

65 Vgl. BeckOGK-BeurkG/Regler, § 51 Rdnr. 28, der es jedoch für möglich hält, dem Bevollmächtigten nach ausdrücklicher Ermächtigung auch Ausfertigungen oder Abschriften zu erteilen, die höchstpersönliche Rechtsgeschäfte betreffen.

66 Vgl. LG Passau, Beschluss vom 08.11.2005, 2 T 207/05, MittBayNot 2006, 167 für den Antrag eines Betreuers auf Abschrift eines Testaments; BeckOGK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 157; Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 70.

67 BeckOGK-BGB/Preuß, § 1922 Rdnr. 204.

68 BeckOGK-BeurkG/Regler, § 51 Rdnr. 34.



kann (und muss) ihm nur erteilt werden, wenn der Vollmachtgeber von der Möglichkeit nach § 51 Abs. 2 BeurkG Gebrauch gemacht hat. Eine derartige Erklärung kann entweder in der Urkunde selbst enthalten sein oder gesondert abgegeben werden.<sup>69</sup>

#### IV. Entscheidung der Aufsichtsbehörde nach § 18 Abs. 2 2. Hs. BNotO

In allen Fällen, in denen vom Notar Auskunft über notarielle Amtsgeschäfte des Erblassers bzw. Vollmachtgebers verlangt wird, ohne dass eine Befreiung des Beteiligten vorliegt, kann diese unter Umständen gemäß § 18 Abs. 2 2. Hs. BNotO von der Aufsichtsbehörde ersetzt werden.

##### 1. Beteiligter verstorben oder unerreichbar

Voraussetzung für die Entscheidung der Aufsichtsbehörde ist, dass der Beteiligte verstorben oder eine Äußerung von ihm nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu erlangen ist. Eine Unerreichbarkeit in diesem Sinne liegt vor, wenn der Aufenthalt eines Beteiligten trotz zumutbarer Bemühungen nicht zu ermitteln oder wenn er wegen einer längeren schweren Krankheit nicht ansprechbar ist.<sup>70</sup> Allein die Tatsache, dass ein Beteiligter geschäftsunfähig ist, reicht hierfür nicht. Denn für die Befreiung im Sinne von § 18 Abs. 2 1. Hs. BNotO genügt eine natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit.<sup>71</sup> Liegt in diesem Sinne eine Unerreichbarkeit des Beteiligten vor und begeht ein Dritter Auskunft vom Notar, kann nicht der Vorsorgebevollmächtigte im Namen des Vollmachtgebers den Notar von der Schweigepflicht entbinden, obwohl die Vollmacht gerade für den Verhinderungsfall erteilt wurde.<sup>72</sup> Denn die Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht gemäß § 18 Abs. 2 1. Hs. BNotO ist eine höchstpersönliche Erklärung.<sup>73</sup>

##### 2. Antrag an die zuständige Aufsichtsbehörde

Die Entscheidung setzt zudem voraus, dass ein Antrag an die zuständige Aufsichtsbehörde gestellt wurde. Diese darf nicht von Amts wegen tätig werden,<sup>74</sup> vgl. § 64a BNotO<sup>75</sup> i. V. m. Art. 22 Satz 2 Nr. 2 BayVwVfG.<sup>76</sup> Soweit die Landesjustizverwaltung keine abweichende Regelung getroffen

hat, ist der Präsident des LG sachlich und örtlich zuständig, in dessen Bezirk der Notar seinen Amtsitz hat, vgl. § 92 Abs. 1 Nr. 1 BNotO.<sup>77</sup> Zu beachten ist jedoch, dass der Antrag in einigen Bundesländern bei der Notarkammer einzureichen ist, die ihn dann zusammen mit einer Stellungnahme an die Aufsichtsbehörde weiterleitet, so auch in Bayern gemäß Ziffer 15.1 NotBek.

###### a) Antragsteller

Unstreitig kann der Notar einen entsprechenden Antrag stellen. Er muss zuvor nicht die Erben des Beteiligten befragen.<sup>78</sup> Darüber hinaus können alle Personen um die Entscheidung ersuchen, die geltend machen, die Befreiung von der Schweigepflicht diene der Durchsetzung ihrer Rechte.<sup>79</sup> In Betracht kommen zum Beispiel Erben oder Vermächtnisnehmer nach dem Beteiligten sowie Erbpräendenten,<sup>80</sup> aber auch Vorsorgebevollmächtigte. Die gegenwärtige Auffassung,<sup>81</sup> wonach jedermann antragsberechtigt sei – unabhängig von der Geltendmachung, die Befreiung diene der Durchsetzung eigener Rechte –, ist abzulehnen. Anträgen nicht betroffener Dritter fehlt das Sachbescheidungsinteresse. Die Behörde muss sich aus Gründen der Verfahrensökonomie mit ihnen nicht inhaltlich befassen.

###### b) Form und Inhalt des Antrags

Der Antrag ist formfrei möglich.<sup>82</sup> Stammt er nicht vom Notar, muss der Antragsteller den konkreten Vorgang bezeichnen, zu dem von der Schweigepflicht befreit werden soll. Nur so kann die Aufsichtsbehörde vom Notar die nötigen Auskünfte anfordern. Das Ersuchen darf nicht zur Ausfor schung dahin gehend dienen, ob überhaupt Vorgänge existieren, die Gegenstand der Befreiung sein könnten. Genügt der Antrag diesen Vorgaben nicht, ist er wegen des fehlenden Sachbescheidungsinteresses abzulehnen, weil andernfalls die Verwaltung für unlautere Zwecke oder sonst missbräuchlich in Anspruch genommen würde.<sup>83</sup> Erfüllt das Ersuchen die o. g. Kriterien, muss der Notar der Aufsichtsbehörde die erforderlichen Unterlagen zur Verfügung stellen und insbesondere den Inhalt der in Betracht kommenden Auskunft angeben. Das verstößt nicht gegen seine Verschwiegenheitspflicht nach § 18 Abs. 1 BNotO.<sup>84</sup>

69 Arnbrüster/Preuß/*Eickelberg*, BeurkG, § 51 Rdnr. 21; Grziwotz/Heinemann/*Heinemann*, BeurkG, § 51 Rdnr. 29.

70 BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 174; Arndt/Lerch/Sandkuhler/Sandkuhler, BNotO, § 18 Rdnr. 102.

71 BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 151, 156.

72 Frenz/Miermeister/*Bremkamp*, BNotO, § 18 Rdnr. 43.

73 BGH, Beschluss vom 20.04.2009, NotZ 23/08, DNotZ 2009, 876 Rdnr. 7; BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 155; Frenz/Miermeister/*Bremkamp*, BNotO, § 18 Rdnr. 42; Arndt/Lerch/Sandkuhler/Sandkuhler, BNotO, § 18 Rdnr. 99.

74 Arndt/Lerch/Sandkuhler/Sandkuhler, BNotO, § 18 Rdnr. 103.

75 § 64a BNotO verweist für Verwaltungsverfahren nach der BNotO für Landesbehörden auf das jeweilige Landes-VwVfG.

76 Art. 2 Abs. 3 Nr. 1 BayVwVfG: Das Gesetz gilt auch für Maßnahmen der Präsidialverwaltung der Gerichte in berufs- und dienstrechtlichen Angelegenheiten der Notare.

77 BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 172; vgl. Nr. 9.2 NotBek Bay, abgedruckt in Handbuch für das Notariat in Bayern und in der Pfalz, 28. Aufl. 2024, Nr. 20.

78 BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 164.

79 BGH, Beschluss vom 15.11.2021, NotZ (Brfg) 3/21, DNotZ 2022, 635, 637; Beschluss vom 10.03.2003, NotZ 23/02, DNotZ 2003, 780, 781; BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 168; Diehn/Schwipps, BNotO, § 18 Rdnr. 31.

80 BGH, Beschluss vom 10.03.2003, NotZ 23/02, DNotZ 2003, 780, 781 für Erben und Nachvermächtnisnehmer; Arndt/Lerch/Sandkuhler/Sandkuhler, BNotO, § 18 Rdnr. 103.

81 Frenz/Miermeister/*Bremkamp*, BNotO, § 18 Rdnr. 50.

82 Vgl. Kopp/Ramsauer/Ramsauer, VwVfG, 23. Aufl. 2022, § 22 Rdnr. 46.

83 Vgl. Kopp/Ramsauer/Ramsauer, VwVfG, § 22 Rdnr. 77.

84 BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 173 a. E.

c) Keine vorrangigen Rechtsschutzmittel

Zudem ist ein Antrag nach § 18 Abs. 2 2. Hs. BNotO nicht statthaft, falls die Erteilung der begehrten Auskunft eine Amtstätigkeit ist. Dann wären die Beschwerden gemäß § 15 Abs. 2 Satz 1 BNotO, § 54 Abs. 1 BeurkG abschließende, speziellere Rechtsbehelfe. Die Auskunftserteilung ist eine Amtstätigkeit, wenn der Notar durch einen gesetzlichen Offenbarungstatbestand verpflichtet ist, dem Antragsteller die gewünschten Informationen zu verschaffen.<sup>85</sup> Beantragt also ein Erbe Abschriften von einer vom Erblasser errichteten Urkunde und kommt der Notar diesem aus § 51 Abs. 1 BeurkG folgenden Anspruch unter Berufung auf seine Schweigepflicht nicht nach, kann der Erben allein die Beschwerde nach § 54 Abs. 1 BeurkG erheben. Ein Antrag bei der Aufsichtsbehörde wäre unzulässig. Diese müsste den Antragsteller gemäß § 17a Abs. 2 GVG analog auf den Beschwerdeweg verweisen.<sup>86</sup> Daneben ist die Auskunftserteilung eine Hilfs- oder Nebentätigkeit zum Beurkundungsgeschäft, wenn der Notar aus Anlass und im Zusammenhang mit diesem Geschäft eine Auskunft erteilen soll. Dies gilt auch, wenn die Beurkundung und ihr Vollzug abgeschlossen sind. Entscheidend für die Einordnung als Amtstätigkeit ist die Frage, ob der Notar grundsätzlich zu diesem Zeitpunkt die Auskunft erteilen muss. Wird dies bejaht, ist das Beschwerdeverfahren nach § 15 Abs. 2 Satz 1 BNotO vorrangig.<sup>87</sup>

### 3. Entscheidungskriterien für die Aufsichtsbehörde

Aus § 18 Abs. 2 2. Hs. BNotO lässt sich nicht unmittelbar entnehmen, von welchen Kriterien sich die Aufsichtsbehörde bei ihrer Entscheidung leiten lassen muss. In der Rechtsprechung haben sich folgende Erwägungen herausgebildet:

a) Befreiung entspricht dem mutmaßlichen Willen des Beteiligten

Nach dem Tod oder bei Verhinderung eines Beteiligten muss die Aufsichtsbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen prüfen, ob der Betroffene, wenn er noch lebte bzw. selbst entscheiden könnte, bei verständiger Würdigung der Sachlage die Befreiung erteilen würde. Ausschlaggebend ist also sein mutmaßlicher Wille.<sup>88</sup> Dies deckt sich mit dem Wortlaut des § 18 Abs. 2 2. Hs. BNotO, wonach die Aufsichtsbehörde „an seiner Stelle“ entscheidet.<sup>89</sup>

Besonders praxisrelevant ist der Fall, dass sich der Notar zu einer letztwilligen Verfügung des Verstorbenen äußern soll.

85 Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 51 und 52.

86 Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 53.

87 BGH, Beschluss vom 31.01.2013, V ZB 168/12, DNotZ 2013, 711, 712.

88 BGH, Urteil vom 20.07.2020, NotZ(Brfg) 1/19, MittBayNot 2021, 288; Beschluss vom 10.03.2003, NotZ 23/02, DNotZ 2003, 780, 781; BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 173 f.; Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 55.

89 Eschwey, MittBayNot 2021, 290, 291; Mack, notar 2021, 68, 70.

Dem mutmaßlichen Willen des Erblassers entspricht es in der Regel, wenn der Notar zu dessen Testierfähigkeit bei Errichtung der Verfügung von Todes wegen Angaben machen soll<sup>90</sup> oder dazu, wie diese ausgelegt wird.<sup>91</sup> Dies gilt selbst dann, wenn sich durch die Aussage des Notars ergibt, dass Testierfähigkeit nicht mehr vorlag.<sup>92</sup> Der in der Verfügung niedergelegte Wille ist in diesem Fall nicht wirksam gebildet worden und kann rechtlich nicht relevant sein. Bei verständiger Würdigung der Sachlage entspricht es dem mutmaßlichen Erblasserwillen, dass eine derartige Verfügung von Todes wegen nicht zur Geltung gelangt. Dagegen lehnt die Aufsichtsbehörde die Befreiung ab, wenn der Notar Auskunft über die Motive des Erblassers bei Errichtung der letztwilligen Verfügung geben soll.<sup>93</sup> Nur wenn sich aus dem entsprechenden Beweggrund im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte für einen rechtserheblichen Irrtum im Sinne von § 2078 BGB ergeben, liegt eine Äußerung des Notars zu den Motiven des Erblassers in dessen mutmaßlichen Willen. Außerdem wird die Befreiung abgelehnt, wenn der Notar Angaben des Erblassers zur Vermögenshöhe wiedergeben soll, jedenfalls wenn bis zum Erbfall einige Zeit verstrichen ist.<sup>94</sup> Zusammengfasst lässt sich feststellen: Eine Äußerung des Notars entspricht immer dann dem mutmaßlichen Willen des Erblassers, wenn es um die Wirksamkeit oder Auslegung seiner Verfügung von Todes wegen geht.

Bei verhinderten Beteiligten muss sich die Aufsichtsbehörde bei ihrer Entscheidung ebenfalls von deren mutmaßlichem Willen leiten lassen. Relevant wird dies, wenn ein Vorsorgebevollmächtigter die Befreiung von der Schweigepflicht begehrte. Zu Lebzeiten des Betroffenen ist die Befreiung zu erteilen, wenn der Vorsorgebevollmächtigte die Auskünfte benötigt, um seine aus dem Innenverhältnis folgenden Aufgaben wahrzunehmen. Dagegen entspricht es regelmäßig nicht dem mutmaßlichen Willen des Vollmachtgebers, dass seinem Vorsorgebevollmächtigten Auskunft zu höchstpersönlichen Rechtsgeschäften, vor allem zu letztwilligen Verfügungen, erteilt wird. Diese Informationen fallen nicht unter den Vorsorgezweck und liegen grundsätzlich im Eigeninteresse des Bevollmächtigten.

Der Wortlaut des § 18 Abs. 2 2. Hs. BNotO („kann“) legt nahe, dass es sich bei der Entscheidung der Aufsichtsbehörde um eine Ermessensentscheidung handelt. Gemäß Art. 40 BayVwVfG hat sie dieses Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. Bei teleologischer

90 Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 56; Diehn/Schwipps, BNotO, § 18 Rdnr. 33; BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 173.

91 BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 173.

92 Wobei der Notar die Beurkundung hätte ablehnen sollen, wenn nach seiner Überzeugung die Testierfähigkeit fehlt, vgl. § 11 Abs. 1 Satz 1 BeurkG.

93 Diehn/Schwipps, BNotO, § 18 Rdnr. 33; BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 173; Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 56a für den Fall, dass der Notar die begehrte Auskunft nicht als Zeuge in einem Zivilprozess geben soll.

94 OLG Köln, Urteil vom 29.12.2020, Not 09/20, BeckRS 2020, 45808, Rdnr. 16, 17; BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 173.



Betrachtung des § 18 Abs. 2 2. Hs. BNotO ist der mutmaßliche Wille des Beteiligten der Maßstab für diese Ermessensentscheidung.<sup>95</sup> Geht dieser dahin, dass die Information weiter geheim zu halten ist, kommt eine Befreiung durch die Aufsichtsbehörde nicht in Betracht. Umgekehrt muss die Aufsichtsbehörde die Befreiung erteilen, wenn die Tatsache nach dem mutmaßlichen Willen des Beteiligten zu offenbaren ist. Auf zusätzliche Ermessenserwägungen kann es nach dem Schutzzweck der notariellen Schweigepflicht nicht ankommen.

#### b) Wegfall des Geheimhaltungsinteresses?

Unabhängig vom mutmaßlichen Willen eines verstorbenen Beteiligten habe die Aufsichtsbehörde nach der Rechtsprechung<sup>96</sup> eine Befreiung von der Schweigepflicht zu erteilen, wenn durch den Todesfall das Interesse an einer weiteren Geheimhaltung entfallen sei. Dabei sei genau festzustellen, wem gegenüber und hinsichtlich welcher Tatsachen das Geheimhaltungsinteresse des Verstorbenen weggefallen ist. Stehe fest, dass das Geheimhaltungsinteresse des Beteiligten gegenüber der auskunftssuchenden Person entfallen ist, sei das Ermessen der Aufsichtsbehörde auf null reduziert.<sup>97</sup>

Die Entscheidung des BGH ist in sich widersprüchlich. Nach dem Leitsatz kommt es darauf an, ob durch den Todesfall das Geheimhaltungsinteresse entfallen sei. Diese Formulierung legt eine objektive Prüfung losgelöst von den Belangen des Erblassers nahe. Die Entscheidungsgründe<sup>98</sup> stellen jedoch darauf ab, ob das Geheimhaltungsinteresse „des verstorbenen Beteiligten“ weggefallen ist. Das ist aber inhaltsgleich mit der Frage, ob die Offenbarung der Tatsachen seinem mutmaßlichen Willen entspricht. Von diesem allein muss sich die Aufsichtsbehörde bei ihrer Entscheidung leiten lassen (siehe oben). Die Informationen, die dem Notar bei seiner Amtsausübung bekannt geworden sind, unterliegen nämlich allein der Dispositionsbefugnis des geheimnisgeschützten Beteiligten. Auf objektive Umstände oder Interessen Dritter kann es nicht ankommen, da dies nicht vom Schutzbereich des § 18 Abs. 1 und Abs. 2 BNotO umfasst ist. Zu Recht wurde der BGH daher in der Literatur teils heftig kritisiert.<sup>99</sup> Nicht geklärt ist, ob die Fallgruppe „Wegfall des Geheimhaltungsinteresses“ auf unerreichbare Beteiligte zu übertragen ist.<sup>100</sup> Dies ist aus den o. g. Gründen abzulehnen.

95 Mack, notar 2021, 68, 69.

96 BGH, Urteil vom 20.07.2020, NotZ(Brfg) 1/19, MittBayNot 2021, 288, 289; BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 173 m. w. N.; Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 55.

97 Zum ganzen Absatz: BGH, Urteil vom 20.07.2020, NotZ(Brfg) 1/19, MittBayNot 2021, 288. 289 f.

98 BGH, Urteil vom 20.07.2020, NotZ(Brfg) 1/19, MittBayNot 2021, 288, 290, insb. Rdnr. 18 und 23.

99 Eschwey, MittBayNot 2021, 290, 291 ff.; Mack, notar 2021, 68, 70.

100 Dafür: Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 55; zurückhaltend: BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 174 a. E.; Außner, ZErb 2023, 256, 258; Rspr. liegt hierzu nicht vor.

#### 4. Rechtsfolgen der Entscheidung

Die stattgebende Entscheidung der Aufsichtsbehörde ersetzt allein die notwendige Befreiung des Beteiligten von der notariellen Verschwiegenheitspflicht. Sie sagt jedoch nichts darüber aus, ob und wie der Notar dem Auskunfts suchenden die gewünschte Information zur Verfügung zu stellen hat. Dies ist nicht Prüfungsgegenstand des Verfahrens.<sup>101</sup> Es liegt allein im Ermessen des Notars, ob er nach der Befreiung durch die Aufsichtsbehörde die entsprechenden Tatsachen mitteilt. Eine Auskunftspflicht wird gerade nicht begründet. Auch wie der Notar die begehrte Auskunft erteilt, steht ihm frei.<sup>102</sup> Entschließt sich der Notar nach einer Befreiung der Beteiligten – sei es persönlich oder durch die Aufsichtsbehörde – im Rahmen seiner Ermessensausübung dazu, die gewünschten Informationen zu offenbaren, liegt kein Verstoß gegen die Schweigepflicht nach § 18 Abs. 1 BNotO vor.<sup>103</sup> Unter Umständen kann es jedoch mit der Neutralitätspflicht des Notars aus § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO unvereinbar sein, wenn sich der Notar außerhalb eines Gerichtsverfahrens nur gegenüber einer Partei eines streitigen Rechtsverhältnisses äußert und diese dar aus einen Informationsvorsprung erlangt.<sup>104</sup>

Eine Auskunftspflicht des Notars besteht nur, wenn dies gesetzlich angeordnet ist, zum Beispiel als Zeuge im Zivilprozess gemäß § 385 Abs. 2 ZPO. Haben alle Beteiligten eine Befreiung erteilt, kann der Notar das Zeugnis nicht verweigern.<sup>105</sup> Teilweise wird in der Literatur aus § 242 BGB ein genereller Auskunftsanspruch gegen den Notar hergeleitet.<sup>106</sup> Dies ist jedoch abzulehnen. Zwischen dem Auskunftssuchenden und dem Notar besteht keine Sonderverbindung dergestalt, dass die begehrte Information eine Nebenpflicht wäre. Vielmehr erschöpft sich die Beziehung zwischen den beiden allein in der Frage, ob die begehrte Auskunft zu gewähren ist. Eine Informationspflicht aus § 242 BGB wäre demnach eine Hauptleistung.

Verweigert die Aufsichtsbehörde die Befreiung, darf sich der Notar nicht äußern, da er weiterhin zur Verschwiegenheit verpflichtet ist.

#### 5. Entscheidung ist ein Verwaltungsakt

Die stattgebende Entscheidung der Aufsichtsbehörde ist ein Verwaltungsakt<sup>107</sup> nach Art. 35 Satz 1 BayVwVfG. Der

101 BGH, Urteil vom 20.07.2020, NotZ(Brfg) 1/19, MittBayNot 2021, 288, 289.

102 BGH, Beschluss vom 11.01.2024, V ZB 63/22, MittBayNot 2024, 497, 499 für Nebenakte; Eschwey, MittBayNot 2021, 290, 293; Mack, notar 2021, 68, 70.

103 Vgl. Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 27; Centner, LMK 2020, 433923, Nr. 3.

104 Lorenz, Anm. zu BGH, Beschluss vom 11.01.2024, V ZB 63/22, MittBayNot 2024, 501 f.

105 BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 187.

106 Centner, LMK 2020, 433923, Nr. 3.

107 BGH, Beschluss vom 25.11.1974, NotZ 4/74, NJW 1975, 930; BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 175; Arndt/Lerch/Sandkuhler/Sandkuhler, BNotO, § 18 Rdnr. 105.

Landgerichtspräsident ist eine Behörde im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BayVwVfG, weil er bei einer Entscheidung nach § 18 Abs. 2 2. Hs. BNotO nicht als Teil der Judikative, sondern im Rahmen sonstiger übertragener Aufgaben handelt.<sup>108</sup> Eine hoheitliche Maßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts liegt vor, denn der Landgerichtspräsident macht in seiner Rechtsbeziehung zum Adressaten von Befugnissen Gebrauch, die letzterem in dieser Form ihrer Art nach nicht zustehen.<sup>109</sup> Unerheblich ist, ob die Rechtsfolgen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts liegen.<sup>110</sup> Zudem enthält die Entscheidung eine auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtete Regelung eines Einzelfalls. In ihrer Wirkung kommt die Entscheidung der Aufsichtsbehörde einem Urteil nach § 894 Satz 1 ZPO gleich. Mit der Wirksamkeit des Verwaltungsaktes gilt die Befreiungserklärung des verhinderten Beteiligten als ersetzt mit der Folge, dass sich der Notar unter Durchbrechung seiner Verschwiegenheitspflicht äußern darf. Es handelt sich um einen gestaltenden Verwaltungsakt ohne Vollstreckungsfähigen Inhalt.<sup>111</sup> Hinsichtlich des Notars entfällt die Außenwirkung nicht dadurch, dass es sich um eine Maßnahme „seiner“ Aufsichtsbehörde handelt. Sie ist für Verfahren nach § 18 Abs. 2 2. Hs. BNotO zuständig, weil sie hinsichtlich der notarspezifischen Themen über hohe Sachkompetenz verfügt und sich der Notar ihr gegenüber zum Sachverhalt äußern darf.<sup>112</sup> Der Notar ist nicht als Teil der Verwaltung angesprochen, sondern als sachlich unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO).<sup>113</sup>

Wird die Befreiung von der Schweigepflicht von der Aufsichtsbehörde versagt, ist dies ebenfalls ein Verwaltungsakt,<sup>114</sup> denn die Ablehnung des Antrags auf Erlass eines Verwaltungsakts hat Regelungscharakter.<sup>115</sup>

## V. Rechtsschutz gegen die Entscheidung der Aufsichtsbehörde

Hinsichtlich des Rechtsschutzes gegen Entscheidungen nach § 18 Abs. 2 2. Hs. BNotO ist der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet, § 111 Abs. 1 BNotO. Obwohl dessen Überschrift nur von sachlicher Zuständigkeit

<sup>108</sup> Obermayer/Funke-Kaiser/Stuhlfauth, VwVfG, 6. Aufl. 2021, § 35 Rdnr. 31.

<sup>109</sup> Vgl. BeckOK-VwVfG/Aleemann/Scheffczyk, Stand: 01.04.2023, § 35 Rdnr. 121; Stelkens/Bonk/Sachs/U. Stelkens, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 35 Rdnr. 104; Hartmann, DÖV 2011, 142, 144.

<sup>110</sup> BeckOK-VwVfG/Aleemann/Scheffczyk, § 35 Rdnr. 202.

<sup>111</sup> BeckOK-VwVfG/Aleemann/Scheffczyk, § 35 Rdnr. 69.

<sup>112</sup> Zum Äußerungsrecht des Notars im Rahmen des Verfahrens vor der Aufsichtsbehörde: BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 91, 173 a. E.

<sup>113</sup> BeckOK-BNotO/Herrmann, Stand: 01.08.2024, § 92 Rdnr. 1; Schippel, DNotZ 1965, 596 ff.

<sup>114</sup> BGH, Beschluss vom 10.03.2003, NotZ 23/02, DNotZ 2003, 780; Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, § 18 Rdnr. 105; Eyermann/Happ, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 42 Rdnr. 32.

<sup>115</sup> BeckOK-VwVfG/Aleemann/Scheffczyk, § 35 Rdnr. 142; Kopp/Ramsauer/Ramsauer, VwVfG, § 35 Rdnr. 90.

spricht, handelt es sich auch um eine Rechtswegzuweisung.<sup>116</sup> Sachlich (§ 111 Abs. 1 BNotO) und örtlich (§ 111a Satz 1. Hs. Var. 1 BNotO) ist im ersten Rechtszug das OLG zuständig, in dessen Bezirk der Verwaltungsakt erlassen wurde.<sup>117</sup> § 111b Abs. 1 Satz 1 BNotO<sup>118</sup> verweist hinsichtlich des gerichtlichen Verfahrens in verwaltungsrechtlichen Notarsachen auf die Vorschriften der VwGO, soweit die BNotO nichts Abweichendes bestimmt.

### 1. Besonderheiten bei erteilter Befreiung

Ersetzt die Aufsichtsbehörde die Befreiung des Beteiligten, ist eine Anfechtungsklage im Sinne von § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO statthaft. Ob sie zulässig ist, richtet sich danach, wer gegen die Entscheidung vorgeht.

#### a) Klage des Notars

Eine Anfechtungsklage ist gemäß § 42 Abs. 2 Var. 1 VwGO nur zulässig, wenn der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt zu sein.<sup>119</sup> Es genügt die Möglichkeit einer Rechtsverletzung.<sup>120</sup> Dagegen ist die potenzielle Verletzung ideeller, wirtschaftlicher und ähnlicher Interessen nicht ausreichend.<sup>121</sup> An der Klagebefugnis fehlt es, wenn offensichtlich nach keiner Betrachtungsweise die vom Kläger geltend gemachten Rechte bestehen oder ihm zustehen können.<sup>122</sup> Eine Klage des Notars ist daher mangels Klagebefugnis unzulässig.<sup>123</sup> Er kann durch die Entscheidung nicht in eigenen Rechten verletzt sein, da die Schweigepflicht aus § 18 Abs. 1 BNotO allein dem Schutz der Beteiligten dient. Als deren unparteiischer Betreuer ist es ihm gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO verwehrt, auf den Ausgang eines Rechtsstreits Einfluss zu nehmen.<sup>124</sup>

<sup>116</sup> Frenz/Miermeister/Müller, BNotO, § 111 Rdnr. 2 f.; Custodis, DNotZ 2009, 895, 896 f.

<sup>117</sup> Gemäß § 111a Satz 3 BNotO i. V. m. § 2 Satz 2 NotV Bay (abgedruckt in Handbuch für das Notariat in Bayern und in der Pfalz, Rdnr. 5) ist das OLG München örtlich zuständig.

<sup>118</sup> Diese Norm wird im Folgenden zur erleichterten Lesbarkeit nicht mehr mitzitiert.

<sup>119</sup> Vor dem 01.09.2009 konnte gemäß § 111 Abs. 1 Satz 2 BNotO der Antrag auf gerichtliche Entscheidung nur darauf gestützt werden, dass der Verwaltungsakt den Antragsteller in seinen Rechten beeinträchtige, weil er rechtswidrig sei. Dies deckt sich im Wesentlichen mit der Klagebefugnis i. S. v. § 42 Abs. 2 VwGO, sodass insofern auf die Rechtsprechung zur alten Rechtslage zurückgegriffen werden kann.

<sup>120</sup> Rozek, Jura 2021, 30, 32 f. m. w. N.

<sup>121</sup> BGH, Beschluss vom 02.12.2002, NotZ 17/02, DNotZ 2003, 233; Kopp/Schenke/R. P. Schenke, VwGO, 28. Aufl. 2022, § 42 Rdnr. 59.

<sup>122</sup> Kopp/Schenke/R. P. Schenke, VwGO, § 42 Rdnr. 65; Rozek, Jura 2021, 30, 35.

<sup>123</sup> Siehe BGH, Beschluss vom 02.12.2002, NotZ 17/02, DNotZ 2003, 233; Beschluss vom 14.07.1986, NotZ 4/86, DNotZ 1987, 162 jew. zu § 111 Abs. 1 Satz 2 BNotO a. F.; BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 176.

<sup>124</sup> BGH, Beschluss vom 14.07.1986, NotZ 4/86, DNotZ 1987, 162 f.; Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 59; Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, § 18 Rdnr. 105.

## b) Klage sonstiger Personen

Auch Personen, die nicht Beteiligte an der Information sind, sind nicht klagebefugt, da sie durch die erteilte Befreiung nicht in eigenen Rechten verletzt sein können. § 18 Abs. 2 BNotO schützt nicht das Eigeninteresse von Erben oder Erbprätendenten, Ansprüche anderer Anwärter auf den Nachlass abzuwehren, indem sie die Aufklärung des Sachverhalts vereiteln und ihrem Gegner Beweismöglichkeiten abschneiden.<sup>125</sup> Dies gilt auch, wenn ein Erbe zu Lebzeiten vom Verstorbenen eine Generalvollmacht erhielt.<sup>126</sup> Nichts anderes kann gelten, wenn rechtsgeschäftliche oder gesetzliche Vertreter eines unerreichbaren Beteiligten *im eigenen Namen* die ersetzte Befreiung anfechten. Sie können aufgrund der Höchstpersönlichkeit der Befreiung nicht in eigenen Rechten verletzt sein.<sup>127</sup>

## c) Klage von Beteiligten

Fraglich ist jedoch, ob Beteiligte im Sinne von § 18 Abs. 2 BNotO bei einer Anfechtungsklage gegen die stattgebende Entscheidung klagebefugt sind. In der Literatur wird dies ohne Differenzierung und nähere Begründung verneint, weil sie nicht in eigenen Rechten verletzt seien.<sup>128</sup> Richtig ist, dass Personen, die neben dem Verstorbenen oder Verhinderten Beteiligte sind, nicht klagebefugt sind. Sie können durch die Ersetzung der Befreiung dieses Beteiligten nicht in eigenen Rechten verletzt sein.

Ersetzt die Aufsichtsbehörde die Befreiungserklärung eines unerreichbaren Beteiligten, kommt eine Anfechtungsklage durch ihn in Betracht, wenn innerhalb der Klagefrist die Verhinderung wegfällt. Eine derartige Klage wäre aber mangels Rechtsschutzbedürfnisses<sup>129</sup> unzulässig. Hat sich der Notar noch nicht geäußert,<sup>130</sup> kann der Beteiligte jederzeit mit Wirkung ex nunc die Befreiung widerrufen. Ist der Beteiligte weiterhin *unerreichbar*, ist sein gesetzlicher Vertreter berechtigt, *im Namen des Vertretenen* Anfechtungsklage erheben. Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass die Befreiungserklärung höchstpersönlicher Natur ist. Hätte der gesetzliche Vertreter keine Möglichkeit, sich im Namen des Beteiligten gegen eine rechtswidrige Befreiung von der Schweigepflicht durch die Aufsichtsbehörde zu wehren, wäre dies ein Verstoß gegen das Gebot effektiven Rechts-

schutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG.<sup>131</sup> Er müsste sehenden Auges eine Entscheidung akzeptieren, die nach einer Äußerung des Notars nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Letztlich würden die Rechtsschutzmöglichkeiten vom Zufall abhängen, weil es darauf ankäme, ob die Verhinderung dauerhaft oder nur vorübergehend ist und noch rechtzeitig wegfällt. Es müssen jedoch die veraltungsprozessualen Vorgaben zur Prozessfähigkeit beachtet werden. Fehlt dem Betroffenen die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit, ist er grundsätzlich nicht geschäftsfähig und damit prozessunfähig (§ 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Er kann dann von seinem gesetzlichen Vertreter vertreten werden.<sup>132</sup> Eine rechtsgeschäftliche Vertretung, zum Beispiel aufgrund einer Vorsorgevollmacht, reicht anders als im Zivilprozess<sup>133</sup> nicht aus.<sup>134</sup> Die Klage ist gemäß § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO begründet, wenn die Befreiung von der Schweigepflicht durch die Aufsichtsbehörde rechtswidrig ist und der Beteiligte dadurch in seinen Rechten verletzt wird. Da es sich bei der Entscheidung der Aufsichtsbehörde um eine Ermessenentscheidung im Sinne von Art. 40 BayVwVfG handelt, kann das Gericht den Verwaltungsakt gemäß § 114 Satz 1 VwGO grundsätzlich nur auf Ermessensüberschreitung oder Ermessensmissbrauch überprüfen. Letzterer liegt vor, wenn die Aufsichtsbehörde von ihrem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat, indem sie den mutmaßlichen Willen des Beteiligten zu Unrecht angenommen und deswegen die Befreiung erteilt hat.

## 2. Besonderheiten bei ablehnender Entscheidung

Wurde die Befreiung verweigert, ist die Verpflichtungsklage<sup>135</sup> in Form der Versagungsgegenklage<sup>136</sup> gemäß § 42 Abs. 1 Var. 2 VwGO statthaft. Wie in der Anfechtungssituation steht dem Notar mangels Klagebefugnis gegen die Versagung der Befreiung kein Rechtsmittel zu.<sup>137</sup> Wegen seiner Unparteilichkeit kann er kein eigenes Interesse daran haben, ob er sich zu einem bestimmten Vorgang äußern darf oder nicht.<sup>138</sup>

<sup>125</sup> BGH, Beschluss vom 20.04.2009, NotZ 23/08, DNotZ 2009, 876; Beschluss vom 25.11.1974, NotZ 4/74, NJW 1975, 930, 931.

<sup>126</sup> BGH, Beschluss vom 20.04.2009, NotZ 23/08, DNotZ 2009, 876 f.

<sup>127</sup> In diese Richtung: BGH, Beschluss vom 20.04.2009, NotZ 23/08, DNotZ 2009, 876 f.

<sup>128</sup> BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 176, Diehn/Schwipps, BNotO, § 18 Rdnr. 34; Heinemann/Trautrimms/Dittmar/Bosch, Notarrecht, 2022, § 18 BNotO, Rdnr. 19.

<sup>129</sup> Vgl. BVerwG, Urteil vom 25.06.1992, 5 C 37/88, NJW 1992, 3312, 3313; Sodan/Ziekow/Sodan, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 42 Rdnr. 349, Ronellenfitsch, VerwArch 1991, 121, 126.

<sup>130</sup> Hat sich der Notar bereits geäußert, kann der Beteiligte eine Fortsetzungsfeststellungsklage gemäß § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO analog erheben.

<sup>131</sup> Vgl. Ronellenfitsch, VerwArch 1991, 121, 124, 132 f.: Rechtsschutz ist nur effektiv, wenn er rechtzeitig kommt.

<sup>132</sup> Kopp/Schenke/ W.-R. Schenke, VwGO, § 62 Rdnr. 12.

<sup>133</sup> Vgl. § 51 Abs. 3 ZPO.

<sup>134</sup> Hat der Beteiligte (noch) keinen gesetzlichen Vertreter, kommt zur Vermeidung von Rechtsschutzlücken mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG die Bestellung eines Prozesspflegers gemäß § 62 Abs. 4 VwGO, § 57 Abs. 1 ZPO analog in Betracht. Ist der Aufenthalt des Beteiligten unbekannt oder die Geschäftsunfähigkeit nur vorübergehend, ist § 57 Abs. 1 ZPO in doppelter Analogie anzuwenden.

<sup>135</sup> BGH, Urteil vom 20.07.2020, NotZ(Brfg) 1/19, MittBayNot 2021, 288, 289; BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 175.

<sup>136</sup> Mack, notar 2021, 68, 69.

<sup>137</sup> BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 175; a. M. ohne Begr.: Diehn/Schwipps, BNotO, § 18 Rdnr. 34.

<sup>138</sup> In diesem Sinne: Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 64.



a) Klage von Beteiligten

Eine Klage der Beteiligten, deren Erklärung ersetzt werden soll, kommt nur eingeschränkt in Betracht.<sup>139</sup> Ist der Beteiligte nicht mehr verhindert, kann nur er selbst die Befreiung erteilen. Daher wäre die Klage mangels Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig abzuweisen. Ist er weiterhin unerreichbar, liegt die Klagebefugnis vor, weil die Ablehnung der beantragten Befreiung geeignet sein kann, die Durchsetzung von Ansprüchen oder Rechten des Beteiligten zu beeinträchtigen.<sup>140</sup> Möglich ist auch eine Verpflichtungsklage der übrigen Beteiligten. Wird die Befreiungserklärung des Verhinderten nicht ersetzt, darf sich der Notar nicht äußern. Sie können jedoch ein eigenes Interesse daran haben, dass er zu bestimmten Punkten Auskunft erteilt. Sie sind klagebefugt, sofern sie sich auf die mögliche Verletzung eigener Rechte berufen können.

b) Klage sonstiger Personen

Auch Verpflichtungsklagen von Erben oder Erbprätendenten sind zulässig. Anders als in der Anfechtungssituation sind sie klagebefugt, weil die Ablehnung der Befreiung geeignet sein kann, sie in eigenen Rechten zu verletzen. Abgestellt wird dabei nicht auf die Rechte aus § 18 Abs. 1 und Abs. 2 BNotO, sondern auf ihre erbrechtlichen Ansprüche.<sup>141</sup>

c) Begründetheit der Verpflichtungsklage

Die Verpflichtungsklage ist begründet, wenn der Kläger einen Anspruch auf die Erteilung der Befreiung durch die Aufsichtsbehörde hat.<sup>142</sup> Obwohl die Aufsichtsbehörde eine Ermessensentscheidung trifft, ist die Sache in der Regel spruchreif. Kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass die Aufsichtsbehörde fehlerhaft davon ausgegangen ist, der mutmaßliche Wille des Beteiligten liege nicht vor, kann es direkt die Verpflichtung auf Erlass des begehrten Verwaltungsakts aussprechen, da für weitere Ermessenserwägungen der Aufsichtsbehörde kein Raum besteht.<sup>143</sup>

## VI. Die Entscheidung der Aufsichtsbehörde gemäß § 18 Abs. 3 Satz 1 BNotO

Anders als das Verfahren nach § 18 Abs. 2 2. Hs. BNotO ersetzt die Entscheidung der Aufsichtsbehörde nach § 18 Abs. 3 Satz 1 BNotO nicht eine notwendige Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht. Vielmehr klärt sie Zweifel des Notars über das Bestehen und den Umfang der Verschwie-

genheitspflicht im Einzelfall.<sup>144</sup> Daher kann die Entscheidung auch dem ausdrücklichen Willen eines Beteiligten widersprechen, während Maßstab für die Befreiung nach § 18 Abs. 2 2. Hs. BNotO der mutmaßliche Wille des Beteiligten ist.<sup>145</sup>

### 1. Voraussetzung der Entscheidung nach § 18 Abs. 3 Satz 1 BNotO

Voraussetzung für die Entscheidung nach § 18 Abs. 3 Satz 1 BNotO ist stets, dass der Notar im konkreten Einzelfall Zweifel über die Pflicht zur Verschwiegenheit hat. Insoweit lassen sich mannigfaltig Fälle bilden, zumal das Verfahren nicht nur im Anwendungsbereich des § 18 BNotO in Betracht kommt, sondern auch bei Fragen zur Reichweite des § 51 BeurkG.<sup>146</sup> Allerdings kann es nicht dazu genutzt werden, abstrakt für bestimmte Fallgruppen eine verbindliche Auskunft zu erlangen.

Zudem muss der Notar die Entscheidung der Aufsichtsbehörde „nachsuchen“. Die Norm schützt allein den Notar, nicht jedoch das Beweisinteresse der Beteiligten,<sup>147</sup> sodass nur der Notar antragsberechtigt ist. Er hat einen Anspruch auf Entscheidung der Aufsichtsbehörde.<sup>148</sup>

### 2. Rechtsfolgen der Entscheidung

Die Aufsichtsbehörde entscheidet, ob und wenn ja in welchem Umfang in dem konkreten Fall die Schweigepflicht besteht.<sup>149</sup> An diese Feststellung ist der Notar nicht gebunden. Es steht ihm daher frei, ob er sich danach richtet.<sup>150</sup> Verneint die Aufsichtsbehörde die Schweigepflicht, können gegen den Notar gemäß § 18 Abs. 3 Satz 2 BNotO keine Ansprüche hergeleitet werden, wenn er sich äußert. Dies umfasst sowohl die zivilrechtliche Haftung als auch eine strafrechtliche<sup>151</sup> oder dienstrechtliche Verantwortung des Notars.<sup>152</sup> Grundsätzlich ist der Antrag vor einer Äußerung des Notars zu stellen. Wie der Wortlaut von § 18 Abs. 3 Satz 2 BNotO nahelegt, kann die Entscheidung der Aufsichtsbehörde aber auch nachgesucht werden, nachdem sich der Notar geäußert hat. Verneint die Aufsichtsbehörde die Schweigepflicht dann, ist der Notar ebenfalls exkulp-

<sup>139</sup> Vgl. BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 175, der ohne Begründung generell Verpflichtungsklagen der Beteiligten und ihrer Vertreter für statthaft hält.

<sup>140</sup> Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 63, der aber nicht klar hervorhebt, ob die Klage im Namen des Vertretenen erhoben wird; auch in der Verpflichtungssituation ist die Bestellung eines Prozesspflegers gemäß § 57 Abs. 1 ZPO möglich.

<sup>141</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 10.03.2003, NotZ 23/02, DNotZ 2003, 780, 781.

<sup>142</sup> BeckOK-VwGO/Decker, Stand: 01.07.2023, § 113 Rdnr. 69.

<sup>143</sup> Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, § 111b Rdnr. 28.

<sup>144</sup> BGH, Beschluss vom 14.07.1986, NotZ 4/86, DNotZ 1987, 162, 163; BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 199.

<sup>145</sup> BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 199.

<sup>146</sup> Regler, MittBayNot 2022, 205, 206.

<sup>147</sup> BGH, Beschluss vom 02.12.2002, NotZ 17/02, DNotZ 2003, 233; BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 202; Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 159.

<sup>148</sup> BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 200.

<sup>149</sup> BGH, Beschluss vom 02.12.2002, NotZ 17/02, DNotZ 2003, 233; Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 160; i. E.: Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, § 18 Rdnr. 106.

<sup>150</sup> BGH, Beschluss vom 02.12.2002, NotZ 17/02, DNotZ 2003, 233, 234; BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 206; Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 161.

<sup>151</sup> BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 208, 209 m. w. N.

<sup>152</sup> Diehn/Schwipps, BNotO, § 18 Rdnr. 57.



pier. <sup>153</sup> Ferner entfällt eine Haftung des Notars über den Wortlaut der Norm hinaus auch für den Fall, dass die Aufsichtsbehörde die Verschwiegenheitspflicht des Notars bejaht und der Notar schweigt.<sup>154</sup> Dagegen handelt der Notar auf eigenes Risiko, wenn die Aufsichtsbehörde die Schweigepflicht bejaht und er die begehrte Auskunft trotzdem erteilt.<sup>155</sup>

### 3. Entscheidung ist ein Verwaltungsakt

Die Entscheidung nach § 18 Abs. 3 Satz 1 BNotO ist ein Verwaltungsakt.<sup>156</sup> Auch Entscheidungen, mit denen die Behörde verbindlich Rechte des Betroffenen im Einzelfall feststellen oder verneinen will, haben Regelungscharakter.<sup>157</sup> Die Maßnahme ist dann darauf gerichtet, bestehende Unsicherheiten in einem Rechtsverhältnis zu beseitigen.<sup>158</sup> So liegt es bei der Entscheidung nach § 18 Abs. 3 Satz 1 BNotO. Die Norm bezweckt den Schutz des Notars. Daher muss er sich auf die Auskunft der Aufsichtsbehörde verlassen und auf deren Verbindlichkeit vertrauen können.<sup>159</sup> Zwar kann der Notar von der Feststellung abweichen. Verhält er sich aber zu der Entscheidung konform, kommt er in den Genuss der Haftungsfreistellung nach § 18 Abs. 3 Satz 2 BNotO. Hierfür ist die Feststellung der Aufsichtsbehörde zwingende Tatbestandsvoraussetzung, sodass ihr Regelungswirkung zukommt.

### VII. Rechtsschutz gegen die Entscheidung

Allein dem Notar steht das Recht zu, die Entscheidung der Aufsichtsbehörde nach § 18 Abs. 3 Satz 1 BNotO „anzufechten“.<sup>160</sup> Eine Anfechtungsklage brächte für den Notar jedoch

nicht das gewünschte Ergebnis. Ein stattgebendes Urteil würde den angegriffenen Verwaltungsakt mit Rechtskraft unmittelbar beseitigen.<sup>161</sup> Dann wäre die Rechtslage aber wie vorher. Der Kläger kann eine geänderte Feststellung der aus seiner Sicht richtigen Rechtslage nur durch eine Verpflichtungsklage erreichen.<sup>162</sup> Dass § 42 Abs. 1 Var. 2 VwGO von einem „abgelehnten“ Verwaltungsakt spricht, ist unschädlich. Die Versagungsgegenklage setzt nicht voraus, dass der begehrte Verwaltungsakt vollständig abgelehnt wurde. Sie ist schon dann statthaft, wenn es die Behörde ablehnt, einen Verwaltungsakt mit einem bestimmten Inhalt zu erlassen.<sup>163</sup>

### VIII. Schlussbetrachtung

Zur notariellen Schweigepflicht im Sinne von § 18 Abs. 1 BNotO ergeben sich in der Praxis häufig schwierige Rechtsfragen, vor allem nach dem Tod eines Urkundsbeauftragten oder wenn ein Vorsorgebevollmächtigter Auskunft verlangt. Die Aufsichtsbehörden leisten einen wichtigen Beitrag bei der Klärung der Streitfragen und tragen wesentlich zum Schutz der notariellen Schweigepflicht bei. Kann ein Beteiligter selbst eine notwendige Befreiung hiervon nicht mehr erteilen, steht durch § 18 Abs. 2 2. Hs. BNotO ein schnelles, effektives Verfahren zur Verfügung, um diese zu ersetzen. Dagegen wird der Notar, wenn er über die Reichweite seiner Verschwiegenheitspflicht Zweifel hat, durch § 18 Abs. 3 BNotO geschützt.

153 BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 210.

154 BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 208; Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 160.

155 Heinemann/Trautrimm/Dittmar/Bosch, Notarrecht, § 18 BNotO Rdnr. 20.

156 BGH, Beschluss vom 02.12.2002, NotZ 17/02, DNotZ 2003, 233; Arndt/Lerch/Sandkuhler/Sandkuhler, BNotO, § 18 Rdnr. 108 (ohne Begründung).

157 BVerwG, Urteil vom 05.11.2009, 4 C 3/09, NVwZ 2010, 133, 134; BeckOK-VwVfG/Alemany/Scheffczyk, § 35 Rdnr. 162; Hoffmann-Becking, DÖV 1972, 196, 200.

158 BVerwG, Urteil vom 05.11.2009, 4 C 3/09, NVwZ 2010, 133, 134; Appel/Melchinger, VerwArch 1993, 349, 362.

159 Vgl. Appel/Melchinger, VerwArch 1993, 349, 355.

160 Vgl. BGH, Beschluss vom 02.12.2002, NotZ 17/02, DNotZ 2003, 233 f.; Arndt/Lerch/Sandkuhler/Sandkuhler, BNotO, § 18 Rdnr. 108.

161 BeckOK-BNotO/Herrmann, § 111b Rdnr. 43; BeckOK-VwGO/Schmidt-Kötters, Stand: 01.10.2019, § 42 Rdnr. 8.

162 Sodan/Ziekow/Sodan, VwGO, § 42 Rdnr. 325 für Kriegsdienstverweigerer; Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/v. Albedyll/Stuhlfauth, VwGO, 8. Aufl. 2021, § 113 Rdnr. 80; König, BayVBI 1987, 261, 266.

163 Binninger in Brandt/Domgörgen, Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, 5. Aufl. 2023, M Rdnr. 74.



## BUCHBESPRECHUNGEN

Hartmut Wicke:

**Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Kommentar**

5. Aufl., Beck, 2024. 874 S., 79 €

Von Notarassessor Dr. Christian Hess, München

„Im GmbH-Recht brauchen Sie im Grunde nur zwei Kommentare: Einen ganz großen und einen ganz kleinen.“ Diese Aussage hat sinngemäß der Autor des hier rezensierten Werks – freilich mit einem kleinen Augenzwinkern, dafür begleitet von einem umso größeren Gelächter im Publikum –, auf einer Fortbildungsveranstaltung getroffen, der der Rezensent beiwohnen durfte. Es bedurfte keiner Erläuterung, dass die Rede beim „ganz kleinen“ Kommentar vom sog. „Wicke“ war. Dieser liegt nunmehr in fünfter Auflage (2024) vor.

Seit der vierten Auflage (2020) haben sich zahlreiche gesetzliche Neuerungen ergeben, die das GmbH-Recht betreffen. Wer nicht täglich mit dem Gesellschaftsrecht beschäftigt ist, verliert hier schnell den Überblick. Die verschiedenen Änderungsgesetze einzeln aufzuzählen, ist schon deshalb müßig, weil der Autor dies in seinem Vorwort übernimmt. Die Neuauflage des Werks berücksichtigt sämtliche Neuerungen in gewohnt prägnanter Weise, wie folgende Beispiele zeigen:

Ausführlich geht die Neukommentierung auf die in der Praxis seit dem 01.08.2024 immer wichtiger werdende Möglichkeit ein, eine GmbH online zu gründen. Fallgruppenartig stellt hier der Autor in § 2 Rdnr. 23 ff. den Umfang der Möglichkeiten von Onlinegründungen dar. Die für den Praktiker relevanten beurkundungsrechtlichen Sonderfragen, auch zur Urkundsgestaltung, sind dabei in § 2 Rdnr. 36 ff. dargestellt.

Infolge des MoPeG wurden verschiedene Voreintragungsobliegenheiten für die GbR statuiert. Im GmbH-Recht findet

sich diese in § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG wieder. Der Autor erläutert die hiermit zusammenhängenden, praxisrelevanten Fragen stellenweise anhand von Beispielen in § 40 Rdnr. 9 ff. Aktuelle Literatur und Gegenmeinungen werden dabei berücksichtigt.

Besonders gefällt dem Rezensenten jedoch die Übersichtlichkeit des Werks. Gerade hierin sieht er dessen unique selling point im Vergleich zu so manch „ganz großen“ Kommentaren. Wer sucht, der findet (schnell): So suchte der Verfasser vor kurzem kurzfristig Antwort auf die Frage, ob die Übernahmeerklärung im Rahmen einer Kapitalerhöhung auch durch einen vollmachtlosen Vertreter abgegeben werden kann oder ob ein solches Vorgehen vor dem Hintergrund des § 180 BGB unzulässig ist. Rasch gefunden hat er die Antwort in § 55 Rdnr. 12 – samt einem Hinweis auf das einschlägige aktuelle Urteil des KG.

Resümierend lässt sich festhalten: Der Kommentar ist vom Praktiker für den Praktiker geschrieben, ohne jedoch dabei oberflächlich zu wirken oder gar zu sein. Wer sich vertieft mit Einzelfragen beschäftigen muss, wird in der zitierten Literatur und Rechtsprechung fündig. Viele der täglich auftretenden Fragen lassen sich jedoch nach der Erfahrung des Rezensenten ohne Weiteres mit einem schnellen Blick in diesen Kompaktkommentar lösen. Gerade hierin besteht nach Ansicht des Rezensenten der Vorteil des „Wicke“: In der, wie der Autor selbst im Vorwort prägnant feststellt, „zügigen Lösung alltäglicher Anwendungsfragen“.

## Herbert Grziwotz/Konstantin Sauer/Jörn Heinemann: Beurkundungsgesetz – Kommentar

4. Aufl., Carl Heymanns, 2024. 860 S., 129 €

Von Notar Florian Drexler, Vohenstrauß

Mittlerweile in vierter Auflage erschienen, kann der Kommentar schon als „Klassiker“ der beurkundungsrechtlichen Literatur gelten. Die augenscheinlichste Veränderung im Vergleich zur Voraufgabe wird schon im Titel deutlich. Notar Konstantin Sauer ist zum bewährten Autoren- und Herausgeberteam um Notar a. D. Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz und Notar Dr. Jörn Heinemann hinzugestoßen. Sauer hat sich schon in seiner vormaligen Rolle als „IT-Assessor“ bei der LNotK Bayern einen Namen gemacht und ist prädestiniert dafür, die durch das DiRUG mit Inkrafttreten zum 01.08.2022 und durch das DiREG teils mit Inkrafttreten zum 01.08.2022, teils zum 01.08.2023 neu eingefügten Regelungen beispielsweise zur Beurkundung mittels Videokommunikation (§§ 16a-16e BeurkG), zur Beglaubigung einer qualifizierten elektronischen Signatur (§ 40a BeurkG) oder zur Verwahrung und Aushändigung elektronischer Urkunden (§ 45a BeurkG) vorzustellen und für den Rechtsanwender praxistauglich zu erläutern.

Auch bei diesen neu eingefügten Normen gelingt es den Autoren in gewohnter Weise, für die tägliche notarielle Praxis einen Mehrwert zu schaffen, indem in prägnanter Weise der für die jeweilige Norm zulässige Anwendungsbereich und die zu beachtenden – nicht zuletzt technischen – Voraussetzungen ebendieser dargelegt werden. Gerade in diesem für die Mehrzahl der Notare noch etwas neuartigen und ungewohnten Bereich zeigt sich die Stärke des Grziwotz/Sauer/Heinemann, da er für den Praktiker am Ende nahezu jeder Vorschrift für den Einzelfall im Alltag taugliche Formulierungsvorschläge bereithält. Hier seien exemplarisch die im Vergleich zur Voraufgabe neu eingefügten Formulierungsbeispiele zum Urkundseingang und zur Abschlussformel bei einer reinen Onlinebeurkundung (§ 16b Rdnr. 13 f.) bzw. beim sog. gemischten Beurkundungsverfahren (§ 16e Rdnr. 5 f.) sowie der Beglaubigungsvermerk für eine Online-

beglaubigung (§ 40a Rdnr. 12) genannt. Aber auch die Formulierungsbeispiele im eher „klassischeren“ Bereich des BeurkG wie die Verweisung auf eine andere notarielle Niederschrift (§ 13a Rdnr. 31) oder die Beteiligung behinderter Personen (zum Beispiel § 22 Rdnr. 37 ff. oder § 25 Rdnr. 24 ff.) wissen unvermindert weiterhin zu überzeugen.

Wünschenswert für den notariellen Praktiker, der im täglichen Büroalltag typischerweise über jede Arbeitserleichterung froh ist, wäre es, wenn die – durchgehend praxistauglichen – Formulierungsvorschläge nicht nur in seiner Printversion des Kommentars abgedruckt wären, sondern auch über einen schnellen und einfach zugänglichen Weg in Vertragsentwürfe eingefügt werden könnten. Hier könnte der Verlag – wie bei Handbüchern mittlerweile Usus – die Formulierungsbeispiele auch auf einer Online-Plattform gesammelt zur Verfügung stellen und die Besitzer des gedruckten Werks mit entsprechenden, in der Printversion rasch ersichtlichen Zugangsdaten versorgen.

Jedoch erfolgt auch dieser Hinweis an den Verlag auf dem durchgehend sehr hohen Niveau des Kommentars, zu dessen Neuauflage man den Autoren nur gratulieren kann. Der Grziwotz/Sauer/Heinemann kann jedem notariellen Praktiker uneingeschränkt empfohlen werden, eignet sich der Kommentar mit seinen sehr praktikablen Formulierungsbeispielen zum einen hervorragend für die rasche Klärung zeitlich dringlicher Fragestellungen, zum anderen aber ebenso für die vertiefende Recherche zu bestimmten Problemkreisen und Rechtsfragen. Angesichts der durch das DiRUG und das DiREG vorgenommenen maßgeblichen Änderungen im BeurkG lohnt die Neuanschaffung der vierten Auflage auch für denjenigen, der schon über die Voraufgabe(n) verfügt, sehr.



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSBESPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

**Wolfgang Reimann/Manfred Bengel/Florian Dietz/Sebastian Sammet (Hrsg.):**

## **Testament und Erbvertrag – Handbuch, Mustertexte, Kommentar**

8. Aufl., Carl Heymanns, 2023. 1340 S., 169 €

Von Notarassessor Dr. Benedikt Wössner, Kelheim

Eine Neuerung der achten Auflage des Werks „Testament und Erbvertrag“ fällt schon vor dem ersten Aufschlagen ins Auge. Dr. Sebastian Sammet, der schon bislang als Autor mitwirkte, ersetzt im Kreise der Herausgeber den Gründungsherausgeber Prof. Dr. Manfred Bengel, der dem Werk aber namentlich erhalten bleibt. Es erscheint folglich nun als Reimann/Bengel/Dietz/Sammet. In der Aufmachung behält das Werk den gewohnten und bewährten Dreiklang aus den im notariellen Alltag verbreitetsten Literaturgattungen bei und vereint, wie schon der Untertitel ankündigt, Handbuch (systematischer Teil), Mustertexte und Kommentar.

Das voranstehende Inhaltsverzeichnis wurde – aus Sicht des Rezensenten begrüßenswert – um eine Gliederungsebene erweitert und erleichtert so den Sprung zur gesuchten Thematik.

Der systematische Teil ist wie bislang weiter untergliedert in drei Kapitel: das materielle Erb- und Beurkundungsrecht, Fragen des Internationalen Privatrechts und die steuerlichen Grundzüge.

Das erste Kapitel bietet den gewohnten breiten Rundumschlag. Unter dem Oberbegriff der Grundlagen werden zunächst neben Terminologie und Gegenstand des Erbrechts auch das Pflichtteilsrecht, Pflichtteilsklauseln (anderswo Pflichtteilsstrafklausel genannt, von dieser Bezeichnung wird aber abgeraten, vgl. Kapitel 1 Rdnr. 210) und Zuwendungsverzichte behandelt. Es folgen Ausführungen zu den Vorgaben des Beurkundungsrechts und den möglichen Inhalten und Regelungsinstrumenten von Verfügungen von Todes wegen. Den Abschluss des ersten Kapitels bilden als „ausgewählte Fragen“ vor allem nach der Lebenssituation der Beteiligten untergliederte spezielle Gestaltungsziele. Neben dem Umgang mit familiären Sonderkonstellationen und den sog. Behindertentestamenten werden ausführliche Gestaltungsvorschläge und -varianten für Unternehmer im weitesten Sinne (Einzelunternehmer, Gesellschafter verschiedener Gesellschaftsformen und Freiberufler) dargestellt. Für Freiberufler finden sich dabei auch Ausführungen zum Berufs- und Steuerrecht, die die Ausgestaltung der Erbfolge beeinflussen können. Eine sinnvolle Ergänzung für nachfolgende Auflagen könnten hier spezifische Ausführungen zum Umgang mit landwirtschaftlichen Betrieben sein (der Formularteil enthält bereits Gestaltungsvorschläge).

Allein das erste Kapitel ist im Vergleich zur Voraufgabe um rund 40 Seiten gewachsen. Auf einige der Ergänzungen soll im Folgenden schlaglichtartig der Blick geworfen werden:

Neu sind etwa die – leider etwas versteckten – Ausführungen zur abweichenden Bestimmung der Vermächtnislast. Diese wird insbesondere für sog. Behindertentestamente empfohlen, da andernfalls eine knapp über dem Pflichtteil

angesetzte Erbquote den Pflichtteil wertmäßig unterschreiten kann. Dann droht die ungewollte Ausschlagung (Kapitel 1 Rdnr. 125).

Erweitert wurden die Ausführungen zu Pflichtteilsklauseln. Ergänzt ist der Hinweis, dass eine solche Klausel stets darauf abstellen sollte, dass gegen den Willen des länger lebenden Ehegattens agiert wird (Kapitel 1 Rdnr. 208). Die Geltendmachung in Absprache mit dem länger lebenden Ehegatten kann etwa nach dem ersten Erbfall als „Supervermächtnis light“ in Betracht kommen.<sup>1</sup> Wegen der für den länger lebenden Ehegatten unangenehmen Folgen einer Geltendmachung von Auskunftsansprüchen nach § 2314 BGB wird zudem geraten, mit der Pflichtteilsklausel schon daran anzuknüpfen (Kapitel 1 Rdnr. 209).

Aufgrund der seit der Voraufgabe ergangenen Rechtsprechung wird zudem für sog. Behindertentestamente angeraten, mit der Pflichtteilsklausel nicht an eine Geltendmachung des Pflichtteils durch den Sozialhilfeträger anzuknüpfen, da das behinderte Kind auch für den zweiten Erbfall gerade nicht auf den Pflichtteil verwiesen sein soll (Kapitel 1 Rdnr. 219).

Das international-privatrechtliche zweite Kapitel beschränkt sich sinnvollerweise auf die kautelarjuristisch zentralen Fragen der Anwendbarkeit deutschen Rechts und des Umgangs damit, wenn sich diese nicht gesichert feststellen lässt.

Für die Beantwortung der ersten Frage finden sich viele wichtige Hinweise, etwa auf die deutschen Staatsverträge mit der Türkei, dem Iran und der ehemaligen Sowjetunion (Kapitel 2 Rdnr. 17 ff), die Maßgeblichkeit des Erbstatuts auch für isolierte Pflichtteils- und Erbverzichte (Kapitel 2 Rdnr. 60) und die Abgrenzung des Erbstatuts zum Güter-, Gesellschafts-, und Sachenrechtsstatut (Kapitel 2 Rdnr. 71 ff).

Zur zweiten Frage werden insbesondere die Hinweis- und Aufklärungspflichten bei der rechtlichen Beratung sowie das Haftungsrisiko und dessen Beschränkbarkeit mit Formulierungsvorschlägen behandelt (Kapitel 2 Rdnr. 84 ff.).

Das dritte Kapitel zu steuerlichen Fragen bietet einen kompakten und schon nach der Kapitelüberschrift auf die Grundlagen beschränkten Überblick. Dargestellt werden die steuerpflichtigen Erwerbstatbestände rund um den Erbfall, die Grundlagen der erbschaftsteuerrechtlichen Wertermittlung samt Steuerbefreiungen und -vergünstigungen, die Steuerklassen des Erbschaftsteuerrechts und die Bezü-

1 Zu den steuerlichen Aspekten Kapitel 3 Rdnr. 38 ff. sowie Beck'sches Notar-Handbuch/Schmitz/Bleifeld, 8. Aufl. 2024, § 29 Rdnr. 141 m. w. N.

ge zum Einkommensteuerrecht. Das einkommensteuerrechtliche Unterkapitel zielt dabei mit Ausführungen zur Behandlung der Erbauseinandersetzung auch auf die Beratungssituation nach einem Erbfall. Die überblicksartige Darstellung mit vielen Beispielen ermöglicht auch dem mit steuerlichen Fragen bisher wenig vertrauten Leser – wie dem Rezessenten – einen Einstieg in die Materie.

Der Formularteil untergliedert sich wie bislang in verschiedene Checklisten für die Beratung, sowohl hinsichtlich der Form als auch des Inhalts der Verfügung von Todes wegen, und die eigentlichen Muster. Diese umfassen sowohl Grundlagen, beginnend mit der einfachen Erbeinsetzung, als auch Formulierungsvorschläge für spezifische Umstände, etwa bei Hör- und Sehbehinderung des Testierenden, und Gesamt muster, etwa eines Geschiedenentestaments oder eines Behindertenerbvertrags. Die Muster sind, wie mittlerweile üblich, über die Homepage des Verlags zur Nutzung und Anpassung abrufbar.

Neu hinzugekommen sind hier ein Muster für ein Schwiegerkindvermächtnis (Kapitel 5 Rdnr. 25) und für eine post-molare Vollmacht an den Testamentsvollstrecker (Kapitel 5 Rdnr. 45).

Der abschließende Kommentarteil beschränkt sich anders als die vorangehenden Teile inhaltlich auf die titelgebenden Testamente und Erbverträge. Kommentiert sind also die §§ 2229-2302 BGB.

Hier finden sich die Ausführungen etwa zu Formvorschriften, zu Änderung und Widerruf, zur Bindungswirkung bei gemeinschaftlichen Testamenten und Erbverträgen und deren

nachträglicher Aufhebung. Diese Themen sind wiederum im systematischen Teil ausgeklammert (mit Ausnahme ihrer international-privatrechtlichen Aspekte), sodass Überschneidungen vermieden werden.

Zusammenfassend vereint das Werk nicht nur einzelne Literaturgattungen, sondern auch verschiedene Anwendungsfälle in sich. Die Ausführungen zum Internationalen Erbrecht und zum Steuerrecht sind bewusst eher überblicksartig gehalten und dadurch weniger Nachschlagewerk als Ausgangspunkt für den ersten (und zweiten) Kontakt mit diesen Materien. Gerade dadurch empfiehlt sich das Werk auch für Notarassessorinnen und -assessoren, die eine kompakte und verständliche Einführung in diese Themen suchen. Für die Behandlung von Spezialproblemen wird man hingegen nicht umhinkommen, den zahlreichen Verweisen zu weitergehenden Quellen zu folgen.

Im materiellen Erbrecht hingegen ist das Werk klassisches Handbuch für die Formulierung von Verfügungen von Todes wegen in der konkreten Beratungssituation. Hier finden sich detaillierte Ausführungen und Gestaltungsvorschläge, einschließlich entsprechender Muster, mit denen auch für spezielle Situationen passende Gestaltungen erarbeitet werden können. Die erwähnten Neuerungen und Erweiterungen machen die achte Auflage sicher auch dann zur sinnvollen Ergänzung, wenn sich schon eine Vorauflage in der eigenen Bibliothek findet.



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSBESPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN



## RECHTSPRECHUNG

### Bürgerliches Recht

#### ALLGEMEINES

##### 1. Verjährungsbeginn bei Fälligkeit nach Vertragsschluss

BGH, Urteil vom 15.03.2024, V ZR 224/22 (Vorinstanz:  
OLG München, Beschluss vom 15.11.2022, 20 U 3138/22)

BGB § 199 Abs. 1 Nr. 1, § 200

#### LEITSATZ:

Die Verjährungsfrist für synallagmatisch verbundene Ansprüche aus einem Vertragsverhältnis beginnt erst mit der Fälligkeit des jeweiligen Anspruchs. Für den Anspruch des Käufers auf Eigentumsverschaffung an einem Grundstück, der nach den vertraglichen Bedingungen nicht sofort fällig ist, beginnt die Verjährungsfrist nicht schon mit Vertragsschluss, sondern erst mit der Fälligkeit. Erst dann ist der Eigentumsverschaffungsanspruch im Sinne von § 200 BGB entstanden (Abgrenzung zu Senat, Urteil vom 19.05.2006, V ZR 40/05, NJW 2006, 2773).

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Der Kläger verkaufte der Beklagten mit notariellem Vertrag vom 20.08.2004 ein Grundstück zu einem Kaufpreis von 216.000 €. In dem Vertrag erklärten die Parteien die Auflösung und wiesen den Notar an, den Antrag auf Vollzug der Auflösung bei dem Grundbuchamt erst zu stellen, wenn der Kläger dem schriftlich zustimmt oder wenn die Beklagte bestätigt hat oder wenn dem Notar in anderer Weise nachgewiesen ist, dass der geschuldete Kaufpreis bezahlt ist; die Beklagte verzichtete auf ihr Recht, selbst den Antrag auf Eigentumsumschreibung zu stellen. Von dem Kaufpreis sollte ein Teilbetrag von 80.000 € sofort auf das Anderkonto des Notars gezahlt werden, um die Lastenfreistellung des Grundstücks zu erreichen. Aus den vertraglichen Regelungen ergibt sich, dass der Kläger beabsichtigte, mit einem Teil des Kaufpreises ein etwa gleich großes Anwesen im Umkreis von 30 km (Ersatzobjekt) zu erwerben; er sollte sich um den Erwerb bemühen, und die Beklagte sollte ihn hierbei unterstützen. Für den Fall, dass bis zum 01.09.2007 kein Ersatzobjekt gefunden wurde, sollte ein Mietvertrag für das gesamte Objekt abgeschlossen werden. Im Hinblick auf diese Regelungen wurde für den restlichen Kaufpreis Folgendes vereinbart:

2 „Der verbleibende Kaufpreisrest ist innerhalb von 10 Tagen zu bezahlen, nachdem der Verkäufer den Käufer zur Zahlung schriftlich aufgefordert hat. Die Aufforderung ist erst möglich nach Vorliegen der Auszahlungsvoraussetzungen vom vorgenannten Anderkonto. Bei Aufforderung hat der Verkäufer dem Käufer die ganze oder teilweise Verwendung des Betrages zur Finanzierung des vom Verkäufer zu erwerbenden Ersatzobjekts glaubhaft zu machen. [...] Der Kaufpreisrest ist jeden-

falls mit dem Ableben des Verkäufers fällig. Der Verkäufer tritt bereits heute den Anspruch auf Zahlung des Kaufpreisrestbetrages an seine Tochter (...) ab. [...]“

3 Die Beklagte zahlte den Teilbetrag des Kaufpreises von 80.000 € auf das Anderkonto des Notars. Zu ihren Gunsten wurde im September 2004 eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen. Der Erwerb eines Ersatzgrundstücks war dem Kläger bereits wenige Jahre nach Abschluss des Kaufvertrags nicht möglich, nach eigenem Vorbringen von Anfang an nicht. Der Kläger forderte die Beklagte nicht zur Zahlung des Restkaufpreises auf; die Eigentumsumschreibung ist bis heute nicht erfolgt.

4 Gestützt auf die Verjährung des Übereignungsanspruchs der Beklagten verlangt der Kläger mit der im November 2021 erhobenen Klage von der Beklagten die Zustimmung zur Löschung der Auflassungsvormerkung. In der Folge hinterlegte die Beklagte den restlichen Kaufpreis i. H. v. 136.000 € zugunsten der Tochter des Klägers. Das LG hat der Klage stattgegeben. Das OLG hat die Berufung durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision will die Beklagte weiterhin die Klageabweisung erreichen. Der Kläger beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

5 Das Berufungsgericht meint, der Kläger könne von der Beklagten gemäß § 886 BGB die Beseitigung der Auflassungsvormerkung verlangen, da der durch die Vormerkung gesicherte Übereignungsanspruch der Beklagten verjährt sei. Die Verjährungsfrist betrage gemäß § 196 BGB zehn Jahre und beginne gemäß § 200 BGB mit Entstehung des Anspruchs. Entstanden sei der Anspruch, sobald er im Wege der Klage geltend gemacht werden könne. Voraussetzung sei zwar grundsätzlich die Fälligkeit des Anspruchs. Als bereits entstanden, obwohl im Einzelfall noch nicht fällig, gelte aber auch ein Anspruch aus einem gegenseitigen Vertrag, der mit der ausstehenden Gegenleistung synallagmatisch verknüpft sei, und dem daher – wie hier – die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegengehalten werden könne. Damit habe die Verjährungsfrist mit Abschluss des Kaufvertrags am 20.08.2004 zu laufen begonnen, und Verjährung sei mit Ablauf des 20.08.2014 eingetreten. Die Verjährung sei nicht gemäß oder entsprechend § 205 BGB durch die in Abschnitt II des Kaufvertrags vereinbarte Vorlagesperre gehemmt worden. Bei dieser handele es sich nicht um ein Stillhalteabkommen, aufgrund dessen der Kläger vorübergehend berechtigt gewesen wäre, die Leistung zu verweigern. Die Vereinbarung führe lediglich die Wirkung des gesetzlichen Leistungsverweigerungsrechts des § 320 BGB zugunsten des Klägers fort, um einen Eigentumsübergang auf der Grundlage der in dem Kaufvertrag erklärten Auflösung zu verhindern, ohne ein eigenständiges vertragliches Leistungsverweigerungsrecht zu begründen. Der Beklagte als Gläubigerin des Eigentumsübertragungsanspruchs habe es zudem freigestanden, den Restkaufpreis gemäß § 271 Abs. 2 BGB auch vor dessen Fälligkeit zu zahlen und den Notar zum Vollzug der Auflösung zu veranlassen.



**6** Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der gegebenen Begründung kann der Anspruch des Klägers auf Beseitigung der Vormerkung gegen die Beklagte nicht bejaht werden.

**7 1.** Zutreffend geht das Berufungsgericht zunächst davon aus, dass der Anspruch der Beklagten gegen den Kläger auf Verschaffung des Eigentums an dem Grundstück und mit ihm die Vormerkung nicht durch Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB erloschen ist. Dafür kommt es, anders als die Revision meint, nicht darauf an, dass der Kläger nicht bereits alle zur Eigentumsverschaffung erforderlichen Handlungen vorgenommen hat, weil er, vertreten durch den Notar (§ 15 GBO), noch nicht den Eintragungsantrag gestellt hat, und die Beklagte wegen des Verzichts auf das Recht, selbst den Antrag auf Eigentumsumschreibung zu stellen, die Umschreibung nicht ohne Zutun des Klägers bewirken konnte (vgl. Senat, Urteil vom 15.10.2004, V ZR 100/04, NJW-RR 2005, 241 Rdnr. 19). Ein Erfüllungsanspruch besteht solange fort, bis der geschuldete Leistungserfolg eingetreten ist (§ 362 Abs. 1 BGB). Da die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück gemäß § 873 Abs. 1, § 925 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht nur die Auflassung, sondern auch die Eintragung des Eigentumswechsels in das Grundbuch erfordert, erlischt ein Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an einem Grundstück nach § 362 Abs. 1 BGB erst, wenn auch die Eintragung des Eigentumswechsels in das Grundbuch erfolgt ist. Erst zu diesem Zeitpunkt erlischt daher auch eine – wie hier – zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsverschaffung eingetragene Vormerkung (§ 883 Abs. 1 BGB; vgl. Senat, Urteil vom 13.10.2023, V ZR 161/22, NJW-RR 2024, 288 Rdnr. 12).

**8 2.** Richtig ist weiter, dass der Anspruch auf Beseitigung der Vormerkung, bei der es sich um ein streng akzessorisches Sicherungsrecht handelt (vgl. Senat, Urteil vom 22.02.2019, V ZR 244/17, BGHZ 221, 229 Rdnr. 12 m. w. N.), gemäß § 886 BGB darauf gestützt werden kann, dass der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch verjährt ist. Steht demjenigen, dessen Grundstück oder dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird, eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird, so kann er von dem Gläubiger die Beseitigung der Vormerkung verlangen (§ 886 BGB). Zu einer dauernden Einrede im Sinne von § 886 BGB gehört die Einrede der Verjährung (§ 214 Abs. 1 BGB; vgl. RGZ 81, 288, 290; BGH, Urteil vom 10.10.1988, II ZR 92/88, NJW 1989, 220, 221, insoweit in BGHZ 105, 259 nicht abgedruckt). Die Einrede der Verjährung hat der Kläger erhoben.

**9 3.** Rechtsfehlerhaft ist aber die Annahme des Berufungsgerichts, der Übereignungsanspruch der Beklagten sei verjährt.

**10 a)** Ansprüche auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück verjähren gemäß § 196 BGB in zehn Jahren. Die Verjährung beginnt nach § 200 BGB mit der Entstehung des Anspruchs.

**11 b)** Nach der Rechtsprechung des BGH ist ein Anspruch sowohl im Sinne von § 200 BGB als auch im Sinne von § 199

Abs. 1 Nr. 1 BGB entstanden, sobald er erstmals geltend gemacht und notfalls im Wege der Klage durchgesetzt werden kann. Dafür genügt es nicht, dass der Schuldner die anspruchsgrundlegenden Tatbestandsmerkmale verwirklicht hat. Vielmehr ist darüber hinaus grundsätzlich die Fälligkeit des Anspruchs erforderlich, da erst von diesem Zeitpunkt an (§ 271 Abs. 2 1. Hs. BGB) der Gläubiger mit Erfolg die Leistung fordern und nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB die Verjährung durch Klageerhebung hemmen kann (st. Rspr.; vgl. Senat, Urteil vom 17.12.1999, V ZR 448/98, NJW-RR 2000, 647 f.; Urteil vom 23.06.2023, V ZR 89/22, NJW 2023, 2942 Rdnr. 10; BGH, Urteil vom 17.02.1971, VIII ZR 4/70, BGHZ 55, 340, 314; Urteil vom 08.04.2015, IV ZR 103/15, NJW 2015, 1818 Rdnr. 22; Urteil vom 17.07.2019, VIII ZR 224/18, WM 2020, 425 Rdnr. 16; Urteil vom 27.10.2022, I ZR 141/21, GRUR 2022, 1839 Rdnr. 20).

**12 c)** Nichts anderes gilt für die synallagmatisch verknüpften vertraglichen Ansprüche auf Leistung und Gegenleistung bei einem Grundstückskaufvertrag. Die von dem Berufungsgericht zitierte Entscheidung des Senats vom 19.05.2006 (V ZR 40/05, NJW 2006, 2773) ist nicht so zu verstehen, dass für Ansprüche aus einem gegenseitigen Vertrag die Verjährung immer bereits mit Vertragsschluss beginnt, ohne dass es auf die Fälligkeit ankäme (so aber Grüneberg/Ellenberger, 83. Aufl., § 199 Rdnr. 3). Zu dem Entstehen von Ansprüchen im Sinne von §§ 199, 200 BGB als Voraussetzung für den Beginn der Verjährungsfrist verhält sich die Entscheidung nicht, sondern nur zu § 390 Satz 2 BGB a. F. und der Frage, wann ein Anspruch im Hinblick auf eine Aufrechnungslage entstanden ist. Sie ist, wie der Senat bereits, allerdings nach Erlass des Berufungsurteils, klar gestellt hat, auf das Verjährungsrecht nicht übertragbar (vgl. Beschluss vom 29.06.2023, V ZR 137/22, juris Rdnr. 2). Die Verjährungsfrist für synallagmatisch verbundene Ansprüche aus einem Vertragsverhältnis beginnt erst mit der Fälligkeit des jeweiligen Anspruchs.

**13 aa)** Zwar ist auch bei einem Kaufvertrag im Grundsatz der Zeitpunkt des Vertragsschlusses für die Entstehung des Anspruchs auf Eigentumsverschaffung im Sinne von §§ 199, 200 BGB und damit für den Beginn der Verjährungsfrist maßgebend. Das folgt aus der gesetzlichen Leistungszeitbestimmung des § 271 Abs. 1 BGB. Etwas anderes gilt aber dann, wenn – sei es auf Grund gesetzlicher Regelung oder wegen einer von vornherein getroffenen vertraglichen Abrede – der Anspruch nicht mit Vertragsabschluss, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt fällig wird (vgl. BGH, Urteil vom 17.02.1971, VIII ZR 4/70, BGHZ 55, 340, 341 zu § 198 Satz 1 BGB a. F.). Die Vorschrift des § 271 BGB enthält subsidiäre Regelungen. Sie greift nur ein, wenn eine Leistungszeit nicht in anderer Weise bestimmt ist (vgl. Senat, Urteil vom 02.04.2004, V ZR 105/03, WM 2004, 2183 f.).

**14 bb)** Ein auf die Übereignung eines Grundstücks gerichteter kaufvertraglicher Anspruch wird regelmäßig nicht bereits mit Vertragsschluss fällig. Denn üblicherweise werden in einem Grundstückskaufvertrag abweichende Regelungen zur Fälligkeit des Anspruchs auf Eigentumsverschaffung getroffen, um den Verkäufer davor zu schützen, dass er das Eigentum an seinem Grundstück verliert, ohne den

Kaufpreis zu erhalten. Solche Regelungen zur Sicherung des Verkäufers können dazu führen, dass der Anspruch auf Eigentumsverschaffung erst mit dem Nachweis der Kaufpreiszahlung fällig wird (vgl. Senat, Urteil vom 23.06.2023, V ZR 89/22, NJW 2023, 2942 Rdnr. 11 m. w. N.). Dann hat der Käufer seine Leistung in Gestalt der Kaufpreiszahlung zu erbringen, ohne sich insoweit auf § 320 BGB berufen zu können (vgl. Staudinger/Schwarze, Neub. 2020, Vor §§ 320 ff. Rdnr. 21). Er kann vor Erfüllung der Vorleistungspflicht nicht erfolgversprechend auf Übertragung des Eigentums klagen, auch nicht mit dem Ziel, eine Zug-um-Zug-Verurteilung zu erreichen. Eine derartige Klage wäre vielmehr mangels Fälligkeit als derzeit unbegründet abzuweisen. Dagegen reicht es, anders als das Berufungsgericht offenbar meint, für den Beginn der Verjährungsfrist nicht aus, dass der Käufer berechtigt wäre, jederzeit den restlichen Kaufpreis zu zahlen (§ 271 Abs. 2 BGB) und damit die Fälligkeit des Eigentumsverschaffungsanspruchs herbeizuführen. Andernfalls liefe die auf den Eigentumsverschaffungsanspruch bezogene Fälligkeitsvereinbarung ins Leere; nicht fällige Ansprüche können aber nicht verjähren. Für den Anspruch des Käufers auf Eigentumsverschaffung an einem Grundstück, der nach den vertraglichen Bedingungen nicht sofort fällig ist, beginnt die Verjährungsfrist nicht schon mit Vertragsschluss, sondern erst mit der Fälligkeit. Erst dann ist der Eigentumsverschaffungsanspruch im Sinne von § 200 BGB entstanden. Ob der Beklagten – was nach den vertraglichen Regelungen zweifelhaft erscheint – überhaupt ein Recht zur Vorleistung nach § 271 Abs. 2 BGB zugestanden hätte, bedarf deshalb keiner Entscheidung.

**15 cc)** Auf die von dem Berufungsgericht herangezogene Vorschrift des § 205 BGB kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. § 205 BGB betrifft nur nachträglich vereinbarte vorübergehende Leistungsverweigerungsrechte (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 118). Damit sind Vereinbarungen zwischen Gläubiger und Schuldner gemeint, die die Fälligkeit einer Forderung nachträglich hinausschieben, also nach dem Entstehen im Sinne der §§ 199, 200 BGB während der laufenden Verjährungsfrist getroffen werden (zum Beispiel Stillhalteabkommen). Nicht erfasst werden von vornherein getroffene Abreden des Inhalts, dass die Forderung später fällig sein soll, denn die Verjährung beginnt ohnehin erst mit der Fälligkeit zu laufen (vgl. BGH, Urteil vom 18.05.1977, III ZR 116/74, WM 1977, 895; Urteil vom 24.10.1991, IX ZR 18/91, NJW-RR 1992, 254, 255, jew. zu § 202 BGB a. F.; Münch-Komm-BGB/Grothe, 9. Aufl., § 205 Rdnr. 1; krit. Staudinger/Peters/Jacoby, Neub. 2019, § 205 Rdnr. 6). Ist mangels Fälligkeit ein einklagbarer Anspruch noch nicht im Sinne der §§ 199, 200 BGB entstanden, bedarf es einer Hemmung der Verjährung schon aus diesem Grund nicht.

**16 d)** Nach diesen Grundsätzen ist der Anspruch der Beklagten auf Eigentumsverschaffung im Sinne des § 200 BGB nur dann entstanden, wenn er fällig geworden ist. Dazu hat das Berufungsgericht – aus seiner Sicht folgerichtig – keine Feststellungen getroffen. Zugunsten der Beklagten ist deshalb für das Revisionsverfahren zu unterstellen, dass ihr Übereignungsanspruch nicht fällig geworden ist. Dann konnte die Verjährungsfrist nicht zu laufen beginnen. Dem

Kläger steht infolgedessen die Einrede der Verjährung nicht zu, und er kann die Beseitigung der Vormerkung nicht verlangen (§ 886 BGB).

**17 III. 1.** Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, weil noch weitere Feststellungen zu treffend sind. Mangels Entscheidungsreife ist die Sache daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

**18 2.** Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

**19 a)** Das Berufungsgericht wird zunächst zu prüfen haben, wann der Eigentumsverschaffungsanspruch der Beklagten fällig werden sollte. Es spricht vieles dafür, dass – wovon auch das Berufungsgericht ausgeht – Fälligkeit nicht schon mit Vertragsschluss eingetreten ist. Nach den von dem Berufungsgericht wiedergegebenen und in Bezug genommenen Regelungen in dem Kaufvertrag konnte der Antrag auf Vollzug der Auflassung nämlich erst gestellt werden, wenn der Kläger dem zustimmt oder er bestätigt hat oder wenn dem Notar in anderer Weise nachgewiesen ist, dass der geschuldete Kaufpreis gezahlt ist (Abschnitt II). Die Zahlung des Kaufpreisrests sollte erst erfolgen, wenn der Kläger die Beklagte zur Zahlung auffordert und dabei die ganze oder teilweise Verwendung des Betrags zur Finanzierung des von ihm zu erwerbenden Ersatzobjekts glaubhaft macht (Abschnitt VIII Ziffer 6). Für das Verjährungsrecht ist anerkannt, dass dann, wenn die Fälligkeit des Anspruchs von einem Verhalten des Gläubigers abhängt, die Verjährung erst mit Fälligkeit dieses Anspruchs beginnt (vgl. BGH, Urteil vom 17.02.1971, VIII ZR 4/70, BGHZ 55, 340, 342; Beschluss vom 19.12.1990, VIII ARZ 5/90, BGHZ 113, 188, 195 f.; Urteil vom 11.11.1999, VII ZR 73/99, WM 2000, 675, 676; Urteil vom 09.12.2021, IX ZR 201/20, WM 2022, 234 Rdnr. 36; Urteil vom 27.10.2022, I ZR 141/21, WM 2023, 1185 Rdnr. 30). Dem steht der Zweck der Verjährung – Wahrung des Rechtsfriedens, Schutz des Schuldners vor Beweisschwierigkeiten, alsbaldige Klärung von Ansprüchen – nicht entgegen (vgl. BGH, Beschluss vom 19.12.1990, VIII ARZ 5/90, a. a. O.).

**20 b)** Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht auch Gelegenheit, sich mit dem Einwand des Klägers zu befassen, die Beklagte müsse sich wegen treuwidrigen Verhaltens so behandeln lassen, als sei der Restkaufpreis bereits wenige Jahre nach Abschluss des Kaufvertrags fällig geworden (§ 242 BGB). Den Parteien wird Gelegenheit zu geben sein, hierzu ergänzend vorzutragen. Ggf. wird das Berufungsgericht auf der Grundlage des noch zu ergänzenden Sachvortrags der Parteien zu prüfen haben, ob wegen des Scheiterns des Erwerbs eines Ersatzobjekts durch den Kläger ein Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht kommen könnte (§ 313 BGB).

(...)

## Bürgerliches Recht

### SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

#### 2. Zustimmung zur Veräußerung von Wohnungseigentum

BGH, Urteil vom 22.03.2024, V ZR 141/23 (Vorinstanz:  
LG Frankfurt a. M., Urteil vom 15.06.2023, 2-13 S 92/22)

WEG §§ 12, 18

##### LEITSATZ:

**Sieht die Gemeinschaftsordnung vor, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums „der Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer“ bedarf, ist eine Klage auf Zustimmung zur Veräußerung stets gegen die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu richten; dies gilt auch dann, wenn die Vereinbarung vor dem 01.12.2020 getroffen wurde.**

•

#### 3. Geltendmachung von Baumängeln am Gemeinschaftseigentum bei Mehrhausanlagen

BGH, Urteil vom 23.02.2024, V ZR 132/23 (Vorinstanz:  
LG Düsseldorf, Urteil vom 14.06.2023, 25 S 83/22)

WEG § 10 Abs. 2, § 28

##### LEITSÄTZE:

- Sind nach der Gemeinschaftsordnung einer Mehrhausanlage weitgehend verselbstständigte Untergemeinschaften gebildet, kann nur die Gesamtgemeinschaft der Wohnungseigentümer die den einzelnen Erwerbern aus den jeweiligen Verträgen mit dem Veräußerer wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums zustehenden Rechte auf ordnungsgemäßige Herstellung des Gemeinschaftseigentums durch Mehrheitsbeschluss zur alleinigen Durchsetzung an sich ziehen; dies gilt auch dann, wenn die Mängel nur den einer Untergemeinschaft zugeordneten Teil der Anlage betreffen.**
- Die Kompetenz, durch Beschluss über die gerichtliche Geltendmachung der vergemeinschafteten Ansprüche und die mit der Prozessführung im Zusammenhang stehenden Fragen (hier: Aufnahme von Vergleichsverhandlungen und Erhebung einer Sonderumlage zur Finanzierung der Prozesskosten) zu entscheiden, steht ebenfalls allein der Gesamtgemeinschaft der Wohnungseigentümer zu.**
- Grundsätzlich muss in einem Beschluss über die Erhebung einer Sonderumlage die auf den einzelnen Eigentümer entfallende Summe betragsmäßig bestimmt sein. Es reicht aber aus, wenn der geschuldete Einzelbetrag objektiv eindeutig bestimmbar ist und von den Wohnungseigentümern selbst ohne Weiteres errechnet werden kann.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Klägerin ist Mitglied der beklagten Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE). Sie teilte das Grundstück als Bauträgerin nach der Sanierung der beiden Häuser der Anlage unter Bildung der Untergemeinschaften Gstraße 54 und Gstraße 56 in Wohnungs- und Teileigentum auf. Die Untergemeinschaft Gstraße 54 besteht aus acht Einheiten mit insgesamt 635 Miteigentumsanteilen, die Untergemeinschaft Gstraße 56 aus fünf Einheiten mit 365 Miteigentumsanteilen.

2 Die Gemeinschaftsordnung enthält dazu folgende Regelungen:

„§ 3 Abs. 5:

Bei den Regelungen dieser Gemeinschaftsordnung als auch der zugrunde liegenden Teilungserklärung ist immer davon auszugehen, dass die auf dem Grundstück aufstehenden Wohngebäude (...) im Ergebnis so weit wie möglich getrennt und unabhängig voneinander behandelt werden, sodass die Einheiten 1 bis mit 8 (Gstraße 54) und die Einheiten 9 bis mit 13 (Gstraße 56) jeweils eine gesonderte Wirtschaftsgemeinschaft und hinsichtlich ihres Gebäudes eine eigene, getrennte Eigentümergemeinschaft bilden. Dazu gilt Folgendes:

a) Der jeweiligen (Unter-)Eigentümergemeinschaft der beiden genannten Häuser (...) steht die Nutzung ihres jeweiligen Gebäudes jeweils gemeinschaftlich unter Ausschluss der Nutzung durch die Miteigentümer des anderen Hauses zu. Diesem Sondernutzungsrecht unterliegen das gesamte gemeinschaftliche Eigentum des jeweiligen Hauses, insbesondere die konstruktiven Teile des Gebäudes sowie die technischen Einrichtungen und gemeinschaftlichen Anlagen, soweit diese nicht im Sondereigentum eines Wohnungseigentümers stehen oder diesem zur Sondernutzung zugesiesen sind. Die Miteigentümer eines Hauses besitzen sämtliche Rechte und Pflichten an ihrem Gebäude so, wie wenn es sich um eine eigene Eigentümergemeinschaft handelt, mithin die beiden betreffenden Grundstücke real geteilt wären. Die Miteigentümer eines Hauses entscheiden allein über bauliche Maßnahmen an ihrem Gebäude. Im Zweifel entscheidet der Verwalter für die gesamte Wohnungseigentümergemeinschaft über die Zulässigkeit einer solchen Veränderung (...)

c) Jede Untergemeinschaft hält eine gesonderte Eigentümerversammlung ab, die über die Belange entscheidet, die nur diese Gemeinschaft betreffen. In dieser Versammlung haben nur die Eigentümer der in dem Haus gelegenen Einheiten Stimmrecht. Das Stimmrecht bestimmt sich auch insoweit nach den Miteigentumsanteilen, bezogen auf das jeweilige Teilobjekt (...).

3 Am 04.02.2020 fand eine außerordentliche Eigentümerversammlung der Gesamtgemeinschaft statt, bei der zu TOP 5 beschlossen wurde, die Ausübung der auf die ordnungsgemäßige Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichteten Erfüllungs- und Nacherfüllungsansprüche so-



wie die sonstigen primären Mängelrechte, die den Erwerbern gegen die Klägerin als Bauträgerin zustehen, an sich zu ziehen. Auf der Grundlage dieses Beschlusses nimmt die GdWE die Klägerin vor dem LG auf Zahlung von Vorschuss für die Beseitigung behaupteter Mängel am Gemeinschaftseigentum in Anspruch. Die in dem Rechtsstreit geltend gemachten Mängel beziehen sich ausschließlich auf das Objekt Gstraße 54. Darüber wird vor dem LG Beweis erhoben.

**4** In der Eigentümersversammlung vom 15.10.2021 beschloss die Gesamtgemeinschaft zu TOP 14, den Prozess vor dem LG zunächst fortzuführen, das Ergebnis des gerichtlich beauftragten Gutachters abzuwarten und im Anschluss einen Vergleich mit der Klägerin anzustreben. Zu TOP 15 wurde beschlossen, eine einmalige Sonderumlage i. H. v. 6.000 € zur Finanzierung der Prozesskosten anteilig entsprechend den Miteigentumsanteilen der Wohnungseigentümer zu erheben.

**5** Gestützt auf die Ansicht, der Gesamtgemeinschaft fehle die Beschlusskompetenz, da der Rechtsstreit vor dem LG allein die Untergemeinschaft Gstraße 54 betreffe, und die Beschlüsse entsprächen zudem nicht ordnungsmäßiger Verwaltung, wendet sich die Klägerin gegen die zu TOP 14 und 15 gefassten Beschlüsse mit der Beschlussmängelklage. Das AG hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der beklagten GdWE hat das LG die Klage abgewiesen. Mit der von dem LG zugelassenen Revision möchte die Klägerin die Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Entscheidung erreichen. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

**6** Das Berufsgericht meint, die angefochtenen Beschlüsse seien nicht richtig und widersprüchen zudem nicht den Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung. Entscheidend sei, dass die Eigentümersversammlung der gesamten Wohnungseigentümergemeinschaft die Ausübung der Erfüllungs- und Nacherfüllungsansprüche sowie der Sachmängelrechte mit Beschluss vom 04.02.2020 an sich gezogen habe. Hierzu sei sie auch nach Inkrafttreten des WEMoG berechtigt gewesen. Dieser Beschluss sei weder angefochten worden noch sei er mangels Beschlusskompetenz der GdWE nichtig. Zwar könnten in Mehrhausanlagen – wie hier – durch Vereinbarung weitgehend verselbstständigte Untergemeinschaften gebildet werden. Das bedeutet aber nicht, dass allein der jeweiligen Untergemeinschaft die Beschlusskompetenz für die Vergemeinschaftung von Rechten gegenüber dem Bauträger zukomme. Vom Gesetz abweichende Regelungen in der Gemeinschaftsordnung müssten klar und eindeutig formuliert sein. Die Gemeinschaftsordnung der Beklagten verhalte sich in keiner Weise zu der Geltendmachung von Sachmängelansprüchen gegen den Bauträger. Die Beschlusskompetenz für die Entscheidung über deren Vergemeinschaftung stehe allein der Gesamtgemeinschaft zu, denn nur diese sei rechtsfähig. Daher dürfe die Gesamtgemeinschaft auch über die Fortführung des von ihr eingeleiteten Rechtsstreits und dessen Finanzierung beschließen.

**7** Der Beschluss zu TOP 14 widerspreche auch nicht den Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung. Er leide insbe-

sondere nicht an einem Ladungsmangel. Der Beschluss zu TOP 15 sei inhaltlich hinreichend bestimmt und wirke nicht zurück, da die Fälligkeit der Sonderumlage erst auf den 15.11.2021 festgesetzt worden sei.

**8** Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung stand.

**9 1.** Zu Recht verneint das Berufsgericht Beschlussmängel im Hinblick auf den Beschluss zu TOP 14 vom 15.10.2021.

**10 a)** Der Beschluss zu TOP 14 ist nicht wegen mangelnder Beschlusskompetenz der Gesamtgemeinschaft nichtig, wie das Berufsgericht rechtsfehlerfrei annimmt. Die Gesamtgemeinschaft hat die auf Beseitigung von Baumängeln am Gemeinschaftseigentum gerichteten Rechte der Wohnungseigentümer durch nicht angefochtenen Beschluss vom 04.02.2020 wirksam an sich gezogen und war infolgedessen auch befugt, in der Wohnungseigentümersversammlung am 15.10.2021 über die mit der Prozessführung im Zusammenhang stehenden Folgeangelegenheiten zu entscheiden.

**11 aa)** Den TOP 14 zugrunde liegenden Beschluss über die Vergemeinschaftung der Mängelrechte vom 04.02.2020 konnte nur die Gesamtgemeinschaft fassen, nicht aber die Untergemeinschaft Gstraße 54.

**12 (1)** Gemäß § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG können allerdings in Mehrhausanlagen durch Vereinbarung – wie hier – weitgehend verselbstständigte Untergemeinschaften gebildet werden (st. Rspr.; vgl. nur Senat, Urteil vom 16.07.2021, V ZR 163/20, NJW 2021, 3057 Rdnr. 7 m. w. N.). Damit ist aber nicht gesagt, dass ausschließlich die auf diese Weise gebildeten Untergemeinschaften über sämtliche „ihrer“ Angelegenheiten eigenständig entscheiden dürfen. Nach der Rechtsprechung des Senats kann den Mitgliedern der für einzelne Gebäude oder Gebäudekomplexe gebildeten Untergemeinschaften durch die Gemeinschaftsordnung für eine Mehrhausanlage zwar die Kompetenz eingeräumt werden, unter Ausschluss der anderen Eigentümer die Durchführung von Instandhaltungs-, Instandsetzungs- und Sanierungsmaßnahmen zu beschließen, die ein zu der jeweiligen Untergemeinschaft gehörendes Gebäude betreffen, wenn zugleich bestimmt wird, dass die durch diese Maßnahmen verursachten Kosten im Innenverhältnis allein von den Mitgliedern der jeweiligen Untergemeinschaft zu tragen sind (vgl. Senat, Urteil vom 10.11.2017, V ZR 184/16, NJW 2018, 1309 Rdnr. 21 ff.). Der Senat hat aber andererseits entschieden, dass auch dann, wenn nach der Gemeinschaftsordnung einer Mehrhausanlage Untergemeinschaften in eigener Zuständigkeit nach dem Vorbild selbstständiger Eigentümergemeinschaften über die Lasten und Kosten entscheiden, für die Gesamtgemeinschaft eine einheitliche Jahresrechnung erstellt und beschlossen werden muss (vgl. Senat, Urteil vom 16.07.2021, V ZR 163/20, NJW 2021, 3057 Rdnr. 8 ff.). Wie es sich verhält, wenn eine Untergemeinschaft – wie hier – nach der Teilungserklärung eine eigene Teilversammlung abhalten darf und gleichwohl die Versammlung aller Wohnungseigentümer in einer die Untergemeinschaft betreffenden Angelegenheit abgestimmt hat, hat der Senat ausdrücklich offengelassen (vgl. Senat,

Urteil vom 26.06.2020, V ZR 199/19, NJW-RR 2020, 959 Rdnr. 14).

Diese Frage kann auch hier dahinstehen.

**13 (2)** Sind nach der Gemeinschaftsordnung einer Mehrhausanlage weitgehend verselbstständigte Untergemeinschaften gebildet, kann richtigerweise nur die Gesamtgemeinschaft der Wohnungseigentümer die den einzelnen Erwerbern aus den jeweiligen Verträgen mit dem Veräußerer wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums zustehenden Rechte auf ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums durch Mehrheitsbeschluss zur alleinigen Durchsetzung an sich ziehen (ähnlich auch *Eichhorn*, ZfIR 2015, 8, 10).

**14 (a)** Im Ausgangspunkt stehen die Rechte wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums den Erwerbern aus den mit dem Veräußerer jeweils geschlossenen Verträgen zu. Daraus ist der Erwerber von Wohnungseigentum grundsätzlich berechtigt, seine individuellen Rechte aus dem Vertrag mit dem Veräußerer selbstständig zu verfolgen, solange durch sein Vorgehen gemeinschaftsbezogene Interessen der Wohnungseigentümer oder schützenswerte Interessen des Veräußerers nicht beeinträchtigt sind. So kann der Erwerber die nicht gemeinschaftsbezogenen Rechte auf großen Schadensersatz oder Rücktritt selbstständig geltend machen. Aber auch die auf ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichteten Mängelansprüche kann der Erwerber grundsätzlich selbstständig verfolgen. Die GdWE ist jedoch für die Geltendmachung und Durchsetzung solcher Rechte von vornherein allein zuständig, die ihrer Natur nach gemeinschaftsbezogen sind und ein eigenständiges Vorgehen des einzelnen Wohnungseigentümers nicht zulassen. Das betrifft die Rechte auf Minderung und auf kleinen Schadensersatz. Darüber hinaus kann die Wohnungseigentümergemeinschaft im Rahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung des Gemeinschaftseigentums die Ausübung der auf die ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichteten Rechte der einzelnen Erwerber aus den Verträgen mit dem Veräußerer durch Mehrheitsbeschluss an sich ziehen. In der Rechtsprechung des BGH ist insoweit anerkannt, dass die Wohnungseigentümergemeinschaft mehrheitlich beschließen kann, wegen eines Mangels des Gemeinschaftseigentums Vorschuss zu fordern oder einen auf die Beseitigung von Mängeln des Gemeinschaftseigentums gerichteten Erfüllungs- oder Nacherfüllungsanspruch durchzusetzen (vgl. Senat, Urteil vom 15.01.2010, V ZR 80/09, NJW 2010, 933 Rdnr. 7; BGH, Urteil vom 12.04.2007, VII ZR 236/05, BGHZ 172, 42 Rdnr. 20). Auch nach dem am 01.12.2020 in Kraft getretenen WEMoG ist die GdWE nach § 18 Abs. 1, § 19 Abs. 2 Nr. 2 WEG befugt, die auf Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum gerichteten Rechte der Erwerber von Wohnungseigentum durch Mehrheitsbeschluss zur alleinigen Durchsetzung an sich zu ziehen (vgl. Senat, Urteil vom 11.11.2022, V ZR 213/21, NJW 2023, 217 Rdnr. 30; BGH, Urteil vom 09.11.2023, VII ZR 241/22, NZM 2024, 113 Rdnr. 32).

**15 (b)** Entscheidend für die alleinige Beschlusskompetenz der Gesamtgemeinschaft sprechen die Gründe, die zur An-

erkennung der Vergemeinschaftung geführt haben. Schon im Ausgangspunkt bezieht sich die Vergemeinschaftung der auf Beseitigung von Herstellungsmängeln am Gemeinschaftseigentum gerichteten werkvertraglichen Erfüllungs- oder Nacherfüllungsansprüche regelmäßig auf die Individualrechte aller Wohnungseigentümer und nicht nur der Mitglieder einzelner Untergemeinschaften. Damit begründet die Gesamtgemeinschaft ihre alleinige Zuständigkeit und schließt ein selbstständiges Vorgehen der Erwerber aus (§ 18 Abs. 1 WEG). Den einzelnen Wohnungseigentümern wird die materielle Ausübungsbefugnis entzogen mit der Folge des Verlusts auch der Prozessführungsbefugnis kraft Gesetzes (vgl. Senat, Urteil vom 11.11.2022, V ZR 213/21, NJW 2023, 217 Rdnr. 34). Geltend machen kann die Mängelrechte im Außenverhältnis allein die Gesamtgemeinschaft, die – anders als die rechtlich unselbstständige Untergemeinschaft (vgl. Senat, Urteil vom 10.11.2017, V ZR 184/16, NJW 2018, 1309 Rdnr. 18) – partei- und rechtfähig ist (§ 9a Abs. 1 Satz 1 WEG). Der Entzug der materiellen Ausübungsbefugnis mit der Folge des Verlusts auch der Prozessführungsbefugnis kraft Gesetzes stellt jedenfalls bei vertraglich begründeten Individualrechten einen gravierenden Eingriff in die Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) dar, die auch verbürgt, dass eigene Rechte grundsätzlich selbst ausgeübt und prozessual durchgesetzt werden können (Senat, Urteil vom 11.11.2022, V ZR 213/21, a. a. O. Rdnr. 34). Daher können die Ansprüche der Erwerber nur vergemeinschaftet werden, wenn die ordnungsgemäße Verwaltung ein gemeinschaftliches Vorgehen erfordert. Die ordnungsgemäße Verwaltung erfordert es regelmäßig, dass alle Wohnungseigentümer einen gemeinschaftlichen Willen darüber bilden, wie die ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums zu bewirken ist. Nur eine solche gemeinschaftliche, allein verbindliche und koordinierte Willensbildung verhindert zudem, dass der Veräußerer verschiedenartigen Ansprüchen ausgesetzt wird, die letztlich doch nicht durchsetzbar wären (vgl. BGH, Urteil vom 12.04.2007, VII ZR 236/05, BGHZ 172, 42 Rdnr. 20), und ermöglicht eine effektive Durchsetzung der werkvertraglichen Sachmängelansprüche im Außenverhältnis. Das gilt nicht nur im Hinblick auf Erfüllungs- oder Nacherfüllungsansprüche, sondern auch für Ansprüche auf Vorschuss oder Aufwendungserstattung, die davon abhängen, wie die Selbstvornahme bewirkt wird. Letztlich liegt es auch im Interesse des Veräußerers, dass sich nicht unterschiedliche Untergemeinschaften wegen des gleichen Sachmangels an verschiedenen Gebäuden einer Mehrhausgemeinschaft für die Geltendmachung unterschiedlicher Sachmängelansprüche entscheiden.

**16 (c)** Die Beschlusskompetenz für die Vergemeinschaftung von Mängelrechten steht auch dann allein der Gesamtgemeinschaft und nicht der Untergemeinschaft zu, wenn die Mängel nur den einer Untergemeinschaft zugeordneten Teil der Anlage betreffen. Denn die gebotene effektive Rechtsverfolgung wäre beeinträchtigt, wenn eine einzelne verselbstständigte Untergemeinschaft eigenverantwortlich über das weitere Vorgehen entscheiden könnte. Vielfach wird sich im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Vergemeinschaftung der auf Beseitigung von Herstellungsmängeln am Gemeinschaftseigentum gerichteten werkver-



traglichen Erfüllungs- oder Nacherfüllungsansprüche nicht mit der notwendigen Sicherheit abschätzen lassen, ob sich ein Sachmangel auf das Gebäude beschränkt, an welchem sich Mangelsymptome zeigen, oder ob andere Häuser der Mehrhausanlage Sachmängel gleicher Art aufweisen, ohne dass bereits Mangelsymptome hervorgetreten sind. Denkbar ist ebenfalls, dass ein Haus einer Mehrhausanlage einen Sachmangel aufweist, die Mangelsymptome aber an einem anderen Gebäude der Anlage zum Vorschein treten. Eine auf Mängel des „eigenen“ Hauses beschränkte Beschlusskompetenz der Untergemeinschaft würde zu nicht hinnehmbaren Rechtsunsicherheiten im Hinblick auf die Beschlusskompetenz führen. Bei Beschlussfassung ließe sich nämlich vielfach nicht mit der notwendigen Sicherheit abschätzen, ob sich ein Mangel auf ein Gebäude – ggf. auf welches – beschränkte, so dass die jeweils betroffene Untergemeinschaft über die Vergemeinschaftung der werkvertraglichen Erfüllungs- oder Nacherfüllungsansprüche entscheiden dürfte, oder ob die Gesamtgemeinschaft den Vergemeinschaftungsbeschluss fassen müsste. Bisweilen bedürfte es zur Klärung der Beschlusskompetenz vorab einer nicht prozessökonomischen und kostenintensiven Beweisaufnahme über Art und Umfang der Sachmängel. Unter Umständen trate erst nach Beschlussfassung zutage, dass die unzuständige Gemeinschaft den Beschluss gefasst hat, weil der Umfang der Sachmängel bei Beschlussfassung unzutreffend eingeschätzt wurde. Es muss aber von vornherein klar und eindeutig feststehen, welchem Rechtsträger die Beschlusskompetenz zusteht; dieses Ergebnis lässt sich nur erzielen, indem die Beschlusskompetenz allein der Gesamtgemeinschaft zugeordnet wird.

**17 bb)** Anders als die Revision meint, fehlt es der GdWE selbst dann nicht an einer Beschlusskompetenz für die Vergemeinschaftung der Mängelrechte durch den Beschluss zu TOP 5 der Eigentümersversammlung vom 04.02.2020, wenn die Klägerin mit drei Wohnungseigentümern nicht durch Bauträgerverträge, sondern durch Kaufverträge verbunden sein sollte. Eine unterschiedliche Beurteilung der Befugnisse der GdWE danach, ob sich die Ansprüche nach Kauf- oder Werkvertragsrecht richten, findet im Gesetz keine Stütze; für eine solche Differenzierung der auf das gleiche Ziel gerichteten Ansprüche besteht jedenfalls dann kein Anlass, wenn – wie hier – gleichgerichtete Ansprüche mehrerer Erwerber gegen einen einzigen Veräußerer bestehen (vgl. Senat, Urteil vom 11.11.2022, V ZR 213/21, NJW 2023, 217 Rdnr. 37).

**18 b)** Der Beschluss zu TOP 14 widerspricht nicht deshalb ordnungsmäßiger Verwaltung, weil der Verwalter die Wohnungseigentümer in einer für deren Willensbildung ursächlichen Weise fehlerhaft über die Tatsachengrundlage der Entscheidung unterrichtet haben soll. Dies verneint das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler; die darauf bezogene Verfahrensrüge hat der Senat geprüft und nicht als durchgreifend erachtet (§ 564 Satz 1 ZPO).

**19 2.** Ferner ist nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht den zu TOP 15 gefassten Beschluss vom 15.10.2021 über die Erhebung einer Sonderumlage zur Prozessfinanzierung für rechtmäßig erachtet. Die Kompetenz, durch Be-

schluss über die gerichtliche Geltendmachung der vergemeinschafteten Ansprüche und die mit der Prozessführung im Zusammenhang stehenden Fragen zu entscheiden, steht ebenfalls allein der Gesamtgemeinschaft der Wohnungseigentümer zu. Zutreffend nimmt das Berufungsgericht ferner an, dass dem Beschlussinhalt keine Rückwirkung zukommt, da die Wohnungseigentümer am 15.10.2021 die Erhebung einer erst zum 15.11.2021 fälligen Sonderumlage beschlossen haben.

**20 a)** Zwar wird im Schrifttum vertreten, dass eine rückwirkende Fälligkeit einer Sonderumlage nicht beschlossen werden darf (vgl. Bärmann/Becker, WEG, 15. Aufl., § 28 Rdnr. 105; Jennißen in Jennißen, WEG, 8. Aufl., § 28 Rdnr. 82). Ob dem generell zu folgen ist, kann dahinstehen, da die Wohnungseigentümer bei der gebotenen objektiven Auslegung (vgl. Senat, Urteil vom 15.01.2010, V ZR 72/09, NJW 2010, 3093 Rdnr. 9) die Erhebung einer Sonderumlage beschlossen haben, die erst nach der Beschlussfassung fällig wird. Die Auslegung des Berufungsgerichts hält der uneingeschränkten Nachprüfung durch das Revisionsgericht (st. Rspr.; vgl. nur Senat, Urteil vom 13.12.2019, V ZR 203/18, NJW 2020, 1354 Rdnr. 7 m. w. N.) stand.

**21 b)** Entgegen der Ansicht der Revision wird die Wirksamkeit des Beschlusses über die Erhebung der Sonderumlage auch nicht deshalb in Frage gestellt, weil die auf die jeweiligen Eigentümer entfallenden Anteile der Gesamthöhe nach angegebenen Sonderumlage nicht in absoluten Beträgen beziffert werden, sondern nur auf die aufgeführten Miteigentumsanteile als Maßstab der auf die einzelnen Eigentümer entfallenden Anteile der Sonderumlage Bezug genommen wird.

**22 aa)** Der Inhalt eines Eigentümerbeschlusses muss, insbesondere weil ein Sonderrechtsnachfolger nach § 10 Abs. 3 Satz 2 WEG an Beschlüsse gebunden ist, inhaltlich bestimmt und klar sein. Es besteht ein Interesse des Rechtsverkehrs, die durch die Beschlussfassung eingetretenen Rechtswirkungen der Beschlussformulierung entnehmen zu können. Eigentümerbeschlüsse sind daher „aus sich heraus“ auszulegen und Umstände außerhalb des protokollierten Beschlusses dürfen nur herangezogen werden, wenn sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (vgl. Senat, Urteil vom 08.04.2016, V ZR 104/15, NJW-RR 2016, 985 Rdnr. 9). Um eine Zahlungspflicht der Eigentümer zu begründen, muss auch der Beschluss über die Erhebung einer Sonderumlage hinreichend bestimmt sein. Da die Sonderumlage der Sache nach eine Ergänzung des geltenden Wirtschaftsplans ist (vgl. Senat, Urteil vom 13.01.2012, V ZR 129/11, NJW-RR 2012, 343 Rdnr. 15), muss der Beschluss anteilmäßige Beitragsverpflichtungen der Wohnungseigentümer festlegen (vgl. Senat, Beschluss vom 15.06.1989, V ZB 22/88, NJW 1989, 3018). Grundsätzlich muss damit in einem Beschluss über die Erhebung einer Sonderumlage auch die auf den einzelnen Eigentümer entfallende Summe betragsmäßig bestimmt sein. Es reicht aber aus, wenn der geschuldete Einzelbetrag objektiv eindeutig bestimmbar ist und von den Wohnungseigentümern selbst ohne Weiteres errechnet werden kann (vgl. BayObLG, NZM 2003, 66;

NJW-RR 1998, 1386; NJW-RR 1990, 720, 721; NJWE-MietR 1997, 36; KG, NJW-RR 1991, 912; LG München I, ZMR 2021, 346 f.; BeckOGK-WEG/G. Hermann, Stand: 01.12.2023, § 28 Rdnr. 71; Staudinger/Lehmann-Richter, Neub. 2023, § 28 WEG Rdnr. 36; a. A. Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl., § 28 Rdnr. 53).

**23 bb)** Nach diesen Grundsätzen ist der angefochtene Beschluss über die Erhebung der Sonderumlage zweifellos hinreichend bestimmt. Die Wohnungseigentümer haben beschlossen, eine Sonderumlage in Höhe von insgesamt 6.000 € zu erheben, die von den aufgeführten Wohnungseigentümern anteilig entsprechend den in den Beschluss- text aufgenommenen Miteigentumsanteilen zu tragen ist. Auf der Grundlage dieses Maßstabs kann jeder Wohnungseigentümer den auf ihn entfallenden Anteil an der Sonderumlage unschwer ermitteln.

(...)



#### 4. Legitimationswirkung einer transmortalen Vollmacht bei Alleinerbenstellung des Bevollmächtigten

OLG Nürnberg, Beschluss vom 25.03.2024, 15 Wx 2176/23

BGB §§ 164, 181

GBO §§ 15, 29, 35

##### LEITSÄTZE:

1. **Die Legitimationswirkung einer transmortalen Vollmacht für Verfügungen, die der Bevollmächtigte nach dem Tod des als Eigentümer eingetragenen Vollmachtgebers vornimmt, entfällt nicht dadurch, dass der Bevollmächtigte dessen Alleinerbe geworden sein kann.**
2. **Das Grundbuchamt darf beim grundbuchlichen Vollzug einer Eigentumsübertragung, die der transmortal Bevollmächtigte unter Berufung auf seine Vollmacht vornimmt, dessen Erbenstellung vielmehr nur dann berücksichtigen, wenn sie in der Form des § 35 GBO nachgewiesen ist.**

##### AUS DEN GRÜNDEN:

**11.1.** Als Eigentümer des im Grundbuch des AG Weißenburg von zu Band (...), Blatt (...), geführten Grundbesitzes (Flurstücke Nr. [...] und [...]) ist der am (...) 2022 verstorbene Ehemann der Antragstellerin, Herr (...), geboren am (...), eingetragen. Dieser hatte der Antragstellerin am 13.02.1990 Generalvollmacht erteilt, die durch das Ableben des Vollmachtgebers nicht erloschen sollte (transmortale Vollmacht). Von den Beschränkungen des § 181 BGB wurde die Bevollmächtigte ausdrücklich befreit (vgl. UR-Nr. [...] des Notars [...]).

**2** Mit notarieller Urkunde des Notars (...), (...), vom 19.07.2023 (UVZ-Nr. [...]) schloss die Antragstellerin einen Vertrag über die Überlassung dieses Grundbesitzes. Dabei handelte sie auf Veräußererseite ausdrücklich „für die Erben des ver-

storbenen Herrn (...) aufgrund Vollmacht des Notars, (...), vom 13.02.1990 (...)“ und auf Erwerberseite im eigenen Namen, und einige sich so auch über den Eigentumsübergang und bewilligte und beantragte die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch.

**3 2.** Mit Schreiben des Urkundsnotars vom 08.08.2023 beantragte die Antragstellerin den grundbuchamtlichen Vollzug der Urkunde beim AG – Grundbuchamt – Weißenburg.

**4** Dieses wies mit Verfügung vom 06.09.2023 darauf hin, dass aus dem Nachlassverfahren, 54 VI 92/22, bekannt sei, dass der verstorbene Grundstückseigentümer von der Antragstellerin allein beerbt worden sei und diese die Erbschaft angenommen habe. Durch ihre Alleinerbenstellung sei die erteilte Vollmacht durch Konfusion erloschen. Sie könne daher nur im Wege der Grundbuchberichtigung mittels Erbscheines eingetragen werden.

**5** Mit Schreiben vom 21.09.2023 hielt der Urkundsnotar den Antrag aufrecht. Die Antragstellerin habe gerade nicht als mögliche Erbin gehandelt, diese Stellung habe im Grundbuchverfahren ohne entsprechenden Nachweis auch keine Bedeutung. Sie sei vielmehr aufgrund wirksamer Vollmacht als Vertreterin der Erben ihres Ehemanns aufgetreten.

**6 3.** Das AG – Grundbuchamt – Weißenburg wies den Antrag mit Beschluss vom 28.09.2023 unter Aufrechterhaltung seiner bisherigen Argumentation zurück. Insbesondere habe die Antragstellerin durch positive Erbschaftsannahmerklärung vom 26.04.2022 gegenüber dem Nachlassgericht die Legitimationswirkung der Vollmacht aufgehoben.

**7** Hiergegen wurde mit Schreiben des Urkundsnotars vom 23.10.2023, eingegangen bei Gericht am selben Tag, Beschwerde eingelegt. Die bereits gegen die Zwischenverfügung, erhobenen Einwendungen werden im Wesentlichen aufrechterhalten und es wird auf die neuere Rechtsprechung, insbesondere des OLG München, verwiesen. Material sei die begehrte Eintragung ohnehin richtig.

**8** Das Grundbuchamt beim AG Weißenburg half mit Beschluss vom 26.10.2023 der Beschwerde nicht ab, wobei es sich im Wesentlichen auf die bisherigen Ausführungen beruft und ergänzend ausführt, dass der vorliegende Eintragsantrag nicht in einen Grundbuchberichtigungsantrag hinsichtlich der Erbfolge umgedeutet werden könne.

**9 II. 1.** Die Beschwerde gegen den Beschluss des AG – Grundbuchamt – Weißenburg vom 28.09.2023 ist gemäß § 11 Abs. 1 RPfG, § 71 Abs. 1 GBO statthaft und auch im Übrigen zulässig. Die Beschwerde wurde gemäß § 73 GBO formgerecht beim zuständigen Gericht eingereicht.

**10** Obwohl er anzugeben hat, für wen er die Beschwerde führt (BayObLG, Beschluss vom 02.08.1989, BReg 2 Z 86/89, NJW-RR 1989, 1495; Demharter/Demharter, GBO, 33. Aufl. 2023, § 15 Rdnr. 20), beschränkt sich der Notar im vorliegenden Fall darauf, selbst das Rechtsmittel einzulegen, ohne die Personen zu bezeichnen, für die er handelt. Fehlt eine solche Angabe, so sind – sofern sich, wie hier, aus den Umständen nichts anderes ergibt – als Beschwerdeführer alle Antragsberechtigten anzusehen (BGH, Beschluss vom 24.01.1985, V ZB 5/84, NJW 1985, 3070;



BayObLG, Beschluss vom 24.04.1985, BReg 3 Z 30/85), hier also die Antragstellerin. Infofern ist zu berücksichtigen, dass aus § 15 GBO dem Notar kein eigenständiges Antragsrecht erwächst und somit auch keine Beschwerdebefugnis (BayObLG, Beschluss vom 02.08.1989, BReg 2 Z 86/89, a. a. O.; OLG München, Beschluss vom 28.06.2017, 34 Wx 421/16; KG, Beschluss vom 11.02.2014, 1 W 130/13; Demharter, a. a. O.).

**11** 2. Die Beschwerde hat in der Sache auch Erfolg, da die Voraussetzungen für die Eintragung der Antragstellerin als Eigentümerin (§§ 13, 19, 20, 29 GBO) gegeben sind, insbesondere die Einigung (§ 873 Abs. 1, § 925 Abs. 1 BGB), die von der Antragstellerin als Vertreterin der Erben ihres Ehemanns erklärt worden ist, in grundbuchgemäßer Form nachgewiesen wurde. Eine Voreintragung der Erben nach §§ 39, 40 GBO ist nicht erforderlich.

**12** Zwar ist das Erstgericht im Ansatz zutreffend davon ausgegangen, dass es zur Prüfung verpflichtet ist, ob die zur Grundstücksübertragung erforderliche Auflassung von der Verfügungsberechtigten Person erklärt worden ist. Nachdem der Erbfall im Zeitpunkt der Erklärung bereits eingetreten war, war somit zu prüfen, ob die Antragstellerin die Erben des eingetragenen Eigentümers aufgrund wirksamer Vollmacht vertreten hat.

**13** Dies ist hier aber der Fall. Die Antragstellerin hat eine vom Erblasser erteilte notarielle Generalvollmacht vom 13.02.1990 als Nachweis im Sinne von § 29 Abs. 1 GBO vorgelegt. Diese war ausdrücklich auch über den Tod des Vollmachtgebers hinaus gültig und hat die Bevollmächtigte von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Daher durfte sie nach dem Erbfall den bzw. die Erben in ihrer Gesamtheit vertreten (BGH, Urteil vom 23.02.1983, IV a ZR 186/81, NJW 1983, 1487), unabhängig davon, ob diese im Zeitpunkt des Vertreterhandelns bereits feststanden.

**14** Das Grundbuchamt muss auch vom Fortbestand dieser transmortalen Vollmacht ausgehen, da diese ihre Legitimationswirkung nicht verloren hat. Die Frage, ob eine solche Vollmacht nach dem Tod des Vollmachtgebers eine wirksame Verfügung des Bevollmächtigten ermöglicht, wenn dieser Erbe des Vollmachtgebers geworden ist, und wie im Grundbuchverfahren mit dieser Konstellation umzugehen ist, ist streitig.

**15** Teilweise wird vertreten, dass eine Eigentumsumschreibung aufgrund eines mit einer solchen Vollmacht vorgenommenen Verfügungsgeschäfts nicht erfolgen könne, da diese durch Vereinigung der Position des Vertreters und des Vertretenen wirkungslos werde (zum Beispiel OLG Stuttgart, Urteil vom 12.05.1948, 1 RS 49/48, NJW 1947/48, 627: „[...] die Fiktion eines Fortbestehens der Vollmacht [kann] nur da eingreifen, wo überhaupt ein Handeln des Bevollmächtigten aufgrund der Vollmacht mit Wirkung für einen Dritten noch rechtlich möglich ist. Diese rechtliche Möglichkeit ist aber hier deshalb nicht gegeben, weil die Bevollmächtigte nach dem Tode ihres Vollmachtgebers dessen Alleinerbin geworden ist“) bzw. durch sog. „Konfusion“ erlösche (OLG Hamm, Beschluss vom 10.01.2013, I-15 W 79/12, ErbR 2013, 187 = FGPrax 2013, 148 = DNotZ 2013,

689 m. Anm. Keim = ZEV 2013, 341 m. Anm. Lange: „Eine solche Form der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung ist nach Auffassung des Senats durch § 164 BGB ausgeschlossen, der eine Personenverschiedenheit zwischen dem Vertreter und dem rechtsgeschäftlich Vertretenen voraussetzt. Folglich muss eine Vollmacht durch Konfusion erlöschen, wenn der Bevollmächtigte die Vollmachtgeberin allein beerbt.“; Bestelmeyer, Anm. zu OLG München, Beschluss vom 04.08.2016, 34 Wx 110/16, FGPrax 2016, 205: „[...] zutreffend entschieden hatte, dass solche Vollmachten infolge Konfusion erlöschen, wenn der Bevollmächtigte zum Alleinerben des Vollmachtgebers berufen ist, weil sich niemand selbst vertreten kann“).

**16** Hierbei wird aber teilweise die Einschränkung gemacht, dass dies nur in Fällen gelten soll, in denen der Bevollmächtigte Alleinerbe geworden ist, nicht jedoch bei einem Miterben (OLG München, Beschluss vom 10.02.2022, 34 Wx 431/21, BWNotZ 2022, 365; OLG Schleswig, Beschluss vom 15.07.2014, 2 W 48/14, FGPrax 2014, 206 = ErbR 2016, 86). Teilweise betreffen diese Entscheidungen im Übrigen Sachverhalte, in denen sich der jeweilige Bevollmächtigte bei der Verfügung ausdrücklich auf seine Alleinerbenstellung berufen hat (OLG Hamm, a. a. O.; OLG München, Beschluss vom 31.08.2016, 34 Wx 273/16, NJW 2016, 3381 = ZEV 2016, 659 m. Anm. Reimann = ErbR 2017, 43 m. Anm. Wendt) oder diese sogar in der Form des § 35 GBO nachgewiesen ist (OLG München, Beschluss vom 04.01.2017, 34 Wx 382/16, 34 Wx 383/16, ZEV 2017, 280).

**17** Unabhängig vom materiellen Erlöschen der Vollmacht wird allerdings zwischenzeitlich von einer in Rechtsprechung in Literatur weithin verbreiteten Meinung vertreten, dass hieraus nicht zwingend ein Hindernis für den grundbuchrechtlichen Vollzug der Eigentumsübertragung folge, da die Vollmacht nicht zwangsläufig wirkungslos werde, sondern ihre Legitimationswirkung bestehen bleiben könne (OLG München, Beschluss vom 04.08.2016, 34 Wx 110/16, ZEV 2016, 656 = FGPrax 2016, 205 m. Anm. Bestelmeyer = ErbR 2017, 40 m. Anm. Wendt mit ausführlicher Darlegung des Streitstands; KG, Beschluss vom 02.03.2021, 1 W 1503/20, ErbR 2021, 705 m. Anm. Wendt = DNotZ 2021, 703 m. Anm. Meier; OLG Stuttgart, Beschluss vom 02.11.2018, 8 W 312/18, MittBayNot 2019, 578; OLG Bremen, Beschluss vom 31.08.2023, 3 W 15/23, FGPrax 2023, 241; Herrler, DNotZ 2017, 508; Zimmer, NJW 2016, 3341; Wendt, ErbR 2017, 19; Weidlich, ZEV 2016, 57; Reimann, ZEV 2016, 659; BeckOK-GBO/Wilsch, Stand: 01.03.2024, § 35 Rdnr. 78; Bauer/Schaub/Schaub, GBO, 5. Aufl. 2023, § 35 Rdnr. 50, 51; Demharter/Demharter, GBO § 19 Rdnr. 81b; jew. m. w. N.). Es sei nämlich im Außenverhältnis zum Geschäftsgegner durch §§ 170-173 BGB das Vertrauen auf deren Fortbestand geschützt, was auch von dem Grundbuchamt zu beachten sei. Im Interesse eines reibungslosen Rechtsverkehrs sei die Legitimationswirkung als fortbestehend anzusehen, wenn die Vollmacht den Erben weitergehende Handlungsmöglichkeiten eröffne und schutzwürdige Interessen nicht entgegenstehen. Das Grundbuch werde auch nicht unrichtig, da der Erwerber jedenfalls Eigentum erlange, entweder aufgrund wirksamer Verfügung des Bevollmächtigten oder – sollte die Vollmacht aufgrund dessen Alleiner-

benstellung erloschen sein – aufgrund wirksamer Verfügung des Eigentümers.

**18** Dieser Auffassung schließt der Senat sich an. Ausschlaggebend hierfür ist das Argument, dass für das Grundbuchamt die materielle Rechtslage in Bezug auf die Erbenstellung des Bevollmächtigten bis zur Vorlage eines förmlichen Nachweises nicht maßgeblich sein kann (OLG München, Beschluss vom 04.08.2016, 34 Wx 110/16, a. a. O.: „Diese Rechtsmacht [Verfügungen zu treffen] ist vom Erblasser abgeleitet; die Gesamtrechtsnachfolge spielt insoweit keine Rolle. Im Grundbuchverkehr ist die materielle Erbenstellung grundsätzlich unerheblich, solange nicht der Nachweis in Form der in § 35 Abs. 1 GBO bezeichneten Urkunden erbracht ist.“), sondern die Erbfolge keine Bedeutung für die Entscheidung über die Grundbucheintragung hat (*Weidlich*, ZEV 2016, 57, 63: „[...] Verfügungsmacht beruht entweder auf der Vollmacht oder auf seiner Erbenstellung. Sie ist daher offenkundig, sodass die Erbfolge nicht entscheidend und ein Erbnachweis entbehrlich ist (siehe auch § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO). Aus Sicht des Grundbuchamts bedeutet dies bei Vorlage einer Vollmacht, dass eine etwaige Erbenstellung des Bevollmächtigten unabhängig davon, ob diese offengelegt wird oder nicht, nicht zu überprüfen ist.“; *Herrler*, a. a. O.: „Es wäre widersprüchlich, einerseits zulasten des Handelnden das Erlöschen seiner Vollmacht infolge seiner Alleinerbenstellung anzunehmen, ihm andererseits aber die Verfügungsbefugnis aufgrund eben jener Alleinerbenstellung zu verweigern.“).

**19** Ob eine Alleinerbenstellung gegeben ist, ist nämlich häufig nicht leicht zu entscheiden. Vielmehr kann auch im Falle einer vermeintlich eindeutigen erbrechtlichen Lage aufgrund einer testamentarischen Alleinerbeneinsetzung nie ausgeschlossen werden, dass eine weitere letztwillige Verfügung auftaucht, eine Anfechtung erklärt wird oder sich die zunächst angenommene Erbfolge auf andere Weise – möglicherweise rückwirkend – noch verändert. Dieser Problematik, dass die erbrechtliche Lage über einen längeren Zeitraum unklar sein kann, und es im Interesse des Rechtsverkehrs liegt, in dieser Zeit trotzdem Verfügungen des dazu ausdrücklich vom späteren Erblasser Bevollmächtigten zu ermöglichen, trägt das Grundbuchverfahrensrecht aber nach der hier vertretenen Auffassung auch Rechnung. Die vom Grundbuchamt zu prüfende Verfügungsmacht des Bevollmächtigten kann nämlich im Sinne des § 29 GBO durch die Vollmachtsurkunde nachgewiesen werden, ohne dass es – mangels Nachweisvorlage im Sinne des § 35 GBO – auf die Erbfolge, die ihm im Falle einer Alleinerbenstellung genauso Verfügungsmacht vermittelte, ankäme.

**20** Der Einwand, hierdurch würde das „allgemein gültige grundbuchverfahrensrechtliche Prinzip, wonach das Grundbuchamt keine Eintragung vornehmen darf, wenn es (gleich woher, auf welche Weise und in welcher Form) vom Bestehen eines Eintragungshindernisses Kenntnis erlangt hat“ (*Bestelmeyer*, a. a. O.), greift daher für diesen konkreten Sachverhalt nicht durch. Für den Sonderfall des Nachweises der Erbenstellung sind nämlich durch § 35 GBO die verwertbaren Nachweise beschränkt alleine auf den Erschein und letztwillige Verfügungen in öffentlichen Urkunden und es be-

steht gerade nicht die Möglichkeit, auf andere öffentliche Urkunden oder Akten zurückzugreifen. Der Regelungsbereich des § 35 GBO ist in Fällen wie dem vorliegenden auch eröffnet, wenn das Grundbuchamt die Alleinerbenstellung eines Beteiligten (von Amts wegen und alleine durch Einsichtnahme in die Nachlassakte) im Rahmen der Prüfung eines Erlöschen der Vollmacht berücksichtigen will. Es wäre – wie *Zimmer* (a. a. O.) zutreffend ausführt – „paradox, wenn das Grundbuchamt bei Überzeugung der Erbfolge in anderer Form als § 35 GBO die Eintragung (zu Recht) ablehnen müsste, wenn es aber um die Ablehnung einer vornehmenden Eintragung geht, behaupten dürfte, man habe sich anderweitig von der Alleinerbenstellung des Verfügenden und damit vom Erlöschen der Vollmacht überzeugt“. Das Grundbuchamt hat daher in solchen Fällen gerade keine berücksichtigungsfähige Kenntnis vom Erlöschen der Vollmacht, und darf mangels weiterer Ermittlungsmöglichkeiten auch nicht von einem Eintragungshindernis ausgehen (vgl. auch *Herrler*, a. a. O.: „[...] Entweder liegt der Erbnachweis bereits formgerecht vor [...] Oder die Erbfolge ist – jedenfalls aus grundbuchverfahrensrechtlicher Sicht – noch ungeklärt; dann ist die transmortale Vollmacht im Grundbuchverfahren ohne jede Einschränkung einsetzbar.“).

**21** Dies führt dazu, dass – obwohl es aufgrund des aus der Nachlassakte desselben AG festgestellten Sachverhalts (eigenhändiges Testament zugunsten der Antragstellerin als Alleinerbin, Eröffnung, Annahmeerklärung) nach derzeitigem Stand sehr wahrscheinlich ist, dass die Antragstellerin Alleinerbin wurde, sodass durch den Erbfall ein Zusammenfallen der Personen der Vollmachtnehmerin und des Vollmachtgebers (in Person seiner Alleinerbin) eingetreten sein könnte – diese Erkenntnis grundbuchverfahrensrechtlich nicht verwertbar ist. Vorliegend liegt nämlich kein Nachweis in der Form des § 35 GBO vor, da es laut Nachlassakte nur zwei eigenhändige Testamente gibt.

**22** Die Antragstellerin hat sich hier im Übrigen – anders als in den Fällen, die den Entscheidungen des OLG Hamm (a. a. O.) und OLG München (Beschluss vom 31.08.2016, 34 Wx 273/16, a. a. O.) zugrunde lagen – bei der Vornahme des Geschäfts nicht (auch) auf ihre Alleinerbenstellung berufen, sondern handelte ausdrücklich ausschließlich als Bevollmächtigte. Es bedarf daher hier keiner Entscheidung, ob solche Äußerungen die Legitimationswirkung der Vollmacht bereits entfallen lassen können, wogegen allerdings spricht, dass es in solchen Fällen dennoch regelmäßig an einem Nachweis der Erbenstellung in grundbuchtauglicher Form fehlen wird.

**23** Der beantragten Eintragung des Eigentümerwechsels steht daher aus Sicht des Senats nichts entgegen.

**24 3.** Die Anweisung zum Vollzug der Urkunde steht unter dem Vorbehalt, dass ihr nicht inzwischen eingetretene Veränderungen des Grundbuchstands entgegenstehen und sich beim Grundbuchamt nicht nachträglich zu anderen, bisher nicht geprüften Punkten Bedenken ergeben (*Schmidt-Räntscha* in *Meikel*, GBO, 11. Aufl., § 77 Rdnr. 36).

(...)



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSBESPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

## 5. Kaufvertraglicher Begriff „Wohnung“ enthält keine Beschaffenheitsgarantie für baurechtliche Unbedenklichkeit

OLG Frankfurt a. M., Hinweisbeschluss vom 19.10.2023,  
6 U 210/22

BGB §§ 434, 444

### LEITSÄTZE:

1. Die Bezeichnung „Wohnung“ im Kaufvertrag stellt keine Garantie im Sinne von § 444 BGB dar. Vielmehr handelt es sich dabei um die Bezeichnung der Kaufsache als eine zum Wohnen geeignete abgegrenzte Einheit vom Räumen. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Die Bezeichnung stellt auch keine Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB dar. (Leitsatz der Schriftleitung)

•

## 6. Zustimmungserfordernis bei Eintragung eines höheren dinglichen Erbbauzinses in das Grundbuch

OLG Naumburg, Beschluss vom 26.04.2023, 12 Wx 43/22

BGB §§ 876, 877, 879, 880 Abs. 2, § 1131 Satz 1

GBO § 18 Abs. 1 Satz 1, § 29 Abs. 1 Satz 1

### LEITSATZ:

Die Eintragung der nachträglichen Erhöhung des dinglichen Erbbauzinses in das Grundbuch stellt eine Inhaltsänderung dar und bedarf daher nach §§ 877, 876 Satz 1 BGB der Zustimmung der Inhaber gleich- oder nachrangiger Rechte. (Leitsatz der Schriftleitung)

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Beteiligte zu 1 ist als Eigentümerin des in den Grundbüchern von (...) Blatt 115 und 705 verzeichneten Grundbesitzes eingetragen. Die Beteiligten zu 2 sind als Berechtigte eines Erbbbaurechts für die Dauer von 75 Jahren an dem im Grundbuch von (...) Blatt 705 verzeichneten Grundstück im Grundbuch (Erbbaugrundbuch) von (...) Blatt 706 eingetragen. In lfd. Nr. 1 der Abt. III des Grundbuchs von (...) Blatt 706 ist zugunsten der Beteiligten zu 3 eine Grundschuld ohne Brief über einen Betrag in Höhe 313.000 € eingetragen. In lfd. Nr. 1 der Abt. II des Grundbuchs von (...) Blatt 706 ist – im Rang vor der vorstehenden Grundschuld – zugunsten des jeweiligen Eigentümers des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks ein, Erbbauzins i. H. v. 1.134 € jährlich eingetragen.

2 Mit Schriftsatz vom 13.12.2021 haben die Beteiligten zu 1 und 2 unter Vorlage einer Ausfertigung des Nachtrags zum Erbbaurechtsvertrag vom 10.08.2021, einer kirchenrechtlichen Genehmigung und einer Unbedenklichkeitsbescheinigung des FA beantragt, das im Grundbuch von (...) Blatt 115 verzeichnete Flurstück 160 als Bestandteil zu dem in Blatt

705 für (...) gebuchten Erbbaugrundstück zuzuschreiben und die Ausdehnung des Erbbairechts auf das Flurstück 160 sowie einen auf 2.268 € erhöhten Erbbauzins in die betroffenen Grundbücher einzutragen.

3 Mit Zwischenverfügung vom 25.03.2022 hat das Grundbuchamt die Beteiligten zu 1 und 2 darauf hingewiesen, dass der beantragten Eintragung das Hindernis einer fehlenden Zustimmung der Beteiligten zu 3 zu der Inhaltsänderung der Erbbauzinsreallast entgegenstehe, zu dessen formgerechter Behebung eine Frist von vier Monaten gesetzt werde. Zur Begründung hat das Grundbuchamt ausgeführt, dass es für die begehrte Inhaltsänderung der Zustimmung der Grundschuldgläubigerin bedürfe, die infolge der Bestandteilzuschreibung nunmehr durch die verdeckte Nachverpfändung in Bezug auf das bestandteilzugeschriebene Erbbairecht im Rang der in Bezug auf die im Inhalt zu ändernde Erbbauzinsreallast vorgehe, sodass ihr Recht nicht nur wirtschaftlich, sondern unmittelbar in ihrer Rangfolge auch materiellrechtlich gemäß §§ 879, 877, 876 BGB betroffen sei. Danach bedürfe es zur Inhaltsänderung der im Rang vorgehenden Erbbauzinsreallast der Zustimmung der Grundpfandrechtsgläubigerin nach § 880 Abs. 2 BGB in der Form des § 29 GBO.

4 Gegen diese Zwischenverfügung haben die Beteiligten zu 1 und 2 mit Schriftsatz vom 09.08.2022 Beschwerde eingelegt mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung aufzuheben und zu entscheiden, dass im Falle der Inhaltsänderung eines Erbbairechts mittel Bestandteilzuschreibung eines weiteren Grundstücks zum Erbbaugrundstück die Inhaltsänderung keiner Zustimmung eines am Erbbaurecht Berechtigten bzw. – hilfsweise – eines am Erbbaurecht berechtigten Grundpfandrechtsgläubigers bedürfe. Sie haben zur Begründung ausgeführt, dass nach überwiegender Meinung im Rahmen einer Inhaltsänderung die Zustimmung des Drittberechtigten dann entbehrlich sei, wenn dessen dingliche Rechtsstellung durch die Inhaltsänderung nicht berührt werde. Dies setze voraus, dass jede rechtliche und nicht bloß wirtschaftliche Beeinträchtigung des Dritten ausgeschlossen sei. Die Zustimmung sei nur dann erforderlich, wenn die Rechtsstellung des Drittberechtigten durch die Inhaltsänderung verschlechtert werde.

5 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde durch Beschluss vom 16.09.2022 nicht abgeholfen und das Verfahren dem OLG – Beschwerdesenat – zur Entscheidung vorgelegt. Die Beteiligten zu 1 und 2 haben zu ihrer Beschwerde mit Schriftsatz vom 28.09.2022 ergänzend ausgeführt, dass auch im Zusammenhang mit der zur Eintragung bewilligten Änderung der vorrangigen Erbbauzinsreallast die Zustimmung des Grundpfandrechtsgläubigers dann entbehrlich sei, wenn dessen dingliche Rechtsstellung durch die Inhaltsänderung nicht berührt werde. So liege es hier. Die Änderung des Zinses sei allein der Flächenvergrößerung geschuldet, welche aus der Bestandteilzuschreibung resultiere. Die mittels der Reallast gesicherte wiederkehrende Leistung und ihre Anpassungskriterien seien gegenüber der bereits eingetragenen Reallast unverändert geblieben. Der Zins betrage 1,80 € pro Quadratmeter Erbbaugrundstücksfläche jährlich. Eine Verschlechterung der Rechtsstellung



des Grundpfandrechtsgläubigers sei nicht gegeben. Seine rechtliche Beeinträchtigung sei ausgeschlossen.

**6** Die zulässige Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2 gegen die Zwischenverfügung vom 25.03.2022 ist zulässig, bleibt in der Sache aber ohne Erfolg.

**7** Soweit die Beteiligten beantragt haben, die angefochtene Zwischenverfügung aufzuheben, besteht hierzu kein Anlass, denn die Voraussetzungen für den Erlass der Zwischenverfügung haben vorgelegen.

**8** Nach § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO hat das Grundbuchamt einen Antrag unter Angabe der Gründe zurückzuweisen oder dem Antragsteller eine angemessene Frist zur Behebung des Hindernisses zu bestimmen, wenn einer beantragten Eintragung ein Hindernis entgegensteht. Dabei soll eine Eintragung nach § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO nur vorgenommen werden, wenn die Eintragungsbewilligung oder die sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden und auch die anderweitigen Voraussetzungen der Eintragung durch öffentliche Urkunden nachgewiesen sind.

**9** Zutreffend hat das Grundbuchamt darauf hingewiesen, dass es für die Eintragung eines erhöhten Erbbauzinses der Zustimmung der Beteiligten zu 3 bedarf.

**10** Für eine nachträgliche Änderung des dinglichen Erbbauzinses ist gemäß §§ 877, 876 Satz 1 BGB als Inhaltsänderung die Zustimmung der Inhaber gleich- oder nachrangiger Rechte am Erbbaurecht erforderlich (zum Beispiel *Grziwotz* in Meikel, GBO, 12. Aufl., Einleitung B Rdnr. 480). Aus dem Schutzzweck der §§ 877, 876 Satz 1 BGB, wie er auch in § 876 Satz 2 BGB zum Ausdruck kommt, ist allerdings zu folgern, dass die Zustimmung des Dritten unnötig ist, wenn seine dingliche Rechtsstellung durch die Änderung nicht berührt wird. Danach muss also jede rechtliche, nicht bloß eine wirtschaftliche Beeinträchtigung ausgeschlossen sein (zum Beispiel BGH, Beschluss vom 14.06.1984, V ZB 32/82, juris). Bezogen auf den Erbbauzins gilt dabei, dass die Inhaber gleich- oder nachrangiger dinglicher Rechte am Erbbaurecht einer Änderung des Inhalts der Erbbauzinsreallast nicht zustimmen müssen, wenn sich aus der neuen Erbbauzinsreallast kein höherer Erbbauzins als derjenige aus der bisherigen Reallast ergeben kann (zum Beispiel BGH, Beschluss vom 09.06.2016, V ZB 61/15, juris).

**11** Im vorliegenden Fall ergibt sich aus der neuen Reallast zweifellos ein höherer Erbbauzins als bislang, nämlich 2.268 € jährlich statt 1.134 €.

**12** Der Senat folgt den Beteiligten zu 1 und 2 auch nicht dahin, dass eine abweichende Bewertung gerechtfertigt sei, weil der Erbbauzins zwar in der Jahressumme erhöht sei, je Quadratmeter der um das zugeschriebene Grundstück vergrößerten Erbbaugrundstücksfläche aber unverändert bei 1,80 € liege. Tatsächlich führt die Zuschreibung des Flurstücks 160 als Bestandteil des Erbbaugrundstücks Flurstück 159 gemäß § 890 Abs. 2, § 1131 Satz 1 BGB ohne Weiteres dazu, dass sich Grundpfandrechte, die am „Hauptgrundstück“ bestehen, also an dem Grundstück, dem

zugeschrieben wird, auch auf das zugeschriebene Grundstück erstrecken, und zwar gemäß § 1131 Satz 1 BGB im Nachrang zu dessen Belastungen (vgl. *Hertel* in BeckOGK-BGB, Stand: 15.04.2021, § 890 Rdnr. 73). Insofern haftet im Ergebnis der Zuschreibung ein größeres Grundstück für die Grundschuld der Beteiligten zu 3 als zuvor. Darin liegt für sich genommen keine Benachteiligung der Grundschuldgläubigerin.

**13** Dessen ungeachtet besteht bei Eintragung eines als Jahresbetrag angegebenen höheren Erbbauzinses eine gegenüber der Grundschuld der Beteiligten zu 3 vorrangige Belastung des Erbbaurechts, die in ihrem absoluten Zahlbetrag einen deutlich größeren Umfang besitzt als zuvor. Zu dieser Benachteiligung ist die Zustimmung der Beteiligten zu 3 erforderlich.

**14** Soweit die Beteiligten zusätzlich allgemein die Entscheidung beantragen, dass im Falle der Inhaltsänderung eines Erbbaurechts mittel Bestandteilzuschreibung eines weiteren Grundstücks zum Erbbaugrundstück die Inhaltsänderung keiner Zustimmung eines am Erbbaurecht Berechtigten bzw. – hilfsweise – eines am Erbbaurecht berechtigten Grundpfandrechtsgläubigers bedürfe, bleibt die Beschwerde ebenfalls ohne Erfolg. Gegenstand der Beschwerde, über die der Senat zu entscheiden hat, kann ausschließlich die im konkreten Fall angefochtene Zwischenentscheidung sein, nicht aber die Feststellung allgemeiner Rechtssätze zu der Erforderlichkeit der Zustimmung eines Berechtigten/Grundpfandrechtsgläubigers in bestimmten Fallkonstellationen.

(...)

## Bürgerliches Recht

### FAMILIENRECHT

#### 7. Nachehelicher Ehegattenunterhalt wegen Alters – Voraussetzungen und Umfang

OLG Hamm, Beschluss vom 21.12.2023, 4 UF 36/23

BGB §§ 1572, 1577 Abs. 1, § 1579 Nr. 8

#### LEITSÄTZE:

- Der Unterhaltsanspruch nach § 1571 BGB besteht auch dann, wenn der unterhaltsberechtigte Ehegatte nicht im Laufe einer langjährigen Ehe alt und unterhaltsbedürftig geworden ist, sondern bereits bei Eheschließung altersbedingt einer Erwerbstätigkeit nicht mehr nachgehen konnte.
- § 1571 BGB verlangt keine ehebedingte Bedürfnislage, sodass allein das Vorliegen einer Altersehe bzw. das Fehlen einer ehebedingten Bedürfnislage keine Gründe zur Unterhaltsbegrenzung nach § 1579 Nr. 8 BGB darstellen.
- Zur Verminderung seiner Bedürftigkeit ist der Unterhaltsbedürftige nach § 1577 Abs. 1 BGB gehalten,

**neben seinen Renteneinkünften auch das ihm aus dem Verkauf des zu Ehezeiten bewohnten bebauten Grundstücks zugeflossene Vermögen für Unterhaltszwecke einzusetzen.**

4. Im Rahmen der gebotenen Verwertung des Vermögensstamms ist der Vermögensbetrag auf die voraussichtliche Dauer der Unterhaltsbedürftigkeit umzurechnen.

•

## 8. Zur Wirksamkeit einer Vollmacht über den Tod hinaus

OLG Bamberg, Beschluss vom 26.06.2023, 10 Wx 11/23

### LEITSATZ:

**Bei einer notariell beurkundeten Vorsorgevollmacht ist grundsätzlich davon auszugehen, dass diese auch über den Tod hinaus wirksam sein soll. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### AUS DEN GRÜNDEN:

Die Beteiligten beantragen den grundbuchamtlichen Vollzug einer Urkunde über die Vermächtniserfüllung mit Auflösung des Notars vom 09.02.2023 (UVZNr. [...] ), die das AG Forchheim – Grundbuchamt – zunächst mit Zwischenverfügung vom 02.05.2023 und sodann mit Beschluss vom 14.06.2023 zurückgewiesen hat.

Der in der Zeit zwischen dem 11.10.2022 und 12.10.2022 verstorbene frühere Miteigentümer von mehreren in den Nachlass nach ihm und seiner zeitgleich verstorbenen Ehefrau fallenden Grundstücken hat der Beteiligten zu 2 mit notarieller Urkunde vom (...) (Urk. Nr. [...] )/2004) eine Generalvollmacht erteilt. Diese soll „(...) insbesondere als Betreuungsvollmacht zur Vermeidung der Anordnung einer Betreuung dienen und (...) daher bei Eintritt einer Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers ausdrücklich nicht erlöschen“.

Während die Beteiligten in der Vollmacht eine über den Tod des Vollmachtgebers hinaus wirkende Bevollmächtigung der Beteiligten zu 2 erblicken, geht das Erstgericht von einem Erlöschen des der Bevollmächtigung zugrunde liegenden Auftragsverhältnisses und damit auch von einem Erlöschen der Vollmacht mit dem Ableben des Vollmachtgebers aus.

Die zulässige Beschwerde ist begründet.

Die Annahme des Erstgerichts, wonach die vorliegende Vollmacht nicht als transmortale Vollmacht angesehen werden kann, gründet nicht in der Auslegung der Vollmachtserteilung selbst.

Zwar ist zutreffend, dass die Vollmachtserteilung nicht ausdrücklich auch als über den Tod des Vollmachtgebers hinaus geltend, also (auch) transmortal, erteilt ist, was ohne Weiteres möglich und auch rechtlich zulässig gewesen wä-

re. Gegenläufig enthält die Vollmachtsurkunde aber ebenso wenig eine explizite Beschränkung des zugrunde liegenden Auftragsverhältnisses wie auch der Vollmachtserteilung selbst dahin gehend, dass beides mit dem Tod des Vollmachtgebers erlöschen sollte.

Insbesondere der ausdrückliche Verzicht auf eine auch im Außenverhältnis beachtliche Wirksamkeitsbedingung indiziert ein insoweit durchaus beachtlich erscheinendes Vertrauen des Vollmachtgebers in die Person des Vollmachtnehmers, hier der Beteiligten zu 2. Es erscheint somit keineswegs ausgeschlossen, dass die Vollmachtserteilung nicht nur zu Lebzeiten, sondern auch über den Tod des Vollmachtgebers hinaus ausgestaltet sein soll.

Die Ausgestaltung der Vollmacht „(...) insbesondere als Betreuungsvollmacht (...“), die auch „(...) bei Eintritt einer Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers ausdrücklich nicht erlöschen (...)“ (Urk. Nr./2004, S. 2) soll, steht der Annahme einer transmortalen Vollmacht nicht von vornherein entgegen.

Die Erteilung einer transmortalen Vollmacht stellt sich als Regelfall dar (vgl., statt vieler, Huber in BeckOGK-BGB, § 168 Rdnr. 73), zumal der Gesetzgeber einen Fortbestand eines Auftragsverhältnisses über den Tod des Auftraggebers hinaus vermutet (§ 672 Satz 1 BGB; vgl. Huber in BeckOGK-BGB, § 168 Rdnr. 22.2).

Anders als bei der Verwendung einer „Formularvollmacht“ (hierzu OLG München, Beschluss vom 07.07.2014, 34 Wx 265/14), mag diese ihrerseits auch notariell beglaubigt worden sein, kann im Falle einer notariell beurkundeten Vollmachtserteilung durchaus davon ausgegangen werden, dass eine explizite, wenngleich wünschenswerte, Regelung dahin gehend, dass die Vollmachtserteilung transmortal erfolgen sollte, aufgrund Vorgenanntem unterblieben ist.

Indizien oder gar eindeutige Anhaltspunkte, die gegen einen derartigen Willen des Vollmachtgebers sprechen könnten, lassen sich der Urkunde nicht entnehmen. Vielmehr finden sich, für sich genommen punktuelle, Indizien, die jedenfalls der Annahme einer auch transmortal geltenden Vollmacht nicht entgegenstehen.

Zwar wird in § 1 und § 2 wiederholt eine, indessen auch schwerlich anders formulierbare, Vertretung des Vollmachtgebers durch die Vollmachtnehmerin vorgesehen, die eine nur lebzeitige Geltung nahelegen könnte. Allerdings muss insoweit auch beachtet werden, dass schon die Einschränkung des Vorliegens einer bloßen „Betreuungsvollmacht“ ihrerseits insoweit eingeschränkt ist, als die Vollmacht „insbesondere“ – und nicht etwa ausschließlich – als „Betreuungsvollmacht“ ausgestellt worden ist.

Für eine transmortale Vollmacht lässt sich zudem die jederzeitige Widerruflichkeit (§ 3 Nr. 3 der Urkunde) heranziehen, da hierdurch nach dem Tod des Vollmachtgebers dessen Erben ihrerseits jederzeit zum Vollmachtswiderruf berechtigt sind.

Schließlich findet sich in § 6 der Urkunde, neben dem Ausschluss eines zweiten Bevollmächtigten oder einer sonstigen Kontrollperson, auch der nach Belehrung aufrechter-

haltene Wunsch des Vollmachtgebers, wonach die sofortige Wirksamkeit der Vollmacht im Außenverhältnis eintreten soll.

Nach alledem lässt sich nicht mit der notwendigen Sicherheit annehmen, dass die Vollmacht, abweichend vom gesetzlichen Leitbild des ihr zugrunde liegenden transmortalen Auftragsverhältnisses, nur zu Lebzeiten des Vollmachtgebers Geltung und Wirksamkeit haben sollte.

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. Matthias Bogner, Augsburg

#### 1. Sachverhalt

Das OLG Bamberg hatte zu entscheiden, ob eine notarielle Vollmacht auch nach dem Tod des Vollmachtgebers wirksam bleibt (transmortale Vollmacht). Der Vollmachtgeber hatte dem Beschwerdeführer eine „Generalvollmacht“ mit Betreuungsverfügung zu notarieller Urkunde erteilt. Die Vollmacht sollte ausdrücklich auch für den Fall der Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers fortbestehen, beinhaltete jedoch keine Aussage zu dessen Tod. Der Bevollmächtigte hatte nach dem Tod des Vollmachtgebers über ein zum Nachlass gehörendes Grundstück verfügt und die Auflassung erklärt. Daraufhin hat das Grundbuchamt die Eintragung des Eigentumswechsels abgelehnt, da es davon ausging, die Vollmacht sei mit dem Tod des Vollmachtgebers erloschen.

#### 2. Entscheidung des OLG Bamberg

Das OLG Bamberg hat die Entscheidung des Grundbuchamtes aufgehoben. Die Frage, ob die notarielle Vollmacht auch nach dem Tod des Vollmachtgebers gelte, lasse sich hier durch Auslegung des Urkundeninhalts bejahen. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Die knapp gehaltenen Erwägungen, die das OLG in seinem Beschluss anstellt, werfen aber doch einige Fragen auf.

##### a) Die dogmatische Begründung der Entscheidung

Auch wenn sich ein großer Teil der Entscheidung mit der Auslegung des Urkundeninhalts, also des wahren Willens des Vollmachtgebers (§ 133 BGB) befasst, machen die dogmatischen Überlegungen des Gerichts im ersten Moment stutzig. Die transmortale Vollmacht stelle den Regelfall dar; schließlich vermute auch der Gesetzgeber den Fortbestand eines Auftragsverhältnisses über den Tod des Auftraggebers hinaus<sup>1</sup> – so das OLG, das sich, wie zumindest die zitierten Literaturquellen<sup>2</sup> ahnen lassen, auf § 168 Satz 1 und § 672 Satz 1 BGB stützt.

Diese Aussage leitet dogmatisch in die Irre. Hat der Vollmachtgeber dem Bevollmächtigten eine Vollmachtsur-

kunde ausgehändigt, gilt letzterer gemäß § 172 Abs. 1, § 171 Abs. 1 BGB gegenüber jedem Dritten zur Vertretung befugt, solange die Urkunde nicht zurückgegeben oder für kraftlos erklärt wurde (§ 172 Abs. 2 BGB); etwas anderes gilt nach § 173 BGB nur, wenn ein Vertragspartner das Erlöschen der Vollmacht kannte oder kennen musste.<sup>3</sup> Es gilt im konkreten Fall also der bewährte Grundsatz „Auslegung vor Zweifelsregel“: Wenn schon die Auslegung der Urkunde ergibt, dass die Vollmacht transmortal gelten soll, kommt es auf das Auftragsverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem gar nicht mehr an. Solange die betreffende Vollmachtsurkunde im Rechtsverkehr kursiert, darf das Grundverhältnis der Bevollmächtigung weder den Notar noch das Grundbuchamt interessieren. Es wirkt daher befreindlich, wenn das OLG vorliegend am Ansatz der § 168 Satz 1, § 672 Satz 1 BGB argumentiert.

Das OLG Bamberg wollte indessen wohl subtiler vorgehen: Nur, wenn die Auslegung kein eindeutiges Ergebnis liefert, kommt es auf die Wertungen der § 168 Satz 1, § 672 Satz 1 BGB an.<sup>4</sup> Dem Notar kann man mangels einer eindeutigen Bestimmung in der Urkunde unterstellen, dass er sich an dieser subsidiären Zweifelsregelung orientieren wollte. In Wahrheit erforscht das OLG das Grundverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem also gar nicht näher. Stattdessen betrachtet es die Wertungen der § 168 Satz 1, § 672 Satz 1 BGB als gleichsam „weichen“ Topos für die Auslegung einer notariellen Vollmacht.<sup>5</sup> Dennoch: Die Aussage des OLG, eine „transmortale Vollmacht stelle den Regelfall dar“, darf nicht vorschnell verabsolutiert werden – sie entbindet in keinem Fall von der vorrangig durchzuführenden, sorgfältigen Auslegung der Vollmachtsurkunde.

Letztlich spielt diese unglückliche Formulierung aber keine Rolle, denn auch das OLG Bamberg geht schließlich zur Auslegung des Urkundenwortlauts über. Als maßgebliches Kriterium für eine transmortale Wirkung führt das OLG an, dass die Vollmacht nur „insbesondere“, jedoch nicht ausschließlich für den Fall der Geschäftsunfähigkeit erteilt wurde („Betreuungsvollmacht“). Auch die uneingeschränkte Wirkung der Vollmacht im Außenverhältnis spreche für eine Geltung über den Tod hinaus. Als zusätzliches Argument lasse sich der notarielle Hinweis auf die jederzeitige Widerruflichkeit anführen: Dadurch werde deutlich gemacht, dass im Sterbefall auch die Erben des Vollmachtgebers die – grundsätzlich nach dem Tod fortgeltende – Vollmacht widerrufen könnten.

1 So i. E. auch BeckOGK-BGB/Huber, Stand: 15.10.2024, § 168 Rdnr. 73; MünchKomm-BGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, § 168 Rdnr. 43 (die jedoch beide den Charakter des § 168 Satz 1 BGB als reine Zweifelsregel hervorheben).

2 Das OLG beruft sich „statt vieler“ auf BeckOGK-BGB/Huber, § 168 Rdnr. 22.2 und 73, die auf § 672 Satz 1 BGB weiterverweisen.

3 Eingehend Amann, MittBayNot 2013, 367, 368; BeckOK-BGB/Schäfer, Stand: 01.08.2024, § 173, Rdnr. 3-5; Joachim Lange, ZEV 2019, 62, 64; MünchKomm-BGB/Schubert, § 168 Rdnr. 57.

4 Eindeutig in diese Richtung OLG Bremen, Beschluss vom 31.08.2023, 3 W 15/23, BeckRS 2023, 23338 Rdnr. 13.

5 Zum Vorrang der Auslegung auch BayObLG, Beschluss vom 28.08.1959, BReg. 2 Z 114/59, BReg. 2 Z 115/59, NJW 1959, 2119 (§ 672 BGB als „Auslegungsregel“); OLG Hamm, Beschluss vom 17.09.2002, 15 W 338/02, NJW-RR 2003, 800.



All diese Argumente lassen sich aus der Warte des Praktikers freilich in Zweifel ziehen. Sowohl die uneingeschränkte Bevollmächtigung im Außenverhältnis als auch die freie Widerruflichkeit sind nahezu unverzichtbare Elemente jeder notariellen Vollmacht und spielen – wie häufig in der Beurkundung erläutert – schon zu Lebzeiten des Vollmachtgebers eine tragende Rolle. Welchen praktischen Zweck hätte eine Vollmachturkunde auch, wenn der Vertragspartner trotzdem prüfen müsste, ob die Vollmacht im Innenverhältnis zulässig ausgeübt wird? Dass das OLG diese Aspekte ausgerechnet als Argumente für eine transmortale Vollmachtswirkung heranzieht, wirkt letztlich recht bemüht.

- b) „Formularvollmacht“ versus „notarielle Vollmacht“ – ein taugliches Abgrenzungskriterium?

Für das Ergebnis irrelevant, aber reichlich irritierend ist ferner eine Passage, in der das OLG notarielle Vollmachturkunden von reinen „Formularvollmachten“ abgrenzt. So könne nur bei notariell beurkundeten Vollmachten auch ohne explizite Aussagen zum Tod des Vollmachtgebers „davon ausgegangen werden“, die Vollmacht solle transmortal gelten; bei „Formularvollmachten“ hingegen, wenn auch notariell beglaubigt, sei dies nicht der Fall. Mit dieser Aussage suggeriert das OLG, die Form der Vollmacht sei ein taugliches Kriterium, um transmortale von nicht-transmortalen Vollmachten abzugrenzen. Zum Nachweis zitiert das OLG Bamberg eine Entscheidung des OLG München aus dem Jahr 2014,<sup>6</sup> der eine solche „Formularvollmacht“ zugrunde lag.

Dieser Verweis verkürzt die Diskussion allerdings stark. Das OLG München hatte 2014 tatsächlich über eine „Formularvollmacht“ zu entscheiden, nämlich über den bekannten Vordruck einer Vollmacht für die „Vorsorge für Unfall, Krankheit und Alter“, das der Vollmachtgeber aus dem Internet ausdrucken und hauptsächlich durch „Ankreuzen“ ausfüllen kann. Das ausgefüllte Formular, freilich ohne konkrete Aussage zur transmortalen Wirkung der Vollmacht, hatte der Vollmachtgeber von einem Notar beglaubigen lassen. Im Ergebnis verneinte das OLG München hier eine transmortale Vollmacht. Entscheidend war dabei jedoch wiederum ausschließlich die Auslegung der Urkunde. Das OLG München hatte namentlich darauf abgestellt, dass sich der Formulartext ausführlich mit Aspekten der Personensorge (Betreuung, Unterbringung, medizinische Behandlung, Sterbebegleitung, Organspende etc.) beschäftigt hat, aber die Vertretung in Vermögensangelegenheiten („Generalvollmacht“) nur in einem kurzen Satz erwähnt war. In dieser Konstellation könnte man nicht davon ausgehen, dass der Vollmachtgeber dem Bevollmächtigten die Vermögenssorge auch nach seinem Tod überantworten wolle, weil es ihm im Schwerpunkt auf Fragen der Personensorge ankomme.<sup>7</sup>

6 OLG München, Beschluss vom 07.07.2014, 34 Wx 265/14, ZEV 2014, 615 m. krit. Anm. Zimmer.

7 Ähnlich wie das OLG München argumentieren auch OLG Hamm, Beschluss vom 17.09.2002, 15 W 338/02, NJW-RR 2003, 800; MünchKomm-BGB/Schubert, § 168 Rdnr. 44.

Zu einem anderen Ergebnis könnte man bei notariellen „General- und Vorsorgevollmachten“ gelangen, die einen (zusätzlichen) inhaltlichen Schwerpunkt auf die Vertretung in Vermögensangelegenheiten legten; wenn der Vollmachtgeber sich in der Urkunde relativ umfassend zu Vermögensangelegenheiten äußere, liege eine transmortale Wirkung wesentlich näher. In der gleichen Weise hat sich vor wenigen Monaten auch das OLG Bremen mit plastischen Worten geäußert: „Je mehr der Auftragsgegenstand auf die Person und die persönlichen Verhältnisse – hingegen weniger auf das Vermögen – des Auftraggebers zugeschnitten ist, desto eher ist anzunehmen, dass der Auftrag mit dem Tod des Auftraggebers erloschen soll.“<sup>8</sup> Den Entscheidungen aus München und Bremen ist übereinstimmend zu entnehmen, dass nicht etwa die Form der Vollmacht, sondern ihr Inhalt im Zentrum der Auslegung steht.<sup>9</sup>

Mit ähnlicher Begründung hat das OLG München übrigens schon einen früheren Fall aus dem Jahr 2011 entschieden.<sup>10</sup> Dort hatte der Vollmachtgeber seine „Generalvollmacht“ notariell beurkunden lassen und einige explizite Regelungen zu Vermögensangelegenheiten getroffen. Hier bejahte das OLG die transmortale Wirkung, obwohl die Urkunde diese nicht ausdrücklich anordnete. In dieser Entscheidung war übrigens noch ein wesentliches Detail hinzugekommen: Der Vollmachtgeber hatte zugleich ein Testament errichtet, welches den Bevollmächtigten zum Testamentsvollstrecker ernannt hatte. Dieser außerhalb der Vollmachturkunde liegende Umstand durfte nach § 133 BGB unterstützend herangezogen werden, um den wahren Willen des Vollmachtgebers zu ermitteln. Den Testamentsvollstrecker mit einer transmortal geltenen Vollmacht auszustatten, kann – wie das OLG München ausführte – sinnvoll sein, etwa um den oft erheblich langen Schwebezustand zwischen dem Tod des Vollmachtgebers und der Erbenfeststellung zu überbrücken.<sup>11</sup>

In der Gesamtschau arbeitet die Rechtsprechung des OLG München ein nachvollziehbares Kriterium für die Auslegung der Vollmachturkunde heraus: Ging es dem Vollmachtgeber hauptsächlich um die persönliche Für-

8 So wörtlich OLG Bremen, Beschluss vom 31.08.2023, 3 W 15/23, BeckRS 2023, 23338 Rdnr. 13.

9 Freilich kann die Form der Vollmacht, wie Zimmer, ZEV 2014, 617, zu dem Urteil des OLG München anmerkt, im Einzelfall eine Rolle spielen: Hat der Vollmachtgeber seine privatschriftliche Vollmacht notariell beglaubigen lassen, kann das darauf hinweisen, dass er ihre Akzeptanz im Rechtsverkehr erhöhen und sie für die Verwendung im Grundbuchverfahren tauglich machen möchte. Allerdings ist Zimmer zu entgegnen, dass die Beweggründe für die Beglaubigung in solchen Fällen häufig persönlicher Natur sind – „bei der Altersvorsorge auf Nummer sicher gehen“ – und der Schluss auf eine transmortale Wirkung daher ein wenig gekünstelt wirkt.

10 OLG München, Beschluss vom 15.11.2011, 34 Wx 388/11, FGPrax 2012, 14.

11 Zum Nebeneinander von Vollmacht und Testamentsvollstreckung auch MünchKomm-BGB/Schubert, § 168 Rdnr. 54.



sorge im Krankheits- oder Betreuungsfall („Vorsorgevollmacht“) oder kam es ihm gerade explizit darauf an, dem Bevollmächtigten eine starke Position zur Wahrnehmung seiner Vermögensinteressen einzuräumen („Generalvollmacht“)? Im letztgenannten Fall liegt die Erteilung einer transmortalen Vollmacht nahe. Wer die transmortale Geltung einer Vollmacht erforschen muss, dürfte daher eher auf die Erwägungen des OLG München und des OLG Bremen zurückgreifen als auf die recht angestrengt und teilweise pauschal wirkende Argumentation des OLG Bamberg.

- c) Ein Seitenblick: Können transmortale Vollmachten ihre Wirkung verlieren?

Bei dieser Gelegenheit lohnt sich – der Vollständigkeit halber – ein Blick über den Horizont der besprochenen Entscheidung hinaus. Vorhin war die Rede von dem Grundsatz, dass eine transmortalen notarielle Vollmacht den Bevollmächtigten wegen § 172 Abs. 2 BGB auch nach einem etwaigen Widerruf im Innenverhältnis – beispielsweise durch die Erben des Vollmachtgebers – noch zur Vertretung ermächtigt. Für das Grundbuchamt ist die Vollmachtsurkunde allein maßgeblich (§ 29 Abs. 1 GBO).

Von diesem Prinzip macht die wohl vorherrschende Auffassung in der Rechtsprechung eine Ausnahme, wenn sich der Bevollmächtigte vor dem Grundbuchamt darauf beruft, Alleinerbe des Vollmachtgebers zu sein. In einem solchen Fall der Universalrechtsnachfolge müsste die Vollmacht im Wege der Konfusion (§ 242 BGB) erloschen. Wenn der Bevollmächtigte nun ausdrücklich als Alleinerbe auftrete, entziehe er dem Rechtsschein der Vollmachtsurkunde seine Grundlage, da er den guten Glauben in den Fortbestand der Vollmacht zerstöre (§ 173 BGB).<sup>12</sup> Der transmortal Bevollmächtigte kann dann trotz Vollmachtsurkunde keinerlei Grundbucheintragung bewirken. Andere Gerichte sind diesem Ergebnis jedoch entgegengetreten und halten den Bevollmächtigten auch dann für schutzwürdig, wenn er seine Alleinerbschaft behauptet. Die Vollmachtsurkunde solle gerade den Schwebezustand zwischen dem Todesfall und der (oft quälend langwierigen) Klärung der wahren erbrechtlichen Lage überbrücken; außerdem bringe eine Vollmacht grundbuchrechtliche Vorteile mit sich, etwa sei Voreintragung des Erben (§ 39 Satz 1 GBO) entbehrlich.<sup>13</sup> In diese Richtung bewegt sich auch der in diesem Beitrag bereits zitierte neue Beschluss des OLG Bremen.<sup>14</sup>

12 OLG Hamm, Beschluss vom 10.01.2013, I-15 W 79/12, MittBayNot 2013, 395, 396; OLG München, Beschluss vom 31.08.2016, 34 Wx 273/16, NJW 2016, 3381. Instruktiv zur Rspr. Armann, MittBayNot 2013, 367, 369 ff.; MünchKomm-BGB/Schubert, § 168 Rdnr. 57.

13 KG, Beschluss vom 02.03.2021, 1W 1503/20, ZEV 2021, 332 f. Dazu ebenso Herrler, DNotZ 2017, 508, 532 f.; Joachim/Lange, ZEV 2019, 62, 64 f.; Zimmer, NJW 2016, 3341, 3342 f.

14 OLG Bremen, Beschluss vom 31.08.2023, 3 W 15/23, BeckRS 2023, 23338 Rdnr. 20. Eine Besonderheit bestand dort allerdings darin, dass nicht der Alleinerbe bevollmächtigt war, sondern zwei (alleinige) Miterben eine gemeinschaftliche Vollmacht ausüben wollten.

Das aufgeworfene Problem dreht sich im Kern darum, wie sich das schwer greifbare Rechtsinstitut der Konfusion zum formellen Grundbuchrecht verhält – und ferner, ob Vollmachten überhaupt durch Konfusion erlöschen können.<sup>15</sup> Eine umfassendere Erörterung würde hier zu weit führen. Für die notarielle Praxis lässt sich in jedem Fall festhalten, dass die transmortalen Vollmacht auf tönernen Füßen steht, wenn sich der Bevollmächtigte zugleich als Alleinerbe geriert.

### 3. Auswirkungen auf die Praxis

General- und Vorsorgevollmachten können erhebliche Unsicherheiten mit sich bringen, wenn sie keine Aussage zum Tod des Vollmachtgebers enthalten. Was bedeutet das aber für den praktischen Rechtsgestalter?

- a) Die Gestaltung notarieller Vollmachten

Ohne Weiteres lassen sich Probleme vermeiden, indem der Notar ausdrücklich in der Urkunde festhält, ob die Vollmacht transmortal gelten soll. Nachdem die meisten notariellen Vollmachten heutzutage eine eindeutige Aussage zu diesem Thema treffen, sind tiefere Erörterungen nicht veranlasst.

Vorsicht ist allenthalben angebracht, wenn der Vollmachtgeber die Vollmacht gerade nicht über seinen Tod hinaus erteilen möchte. Eine solche Gestaltung kann insbesondere dann sinnvoll sein, wenn der Bevollmächtigte nicht zugleich Erbe werden soll, wenn also Vollmachtnehmer und Erben in Konflikt geraten könnten – kein völliges Novum, gerade bei verworrenen Familienverhältnissen. Hier ist dringend zu klären, ob die Vollmacht im Todesfall nicht etwa doch erlöschen soll. Wenn die Vollmachtsurkunde an diesem Punkt vollkommen schweigt, besteht namentlich die Gefahr, dass sie im Einzelfall als transmortalen Vollmacht ausgelegt wird.

Falls der Notar erkennt, dass eine transmortalen Vollmacht Probleme nach sich ziehen könnte, sollte er außerdem – sofern sich die Gelegenheit bietet – von der Verwendung beglaubigter „Formularvollmachten“ abraten. Sie enthalten häufig gar keine Aussage über ihre Fortgeltung nach dem Tod des Vollmachtgebers. Ob ihnen eine transmortalen Wirkung zugemessen wird oder nicht, kann von Gericht zu Gericht variieren.

- b) Die Verwendung transmortalen Vollmachten im Rechtsverkehr

Schwieriger gestaltet sich die Rechtslage, wenn der Vollmachtgeber bereits verstorben ist. Das OLG Bamberg, das OLG München und neuerdings auch das OLG Bremen haben, wie ausgeführt, Auslegungskriterien entwickelt, anhand derer sich die transmortalen Wirkung einer Vollmacht erforschen lässt. Diese Kriterien sind aber alles andere als eindeutig und letzten Endes – der Natur der Auslegung geschuldet – einzelfallabhängig. Am ehesten kann einer Vollmacht transmortal Geltung beigemessen werden, wenn sie sowohl notariell beurkundet ist als auch

15 Zum Streitstand insgesamt BeckOGK-BGB/Huber, § 168 Rdnr. 62.1; Böttcher, NJW 2022, 822 f.

umfassende Regelungen zu Vermögensangelegenheiten enthält („notarielle General- und Vorsorgevollmacht“); dann würden wohl alle erwähnten Gerichte über den Hebel der Auslegung zum Ergebnis kommen, die Vollmacht sei über den Tod hinaus gültig.

Der sicherste Weg besteht zweifellos darin, die Zustimmung bzw. Nachgenehmigung aller Erben zu dem Geschäft des Bevollmächtigten einzuholen. Falls dieser Weg – wie so oft in zerstrittenen Erbgemeinschaften – jedoch versperrt ist, bleibt dem Notar nichts anderes, als den Bevollmächtigten und seinen Vertragspartner eingehend über die Risiken des abgeschlossenen Geschäfts aufzuklären. Diesen Risiken kann der Notar adäquat begegnen, indem er in den fraglichen Vertrag Mechanismen für den Fall aufnimmt, dass das Grundbuchamt die transmortale Vollmachtswirkung ablehnt. So könnte den Vertragsparteien (oder auch nur dem Vertragspartner des Bevollmächtigten) ein Rücktrittsrecht eingeräumt werden, falls das Grundbuchamt die begehrte Eintragung ablehnt oder innerhalb einer bestimmten Zeitspanne nicht vornimmt und die Zustimmung aller Erben ebensowenig eingeholt werden kann. Wenn der Bevollmächtigte bei alledem (ausnahmsweise) als der Käufer einer Immobilie für die Erbgemeinschaft auftritt, mag man außerdem an Löschungserleichterungen hinsichtlich der Vormerkung denken („Schubladen-Lösung“).

Zu guter Letzt zeigt der kurze Exkurs unter Ziffer 2. c), dass sich der Notar keinesfalls auf eine transmortale Vollmacht stützen sollte, wenn der Bevollmächtigte sich zugleich darauf beruft, Alleinerbe des Vollmachtgebers zu sein. Der einzige sichere Weg der Rechtsgestaltung führt hier über den Erbschein bzw. das notarielle Testament mit Eröffnungsniederschrift.

•

## 9. Ausschluss des Versorgungsausgleichs wegen groben vermögensbezogenen Fehlverhaltens

KG, Beschluss vom 07.03.2024, 16 UF 112/23

BGB § 430

VersAusglG § 27

### LEITSÄTZE:

1. Ein Ausschluss des Versorgungsausgleichs kann aus Anlass eines einzelnen, außergewöhnlich schwerwiegenden, rein vermögensbezogenen Vorfalls in Betracht kommen, wenn es sich bei dem betreffenden ehelichen Fehlverhalten um eine schuldhaft begangene Handlung von erheblichem Gewicht handelt. Das kann der Fall sein, wenn sich das betreffende Handeln und dessen Begleitumstände als außergewöhnlich rücksichtslos und extrem ehefeindlich darstellt und damit gegen sämtliche Gebote der ehelichen Vermögensfürsorge sowie der Rücksichtnahme auf die wirtschaftlichen Interessen des anderen Ehegatten verstößen wird (hier: „Plündierung“ aller gemeinschaftlichen Konten der Ehegatten durch einen

Ehegatten, der im Innenverhältnis hierzu nicht berechtigt ist, während der andere Ehegatte nach einem schweren Schlaganfall arg- und wehrlos in einer Reha-Klinik liegt).

2. Das Ausgleichssystem für Altersversorgungen nach dem VersAusglG besteht unabhängig von demjenigen aus Gesamtgläubigerschaft und neben diesem. Eine wechselseitige Verrechnung findet nicht statt, weil es sich bei der Ausgleichsforderung nach § 430 BGB nicht um ein auszugleichendes Anrecht im Sinne von § 2 VersAusglG handelt und weil die negative Härteregelung des § 27 VersAusglG sich nicht auf den Gesamtgläubigerausgleich auswirkt.

## Bürgerliches Recht

### ERBRECHT

#### 10. Verweigerung der Aufnahme eines notariellen Nachlassverzeichnisses

BGH, Beschluss vom 19.06.2024, IV ZB 13/23 (Vorinstanz: LG Bad Kreuznach, Beschluss vom 20.04.2023, 4 OH 11/22)

BGB § 2314 Abs. 1 Satz 3

BNotO § 15 Abs. 1 Satz 1

### LEITSÄTZE:

1. Im Hinblick auf die Urkundsgewährungspflicht des Notars sind an die Annahme eines ausreichenden Grundes im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO, der den Notar zur Verweigerung der Aufnahme eines Nachlassverzeichnisses gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB und damit seiner Urkundstätigkeit berechtigt, hohe Anforderungen zu stellen.
2. Stellt der Notar im Rahmen seiner Ermittlungspflicht die gebotenen Nachforschungen an und wirkt der Erbe bei der Sachaufklärung im erforderlichen und zutreffbaren Umfang mit, berechtigen verbleibende Unklarheiten den Notar nicht zur Verweigerung seiner Amtstätigkeit.

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Beschwerdeführerin begeht als Alleinerbin des am 10.03.2020 verstorbenen Erblassers, dessen Lebensgefährtin sie war, die Anweisung an den Notar Dr. Rudolf M (im Folgenden: Notar), ein notarielles Nachlassverzeichnis aufzunehmen. Sie war zur Auskunftserteilung mittels Vorlage eines solchen durch Teilurteil des angerufenen LG verurteilt worden.

2 Die Beschwerdeführerin beauftragte den Notar im Februar 2021 mit der Aufnahme des Nachlassverzeichnisses. Dieser stellte eigene Ermittlungen zum Bestand des Nachlasses an, indem er in den elektronischen Grundbüchern mehrerer AG recherchierte sowie zehn Kreditinstitute um Auskunft über Geschäftsverbindungen zum Erblasser er-



suchte. Die Beschwerdeführerin reichte vom Notar angeforderte Unterlagen ein, äußerte dabei jedoch ihre Unsicherheit in Bezug auf die Verlässlichkeit und Vollständigkeit ihrer Angaben zum Erblasservermögen. Hinsichtlich pflicht-teilsrelevanter Schenkungen und Zuwendungen des Erblassers konnte sie nahezu keine Angaben machen.

**3** Mit Schreiben an die Beschwerdeführerin vom 13.06.2022 hat der Notar die Aufnahme des Nachlassverzeichnisses mit der Begründung abgelehnt, er sei nicht in der Lage, ein den hohen Anforderungen der Rechtsprechung genügenden Nachlassverzeichnis aufzunehmen. Seine Ermittlungsmöglichkeiten betrachte er als ausgeschöpft. Die Beschwerdeführerin könne zu klärungsbedürftigen Sachverhalten, auch weil der Erblasser nur für eine verhältnismäßig kurze Zeit ihr Lebensgefährte gewesen sei, keine hinreichend sicheren Angaben machen. Nach ihren Angaben gäbe es noch eine Vielzahl an Dokumentenordnern, zu deren Sichtung sie bislang nicht gekommen sei. Hinsichtlich des fiktiven Nachlasses habe sie lediglich von Schenkungen an die Enkelin des Erblassers berichtet, ohne jedoch deren Höhe und Zeitpunkte benennen zu können. Da die Beschwerdeführerin ihrer Mitwirkungspflicht nicht nachkomme, könne er aufgrund der Vielzahl unklarer Sachverhalte ein Nachlassverzeichnis nicht errichten.

**4** Hilfsweise hat der Notar Unzumutbarkeit einer weiteren Tätigkeit geltend gemacht. Der Entwurf des Nachlassverzeichnisses nehme bereits mehr als ein Jahr in Anspruch. Um bestehende Zweifel und Unklarheiten ausräumen zu können, müsse eine Vielzahl weiterer Dokumente gesichtet werden. Auszüge der bekannten Konten lägen bislang nicht vollständig vor. Von einigen Konten, insbesondere von Gemeinschaftskonten des Erblassers und seiner Ehefrau, fehlten jegliche Auszüge. Es bestünden überdies Zweifel daran, dass alle Konten des Erblassers erfasst worden seien.

**5** Die Beschwerdeführerin hat gegen die Weigerung des Notars, ein Nachlassverzeichnis zu erstellen, Beschwerde eingelegt, die vom LG zurückgewiesen worden ist. Dagegen richtet sich die vom LG zugelassene Rechtsbeschwerde der Beschwerdeführerin, mit der sie die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und die Anweisung an den Notar, ein notarielles Nachlassverzeichnis aufzunehmen, begeht.

**6** Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung u. a. in ZEV 2024, 239 (m. Anm. Keim) veröffentlicht ist, hat ausgeführt, es liege ein ausreichender Grund im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO vor, der den Notar zur Verweigerung des Amtsgeschäfts berechtige. Die von ihm angestellten eigenen Ermittlungen seien angemessen und ausreichend gewesen. Er sei darauf angewiesen, dass ihm die Erben die für den Nachlass relevanten Unterlagen zur Verfügung stellen und Auskünfte erteilen, aus denen sich auch der fiktive Nachlass ergebe. Da sich die Beschwerdeführerin hierzu nicht in der Lage sehe, könne der Notar mit den ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen kein umfassendes und inhaltlich richtiges Nachlassverzeichnis erstellen. Auch die Sichtung nach Auskunft des Notars möglicherweise existierender weiterer Unterlagen würde nicht dazu führen, dass ein den gesetzlichen Anforderungen entsprechendes Nachlassverzeichnis erstellt werden könne. Zu Schenkun-

gen und Zuwendungen des Erblassers an Dritte könne der Notar zwar auch diese selbst befragen. Ihm stünden aber keine Zwangsmittel zur Verfügung, um diese Informationen tatsächlich zu erhalten. Mit den Pflichtteilsberechtigten habe der Notar gesprochen. Dem Notar sei es lediglich bei Zweifeln an der inhaltlichen Richtigkeit des Nachlassverzeichnisses möglich, diese zu vermerken. Stehe aber – wie hier – die Unvollständigkeit des Nachlassverzeichnisses fest, so müsse der Notar die Amtshandlung ablehnen, da er andernfalls unter Verstoß gegen die Vermutung der Vollständigkeit der notariellen Urkunde eine unvollständige Urkunde errichten würde.

**7** Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

**8 1.** Die Rechtsbeschwerde ist zulässig.

**9** Sie ist gemäß § 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO i. V. m. § 70 Abs. 1 FamFG statthaft. Das LG hat als Beschwerdegericht im Sinne von § 15 Abs. 2 Satz 2 BNotO über die Verweigerung des Notars, dem im Verfahren der Notarbeschwerde die Stellung der ersten Instanz zukommt, entschieden (vgl. Senatsbeschluss vom 19.07.2023, IV ZB 31/22, ZEV 2023, 680 Rdnr. 6; BGH, Beschluss vom 28.10.2010, V ZB 70/10, juris Rdnr. 9 m. w. N.) und die Rechtsbeschwerde zugelassen.

**10 2.** Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts war der Notar nicht berechtigt, die Aufnahme des Nachlassverzeichnisses abzulehnen. Diese Tätigkeit stellt sich gemäß § 10a Abs. 2, § 20 Abs. 1 Satz 2 BNotO als Urkundstätigkeit dar, die der Notar nach § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO nicht ohne ausreichenden Grund verweigern darf, an dem es hier fehlt.

**11** Ein ausreichender Grund in diesem Sinne kann sich aus einer gesetzlichen Vorschrift ergeben, nach welcher der Notar die Vornahme einer Amtstätigkeit zwingend zu unterlassen hat (nachfolgend unter a)) (vgl. LG Bamberg, Beschluss vom 02.11.2018, 3 T 279/18, juris Rdnr. 10; Bremkamp in Beck'sches Notar-Handbuch, 8. Aufl., § 32 Rdnr. 68; Dittmar in HK-NotarR, § 15 BNotO Rdnr. 10; Frenz in Frenz/Miermeister, BNotO, 5. Aufl., § 15 Rdnr. 24 f.; Meier in Schönenberg-Wessel/Plottek/Sikora, BNotO, § 15 Rdnr. 24 f.; Reithmann in Schippel/Bracker, BNotO, 9. Aufl., § 15 Rdnr. 46 ff.; Sander in BeckOK-BNotO, Stand: 01.02.2024, § 15 Rdnr. 53 f.; Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl., § 15 Rdnr. 54 ff.; Seger in Diehn, BNotO, 2. Aufl., § 15 Rdnr. 29 ff.). Daneben sind einzelne Ablehnungsgründe gesetzlich geregelt, in denen dem Notar ein eigener Entscheidungsspielraum zur Verweigerung seiner Amtstätigkeit zu steht (vgl. Bremkamp in Beck'sches Notar-Handbuch, § 32 Rdnr. 68; Frenz in Frenz/Miermeister, BNotO, § 15 Rdnr. 25; Sander in BeckOK-BNotO, § 15 Rdnr. 56; Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, § 15 Rdnr. 67 ff.).

**12** Überdies ist allgemein anerkannt, dass der Notar über die gesetzlich geregelten Fälle hinaus zur Verweigerung der gewünschten Urkundstätigkeit berechtigt ist, wenn diese nach ihrer Art oder einzelner ihrer Begleitumstände den zwingenden Ablehnungsgründen so nahekommt, dass sie mit der Stellung des Notars als Organ der vorsorgenden Rechtspflege nicht mehr vereinbar ist (nachfolgend unter b)) (Seger in Diehn, BNotO, § 15 Rdnr. 33; Sander in

BeckOK-BNotO, § 15 Rdnr. 57; ähnlich *Reithmann* in Schippe/Bracker, BNotO, § 15 Rdnr. 49; *Meier* in Schönenberg-Wessel/Plottek/Sikora, BNotO, § 15 Rdnr. 26). Im Hinblick auf die Urkundsgewährungspflicht des Notars (vgl. BGH, Beschlüsse vom 20.07.2020, NotSt(Brfg) 2/20, DNotZ 2020, 953 Rdnr. 11; vom 14.03.2016, NotSt(Brfg) 6/15, DNotZ 2016, 876 Rdnr. 22) sind an die Annahme eines ausreichenden Grundes hohe Anforderungen zu stellen (*Meier* in Schönenberg-Wessel/Plottek/Sikora, BNotO, § 15 Rdnr. 26; *Seger* in Diehn, BNotO, § 15 Rdnr. 33; *Sander* in BeckOK-BNotO, § 15 Rdnr. 58).

**13 a)** Ein zwingender Ablehnungsgrund liegt hier nicht vor. Der Notar darf im Streitfall die Aufnahme des Nachlassverzeichnisses insbesondere nicht deswegen ablehnen, weil sie mit seinen Amtspflichten nicht vereinbar wäre (§ 14 Abs. 2 BNotO). Die Auffassung des Beschwerdegerichts, der Notar würde andernfalls unter Verstoß gegen die Vermutung der Vollständigkeit der notariellen Urkunde eine unvollständige Urkunde errichten, verkennt Inhalt und Umfang der dem Notar im Zusammenhang mit der Aufnahme eines Nachlassverzeichnisses obliegenden Amtspflicht.

**14 aa)** Welche Pflichten den Notar bei der Aufnahme eines Nachlassverzeichnisses treffen, hat der Senat in seinem Urteil vom 20.05.2020 (IV ZR 193/19, ZEV 2020, 625 Rdnr. 8) im Einzelnen ausgeführt. Ein notarielles Nachlassverzeichnis soll danach eine größere Gewähr für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Auskunft als das private Verzeichnis des Erben bieten, weshalb der Notar den Bestand des Nachlasses selbst und eigenständig ermitteln und durch Bestätigung des Bestandsverzeichnisses als von ihm aufgenommen zum Ausdruck bringen muss, dass er den Inhalt verantwortet. Der Notar ist in der Ausgestaltung des Verfahrens weitgehend frei. Er muss zunächst von den Angaben des Auskunftspflichtigen ausgehen. Allerdings darf er sich hierauf nicht beschränken und insbesondere nicht lediglich eine Plausibilitätsprüfung durchführen. Vielmehr muss er den Nachlassbestand selbst ermitteln und feststellen. Dabei hat er diejenigen Nachforschungen anzustellen, die ein objektiver Dritter in der Lage des Gläubigers für erforderlich halten würde (Senatsurteil vom 20.05.2020, a. a. O.). Die Verpflichtung des Erben zur Mitwirkung an der Aufnahme des notariellen Nachlassverzeichnisses richtet sich danach, in welchem Umfang diese Mitwirkung für die ordnungsgemäße Aufnahme des Verzeichnisses erforderlich ist. Maßgebend sind jeweils die Umstände des Einzelfalls. Hierbei darf und muss der Notar das Wissen des Erben sowie das in seiner Person vorhandene Aufklärungspotenzial ggf. in der Weise nutzen, dass er den Erben auffordert, eigene Auskunftsansprüche gegenüber Geldinstituten bzw. sonstigen Dritten durchzusetzen. Die vom Erben geschuldet Kooperation kann insoweit auch in der Anweisung an Dritte bestehen, die benötigten Auskünfte unmittelbar gegenüber dem Notar zu erteilen (BGH, Beschluss vom 07.03.2024, I ZB 40/23, ZEV 2024, 378 Rdnr. 33 m. Anm. *Horn*: Senatsurteil vom 20.05.2020, a. a. O.; jew. m. w. N.).

**15 bb)** Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts wird die bisherige Tätigkeit des Notars diesen Anforderungen nicht gerecht.

**16** Selbst wenn die Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall ihrer Mitwirkungspflicht bislang nicht in ausreichendem Umfang nachgekommen sein sollte, was ausweislich der Schreiben des Notars vom 13.06.2022 an die Beschwerdeführerin und vom 13.01.2023 an das Beschwerdegericht zumindest in objektiver Hinsicht nicht ausgeschlossen erscheint, berechtigt dies den Notar angesichts des Bestehens weiterer Ermittlungsansätze nicht zur Verweigerung seiner Amtstätigkeit. Dass ihm keine Zwangsmittel zur Verfügung stehen, um von der Erbin – der Beschwerdeführerin – und sonstigen Auskunftspersonen eine richtige und vollständige Auskunft zu erhalten, entbindet ihn nicht davon, naheliegende Nachforschungen anzustellen. Aufgrund der ihm obliegenden eigenständigen Ermittlungspflicht kommen hier insbesondere folgende Ermittlungen in Betracht:

**17 (1)** Erkenntnisse zum Nachlassbestand können sich aus bislang fehlenden Kontoauszügen ergeben. Die Sichtung und ggf. Anforderung derselben würde ein objektiver Dritter in der Lage des Gläubigers angesichts der unsicheren Angaben der Beschwerdeführerin zur Zusammensetzung des Nachlasses als erforderlich ansehen (vgl. zur Nachforschungspflicht bezüglich des Vorhandenseins von Konten auch BGH, Beschluss vom 07.03.2024, I ZB 40/23, ZEV 2024, 378 Rdnr. 37 ff.).

**18** Dies gilt zum einen hinsichtlich des fiktiven Nachlasses, der ausgleichspflichtige Zuwendungen und Schenkungen des Erblassers umfasst, und über den Wortlaut des § 2314 BGB hinaus ebenfalls Gegenstand der dort normierten Auskunftspflicht ist (vgl. Senatsurteil vom 09.11.1983, IVa ZR 151/82, BGHZ 89, 24, 26, juris Rdnr. 8; BGH, Urteil vom 18.10.1961, V ZR 192/60, NJW 1962, 245). Hier bestand schon im Hinblick auf die von der Beschwerdeführerin eingeräumten unvollständigen Angaben zu Schenkungen des Erblassers an seine Enkelin Veranlassung, selbst Nachforschungen zu Zeitpunkt und Höhe etwaiger Schenkungen durch Einsichtnahme in Kontoauszüge anzustellen. Aber auch der Umstand, dass die Beschwerdeführerin unter Verweis auf die kurze Dauer ihrer Beziehung zum Erblasser weitere Schenkungen und Zuwendungen nicht auszuschließen vermochte, hätte Anlass gegeben, die Kontoauszüge des Erblassers auf Anhaltspunkte für derartige Vermögensverfügungen hin zu überprüfen.

**19** Pflichtgemäße Nachforschungen nach Schenkungen des Erblassers an Dritte können nach den Umständen des Einzelfalls eine Einsichtnahme in die Kontoauszüge der dem Erbfall vorausgegangenen zehn Jahre erfordern (§ 2325 Abs. 3 Satz 1, 2 BGB) (vgl. BVerfG, ZEV 2016, 578 Rdnr. 3; OLG Koblenz, ZEV 2014, 308, juris Rdnr. 25; *Horn*, ZEV 2018, 376, 377; ähnlich *Herzog* in Staudinger, Neub. 2021, § 2314 Rdnr. 73). Dass dem Notar die Kontoauszüge für diesen Zeitraum vollständig vorlagen und er diese gesichtet hat, steht nicht fest. Die Ausführungen des Notars in seinem Ablehnungsschreiben legen nahe, dass er nicht im Besitz der relevanten Kontoauszüge war. Da Grund zu der Annahme bestand, dass die Beschwerdeführerin entweder selbst nicht im Besitz der Kontoauszüge ist oder sie die Suche danach im Ablagesystem des Erblassers überfordert, hätte der Notar weitere Bemühungen anstellen müssen.



sen, um Einsicht in die Kontoauszüge zu erhalten. Übermittelt ihm die Beschwerdeführerin auf seine Anforderung hin die fehlenden Kontoauszüge nicht, so muss er das in ihrer Person vorhandene Aufklärungspotential in der Weise nutzen, dass er diese auffordert, eigene Auskunftsansprüche gegenüber Geldinstituten durchzusetzen (vgl. BGH, Beschluss vom 07.03.2024, I ZB 40/23, ZEV 2024, 378 Rdnr. 50 f.; Senatsurteil vom 20.05.2020, IV ZR 193/19, ZEV 2020, 625 Rdnr. 9). Alternativ kann sich der Notar eine Vollmacht des Erben zu einer von ihm selbst durchzuführenden Anfrage bei den Banken erteilen lassen (vgl. BVerfG, ZEV 2016, 578 Rdnr. 3). Aus den Ausführungen des Beschwerdegerichts ergibt sich nicht, dass der Notar Derartiges veranlasst und die Beschwerdeführerin entsprechend angewiesen hätte. Die Argumentation des Beschwerdegerichts, möglicherweise existierende weitere Unterlagen, die noch nicht gesichtet worden seien, würden nicht dazu führen, dass ein den gesetzlichen Anforderungen entsprechendes Nachlassverzeichnis erstellt werden könne, ist spekulativ und vermag die Entscheidung nicht zu tragen.

**20** Die Sichtung der fehlenden Kontoauszüge kann zum anderen auch Erkenntnisse zum sonstigen Nachlass liefern.

**21 (2)** Hinsichtlich des von der Auskunftspflicht umfassten fiktiven Nachlasses hätte ferner Veranlassung bestanden, die Enkelin, die nach den Angaben der Beschwerdeführerin vom Erblasser beschenkt worden ist, und für den Fall, dass Schenkungen (auch) während ihrer Minderjährigkeit erfolgt sein sollten, deren gesetzliche Vertreter für diesen Zeitraum, sowie sämtliche Pflichtteilsberechtigten zu befragen. Letztere kommen aufgrund ihrer familiären Verbindung zum Erblasser als mögliche Empfänger von Schenkungen und ausgleichspflichtigen Zuwendungen in Betracht (vgl. *Koroch*, RNotZ 2020, 537, 545). Der angefochtenen Entscheidung ist lediglich zu entnehmen, dass eine Befragung der Pflichtteilsberechtigten stattgefunden hat, nicht jedoch, welche Erkenntnisse diese Befragung erbracht hat. Es hätte jedoch einer Auseinandersetzung mit den Ergebnissen dieser Befragung bedurft, denn die Schlussfolgerung des Beschwerdegerichts, der Notar könne trotz ausreichender und angemessener Ermittlungen den fiktiven Nachlass nicht feststellen, setzt voraus, dass sich aus den getätigten Nachforschungen weder hinreichende Erkenntnisse zur (Nicht-)Existenz von Schenkungen und Zuwendungen noch weitere Ermittlungsansätze ergeben haben. Allein die Feststellung, der Notar habe Gespräche geführt, bildet keine tragfähige Grundlage für die Annahme, die Ermittlungen seien ausreichend und angemessen gewesen.

**22 cc)** Sollten nach Durchführung der aufgeführten und etwaiger weiterer, vom Notar nach den dargelegten Grundsätzen vorzunehmenden Nachforschungen Unklarheiten verbleiben, so berechtigt dieser Umstand den Notar jedenfalls nicht, die Aufnahme des Nachlassverzeichnisses mit der Begründung abzulehnen, dies sei mit seinen Amtspflichten nicht vereinbar.

**23 (1)** Rechtsfehlerhaft meint das Beschwerdegericht, der Notar würde in diesem Fall gegen die Vermutung der Vollständigkeit der notariellen Urkunde eine unvollständige Urkunde errichten. Die von der Rechtsprechung für über ein

Rechtsgeschäft aufgenommene notarielle Urkunden entwickelte Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit (vgl. BGH, Urteil vom 10.06.2016, V ZR 295/14, DNotZ 2017, 48 Rdnr. 6 m. w. N.) ist auf das notarielle Nachlassverzeichnis, das seiner Rechtsnatur nach eine (einseitige) Wissenserklärung darstellt (vgl. Senatsurteil vom 01.12.2021, IV ZR 189/20, BGHZ 232, 77 Rdnr. 17; BGH, Beschluss vom 23.09.2021, I ZB 20/21, ZEV 2022, 23 Rdnr. 60; jew. m. w. N.), nicht übertragbar und kann daher nicht zur Begründung einer Verweigerung der Amtstätigkeit herangezogen werden. Diese Vermutung bezieht sich auf Vereinbarungen und regelt die Verteilung der Beweislast, wenn sich eine Partei auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände beruft (vgl. BGH, Urteil vom 10.06.2016, a. a. O.).

**24 (2)** Aus den Grundsätzen über den Umfang der Auskunftspflicht kann ebenfalls nicht auf eine Berechtigung des Notars, bei verbleibenden Unklarheiten die Urkundstätigkeit zu verweigern, geschlossen werden.

**25 (a)** Der Auskunftsanspruch aus § 2314 BGB ist nach § 260 BGB dadurch zu erfüllen, dass der Erbe dem Pflichtteilsberechtigten ein Verzeichnis des Bestands vorlegt, das die zum Zeitpunkt des Erbfalls tatsächlich vorhandenen Nachlassgegenstände, den fiktiven Nachlass sowie die Nachlassverbindlichkeiten enthält (vgl. Senatsurteil vom 09.11.1983, IV ZR 151/82, BGHZ 89, 24, 27, juris Rdnr. 8 m. w. N.; BGH, Urteil vom 02.11.1960, V ZR 124/59, BGHZ 33, 373, 374, juris Rdnr. 11 f.). Grundsätzlich muss die Auskunft so weit gehen, wie dies zur Durchsetzung des Anspruchs des Gläubigers – hier des Pflichtteilsberechtigten – erforderlich ist (vgl. *Knöfler* in NK-BGB, 4. Aufl., § 260 Rdnr. 10; *Krüger* in MünchKomm-BGB, 9. Aufl., § 260 Rdnr. 40; *Lorenz* in BeckOK-BGB, Stand: 01.05.2024, § 260 Rdnr. 27; *Röver* in BeckOGK-BGB, Stand: 01.02.2022, § 260 Rdnr. 69; *Stadler* in Jauernig, BGB, 19. Aufl., §§ 259–261 Rdnr. 5). Dem Auskunftsanspruch aus § 2314 BGB sind angesichts des Umstands, dass sich die Wissenserklärung auf den Nachlass eines Dritten bezieht, dessen Erwerb und Zusammensetzung nicht zwingend Gegenstand eigener Wahrnehmung des Erben war, naturgemäß Grenzen gesetzt: Der Erbe kann lediglich über die Nachlassbestandteile Auskunft erteilen, deren Existenz er zum Zeitpunkt der Auskunftserteilung kennt oder hinsichtlich derer er sich die notwendigen Kenntnisse in zumutbarer Weise verschaffen kann (vgl. BGH, Beschluss vom 07.03.2024, I ZB 40/23, ZEV 2024, 378 Rdnr. 49 ff.; Senatsurteile vom 01.12.2021, IV ZR 189/20, BGHZ 232, 77 Rdnr. 27; vom 20.05.2020, IV ZR 193/19, ZEV 2020, 625 Rdnr. 11; BGH, Beschluss vom 18.12.2008, I ZB 68/08, ZIP 2009, 1346 Rdnr. 21).

**26 (b)** Stellt der Notar im Rahmen seiner Ermittlungspflicht die gebotenen Nachforschungen an und wirkt der Erbe – die Beschwerdeführerin – bei der weiteren Sachverhaltaufklärung im erforderlichen und ihr zumutbaren Umfang mit, berechtigen verbleibende Unklarheiten den Notar nicht zur Verweigerung der Amtstätigkeit. Vielmehr hat er den zugrunde liegenden Sachverhalt in das Verzeichnis aufzunehmen und seine Zweifel zum Ausdruck zu bringen (ähnlich LG Trier, ErbR 2020, 878, juris Rdnr. 15; *Bock* in NK-BGB, 6. Aufl., § 2314 Rdnr. 23; *Horn* in Burandt/Rojahn, BGB, 4. Aufl., § 2314

Rdnr. 56; *Grziwotz* in HK-Pflichtteilsrecht, 3. Aufl., § 2314 Rdnr. 61; *Schönenberg-Wessel*, Das notarielle Nachlassverzeichnis, 2020, § 12 Rdnr. 7; *van der Auwera*, ZEV 2008, 359; *Braun*, MittBayNot 2008, 351, 352). Nur so wird dem Zweck des § 2314 BGB, dem in Beweisnot befindlichen Pflichtteilsberechtigten die notwendigen Kenntnisse zur Berechnung und Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs zu verschaffen (vgl. Senatsurteil vom 20.05.2020, IV ZR 193/19, ZEV 2020, 625 Rdnr. 8), hinreichend Rechnung getragen. Andernfalls bestünde im Fall eines nicht aufgenommenen Verzeichnisses für den Pflichtteilsberechtigten die Gefahr, dass er seinen dem Grunde nach gegebenen Pflichtteilsanspruch der Höhe nach nicht beziffern und ihn damit faktisch nicht durchsetzen kann.

Umgekehrt sähe sich der Erbe bei einem nicht erstellten Verzeichnis der Gefahr von Vollstreckungsmaßnahmen nach § 888 ZPO ausgesetzt.

**27 b)** Auch ein Fall, in dem der Notar in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens von der Aufnahme des Nachlassverzeichnisses absehen konnte, ist nicht gegeben, denn ein Entscheidungsspielraum steht dem Notar im Streitfall nach den eingangs dargestellten Grundsätzen nicht zu. Weder räumt ihm eine gesetzliche Vorschrift einen solchen ein noch kommt die gewünschte Amtstätigkeit einem gesetzlich normierten Ablehnungsgrund so nahe, dass sie dem Notar als Organ der vorsorgenden Rechtspflege nicht zugemutet werden kann.

**28** Soweit dem Notar in der Literatur teilweise ein Ermessen zugestanden wird, die Beurkundung bei nicht zu beseitigenden Zweifeln rechtlicher oder tatsächlicher Art zu versagen (vgl. *Bremkamp* in Beck'sches Notar-Handbuch, § 32 Rdnr. 68; *Frenz* in Frenz/Miermeister, BNotO, § 15 Rdnr. 25; *Sandkühler* in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, § 15 Rdnr. 72 ff.; einschränkend *Seger* in Diehn, BNotO, § 15 Rdnr. 37; a. A. *Meier* in Schönenberg-Wessel/Plottek/Sikora, BNotO, § 15 Rdnr. 36 ff.; *Nachreiner*, MittBayNot 2001, 356, 358), kann offenbleiben, ob ein dahin gehender Entscheidungsspielraum für die Amtstätigkeit im Zusammenhang mit der Aufnahme eines notariellen Nachlassverzeichnisses im Hinblick auf die schutzwürdigen Interessen der Pflichtteilsberechtigten überhaupt in Betracht kommt. Jedenfalls liegt ein derartiger Ausnahmefall hier nicht vor.

**29** Keinen ausreichenden Grund im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO stellt ferner der mit der Aufnahme des Nachlassverzeichnisses verbundene Zeitaufwand dar. Der Notar hat als Träger eines öffentlichen Amtes die Pflicht zur Amtsberichtschaft, die im Allgemeinen Interesse dazu dient, in dem betreffenden Amtsbezirk und -bereich eine ausreichende, geordnete und leistungsfähige vorsorgende Rechtspflege zu gewährleisten (BGH, Beschluss vom 17.03.2014, NotZ(Brfg) 18/13, DNotZ 2014, 475 Rdnr. 9 m. w. N.). Hiermit ist es in der Regel unvereinbar, wenn er eine gesetzlich vorgesehene Amtstätigkeit unter Verweis auf deren Zeitintensität verweigert. Ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen ein solcher Ausnahmefall in Betracht kommt, muss hier nicht entschieden werden. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.

**30 3.** Gemäß § 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO, § 74 Abs. 5 FamFG ist der angefochtene Beschluss aufzuheben. Der Senat kann gemäß § 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO, § 74 Abs. 6 Satz 1 FamFG in der Sache selbst entscheiden, da sie zur Endentscheidung reif ist. Aufgrund des festgestellten Sachverhalts steht fest, dass der Notar nicht zur Verweigerung der Aufnahme des Nachlassverzeichnisses berechtigt war.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Ass. jur. **Kevin Stopfer**, Bonn

#### 1. Einleitung

Die Entscheidung bewegt sich im Spannungsfeld zwischen dem notariellen Urkundengewährungsgrundsatz und möglichen Gründen der Amtsverweigerung nach § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO. Der Notar hatte die Erstellung des Nachlassverzeichnisses abgelehnt, weil die Erbin über viele Sachverhalte nur Mutmaßungen anstellen konnte. Dies liege auch an der unzureichenden Mitwirkung der Erbin. Er sah sich deshalb außerstande, die erforderlichen Informationen zu beschaffen. Hilfsweise sei die Erstellung unzumutbar, da diese schon mehr als ein Jahr in Anspruch nehme und noch eine Vielzahl weiterer Dokumente gesichtet werden müssen. Das Ausgangsgericht hatte dem Notar noch ein Recht zur Amtsverweigerung zugestanden, da ihm die Erstellung eines vollständigen Nachlassverzeichnisses selbst bei Durchführung der erforderlichen Ermittlungen nicht möglich sei.<sup>1</sup> Das hat der BGH nun zurückgewiesen, weil noch weitere Ermittlungsansätze bestehen, welche der Notar ausschöpfen müsse. Der Senat beleuchtet daneben verschiedene Konstellationen, in denen das zu erstellende Nachlassverzeichnis (womöglich) unrichtig oder unvollständig wäre. Diese Ausführungen bilden den Kern der folgenden Anmerkungen (2.). Den Zeiteinwand haben dagegen beide Gerichte zutreffend zurückgewiesen (3.).

#### 2. Ablehnung aufgrund der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des zu erstellenden Verzeichnisses

Der Auskunftsanspruch des Erben gegen den Pflichtteilsberechtigten nach § 2314 Abs. 1 BGB wird in zwei Stufen erfüllt (a)). Auf Basis dieser beiden Stufen ist zwischen drei Konstellationen zu unterscheiden, in denen eine Amtsablehnung nach § 15 BNotO aufgrund der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des zu erstellenden Verzeichnisses in Betracht kommt (b-d)).

- Die verschiedenen Ansprüche des § 2314 Abs. 1 BGB

Auf der ersten Stufe des Auskunftsanspruchs hat der Erbe dem Pflichtteilsberechtigten nach § 260 Abs. 1, § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB ein Nachlassverzeichnis vorzulegen, das Auskunft über sämtliche Vermögenswerte des realen

<sup>1</sup> LG Bad Kreuznach, Beschluss vom 20.04.2023, 4 OH 11/22, ZEV 2024, 239 mit Anm. *Keim*.



und fiktiven Nachlasses enthält.<sup>2</sup> Legt der Erbe ein Nachlassverzeichnis vor und bestehen Anhaltspunkte dafür, dass das Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt wurde, hat der Erbe auf zweiter Stufe nach § 260 Abs. 2, § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB eidesstattlich zu versichern, dass er nach bestem Wissen den Nachlassbestand so vollständig angegeben habe, wie er dazu imstande sei. Er hat also zu versichern, dass er das Verzeichnis mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt hat. Beruht die etwaige Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Verzeichnisses nicht auf mangelnder Sorgfalt im Sinne des § 260 Abs. 2 BGB, ist die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung demnach kein taugliches Mittel, um die Richtigkeit und Vollständigkeit des Verzeichnisses sicherzustellen.<sup>3</sup> Daraus folgt, dass dann schon der Vorlageanspruch nicht erfüllt ist – d. h. noch gar kein Nachlassverzeichnis im Sinne des § 260 Abs. 1, § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB vorliegt<sup>4</sup> – und der Pflichtteilsberechtigte die Berichtigung bzw. Ergänzung des vorgelegten Verzeichnisses verlangen kann (§ 260 Abs. 1, § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB). Diesen Anspruch muss der Auskunftsberichtige ggf. nach § 888 Abs. 1 ZPO vollstrecken.<sup>5</sup> Die Unvollständigkeit beruht nicht auf mangelnder Sorgfalt, wenn das Verzeichnis bereits formal erkennbar unvollständig ist,<sup>6</sup> insbesondere weil ein Teil des Nachlassbestandes weg gelassen wurde oder bestimmte sachliche oder zeitliche Teile völlig fehlen.<sup>7</sup> Der Anspruch auf Vorlage des Verzeichnisses ist dagegen erfüllt, wenn der Erbe ein formal vollständiges Verzeichnis vorlegt, auch wenn der Erbe womöglich inhaltlich unrichtig Angaben getätigt hat. Die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung ist dann taugliches Mittel zur Gewährleistung der Richtigkeit der Angaben.

Das notarielle Nachlassverzeichnis ist zum privaten inhaltlich wesensgleich; es erfüllt den Anspruch des Erben auf Vorlage des Verzeichnisses.<sup>8</sup> Allerdings soll das notarielle Verzeichnis eine größere Gewähr für die Richtigkeit und Vollständigkeit bieten. Der Notar hat deshalb den Bestand selbst und eigenständig zu ermitteln und den Inhalt zu verantworten.<sup>9</sup> Der Erbe ist aus § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB zur Mitwirkung verpflichtet, soweit dies für die ordnungsgemäße Aufnahme erforderlich ist.<sup>10</sup>

2 Grüneberg/Weidlich, 83. Aufl. 2024, § 2314 Rdnr. 9 m. w. N.

3 Vgl. OLG München, Teilurteil vom 27.01.2014, 19 U 3606/13, ZEV 2014, 365.

4 Grüneberg/Weidlich, § 2314 Rdnr. 11.

5 BGH, Beschluss vom 13.09.2018, I ZR 109/17, NJW 2019, 231 Rdnr. 10.

6 BGH, Urteil vom 20.05.2020, IV ZR 193/19, RNotZ 2020, 387 Rdnr. 5, 11; Grüneberg/Weidlich, § 2314 Rdnr. 11.

7 OLG München, Teilurteil vom 27.01.2014, 19 U 3606/13, ZEV 2014, 365.

8 BGH, Urteil vom 31.10.2018, IV ZR 313/17, DNotZ 2019, 207 Rdnr. 22 m. w. N.

9 BGH, Beschluss vom 13.09.2018, I ZR 109/17, DNotZ 2019, 204 Rdnr. 32.

10 BGH, Beschluss vom 13.09.2018, I ZR 109/17, DNotZ 2019, 204 Rdnr. 14; Urteil vom 20.05.2020, IV ZR 193/19, DNotZ 2021, 63 Rdnr. 9.

Im Falle einer (möglichen) Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Verzeichnisses – ggf. aufgrund einer unzureichenden Mitwirkung des Erben – kommt die vorstehende Abgrenzung der Ansprüche zum Tragen:

- b) Verbleibende Unklarheiten trotz hinreichender Mitwirkung des Erben

Der Senat stellt klar, dass verbleibende Unsicherheiten hinsichtlich der Richtigkeit des (formal vollständigen) Verzeichnisses nicht zur Amtsverweigerung berechtigen.<sup>11</sup> Der Notar hat das Nachlassverzeichnis zu erstellen und in diesem verbleibende Zweifel an der Richtigkeit zum Ausdruck zu bringen.<sup>12</sup> Der Senat erteilt damit gegenteiligen Stimmen eine Absage, nach denen der Notar gemäß § 15 Abs. 2 BNotO und § 4 BeurkG nicht an der Erstellung möglicherweise unrichtiger Verzeichnisse mitwirken dürfe.<sup>13</sup> Das verdient Zustimmung. Ein formal vollständiges Nachlassverzeichnis erfüllt den Anspruch des Pflichtteilsberechtigten auf Vorlage des Verzeichnisses aus § 2314 Abs. 1 Satz 2, § 260 Abs. 1 BGB. Der Pflichtteilsberechtigte benötigt das Verzeichnis, um dessen Richtigkeit auf zweiter Stufe mittels eidesstattlicher Versicherung sicherzustellen (siehe oben).

Zutreffend führt der Senat aus, dass die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit bei der einseitigen Willenserklärung des Nachlassverzeichnisses nicht greift.<sup>14</sup> Auch kann der Notar die Erstellung nicht nach § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO unter Berufung auf Zweifel tatsächlicher Art verweigern.<sup>15</sup> Ein solcher Verweigerungsgrund wird insbesondere für den Fall diskutiert, dass durch das Geschäft eine unerfahrene, geschäftsungewandte Person geschädigt werden könnte.<sup>16</sup> Wenn der Notar aber seine Zweifel an der Richtigkeit in der Urkunde offenlegt, ist der Auskunftsberichtige durch die Möglichkeit der eidesstattlichen Versicherung hinreichend geschützt. Es liegt dann nicht nahe, dass er durch die Beurkundung des Nachlassverzeichnisses geschädigt wird.

Unerheblich für die Berechtigung zur Amtsverweigerung ist dagegen die Ursache der möglichen Unrichtigkeit des Verzeichnisses. Diese wird erst auf der zweiten Stufe bei der Frage relevant, ob nach § 260 Abs. 2 BGB Grund zu der Annahme besteht, dass das Verzeichnis im Sinne des § 260 Abs. 2 BGB nicht mit der erforderlichen Sorgfalt

11 Rdnr. 26 der besprochenen Entscheidung.

12 Rdnr. 26 der besprochenen Entscheidung. Das folgt aus der Amtspflicht, durch Tatsachenbekundungen keinen falschen Anschein zu erwecken, siehe BGH, Urteil vom 21.11.1996, IX ZR 182/95, DNotZ 1997, 221 m. w. N.; Schippel/Bracker/Schramm, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 19 Rdnr. 42; Schönenberg-Wessel, Nachlassverzeichnis, 2020, § 16 Rdnr. 24.

13 Zum Nachlassverzeichnis Eymann/Vaasen/Limmer, BNotO, 4. Aufl. 2016, § 20 Rdnr. 21a; Nieder, DNotZ 2003, 62, 64; allgemein zum Bestandsverzeichnis Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl. 2016, § 20 Rdnr. 58.

14 Rdnr. 23 der besprochenen Entscheidung.

15 Rdnr. 28 der besprochenen Entscheidung.

16 Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, § 15 Rdnr. 73 m. w. N.

aufgestellt worden ist. Der Pflichtteilsberechtigte kann danach die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung von dem Erben verlangen, soweit die mögliche Unrichtigkeit darauf beruht, dass der Erbe etwa inhaltlich falsche Angaben getätigt oder ihm mögliche Erkenntnisquellen nicht bedient hat. Dagegen wurde das Verzeichnis im Sinne des § 260 Abs. 2 BGB mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt, soweit der Erbe allein aufgrund seiner begrenzten Erkenntnismöglichkeiten selbst bei Beachtung der erforderlichen Sorgfalt den Nachlass nicht sicher bestimmen kann.<sup>17</sup>

- c) Trotz nicht hinreichender Mitwirkung des Erben formal vollständiges Verzeichnis erstellbar

Der Senat stellt fest, dass eine unzureichende Erfüllung der Mitwirkungspflicht durch den Erben nicht zur Amtsverweigerung berechtigt, soweit weitere Ermittlungsansätze bestehen. Aufgrund seiner eigenständigen Ermittlungspflicht hat der Notar vielmehr selbst die erforderlichen Nachforschungen anzustellen.<sup>18</sup> Der Senat benennt konkrete Ermittlungsmaßnahmen<sup>19</sup> und gibt dem Notar damit – auch unabhängig von etwaigen Ablehnungsgründen – einen konkreten Maßnahmenkatalog an die Hand. Für den Notar bedeutet dies zunächst ein erfreuliches Mehr an Rechtssicherheit in dem derzeit hoch umstrittenen Bereich des Nachlassverzeichnisses.

Mit seinen Ausführungen impliziert der Senat jedoch, dass der Notar versuchen muss, auch ohne hinreichende Mitwirkung des Erben das Nachlassverzeichnis zu erstellen. Das würde bedeuten, dass der Notar sein Amt jedenfalls nicht verweigern kann, solange die Erstellung eines formal vollständigen Nachlassverzeichnisses bei Durchführung der erforderlichen Ermittlungen möglich erscheint. Ein solches Verzeichnis ist erfüllungstauglich, sodass der Pflichtteilsberechtigte in einem zweiten Schritt mittels eidesstattlicher Versicherung gegen den Erben vorgehen müsste (siehe oben). Ein formal vollständiges Verzeichnis kann der Notar trotz mangelnder Mitwirkung des Erben errichten, wenn er die benötigten Informationen aus anderen Quellen beschaffen kann, auch wenn deren Richtigkeit aufgrund der unzureichenden Mitwirkung zweifelhaft ist. Beispielhaft zu nennen ist der Fall, dass der Erbe Angaben zu Nachlassgegenständen im gemeinsam mit dem Erblasser bewohnten Haushalt macht, dem Notar jedoch den Zutritt zu der Wohnung verweigert.<sup>20</sup> Diesen Fall scheint auch der BGH vor Augen gehabt zu haben. So wird die in Fußnote 14 genannte Fundstelle in Rdnr. 26 der besprochenen Entscheidung im Zusammenhang mit den Ausführungen zitiert, dass verbleibende Unsicherheiten oder Zweifel nicht zur Amtsverweigerung berechtigen. Der Notar hat dann die angegebenen Nachlassgegenstände aufzunehmen und seine Zweifel an der Richtigkeit zu vermerken.

17 Vgl. Rdnr. 25 der besprochenen Entscheidung.

18 Rdnr. 16 der besprochenen Entscheidung.

19 Rdnr. 17 ff. der besprochenen Entscheidung.

20 Vgl. Schönenberg-Wessel, Nachlassverzeichnis, § 12 Rdnr. 7.

Dieser Auffassung des Senats ist nicht zuzustimmen. Sie verpflichtet den Notar dazu, bei der Erstellung des Nachlassverzeichnisses in ineffizienter Weise Umwege zu gehen, um an Informationen zu gelangen, die ihm der Erbe bei entsprechender Mitwirkung verschaffen könnte. Die Alternative wäre, den Pflichtteilsberechtigten auf die Zwangsvollstreckung des Vorlageanspruchs zu verweisen und damit die Mitwirkung des Erben zu forcieren. Der von dem Senat beschrittene Weg widerspricht dagegen der Verfahrensökonomie und führt zu einer Verzögerung bei der Erstellung des Verzeichnisses. Sie schadet dem Pflichtteilsberechtigten damit im Ergebnis eher. Dem Erben gibt die Entscheidung dagegen die Macht, durch eine „Salamitaktik“ die Erstellung des Verzeichnisses herauszuschieben.

Jedenfalls kann der Erbe aus der Ablehnung der Anfertigung des Verzeichnisses, an dem er pflichtwidrig nicht mitwirkt, keine Amtshaftungsansprüche gegen den Notar herleiten. Ein solches Verhalten wäre rechtsmissbräuchlich.<sup>21</sup> Der Erbe würde einen Anspruch geltend machen, dessen tatbestandliche Voraussetzungen er selbst mit herbeigeführt hat.<sup>22</sup>

- d) Aufgrund nicht hinreichender Mitwirkung des Erben formal vollständiges Verzeichnis nicht erstellbar

Der Entscheidung ist dagegen nicht zu entnehmen, ob der Notar die Erstellung des Verzeichnisses verweigern darf, wenn er aufgrund der nicht ausreichenden Mitwirkung bereits kein formal vollständiges Nachlassverzeichnis anfertigen kann. Das Nachlassverzeichnis ist formal unvollständig, wenn der Notar mangels Mitwirkung des Erben die erforderlichen Feststellungen gar nicht treffen kann. Dann stünde sicher fest, dass ein erstelltes Verzeichnis unrichtig ist. Ein solcher Fall liegt nach neuerer BGH-Rechtsprechung vor, wenn der Notar die Sichtung von Kontodataen zur Feststellung von Vermögenswerten für geboten erachtet, dies aber daran scheitert, dass Erbe die Zustimmung zu einem Kontodataenabruft bzw. die Erteilung einer Vollmacht zu einer entsprechenden Anfrage bei der Bank verweigert.<sup>23</sup>

Dürfte der Notar (auch) in diesem Fall nicht ablehnen, stünde von vornherein fest, dass der Pflichtteilsberechtigte einen Anspruch auf Berichtigung bzw. Ergänzung hätte (siehe oben). Der Notar wäre dann verpflichtet, das Nachlassverzeichnis zu erstellen, soweit ihm dies möglich ist. Ob der Senat so weit gehen wollte, bleibt ungewiss.

21 Der Einwand trewidrigen Verhaltens ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, der auch im öffentlichrechtlichen Auftragsverhältnis zwischen Notar und Auftraggeber greift; i. E. auch Keim, ZEV 2024, 239, 241.

22 Vgl. BeckOK-BGB/Sutschet, Stand: 01.05.2024, § 242 Rdnr. 63.

23 BGH, Urteil vom 20.05.2020, IV ZR 193/19, RNotZ 2020, 387 Rdnr. 5, 11; ebenso OLG München, Beschluss vom 23.02.2016, 3 W 264/16, ZEV 2016, 331 Rdnr. 11 ff.; OLG Koblenz Beschluss vom 30.04.2018, 1 W 65/18, ZEV 2018, 413 Rdnr. 12 ff.



Jedenfalls wenn der Erbe jede Mitwirkung verweigert, wird man dem Notar richtigerweise einen Verweigerungsgrund im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO zugestehen müssen. Der Notar hat den Nachlassbestand *ausgehend von den Angaben des Erben* zu ermitteln.<sup>24</sup> Zu Nachforschungen ins Blaue hinein ist er nicht verpflichtet.<sup>25</sup> Aber auch wenn der Notar nur hinsichtlich einzelner Nachlassgegenstände keine Feststellungen treffen kann, muss er die Beurkundung ablehnen. Ein formal unvollständiges Verzeichnis ist kein Verzeichnis im Sinne des § 2314 Abs. 1 Satz 2, § 260 Abs. 1 BGB.<sup>26</sup> Nach § 4 BeurkG trifft den Notar die Amtspflicht, die Beurkundung nichtiger Urkunden abzulehnen.<sup>27</sup>

### 3. Ablehnung aufgrund des Zeitaufwands der Erstellung

Der Notar hatte sich im Ausgangsverfahren hilfsweise darauf berufen, dass zur Erstellung des Nachlassverzeichnisses eine Vielzahl weiterer Dokumente gesichtet werden müsse und die hierdurch erforderliche Einarbeitung neuer Informationen und der Abgleich mit vorhandenen Informationen „jeden zeitlichen Rahmen sprengen“ würde.<sup>28</sup> Dieses Kriterium hatte das LG Lübeck 2018 noch als möglichen Ablehnungsgrund ins Spiel gebracht.<sup>29</sup> So wohl das Ausgangsgericht als auch der BGH sahen in diesem pauschalen Einwand jedoch zu Recht keinen ausreichenden Grund zur Amtsverweigerung. Die Amtspflicht des Notars zur Sachverhaltsaufklärung<sup>30</sup> wird grundsätzlich nicht allein dadurch begrenzt, dass die Aufklärung zeitintensiv ist.<sup>31</sup> Dies entspricht der bisherigen oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung.<sup>32</sup> Weitere, außergewöhnliche Umstände hat das Ausgangsgericht nicht festgestellt. Der Senat konnte deshalb offen lassen, ob und unter welchen Voraussetzungen der Notar bei besonderer Zeitintensivität seine Amtstätigkeit verweigern darf.<sup>33</sup> Grundsätzlich ist die Ablehnung wegen mangelnder Ressourcen in der Rechtsprechung des BGH anerkannt. So hat der Notarsenat bereits 1966 festgestellt, dass ein Ablehnungsgrund nach § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO vorliegt, wenn „ein Notar so mit Amtsgeschäften über-

häuft ist, dass er ohne sein Verschulden diese Geschäfte auch unter Zuhilfenahme der ihm zur Verfügung stehenden Hilfskräfte bei dem ihm zumutbaren Einsatz seiner körperlichen und geistigen Kraft nicht ordnungsgemäß bewältigen kann.“<sup>34</sup> Der Notar könnte dann das abzulehnende Geschäft nach seinem Ermessen auswählen. Die Entscheidung aus 1966 lässt sich auf die einfache Erkenntnis herunterbrechen, dass von dem Notar nichts Unmögliches verlangt werden kann. Sind seine Kapazitäten überlassen, muss er einen Teil seiner Amtsgeschäfte ablehnen und kann hierbei mit der Bearbeitung des Nachlassverzeichnisses das Geschäft wählen, das die Ressourcenerschöpfung herbeigeführt hat. Unterschiedlich beurteilt wird jedoch die Frage, ob dem Notar die Darlegung mangelnder Kapazitäten zur Bearbeitung des Nachlassverzeichnisses gelingen kann.<sup>35</sup> Jedenfalls eine kurzfristige Arbeitsauslastung wird regelmäßig nicht genügen, da die Erstellung eines zeitintensiven Nachlassverzeichnisses bis zu sechs Monate oder mehr in Anspruch nehmen kann.<sup>36</sup> Auch kann der Notar in der Regel vor Beginn der Bearbeitung den Gesamtaufwand nicht abschätzen.<sup>37</sup> Dieser stellt sich für gewöhnlich erst schrittweise heraus, wenn nach anfänglichen Ermittlungen weitere Ermittlungen erforderlich werden. In der Praxis sollte der Notar angesichts des Haftungsrisikos im Falle einer unberechtigten Amtsverweigerung und den zweifelhaften Erfolgsaussichten des Zeiteinwandes nur höchst zurückhaltend unter Berufung auf mangelnde Ressourcen die Erstellung verweigern.

34 BGH, Beschluss vom 27.06.1966, Notz 1/66, BeckRS 2014, 23094; weiterführend Diehn/Seger, BNotO, 2. Aufl. 2019, § 15 Rdnr. 40.

35 Dafür Keim, ZEV 2024, 239, 241; ders., ZEV 2018, 501, 503; wohl auch LG Lübeck, Beschluss vom 19.01.2018, 7 T 510/17, ZEV 2018, 416, das nur die mangelnde Substantierung verneint hat; kritisch Schönenberg-Wessel, Nachlassverzeichnis, § 16 Rdnr. 47.

36 Schönenberg-Wessel, Nachlassverzeichnis, § 16 Rdnr. 47, 50; die kurzfristige Arbeitsauslastung kann jedoch den Einwand tragen, dass die kurzfristige Erstellung binnen eines Monats nicht möglich ist, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.07.2007, I-7 W 60/07, BeckRS 2008, 6712 Rdnr. 17.

37 Schönenberg-Wessel, Nachlassverzeichnis, § 16 Rdnr. 47; so auch im Fall des LG Lübeck, Beschluss vom 19.01.2018, 7 T 510/17, ZEV 2018, 416 Rdnr. 10.

•

### 11. Elektronische Einreichung von Erbscheinsanträgen

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 26.07.2023, 20 W 151/23

BGB §§ 126, 2353

FamFG § 14b Abs. 1 und 2, § 352

#### LEITSATZ:

**Reicht ein Notar einen Erbscheinsantrag bei dem Nachlassgericht nur auf dem Postweg ein und auch auf Anforderung des Nachlassgerichts nicht in elektronischer Form**

24 BGH, Beschluss vom 13.09.2018, I ZB 109/17, DNotZ 2019, 204 Rdnr. 32.

25 BGH, Beschluss vom 07.03.2024, I ZB 40/23, ZEV 2024, 378 Rdnr. 36 m. w. N.

26 Grüneberg/Weidlich, § 2314 Rdnr. 11, vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 07.04.2011, 3 W 81/10, NJWRR 2011, 1449.

27 Grziwotz/Sauer/Heinemann/Grziwotz, BeurkG, 4. Aufl. 2024, § 4 Rdnr. 29; vgl. BeckOK-BNotO/Sander, Stand: 01.02.2024, § 15 Rdnr. 82.

28 LG Bad Kreuznach, Beschluss vom 20.04.2023, 4 OH 11/22, BeckRS 2023, 43510 Rdnr. 8.

29 LG Lübeck, Beschluss vom 19.01.2018, 7 T 510/17, ZEV 2018, 416 Rdnr. 10.

30 § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG.

31 Rdnr. 29 der besprochenen Entscheidung.

32 OLG Bamberg, Beschluss vom 16.06.2016, 4 W 42/16, ZEV 2016, 580 Rdnr. 4 m. w. N.

33 Rdnr. 29 der besprochenen Entscheidung.

nach, ist der Antrag dennoch formwirksam angebracht. Denn bei einem Erbscheinsantrag handelt es sich nicht um einen schriftlich einzureichenden Antrag im Sinne von § 14b Abs. 1 Satz 1 FamFG, bei § 14b Abs. 2 Satz 1 FamFG handelt es sich nur um eine Sollvorschrift und die Nicht-einreichung eines Antrags in elektronischer Form auf Anforderung des Gerichts nach § 14b Abs. 2 Satz 2 FamFG bleibt nach dem Gesetz sanktionslos.

•

## 12. Anfechtung der Erbschaftsannahme wegen Irrtums über die Zusammensetzung des Nachlasses

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 23.08.2023,  
14 W 144/21 (Wx)

BGB § 119 Abs.2, §§ 1944, 1957 Abs. 1, § 2361

### LEITSÄTZE:

1. Der Bestand der im Insolvenzverfahren des Erblassers angemeldeten Forderungen stellt eine Eigenschaft des Nachlasses dar. Erfolgt die Annahme der Erbschaft in der unrichtigen Vorstellung, der Nachlass sei überschuldet, kann dies eine Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums rechtfertigen.
2. Wenn der Annehmende selbst Gemeinschuldner eines Insolvenzverfahrens war, kann die Erwägung, dass im Fall der Ausschlagung des Erbes der Wert des Nachlasses nicht den eigenen Insolvenzgläubigern, sondern seinen als Erben nachrückenden Abkömmlingen zugutekommt, für die Frage, wie der Annehmende bei Kenntnis der wahren Sachlage entschieden hätte, maßgeblich sein. Es kommt insoweit vornehmlich auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise an. Dass ein Schuldner in diesem Fall in erster Linie anstreben würde, seine Verbindlichkeiten zu bedienen, ist bei der gebotenen objektiven Betrachtungsweise in der Regel nicht anzunehmen.

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Beschwerde richtet sich gegen einen Beschluss des Nachlassgerichts Offenburg, mit dem die Einziehung eines erteilten Erbscheins abgelehnt wurde.

2 Der Beteiligte Ziffer 1 ist der einzige Abkömmling der am (...)1941 geborenen und am (...)2018 verstorbenen Erblasserin A B und ihres am 10.10.2005 vorverstorbenen Ehemanns H B. Die Eheleute B betrieben ein Gasthaus in O; die Erblasserin war Eigentümerin der Immobilie. Der Beteiligte Ziffer 1 hat drei volljährige Kinder.

3 Bei der Erblasserin wurde am 10.08.1998 in der Universitätsklinik F wegen des Verdachts auf einen Gehirntumor eine Biopsie durchgeführt. In deren Folge erlitt die Erblasserin schwere, irreversible neurologische Gesundheitsschäden, fiel ins Koma und musste seither intensiv betreut und gepflegt werden, was bis zum Jahr 2009 in häuslichem Rahmen erfolgte.

4 Die Erblasserin erhab – zunächst vertreten durch ihren zum Betreuer bestellten Ehemann – am 24.09.2004 Klage gegen das Universitätsklinikum F (LG Freiburg, 6 O 388/04) und machte ein Schmerzensgeld in Höhe von mindestens 200.000 € sowie weiteren Schadensersatz geltend. Nach dem Tod ihres Ehemanns übernahm zunächst der Beteiligte Ziffer 1 als Betreuer die gesetzliche Vertretung der Erblasserin, ab dem Jahr 2009 die für den Aufgabenkreis der Vermögenssorge eingesetzten Berufsbetreuer. Mit Urteil des LG Freiburg vom 20.06.2007 wurde die Schadensersatzklage der Erblasserin abgewiesen. Ihre Berufung führte zur Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung an das LG (OLG Karlsruhe, Urteil vom 15.10.2008, 13 U 99/07). Mit Urteil des LG Freiburg vom 12.10.2011, 1 O 312/09 wurde die Klage der Erblasserin erneut abgewiesen. In dem darauf folgenden Berufungsverfahren (13 U 227/11) wurde ein Obergutachten eingeholt, das am 29.07.2015 erstattet wurde.

5 Am 30.04.2015 wurde über das Vermögen des Beteiligten Ziffer 1, der ab 01.07.2000 die Gastwirtschaft seiner Eltern als Pächter betrieben hatte, das Insolvenzverfahren eröffnet und die Beteiligte Ziffer 2 zur Insolvenzverwalterin bestellt (AG Offenburg, 30 IN [...]).

6 Wenige Monate später, am 09.09.2015, wurde auch über das Vermögen der Erblasserin das Insolvenzverfahren eröffnet (AG Offenburg, 10 IN.) und C als Insolvenzverwalter eingesetzt. Das Gasthaus wurde am 11.04.2016 veräußert; nach Abzug der Belastungen und Kosten ergab sich ein Überschuss von 39.136,25 €. Die Beteiligte Ziffer 2 meldete für den Beteiligten Ziffer 1 mit Schreiben vom 07.10.2015 Forderungen in Höhe von insgesamt 391.647 € zur Tabelle an, für deren Begründung Investitionen des Beteiligten Ziffer 1 für die Gaststätte i. H. v. 279.847,07 €, Arbeitsleistungen im Wert von 30.000 €, Verfahrenskosten von 50.000 €, ein Betreuungsaufwand von 16.800 € und ein Aufwand für den Schadensersatzprozess von 15.000 € genannt wurden.

7 Nach dem Tod der Erblasserin am 21.07.2018 wurde das Insolvenzverfahren über ihr Vermögen als Nachlassinsolvenzverfahren fortgeführt. Unter dem 24.09.2018 reichte der Beteiligte Ziffer 1 beim AG Offenburg ein Nachlassverzeichnis ein, in dem ein Vermögen der Erblasserin i. H. v. 444,39 € angegeben wurde mit der Bemerkung „Der Nachlass ist überschuldet“. Vier Tage später, am 28.09.2018, erklärte der Beteiligte Ziffer 1 zu Protokoll der Rechtspflegerin am Nachlassgericht Offenburg, dass er die Erbschaft nach seiner Mutter angenommen habe und beantragte die Erteilung eines Erbscheins für ihn als Alleinerben. Der Erbschein wurde antragsgemäß am selben Tag erteilt.

8 Im Schadensersatzprozess der Erblasserin gegen das Universitätsklinikum F, den der Nachlassinsolvenzverwalter C in enger Abstimmung mit dem Beteiligten Ziffer 1 fortführte, kam es nach zwei Ergänzungen des Obergutachtens ab dem Jahr 2018 zu Gesprächen über eine vergleichsweise Erledigung des Rechtsstreits. Mit Schriftsatz vom 30.04.2019 stellte die Klägerseite eine Gesamtforderung von 1.764.896,89 € dar. In der mündlichen Verhandlung vor dem OLG am 19.02.2020 schlossen die Parteien einen Vergleich, in dem sich das beklagte Universitätsklinikum F zur Zahlung von 1.500.000 € verpflichtete. Ein bis 08.04.2020



möglicher Widerruf des Vergleichs erfolgte nicht; am 28.04.2020 wurde die Vergleichssumme auf das Anderkonto des Nachlassinsolvenzverwalters überwiesen. Bis dahin wurde die gegen das Universitätsklinikum F eingeklagte Forderung mit einem Erinnerungswert von 1 € in der Aufstellung der Masseaktiva eingestellt.

**9** Im Bericht des Nachlassinsolvenzverwalters vom 28.05.2020 (10 IN 98/15) wird ausgeführt, dass nach der erfolgten Zahlung der 1.500.000 € die Masse ausreichen werde, um die erstrangigen Forderungen der Gläubiger der Erblasserin voll zu befriedigen. Von den angemeldeten Forderungen i. H. v. 1.850.355,90 € seien solche i. H. v. 919.120,05 € festgestellt, i. H. v. 391.647,07 € bestritten und i. H. v. 539.588,78 € zurückgenommen worden. Die Gläubiger der Erblasserin wurden infolgedessen zur Anmeldung ihrer nachrangigen Forderungen gemäß § 39 InsO aufgefordert.

**10** Mit Schreiben vom 27.07.2020 bekräftigte die Beteiligte Ziffer 2 die Forderungen des Beteiligten Ziffer 1 gegen die Erblasserin und meldete gemäß § 39 InsO Verzugszinsen i. H. v. 95.645,19 € an. Nachdem diese Forderungen schließlich nicht hinreichend belegt werden konnten, wurden sie – mit Ausnahme des Betreuungsaufwands – vom Nachlassinsolvenzverwalter C endgültig bestritten und seitens der Beteiligten Ziffer 2 nicht mehr geltend gemacht.

**11** Am 11.08.2020 teilte der Nachlassinsolvenzverwalter C dem Insolvenzgericht Offenburg mit, es seien nachrangige Forderungen i. H. v. 175.478,91 € angemeldet und i. H. v. 79.842,72 € festgestellt worden. Auf seinen Bericht vom 11.08.2020 sowie den Schlussbericht vom 07.10.2020 (10 IN 98/15) wird verwiesen. Nach der Verteilung ergab sich nach Abzug aller Kosten ein Überschuss von 294.100 €, den der Nachlassinsolvenzverwalter am 12.08.2021 beim AG Offenburg hinterlegt hat.

**12** Dem Beteiligten Ziffer 1 wurde mit Beschluss vom 13.07.2020 (30 IN 67/15) vorzeitig Restschuldbefreiung unter Entfallen der Wohlverhaltensperiode gewährt. Die Beteiligte Ziffer 2 hat nach ihrem Bericht vom 14.02.2022 auf der Grundlage einer Quote von 33 % eine Abschlagsverteilung vorgenommen.

**13** Am 29.10.2020 hat der Beteiligte Ziffer 1 in notariell beglaubigter Form die Anfechtung der Erbschaftsannahme auf Ableben seiner Mutter wegen Irrtums erklärt und die Erbschaft ausgeschlagen. Zur Begründung führte er aus, wenn er gewusst hätte, dass der Nachlass seiner Mutter werthaltig sei, hätte er die Erbschaft ausgeschlagen, damit der Nachlass nicht in seine Insolvenzmasse fallen, sondern seinen Kindern zugutekommen würde. Auf die am 30.10.2020 beim AG Offenburg eingegangene Erklärung des Beteiligten Ziffer 1 vom 29.10.2020 wird Bezug genommen.

**14** Mit Anwaltsschreiben vom 21.12.2020, auf dessen Inhalt verwiesen wird, beantragte der Beteiligte Ziffer 1 die Einziehung des Erbscheins. Der Beteiligte Ziffer 1 habe sich falsche Vorstellungen über die Zusammensetzung des Nachlasses gemacht und sei wegen dieses Irrtums zur Anfechtung der Annahme der Erbschaft berechtigt. Bei der Stellung des Erbscheinsantrags sei er von Forderungen gegen den

Nachlass seiner Mutter in Höhe von ca. 1.900.000 € ausgegangen. Erst mit am 01.10.2020 zugegangenem Schlussverzeichnis habe er erkannt, dass Forderungen (nur) i. H. v. 1.013.652,43 € festgestellt worden seien. Forderungen i. H. v. 470.492,26 € seien bestritten und in Höhe von weiteren 542.191,78 € zurückgenommen worden. Über das Bestehen der nicht begründeten Forderungen habe sich der Beteiligte Ziffer 1 geirrt. Die Forderungen der Erblasserin gegen das Universitätsklinikum F hätten sich nach der Klageschrift vom 24.09.2004 auf 1.121.412 € belaufen, wobei der Beteiligte Ziffer 1 lediglich von der Realisierbarkeit in Höhe eines Bruchteils ausgegangen sei. Die Beendigung des Schadensersatzprozesses mit einem Vergleich über 1.500.000 € sei für ihn völlig überraschend gewesen. Deshalb sei der Beteiligte Ziffer 1 bei der Annahme der Erbschaft im September 2018 von einer Überschuldung des Nachlasses in Höhe von ca. 670.000 € ausgegangen, obwohl tatsächlich ein Überschuss in Höhe des hinterlegten Betrages bestanden habe.

**15** Die Beteiligte Ziffer 2 ist einer Einziehung des Erbscheins entgegengetreten. Sie ist der Ansicht, dass ein zur Anfechtung der Erbschaftsannahme berechtigender Irrtum des Beteiligten Ziffer 1 nicht vorgelegen habe. Die wertbestimmenden Faktoren für den Nachlass seien ihm bekannt gewesen. Der Beteiligte Ziffer 1 habe vielmehr darüber geirrt, dass der Nachlass nach der am 13.07.2020 erteilten Restschuldbefreiung gleichwohl in seine Insolvenzmasse fließen würde. Die Anfechtung sei ferner verfristet. Denn der Beteiligte Ziffer 1 sei in den Verhandlungen des OLG über den Schadensersatzanspruch gegen das Universitätsklinikum anwesend gewesen. Aus dem Bericht des C vom 28.05.2020, der dem Beteiligten Ziffer 1 im Juni 2020 bekannt gewesen sei, ergebe sich die fehlende Überschuldung des Nachlasses. Zudem habe die Beteiligte Ziffer 2 dem Beteiligten Ziffer 1 am 08.07.2020 erklärt, dass die für ihn im Nachlassinsolvenzverfahren der Erblasserin geltend gemachten Forderungen nicht durchzusetzen seien.

**16** Mit Beschluss vom 17.08.2021 hat das Nachlassgericht Offenburg die Einziehung des Erbscheins abgelehnt. Zur Begründung führt das Nachlassgericht aus, ein Irrtum des Beteiligten Ziffer 1 über die Höhe der Nachlassverbindlichkeiten sei zwar anzunehmen. Dieser sei aber nicht kausal geworden, denn die Annahme der Erbschaft habe für den Beteiligten Ziffer 1 keinen wirtschaftlichen Nachteil gebracht. Die Erfüllung von in der Vergangenheit eingegangenen Verbindlichkeiten habe Vorrang vor der Weitergabe des Vermögens in der Familie. Auf die Einhaltung der Anfechtungsfrist komme es daher nicht an. Auf den Beschluss des Nachlassgerichts wird Bezug genommen.

**17** Gegen diesen – ihm am 20.08.2021 zugestellten – Beschluss hat der Beteiligte Ziffer 1 mit am 27.08.2021 beim AG Offenburg eingegangenem Schriftsatz Beschwerde eingelegt. Zur Begründung führt er aus, für die Kausalität sei nicht auf den höchsten moralischen Standard abzustellen, es komme vielmehr auf wirtschaftliche Vor- und Nachteile nicht nur für ihn, sondern auch seine Familie an.

**18** Das Nachlassgericht hat der Beschwerde des Beteiligten Ziffer 1 mit Beschluss vom 21.10.2021 nicht abgeholfen und die Akten dem Beschwerdegericht vorgelegt.

**19** Der Senat hat die Beteiligten Ziffer 1 und Ziffer 2 am 27.06.2023 persönlich angehört und Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen C. Auf den Inhalt des Sitzungsvermerks wird Bezug genommen.

**20** Die Akten betreffend den Schadensersatzprozess der Erblasserin gegen das Universitätsklinikum F (LG, F 6 O 388/04; OLG Karlsruhe, 13 U 99/07; LG, F 1 O 312/09; OLG Karlsruhe, 13 U 227/11) sowie die Insolvenzakten des AG Offenburg 30 IN (...) und 10 IN wurden beigezogen.

**21** Für weitere Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten verwiesen.

**22** Die Beschwerde des Beteiligten Ziffer 1 ist zulässig und begründet. Der dem Beteiligten Ziffer 1 erteilte Erbschein vom 28.09.2018 ist gemäß § 2361 BGB einzuziehen. Die Erbschaft gilt nach der wirksamen Anfechtung der Annahme durch den Beteiligten Ziffer 1 gemäß § 1957 Abs. 1 BGB als ausgeschlagen, weshalb der Erbschein unrichtig ist.

**23** 1. Der Beteiligte Ziffer 1 befand sich bei der Annahme der Erbschaft in einem Eigenschaftsirrtum gemäß § 119 Abs. 2 BGB.

**24** a) Eine Erbschaft stellt eine „Sache“ im Sinne dieser Vorschrift dar (vgl. RGZ 103, 21, 22, juris; MünchKomm-BGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, § 1954 Rdnr. 11). Zu den Eigenschaften der Erbschaft gehört die Zusammensetzung des Nachlasses, sodass ein Irrtum über die Zugehörigkeit bestimmter wesentlicher Rechte zum Nachlass zur Anfechtung der Annahme oder Ausschlagung berechtigen kann (MünchKomm-BGB/Leipold, § 1954 Rdnr. 11). Eine fehlerhafte Vorstellung über den Wert des gesamten Nachlasses scheidet hingegen als Anfechtungsgrund aus.

**25** Die Überschuldung des Nachlasses stellt eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Erbschaft dar (BGH, Urteil vom 08.02.1989, IVa ZR 98/87, NJW 1989, 2885; BayObLG, Beschluss vom 14.02.1997, 1 Z BR 254/96, beck-online; Grüneberg/Weidlich, 82. Aufl. 2023, § 1954 Rdnr. 6). Fehlvorstellungen darüber, dass die Verbindlichkeiten den Wert der Nachlassgegenstände übersteigen, berechtigen jedoch nur dann zu einer Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB, wenn sie sich auf die Zusammensetzung des Nachlasses beziehen, etwa auf das Vorhandensein wesentlicher Aktiva und/oder das Nichtvorhandensein wesentlicher Passiva (BGH, Urteil vom 08.02.1989, IVa ZR 98/87, NJW 1989, 2885; BayObLG, Beschluss vom 14.02.1997, 1 Z BR 254/96, beck-online; Beschluss vom 11.01.1999, 1 Z BR 113/98, beck-online; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.12.2018, I-3 Wx 140/18, FGPrax 2019, 81; OLG Brandenburg, Beschluss vom 23.07.2019, 3 W 55/19, beck-online Rdnr. 9; Grüneberg/Weidlich, § 1954 Rdnr. 6; MünchKomm-BGB/Leipold, § 1954 Rdnr. 11 f.; juris-PK-BGB/Hönninger, Stand: 03.04.2020 § 1954 Rdnr. 11; Burandt/Rojahn/Najdecki, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 1954 Rdnr. 11; a. A. BeckOGK-BGB/Heinemann, Stand: 15.12.2022, § 1954 Rdnr. 62 sowie Staudinger/Otte, Neub. 2017, § 1954 Rdnr. 15, die in der Überschuldung des Nachlasses generell eine verkehrswesentliche Eigenschaft sehen). Ein Irrtum über die Bewertung der Höhe einer zum Nachlass gehörenden Forderung oder Verbindlichkeit berechtigt hingegen nicht zur Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB, da der Wert der

Nachlassgegenstände – ebenso wenig wie der Wert des Nachlasses selbst – keine verkehrswesentliche Eigenschaft im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB darstellt (RGZ 103, 21, 22; OLG München, Beschluss vom 28.07.2015, 31 Wx 54/15, juris Rdnr. 9; MünchKomm-BGB/Leipold, § 1954 Rdnr. 14).

**26** b) Nach diesen Maßstäben kann sich der Beteiligte Ziffer 1 auf einen Eigenschaftsirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB berufen. Der Senat ist aufgrund der Anhörung der Beteiligten, der Vernehmung des Zeugen C sowie aufgrund des gesamten Inhalts der Nachlassakten und der beigezogenen Akten davon überzeugt, dass sich der Beteiligte Ziffer 1 zum Zeitpunkt der (konkludenten) Annahmeerklärung – nach Ablauf der Ausschlagungsfrist am 02.09.2018 – über den Bestand der einzelnen vom Insolvenzverwalter C mitgeteilten Verbindlichkeiten geirrt hat und infolgedessen unzutreffend von der Überschuldung des Nachlasses seiner Mutter ausgegangen ist.

**27** aa) Der Beteiligte Ziffer 1 wusste bei Annahme der Erbschaft im September 2018 aufgrund der ihm zugeleiteten Berichte des Insolvenzverwalters C vom 07.12.2017 und 05.06.2018 (10 IN 98/15), dass Forderungen i. H. v. 1.793.355,90 € zur Insolvenztabelle angemeldet waren. Dies bestätigte der Beteiligte Ziffer 1 im Rahmen seiner Anhörung am 27.06.2023 vor dem Senat und schilderte überzeugend, dass er anlässlich eines am 11.04.2018 geführten ausführlichen Gesprächs, an dem auch C als Insolvenzverwalter sowie Herr P als gesetzlicher Betreuer der A B teilgenommen haben, davon ausgegangen sei, dass die zur Insolvenztabelle angemeldeten Forderungen grob zwei Millionen Euro betragen würden. Dass sich ein Teil dieser Forderungen etwa durch Rücknahmen erledigen könnte, sei nicht besprochen worden oder naheliegend gewesen. Er habe deshalb angenommen, dass selbst bei einer zu diesem Zeitpunkt bereits angedachten vergleichsweisen Erledigung des Schadensersatzprozesses vor dem OLG der erzielte Schadensersatz nicht ausreichen würde, um die Schulden seiner Mutter zu bezahlen.

**28** Diese Annahme des Beteiligten Ziffer 1 ist plausibel. Der Insolvenzverwalter C führt in seinem späteren Schlussbericht vom 07.10.2020 aus, dass insgesamt Forderungen i. H. v. 2.026.336,47 € – mithin die vom Beteiligten Ziffer 1 genannten „grob zwei Millionen Euro“ – angemeldet waren. Der Schadensersatzanspruch gegen das Universitätsklinikum F einschließlich Zinsen wurde (mit Schriftsatz der Klägerseite vom 30.04.2019 im Verfahren 13 U 227/11) auf insgesamt 1.764.896,89 € beziffert. In Hinblick auf die zur Insolvenztabelle angemeldeten Forderungen konnte der Beteiligte Ziffer 1 davon ausgehen, dass die gegen den Nachlass gerichteten Verbindlichkeiten die Aktiva auch dann übersteigen würden, wenn die geltend gemachte Schadensersatzforderung – selbst in der angedachten Höhe – realisiert werden würde.

**29** bb) Diese Annahme des Beteiligten Ziffer 1 war tatsächlich unzutreffend. Die vorhandenen Verbindlichkeiten überstiegen die Aktiva des Nachlasses nicht; der Nachlass war mithin werthaltig und nicht überschuldet. Denn einzelne, gegen den Nachlass gerichtete und zur Insolvenztabelle angemeldete Forderungen wurden von den Gläubigern

nicht weiterverfolgt oder blieben aus Rechtsgründen unberücksichtigt.

**30** Von den insgesamt angemeldeten Forderungen i. H. v. 2.026.336,47 € wurden ausweislich des Schlussberichts des Insolvenzverwalters vom 07.10.2020 Forderungen in Höhe von (nur) 1.013.652,43 € festgestellt. Ein Teil der zunächst angemeldeten Forderungen wurde ausweislich des Schlussberichts vom 07.10.2020 i. H. v. 542.191,78 € von den Gläubigern zurückgenommen. In Höhe von insgesamt 470.492,26 € wurden Forderungen vom Nachlassinsolvenzverwalter bestritten und aus diesem Grund schließlich nicht berücksichtigt. Infolgedessen war der Nachlass entgegen der Annahme des Beteiligten Ziffer 1 nicht überschuldet. Den tatsächlich relevanten Verbindlichkeiten i. H. v. 1.013.652,43 € zuzüglich einer gegen die Masse festzusetzenden Vergütung des Insolvenzverwalters i. H. v. 102.567,89 € standen frei verfügbare Vermögenswerte der Erblasserin in Höhe von insgesamt 1.549.031,89 € gegenüber.

**31** 2. Der Irrtum des Beteiligten Ziffer 1 war für die (konkludente) Annahme der Erbschaft im September 2018 ursächlich.

**32** a) Die Anfechtung ist nur begründet, wenn die Kenntnis der wahren Sachlage bei objektiv verständiger Würdigung Anlass gegeben hätte, von der Erklärung – hier der Annahme der Erbschaft – abzusehen (MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 1954 Rdnr. 11). Dabei kommt es auch in Erbrechtsfällen in besonderem Maße auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise an, wobei eine objektive Beurteilung aus Sicht eines verständigen Dritten im Zeitpunkt der Erklärung vorzunehmen ist (KG, Beschluss vom 20.02.2018, 6 W 1/18, beck-online Rdnr. 18; MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 1954 Rdnr. 17; BeckOGK-BGB/*Heinemann*, § 1954 Rdnr. 73).

**33** b) Gemessen daran hat der Beteiligte Ziffer 1 zur Überzeugung des Senats dargelegt, dass er die Erbschaft ohne den Irrtum über die tatsächlich nicht vorhandene Überschuldung des Nachlasses nicht angenommen, sondern ausgeschlagen hätte. Andernfalls wäre der werthaltige Nachlass seiner Mutter wegen seines eigenen Insolvenzverfahrens der Masse und somit ausschließlich den Massegläubigern zugutegekommen. Der Beteiligte Ziffer 1 war auch nicht gehalten, eine werthaltige Erbschaft zum Vorteil seiner Gläubiger anzunehmen. Vielmehr betonen die in einem Insolvenzverfahren geltenden gesetzlichen Regelungen gerade den höchstpersönlichen Charakter der Entscheidungen über die Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft, § 83 Abs. 1 Satz 1 InsO. § 852 Abs. 1 ZPO gewährleistet, dass auch der Pflichtteilsanspruch nur auf der Grundlage einer Entscheidung des Schuldners für die Geltendmachung des Anspruchs zugunsten der Insolvenzmasse verwertet werden kann.

**34** Daraus folgt, dass der Beteiligte Ziffer 1 in Kenntnis der wahren Vermögenslage im September 2018 die Erbschaft auch aus Sicht eines verständigen Dritten nicht angenommen, sondern ausgeschlagen hätte mit der Folge, dass die Vermögenswerte aus dem Nachlass seiner Mutter seinen drei Kindern als weitere Abkömmlinge an seiner Stelle (§ 1924 Abs. 3 BGB) zugeflossen wären. Der Beteiligte Ziffer 1 schilderte im Rahmen seiner Anhörung, dass seine

Kinder, die aufgrund der besonderen Umstände – der Opa war schwer erkrankt und ist im Jahr 2005 verstorben, die Oma lag über viele Jahre hinweg im Koma – keine gemeinsame Zeit mit ihren Großeltern verbringen durften. Für den Beklagten Ziffer 1 sei es aufgrund der schwierigen familiären Situation klar gewesen, dass seine Kinder verbleibendes Geld ihrer Großeltern bekommen sollten.

**35** 3. Der Beteiligte Ziffer 1 hat die Anfechtung der Annahme der Erbschaft mit notariell beglaubigtem Schreiben vom 29.10.2020 wirksam erklärt.

**36** a) Die Erklärung erfolgte in öffentlich beglaubigter Form gegenüber dem zuständigen Nachlassgericht (§ 1955 Satz 1 und 2, § 1945 Abs. 1 BGB).

**37** b) Mit der Erklärung vom 29.10.2020 wurde die sechs-wöchige Anfechtungsfrist gemäß § 1954 Abs. 1 BGB eingehalten.

**38** aa) Die Frist zur Anfechtung der Annahme der Erbschaft beginnt mit der Kenntnis des Anfechtungsberechtigten vom Anfechtungsgrund. Kenntnis vom Irrtum hat der Anfechtungsberechtigte, wenn ihm die dafür maßgeblichen Tatsachen bekannt werden und er erkennt, dass seine Erklärung eine andere Wirkung hatte, als er ihr beilegen wollte (BayObLG, Beschluss vom 22.12.1997, 1 Z BR 138/97, beck-online; Grüneberg/Weidlich, § 1954 Rdnr. 7). Eine volle Gewissheit über die nachträglich bekannt gewordenen Tatsachen ist nicht erforderlich (OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.01.2017, 7 U 37/16, beck-online). Das bloße Kennen müssen genügen ebenso wenig wie eine Vermutung oder der Verdacht (BGH, Urteil vom 26.04.1973, III ZR 116/17, WM 1973, 750, beck-online). Die Feststellungslast für die Versäumung der Frist durch den Anfechtenden trägt derjenige, der die Unwirksamkeit der Anfechtung geltend macht (vgl. Kroiß-Horn, Bürgerliches Gesetzbuch: Erbrecht, 6. Aufl. 2022, § 1954 Rdnr. 23; BeckOGK-BGB/*Heinemann*, § 1954 Rdnr. 110).

**39** bb) Die Tatsachen, die für die hinreichend sichere Beurteilung der bestehenden Verbindlichkeiten des Nachlasses erforderlich waren, kannte der Beteiligte Ziffer 1 (erst) am 01.10.2020 durch die Übersendung der Niederschrift des Insolvenzgerichts Offenburg vom 21.09.2020.

**40** (1) Zunächst hatte der Beteiligte Ziffer 1 im Juni 2020 dem Bericht des Insolvenzverwalters C vom 28.05.2020 entnehmen können, dass von den bislang zur Insolvenztabelle angemeldeten Forderungen nunmehr Forderungen i. H. v. 919.120,05 € festgestellt und i. H. v. 391.647,07 € bestritten wurden. Ersichtlich war für den Beteiligten Ziffer 1 zu diesem Zeitpunkt erstmals, dass Forderungen i. H. v. 539.588,78 € zurückgenommen worden waren. Er konnte nach der Durchsicht des Berichts des Insolvenzverwalters vom 28.05.2020 davon ausgehen, dass Verbindlichkeiten nunmehr noch in Höhe von mindestens 1.310.767,10 € bestehen würden.

**41** Aus dem Bericht ging zudem hervor, dass frei verfügbare Vermögenswerte i. H. v. 1.548.939,84 € vorhanden sind, so dass die Insolvenzgläubiger gemäß § 38 InsO mit einer Quotenzahlung von 100 % rechnen konnten.



**42** Zugleich ergab sich aus dem Bericht, dass die Gläubiger aufgefordert werden sollten, ihre nachrangigen Forderungen gemäß § 39 Abs. 1 InsO zur Tabelle anzumelden. Dazu führte der Beteiligte Ziffer 1 im Rahmen seiner Anhörung vor dem Senat aus, dass er mit Zinsforderungen der Gläubiger in Höhe von 4 bis 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz über einen längeren Zeitraum und daher mit weiteren Verbindlichkeiten gerechnet habe. Welche weiteren Verbindlichkeiten auf den Nachlass zukommen würden und insbesondere, dass diese die Aktiva nicht übersteigen würden, war für den Beteiligten Ziffer 1 nach Erhalt des Berichts vom 28.05.2020, der keine Aussage zu einem möglichen Überschuss trifft, auch mit Blick auf die – wie er nachvollziehbar ausführte – ausstehenden Kosten des Insolvenzverwalters nicht gewiss.

**43 (2)** Dass die Verbindlichkeiten schließlich die Höhe der Aktiva des Nachlasses nicht erreichen würden, wurde dem Beteiligten Ziffer 1 mit der ihm am 01.10.2020 zugegangenen Niederschrift des Insolvenzgerichts vom 21.09.2020 deutlich. Daraus war ersichtlich, dass von den angemelten Forderungen gemäß § 39 Abs. 1 InsO in Höhe von insgesamt 175.487,91 € (nur) Forderungen i. H. v. 80.335,38 € festgestellt wurden. Angesichts der danach festgestellten Verbindlichkeiten von 1.013.652,43 € (933.317,05 € + 80.335,38 €) offenbarte sich für den Beteiligten Ziffer 1 nun, dass er auch unter Berücksichtigung der noch abzuziehenden Insolvenzverwaltervergütung die relevanten Verbindlichkeiten unzutreffend, nämlich zu hoch, eingeschätzt hatte und diese entgegen seiner Annahme im September 2018 die Aktiva nicht übersteigen und zur Überschuldung des Nachlasses führen würden.

**44 (3)** Dass der Beteiligte Ziffer 1 bereits zu einem früheren Zeitpunkt eine ausreichende Tatsachengrundlage zur verlässlichen Beurteilung seiner abgegebenen Erklärung hatte, hat die insoweit darlegungs- und feststellungsbelastete Beteiligte Ziffer 2, die sich auf eine Versäumung der Anfechtungsfrist berufen hat, nicht zur Überzeugung des Senats vorgebracht. Dass der Beteiligte Ziffer 1 infolge des von ihr geschilderten Gesprächs am 08.07.2020 ausreichende Kenntnis über die relevanten Verbindlichkeiten gewinnen musste, steht nicht zur Überzeugung des Senats fest. Denn die Beteiligte Ziffer 2 hat den Beteiligten Ziffer 1 nur darüber informiert, dass die für ihn im Insolvenzverfahren der Erblasserin geltend gemachten Forderungen i. H. v. 391.647,07 € nicht durchzusetzen seien. Unklar war für den Beteiligten Ziffer 1 weiterhin, welche Forderungen nach § 39 InsO angemeldet und wie hoch die Kosten für das Insolvenzverfahren sein würden. Im Übrigen bekräftigte die Beteiligte Ziffer 2 in ihrem Schreiben vom 27.07.2020 die Forderungen des Beteiligten Ziffer 1 und meldete darüber hinaus nachrangige Zinsforderungen aus dem vollen Betrag i. H. v. 95.645,19 € zur Tabelle an. Die Beteiligte Ziffer 2 ließ die Forderungen gegen den Nachlass gerade nicht fallen.

**45 cc)** Ausgehend von einem Fristbeginn am 01.10.2020 war durch die Erklärung des Beteiligten Ziffer 1 vom 29.10.2020 – eingehend beim AG Offenburg am 30.10.2020 – die Anfechtungsfrist nach § 1954 Abs. 1 BGB eingehalten.

(...)

## ANMERKUNG:

Von Notar a. D. Prof. Dr. Jörn Heinemann,  
Berlin

Die Entscheidung des OLG Karlsruhe betrifft zwar einen außergewöhnlichen Sachverhalt, berührt aber zentrale Fragen der Anfechtung einer irrtümlich angenommenen bzw. irrtümlich ausgeschlagenen Erbschaft. Aufgrund seiner speziellen Konstellation erscheint der Beschluss besonders geeignet, einige Grundlagen der Erbschaftsanfechtung kurz darzulegen, um die Ergebnisse des OLG Karlsruhe einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Im Folgenden soll untersucht werden, welche Anforderungen an einen Eigenschaftsirrtum wegen der Überschuldung bzw. Nichtüberschuldung eines Nachlasses zu stellen sind (1.). Anschließend wird das Kausalitätserfordernis, das zwischen dem Irrtum und der Anfechtungserklärung bestehen muss, eingehender betrachtet (2.).

### 1. Eigenschaftsirrtum bei Überschuldung bzw. Nichtüberschuldung des Nachlasses

Unbestritten ist, dass ein Irrtum über die Überschuldung bzw. Nichtüberschuldung eines Nachlasses einen Eigenschaftsirrtum i. S. d. § 119 Abs. 2 Alt. 2 BGB darstellen kann, da der Nachlass in seiner Sachgesamtheit als „Sache“ begriffen wird.<sup>1</sup> Die herrschende Meinung verlangt aber zusätzlich, dass die vermeintliche (Nicht-)Überschuldung des Nachlasses auf der irrtümlichen Annahme einer Zugehörigkeit bzw. Nichtzugehörigkeit bestimmter Nachlassgegenstände beruhen muss.<sup>2</sup> Eine lediglich irrtümliche Gesamtbewertung des Nachlasses, die zu einem positiven oder negativen Saldo führt, stellt nach herrschender Meinung keinen Eigenschaftsirrtum, son-

1 BayObLG, Beschluss vom 05.07.2002, 1 Z BR 45/01, BayObLGZ 2002, 189, 205 = NJW 2003, 216, 221 im Anschluss an RG, Urteil vom 22.11.1935, V 77/35, RGZ 149, 235, 239; Beschluss vom 27.06.1938, IV B 16/38, RGZ 158, 50, 53; KG, Beschluss vom 11.08.1992, 1 W 38/91, OLGZ 1993, 1, 4; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.11.2016, I-3 Wx 12/16, ZEV 2017, 92, 94; Beschluss vom 07.08.2019, I-3 Wx 170/18, FGPrax 2019, 273, 274; Beschluss vom 20.11.2020, I-3 Wx 166/20, Rpfleger 2021, 290, 291; OLG München, Beschluss vom 28.07.2015, 31 Wx 54/15, NJW-RR 2015, 1418, 1419; Erman/Schmidt, BGB, 17. Aufl. 2023, § 1954 Rdnr. 4; Münch-Komm-BGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, § 1954 Rdnr. 11; NK-BGB/Ivo, 6. Aufl. 2022, § 1954 Rdnr. 10; Staudinger/Otte, Neub. 2017, § 1954 Rdnr. 11; die Frage offen lassend hingegen das vom OLG Karlsruhe zitierte RG, Urteil vom 26.09.1921, Rep. IV. 3/21, RGZ 103, 21, 22.

2 BayObLG, Beschluss vom 05.07.2002, 1 Z BR 45/01, BayObLGZ 2002, 189, 205 = NJW 2003, 216, 221; KG, Beschluss vom 19.10.2023, 6 W 31/23, ErbR 2024, 140, 143; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.08.2019, I-3 Wx 170/18, FGPrax 2019, 273, 274; Beschluss vom 20.11.2020, I-3 Wx 166/20, Rpfleger 2021, 290, 291; Beschluss vom 09.12.2020, I-3 Wx 13/20FamRZ 2021, 901 (Ls.) = Rpfleger 2021, 354, 355; OLG Hamburg, Beschluss vom 07.03.2018, 2 W 31/16, FGPrax 2018, 223, 224; OLG München, Beschluss vom 28.07.2015, 31 Wx 54/15, NJW-RR 2015, 1418, 1419; Erman/Schmidt, a. a. O. (Fn. 1) Rdnr. 5b; Münch-Komm-BGB/Leipold, a. a. O. (Fn. 1) Rdnr. 13, 14; NK-BGB/Ivo, a. a. O. (Fn. 1) Rdnr. 11.



dern allenfalls einen Motivirrtum dar.<sup>3</sup> Auch eine fehlerhafte Bewertung einzelner Nachlassbestandteile stellt keine verkehrswesentliche Eigenschaft dar.<sup>4</sup> Das gilt auch für den Fall, dass eine zum Nachlass gehörende Forderung oder Verbindlichkeit zwar bekannt ist, deren rechtliche oder tatsächliche Durchsetzbarkeit aber falsch eingeschätzt wird,<sup>5</sup> zum Beispiel weil ein Nachlassgläubiger eine zum Zeitpunkt der Annahme bzw. Ausschlagung bestehende unverjährte Forderung gegen den Nachlass nachträglich verjähren lässt.<sup>6</sup>

Auch das OLG Karlsruhe schließt sich dieser Auffassung unter ausdrücklicher Zurückweisung der Gegenansicht<sup>7</sup> an. Im Fortgang der Entscheidung wird jedoch deutlich, dass der Senat nur bei Befolgung dieser Gegenansicht einen Eigenschaftsirrtum hätte bejahen dürfen. Obwohl dem Erklärenden bereits bei Annahme der Erbschaft aufgrund der im Insolvenzverfahren getroffenen Feststellungen alle Nachlassforderungen und Nachlassverbindlichkeiten bekannt waren und sich im Nachhinein allein deren Durchsetzbarkeit (teils wurde durch Vergleich ein Schadensersatzanspruch zur Masse gezogen, teils wurden Forderungen vom Insolvenzverwalter zurückgewiesen, teils wurden angemeldete Forderungen zurückgenommen) anders dargestellt hat, hebt das OLG Karlsruhe im Ergebnis allein auf den unterschiedlichen Saldo zwischen Aktiva und Passiva zum Zeitpunkt der Erbschaftsannahme und zum Zeitpunkt des Schlussberichts des Insolvenzverwalters ab. Es liegt also nach herrschender Meinung allenfalls ein unbeachtlicher Bewertungsirrtum hinsichtlich der Höhe des Nachlasses vor, nicht aber ein auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer Nachlassforderung bezogener Irrtum. Denn anders als in einer Entscheidung des OLG München, in welcher der die Erbschaft Annehmende davon ausgegangen war, eine

vermeintlich verjährte Forderung stelle gar keine Nachlassverbindlichkeit mehr dar,<sup>8</sup> war vorliegend dem Erklärenden aufgrund der Gespräche mit dem Insolvenzverwalter durchaus bewusst, dass die endgültige Höhe der Aktiva und Passiva noch von den weiteren Feststellungen im Rahmen des Insolvenzverfahrens abhing.

## 2. Ursächlichkeit des Irrtums für die Annahme bzw. Ausschlagung der Erbschaft (Kausalitätserfordernis)

Der Irrtum muss für die Annahme bzw. Ausschlagung der Erbschaft ursächlich gewesen sein, d. h. der Anfechtende muss darlegen und ggf. beweisen, dass er ohne den Irrtum die Erbschaft nicht angenommen bzw. nicht ausgeschlagen hätte.<sup>9</sup> Hierfür ist eine objektive Wertung auf den Zeitpunkt des Ablaufs der Ausschlagungsfrist vorzunehmen.<sup>10</sup> Abzustellen ist darauf, dass weder der Irrende noch ein unparteiischer Dritter bei verständiger Würdigung aller Umstände die Annahme bzw. Ausschlagung erklärt hätten.<sup>11</sup> Zugrunde zu legen sind aber nur Umstände, die dem Erklärenden zum Zeitpunkt des Ablaufs der Ausschlagungsfrist bekannt waren oder damals mit zumutbarer Anstrengung erfahrbar waren, nicht jedoch erst wesentlich später erfahrbare Umstände.<sup>12</sup> Denn mit dem Kausalitätserfordernis soll allein einem Missbrauch des Anfechtungsrechts vorgebeugt werden, indem es „subjektiven Launen“ den Schutz versagt.<sup>13</sup>

Diese „Plausibilitätskontrolle“<sup>14</sup> nimmt auch das OLG Karlsruhe vor, wobei es vorgeblich eine wirtschaftliche Betrachtungsweise einnimmt, dabei aber zu einem ganz anderen Ergebnis als das erstinstanzliche Nachlassge-

- 3 BayObLG, Beschluss vom 28.04.1998, 1 Z BR 26/98, NJWE-FER 1998, 178, 180; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.09.2008, I-3 Wx 123/08, FGPrax 2009, 27, 28 = ZEV 2009, 137, 138; Beschluss vom 16.11.2016, I-3 Wx 12/16, ZEV 2017, 92, 94; Beschluss vom 27.01.2020, I-3 Wx 167/19, ZEV 2020, 484 = FamRZ 2020, 1413, 1414; OLG Hamburg, Beschluss vom 07.03.2018, 2 W 31/16, FGPrax 2018, 223, 224; OLG Köln, Beschluss vom 15.05.2017, 2 Wx 109/17, BeckRS 2017, 124757; OLG München, Beschluss vom 28.07.2015, 31 Wx 54/15, NJW-RR 2015, 1418, 1419; OLG Stuttgart, Urteil vom 29.01.2009, 19 U 150/08, NotZ 2009, 346, 347; so übrigens bereits das vom OLG Karlsruhe zitierte RG, Urteil vom 26.09.1921, Rep. IV. 3/21, RGZ 103, 21, 23.
- 4 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.09.2008, I-3 Wx 123/08, FGPrax 2009, 27, 28 = ZEV 2009, 137, 138; Beschluss vom 27.01.2020, I-3 Wx 167/19, ZEV 2020, 484 = FamRZ 2020, 1413 (1414); OLG Rostock, Beschluss vom 14.09.2011, 3 W 118/10, NJW-RR 2012, 1356, 1357.
- 5 BayObLG, Beschluss vom 05.07.2002, 1 Z BR 45/01, BayObLGZ 2002, 189, 206 = NJW 2003, 216, 221; MünchKomm-BGB/Leipold, a. a. O. (Fn. 1) Rdnr. 12.
- 6 LG Berlin, Beschluss vom 06.05.1975, 83 T 181/75, NJW 1975, 2104.
- 7 RGRK-BGB/Johannsen, 12. Aufl. 1974, § 1954 Rdnr. 4; Staudinger/Otte, a. a. O. (Fn. 1) Rdnr. 15; BeckOGK-BGB/Heinemann, Stand: 01.02.2024, § 1954 Rdnr. 66.

8 OLG München, Beschluss vom 28.07.2015, 31 Wx 54/15, NJW-RR 2015, 1418, 1419.

9 BayObLG, Beschluss vom 13.01.1983, BReg. 1 Z 27/82, BayObLGZ 1983, 9, 12; Beschluss vom 24.06.1983, BReg. 1 Z 124/82, BayObLGZ 1983, 153, 163; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.01.2011, I-3 Wx 21/11, ZEV 2011, 317, 318; Beschluss vom 27.01.2020, I-3 Wx 167/19, ZEV 2020, 484 = FamRZ 2020, 1413, 1414; Beschluss vom 20.11.2020, I-3 Wx 166/20, Rpfleger 2021, 290, 291; MünchKomm-BGB/Leipold, a. a. O. (Fn. 1) Rdnr. 17; Staudinger/Otte, a. a. O. (Fn. 1) Rdnr. 17.

10 BGH, Beschluss vom 10.06.2015, IV ZB 39/14, NJW 2015, 2729 = ZEV 2015, 468, 469; KG, Beschluss vom 28.11.2014, 6 W 140/14, FGPrax 2015, 80, 81 = ZEV 2015, 96, 97; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.01.2013, I-3 Wx 155/12, FGPrax 2013, 122, 123 = NJW-RR 2013, 842 (843).

11 BGH, Beschluss vom 10.06.2015, IV ZB 39/14, NJW 2015, 2729 = ZEV 2015, 468, 469; KG, Beschluss vom 28.11.2014, 6 W 140/14, FGPrax 2015, 80, 81 = ZEV 2015, 96, 97, jeweils unter Berufung auf RG, Urteil vom 19.02.1934, IV 394/33, RGZ 143, 419, 424.

12 BGH, Beschluss vom 10.06.2015, IV ZB 39/14, NJW 2015, 2729 = ZEV 2015, 468, 469; KG, Beschluss vom 28.11.2014, 6 W 140/14, FGPrax 2015, 80, 81 = ZEV 2015, 96, 97.

13 KG, Beschluss vom 28.11.2014, 6 W 140/14, FGPrax 2015, 80, 81 = ZEV 2015, 96, 97.

14 KG, Beschluss vom 28.11.2014, 6 W 140/14, FGPrax 2015, 80, 81 = ZEV 2015, 96, 97.

richt<sup>15</sup> kommt. Betrachtet man den Sachverhalt ohne die weiteren Besonderheiten (nämlich die eigene Insolvenz des Annehmenden und das schwelende Insolvenzverfahren über das Vermögen der Erblasserin), so hätte ein unparteiischer Dritter – „ein umsichtiger Erbe“, wie das KG formuliert<sup>16</sup> – bereits zum damaligen Zeitpunkt vorsorglich die Erbschaft nicht angenommen, sondern ausgeschlagen und nach Kenntnis des Irrtums die Ausschlagung angefochten.<sup>17</sup> Da der Erbe die Erbschaft aber angenommen hat, war sein Irrtum über die spätere Werthaltigkeit des Nachlasses nicht ursächlich für seine damalige Entscheidung. Das Argument lautet: Wer einen überschuldeten Nachlass annimmt und nicht etwa ausschlägt, der nimmt einen sich nachträglich als werthaltig herausstellenden Nachlass erst recht an und schlägt ihn nicht etwa aus.

Dabei darf freilich nicht übersehen werden, dass die Rechtsprechung die besonderen Umstände des Falls und die besonderen Kenntnisse des Erklärenden im Rahmen der Kausalitätsprüfung durchaus berücksichtigt.<sup>18</sup> Neben dem vernünftigen Motiv, eine überschuldete Erbschaft auszuschlagen, muss auch das ebenso vernünftige Motiv, eine werthaltige Erbschaft auszuschlagen, wenn der Ausschlagende seinerseits überschuldet ist,<sup>19</sup> berücksichtigt werden. Dabei soll zunächst unterstellt werden, die Irrtumssituation wäre nicht eingetreten: Wie also hätte ein umsichtiger, aber überschuldeter Dritter gehandelt, dem eine überschuldete Erbschaft angefallen wäre? Hätte er getreu dem Motto „wenn schon, dann schon“ seinen bestehenden Verbindlichkeiten möglicherweise weitere hinzugefügt oder hätte er nach dem Motto „weniger ist mehr“ die Erbschaft sicherheitshalber ausgeschlagen? Bei Zugrundelegung einer vernünftigen wirtschaftlichen Betrachtungsweise hätte man die überschuldete Erbschaft dennoch ausgeschlagen, um den eigenen Schuldenstand nicht zu erhöhen und um die Forderungen der Eigengläubiger nicht noch weiter zu gefährden. Die Annahme der Erbschaft des Insolvenzschuldners wäre zwar eine rechtlich zulässige und – wegen § 83 InsO – nicht einmal anfechtbare Rechtshandlung, die sich aber aus Sicht seiner Gläubiger möglicherweise als moralisch verwerfliche, wirtschaftlich destruktive und daher gerade nicht vernünftige Handlung entpuppt. Dass der Insolvenzschuldner mit der Annahme der überschuldeten Erbschaft den im Falle seiner Ausschlagung nachrückenden Erben Unannehmlichkeiten ersparen möchte, mag zwar ein beachtliches und vernünftiges Motiv darstellen, tritt aber hinter die vorrangige Abwehr von (weiteren)

Schulden zurück. Die nachrückenden Erben hätte ohne Weiteres ebenfalls die Ausschlagung der überschuldeten Erbschaft erklärt; besonders schwerwiegende Nachteile im Vergleich zur Beteiligung an einem Nachlassinsolvenzverfahren sind damit nicht verbunden. Kehrt sich diese Betrachtungsweise um, wenn sich nachträglich herausstellt, dass die vermeintlich überschuldete Erbschaft in Wahrheit werthaltig ist? Ich meine, nein: Wenn ein Insolvenzschuldner einen überschuldeten Nachlass angenommen hat, obwohl ihn ein vernünftiger Insolvenzschuldner ausgeschlagen hätte, so hätte ein vernünftiger Insolvenzschuldner den werthaltigen Nachlass erst recht angenommen, um den Stand seiner Verbindlichkeiten zu minimieren.<sup>20</sup>

Das OLG Karlsruhe freilich stellt plötzlich die wirtschaftliche Betrachtungsweise hintan und zeichnet das rührige Bild eines zerstörten Familienidylls, das nunmehr durch die Anfechtung der Annahme einer vermeintlich überschuldeten Erbschaft, die als werthaltige jetzt den Enkelkindern ungeschränkt zufallen kann, wenigstens teilweise gekittet wird: „Ende gut, alles gut“. Natürlich nicht aus Sicht der Insolvenzgläubiger, die sich erneut den destruktiven „Launen“ des Insolvenzschuldners ausgesetzt sehen. Dem OLG Karlsruhe ist zuzustimmen, dass der Gesetzgeber die Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft in die höchstpersönliche Entscheidung des Insolvenzschuldners gelegt hat.<sup>21</sup> Dieser darf die Erbschaft aus vernünftigen oder unvernünftigen Beweggründen annehmen oder ausschlagen. Diese Höchstpersönlichkeit geht aber nicht so weit, dem Insolvenzschuldner im Nachhinein auch jede „Grille“ im Rahmen der Anfechtung dieser Erklärungen „durchgehen zu lassen“. Ein vernünftiger Dritter hätte – egal ob selbst überschuldet oder nicht – die überschuldete Erbschaft ausgeschlagen und – bei Gewahrwerden seines Irrtums – die Ausschlagung angefochten und diese angenommen. Fraglich ist allenfalls, ob ein vernünftiger, aber überschuldeter Dritter eine nicht überschuldete Erbschaft in jedem Fall zugunsten der nachrückenden Erben ausgeschlagen hätte. Genau diesen Erfahrungssatz stellt das OLG auf, wobei es aber meines Erachtens nicht alle in Betracht kommenden Gesichtspunkte einbezieht: Der Ausschlagende kann die Erbschaft nur eingeschränkt „steuern“, sodass diese nicht in jedem Fall an eine – aus Sicht des Ausschlagenden – „würdige“ Person fällt.<sup>22</sup> Neben diese Unwägbarkeit tritt als weiteres Argument, dass der Ausschlagende möglicherweise gar keinen nachrückenden Erben hat, dem er den Anfall der Erbschaft mehr als seinen eigenen Gläubigern „gönnen“ würde. Und schließlich darf nicht der Zeitpunkt des Erbschaftsanfalls außer Betracht gelassen werden: Befindet sich der (ehemalige) Insolvenz-

15 AG Offenburg, Beschluss vom 17.08.2021, 904 VI 1149/20, BeckRS 2021, 63138.

16 KG, Beschluss vom 28.11.2014, 6 W 140/14, FGPrax 2015, 80, 81 = ZEV 2015, 96, 97.

17 KG, Beschluss vom 28.11.2014, 6 W 140/14, FGPrax 2015, 80, 81 = ZEV 2015, 96, 97.

18 BGH, Beschluss vom 10.06.2015, IV ZB 39/14, NJW 2015, 2729 = ZEV 2015, 468, 469; KG, Beschluss vom 28.11.2014, 6 W 140/14, FGPrax 2015, 80, 81 f. = ZEV 2015, 96, 97.

19 BeckOGK-BGB/Heinemann, a. a. O. (Fn. 7), § 1942 Rdnr. 29.

20 Ebenso AG Offenburg, Beschluss vom 17.08.2021, 904 VI 1149/20, BeckRS 2021, 63138.

21 Vgl. zuletzt BGH, Beschluss vom 28.09.2023, IX ZA 14/23, NJW 2024, 366 = NZI 2024, 119 = ZEV 2024, 92.

22 Vgl. BGH, Beschluss vom 22.03.2023, IV ZB 12/22, NJW 2023, 1725 = FGPrax 2023, 119 zur Unanfechtbarkeit einer fehlgegangenen „lenkenden Ausschlagung“.



schuldner im Restschuldbefreiungsverfahren, so muss er von einer ihm nach Beendigung des Insolvenzverfahrens und vor dem Ende der Abtretungsfrist (§ 287 Abs. 2 Satz 1 InsO, die seit dem 01.10.2010 nur noch drei Jahre beträgt) angefallenen Erbschaft nur die Hälfte an den Treuhänder herausgeben, während er die andere Hälfte behalten darf, § 295 Satz 1 Nr. 2 InsO. Das stellt einen starken Anreiz dar, die Erbschaft anzunehmen, um zumindest zur Hälfte in deren Genuss zu kommen, während man bei einer Ausschlagung jeden rechtlichen und wirtschaftlichen Einfluss auf die Erbschaft verliert. Man sieht also, dass die Motivlage eines überschuldeten Erben keineswegs zwangsläufig und in jedem Fall darauf gerichtet sein muss, eine werthaltige Erbschaft auszuschlagen, um sie den Eigengläubigern zu entziehen und den nachrückenden Erben zukommen zu lassen. Der vom OLG Karlsruhe aufgestellte Erfahrungssatz lässt sich somit nicht zwingend herleiten.

Auch der vom OLG und dem AG Offenburg mitgeteilte Sachverhalt nährt Zweifel, ob der Irrtum des Anfechtenden im vorliegenden Fall wirklich ursächlich für die Anfechtung war. Bei genauerer Betrachtung des Sachverhalts hat man den Eindruck, der Erklärende hatte sich bei Annahme der Erbschaft weder über die konkrete Zusammensetzung des Nachlasses noch über eine konkrete Überschuldung Gedanken gemacht. Dem Nachlassgericht hat der Anfechtende bei Annahme der Erbschaft ein Vermögen von 444,39 € angegeben und gleichzeitig mitgeteilt, der Nachlass sei überschuldet. Diese widersprüchliche Aussage kann unterschiedlich gedeutet werden, durchaus auch als Gleichgültigkeit hinsichtlich einer etwaigen Überschuldung. Es entspricht aber ganz herrschender Meinung,<sup>23</sup> dass derjenige, dem die Tatsache der Überschuldung oder Nichtüberschuldung des Nachlasses gleichgültig ist, keinen hinreichenden Grund zur Anfechtung hat. Vielleicht wurde die Erbschaft aber auch aus anderen Beweggründen angenommen. Beispielsweise weil der Anfechtende insgeheim doch von einer Werthaltigkeit des Nachlasses ausging (schließlich hat er – laut Sachverhalt – den Schadensersatzprozess gegen das Universitätsklinikum eng mit dem Nachlassinsolvenzverwalter „begleitet“). In diesem Fall würde schon das Vorliegen eines Irrtums zweifelhaft sein, dessen Kausalität aber jedenfalls fehlen. Schließlich könnte der Anfechtende auch die Voraussetzungen des § 295 Satz 1 Nr. 2 InsO falsch verstanden haben, was aber als bloßer Rechtsirrtum keine Anfechtungsmöglichkeit eröffnet hätte. Vielleicht hat der Anfechtende die Erbschaft aber auch deshalb angenommen, weil er durch das bereits laufende Insolvenz- und spätere Nachlassinsolvenzverfahren ausreichend – auch nach Beendigung des eigenen Insol-

venzverfahrens – vor einer eigenen („unbeschränkten“) Haftung abgeschirmt war und sich eine etwaige Restschuldbefreiung auch auf diese Verbindlichkeiten erstrecken hätte. Zumindest könnte er nach Durchführung des Nachlassinsolvenzverfahrens auch ohne Restschuldbefreiung den verbliebenen Nachlassforderungen die Erschöpfungseinrede des § 1989 entgegenhalten. Insofern könnte der Anfechtende bewusst auf einen „guten Ausgang“ des Nachlassinsolvenzverfahrens spekulieren. Bei Erschöpfung des Nachlasses hätte er trotz Annahme der überschuldeten Erbschaft keinen persönlichen und wirtschaftlichen Nachteil erlitten (seine Eigengläubiger wohl auch nicht, weil § 1975 BGB auch nach Beendigung des Nachlassinsolvenzverfahrens dafür sorgt, dass das Eigenvermögen nicht für Nachlassverbindlichkeiten haftet<sup>24</sup>), bei Erzielung eines Überschusses aber durch Anfechtung der Annahme den werthaltigen Nachlass seinen Eigengläubigern entzogen. Ein solches Verhalten ist meines Erachtens vom Schutzzweck des § 83 InsO und des § 1954 BGB nicht umfasst. Der Insolvenzschuldner soll frei in seiner Entscheidung sein, eine Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen, gleichgültig, ob diese werthaltig oder überschuldet ist. Er ist auch berechtigt, seine Entscheidung anzufechten, wenn er sich bei Abgabe seiner Erklärung über die Überschuldung/Nichtüberschuldung dieses Nachlasses geirrt haben sollte. Wie Dorn zugespitzt formuliert hat, „ermöglicht das deutsche Modell es dem Schuldner damit in der Mehrzahl der Fälle, den erbrechtlichen Erwerb unter dem Deckmantel vermeintlicher persönlicher Ausschlagungsmotive an seinen Gläubigern vorbei in die nächste Generation zu schleusen“.<sup>25</sup> Es soll ihm aber nicht ein „Rosinenpicken“ ermöglicht werden, eine möglicherweise überschuldeten Erbschaft ohne Nachteile anzunehmen, diese aber bei sich später herausstellender Nichtüberschuldung seinen Gläubigern wieder zu entziehen. Wer eine vermeintlich überschuldeten Erbschaft annimmt, unterliegt keinem eine Anfechtung begründenden Irrtum, wenn sich im Nachhinein die Werthaltigkeit des Nachlasses herausstellt, weil er „durch den Irrtum wirtschaftlich keinen Nachteil erleidet“.<sup>26</sup>

Losgelöst von der Überschuldung des Erben im vorliegenden Fall, muss die Entscheidung des OLG Karlsruhe auch deshalb abgelehnt werden, weil sie dem Annehmenden bzw. Ausschlagenden einer in der Nachlassinsolvenz befangenen Erbschaft stets nach Beendigung des Insolvenzverfahrens die Gelegenheit verschaffen würde, die Werthaltigkeit des Nachlasses nach Vorliegen des Schlussberichts des Nachlassinsolvenzverwalters erneut zu überprüfen, um eine Anfechtung seiner damaligen Entscheidung in Erwägung zu ziehen. Dies würde zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen, andererseits dem Erklärenden die Möglichkeit verschaffen, das Verfahren für ihn „arbeiten“ zu lassen, um im Nachhinein eine Irr-

<sup>23</sup> KG, Beschluss vom 19.10.2023, 6 W 31/23, ErbR 2024, 140, 143; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.07.2004, I-3 Wx 193/04, ZEV 2005, 255; Beschluss vom 05.09.2008, I-3 Wx 123/08, FGPrax 2009, 27, 28; Beschluss vom 31.01.2011, I-3 Wx 21/11, ZEV 2011, 317, 318; OLG Rostock, Beschluss vom 14.09.2011, 3 W 118/10, NJW-RR 2012, 1356, 1357; NK-BGB/Ivo, a. a. O. (Fn. 1) Rdnr. 14; Staudinger/Otte, a. a. O. (Fn. 1) Rdnr. 17.

<sup>24</sup> Börner, JuS 1968, 53 (55).

<sup>25</sup> Dorn, Das Ausschlagungsrecht in der Insolvenz, 2020, S. 325.

<sup>26</sup> OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 08.12.2009, 20 W 325/09, BeckRS 2010, 19148.

tumsanfechtung vortragen zu können. Denn der Schlussbericht des Insolvenzverwalters wird immer einen anderen Vermögensstand ausweisen als die zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens von ihm aufgestellte Vermögensübersicht nach § 153 InsO.

## HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

### 13. Eintragung einer KG vor Eintragung der Komplementär-GmbH

OLG Brandenburg, Beschluss vom 10.07.2024, 7 W 41/24

BGB § 707a Abs. 1 Satz 2

HGB § 105 Abs. 3, § 106 Abs. 2 Nr. 2 lit. b, § 161 Abs. 2, § 162 Abs. 1

#### LEITSATZ:

**Eine Kommanditgesellschaft darf nicht in das Handelsregister eingetragen werden, wenn ihre Komplementärin eine Gesellschaft ist, die ihrerseits in das Handelsregister eingetragen werden muss, aber noch nicht eingetragen worden ist.**

#### ZUR EINORDNUNG:

Die Entscheidung weist auf eine Änderung der rechtlichen Lage durch das MoPeG hin. Bislang war es möglich und teilweise auch üblich, dass bei der Gründung einer GmbH & Co. KG durch eine noch nicht eingetragene GmbH die GmbH i. Gr. als Komplementärin eingetragen werden kann. Dies kann registerrechtlich nun nicht mehr erfolgen, weil § 106 Abs. 2 Nr. 2 lit. b HGB mittlerweile die Angabe der Registerdaten der Gesellschaft erfordert, die erst vorliegen, nachdem die GmbH in das Handelsregister eingetragen wurde. Es muss daher darauf geachtet werden, dass eine Personengesellschaft, an der eine Kapitalgesellschaft oder eine andere Personengesellschaft, die im Gesellschaftsregister eingetragen werden kann, beteiligt ist, nunmehr erst dann in das Handelsregister eingetragen werden kann, wenn auch die Gesellschafter-Gesellschaft in das entsprechende Register eingetragen wird. Bei eiligen Fällen muss daher ein etwaiger Vorvollzug einkalkuliert werden.

Der Herausgeberbeirat (PM)

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Mit der angefochtenen Verfügung hat das Registergericht der Antragstellerin eine Frist zur Behebung eines Eintragungshindernisses gesetzt. Das Registergericht hat gemeint, die als Kommanditgesellschaft errichtete Antragstellerin könne nicht in das Handelsregister eingetragen werden, solange ihre Komplementärin, eine Unternehmer-

gesellschaft (haftungsbeschränkt), nicht in das Handelsregister eingetragen sei und für diese Eintragung nicht wenigstens ein Antrag gestellt sei.

2 Die dagegen gerichtete Beschwerde der Antragstellerin ist unbegründet.

3 Eine Kommanditgesellschaft darf nicht in das Handelsregister eingetragen werden, wenn ihre Komplementärin eine Gesellschaft ist, die ihrerseits in das Handelsregister eingetragen werden muss, aber noch nicht eingetragen worden ist.

4 Die materielle Rechtslage wird davon nicht berührt: Wenn die KG zu ihrer Entstehung der Eintragung nicht bedarf (§ 161 Abs. 2, § 105 Abs. 2 HGB), besteht sie allein kraft des Gesellschaftsvertrags auch mit einer Vor-GmbH als Komplementärin. Bedarf sie der Eintragung, besteht zuvor eine GbR mit der Vor-GmbH als Gesellschafterin.

5 Anders als diese materielle Rechtslage ist indes das Registerrecht durch die am 01.01.2024 in Kraft getretenen Änderungen des Personengesellschaftsrechts in hier entscheidungserheblicher Hinsicht verändert worden. Die zuvor unbestrittene Auffassung, die KG dürfe mit der Vor-GmbH als ihrer Komplementärin eingetragen werden, und diese Eintragung sei sodann, nach Eintragung der GmbH, richtigzustellen (BGH, NJW 1985, 736), ist mit dem geänderten Recht nicht mehr vereinbar.

6 Eine Gesellschaft mbH in Gründung eignet sich ebenso als Komplementärin einer KG wie eine bereits mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags entstandene und rechtsfähige Gesellschaft anderer Rechtsform, die in ein Register eingetragen werden muss oder eingetragen werden kann. Aber die KG soll nach den – neuen – § 161 Abs. 2, § 162 Abs. 1, § 105 Abs. 3, § 106 Abs. 2 Nr. 2 lit. b HGB, § 707a Abs. 1 Satz 2 BGB erst eingetragen werden, wenn ihre Komplementärin bereits eingetragen ist (Ebenroth/Boujong/Oepen, HGB, 5. Aufl. 2024, § 162 Rdnr. 8). Die doppelte Registerpublizität, die für die Gesellschaft und für ihre Gesellschafter-Gesellschaften gelten soll, ist als eines der mit den Rechtsänderungen verfolgten Anliegen verallgemeinerungsfähig (Hessler/Strohn/Servatius, GesR, 6. Aufl. 2024, § 707a BGB Rdnr. 2). Dieses Anliegen verfolgen die § 161 Abs. 2, § 105 Abs. 3 HGB, die nicht die direkte, wortlautverhaftete, sondern die entsprechende Anwendung der Vorschriften anordnen, die für die offene Handelsgesellschaft und die Gesellschaft bürgerlichen Rechts gelten. Das Weisziel, § 707a Abs. 1 Satz 2 BGB, ordnet die doppelte Registerpublizität der GbR und ihrer Gesellschafter GbR an, und über diesen Wortlaut hinaus gilt diese Anforderung entsprechend für andere Gesellschaften als die GbR, sodass ihre Eintragung erforderlich ist, damit sie als Komplementärin und somit die von ihr gegründete Kommanditgesellschaft eingetragen werden kann. Eine besondere, die GmbH betreffende Norm ist allein wegen des sie betreffenden Eintragungzwangs (§ 7 Abs. 1 GmbHG) für entbehrlich gehalten worden (RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 132). Der – neue – Grundsatz doppelter Registerpublizität ist dadurch auch für eine Vor-GmbH als Komplementärin nicht eingeschränkt worden. Die Vor-GmbH bedarf nicht der Eintragung.



gung, und dennoch darf die mit ihr als Komplementärin gegründete KG nicht eingetragen werden, weil deren Gesellschaftsvertrag nicht die Vor-GmbH als Komplementärin vorsieht, sondern die aus der Gründungsphase herausgetretene GmbH. Weil diese GmbH – auch als haftungsbeschränkte Unternehmergeellschaft – der Eintragung bedarf, vermittelt die entsprechende Anwendung des § 707a Abs. 1 Satz 2 BGB dieses Publizitätserfordernis auf die einzutragende KG.

**7** Es reicht nach § 707a Abs. 1 Satz 2 BGB nicht aus, die Gesellschaft in sicherer Erwartung der Eintragung ihrer Gesellschafter-Gesellschaft eintragen zu können. Die Norm lässt die Eintragung nicht zu, sobald für die Gesellschafter-Gesellschaft ein Eintragungsantrag gestellt ist, dem keine offensichtlichen Hindernisse entgegenstehen. Erst die Eintragung der Gesellschafter-Gesellschaft eröffnet der Gesellschaft deren eigene Eintragung. Die entsprechende Anwendung führt für die Vor-GmbH zu dem Ergebnis, nicht die Eintragungspflicht der GmbH und nicht deren Eintragungsantrag als Eintragungsvoraussetzung ausreichen zu lassen, sondern erst die vollzogene Eintragung der GmbH, die als Komplementärin vorgesehen ist.

**8** Die von der Antragstellerin nachgewiesenen Kommentierungen des neuen Rechts (...) stehen dieser Auslegung nicht entgegen:

**9** O meint an der oben bereits angeführten Stelle, die Vor-GmbH komme als Komplementärin in Betracht; einzutragen sei die GmbH, wenn sie ihrerseits eingetragen werde, bevor das Eintragungsverfahren der KG abgeschlossen sei. Damit ist die hier interessierende Frage nicht angesprochen, was geschehen soll, wenn die GmbH noch nicht eingetragen ist, wenn das KG-Eintragungsverfahren abgeschlossen werden könnte. Sicherlich trifft zu, dass die Vor-GmbH nicht als Komplementärin eingetragen werden muss, nur um deutlich werden zu lassen, dass die KG schon mit ihr als Komplementärin bestanden hat und nicht erst mit der eingetragenen GmbH.

**10** Wolff, Eberl und Beyer verweisen auf die oben bezeichnete Entscheidung des BGH, ohne zu erörtern, ob die Rechtsänderung die damals vertretene Auffassung überholt haben könnte (Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts/Wolff, 6. Aufl. 2024, § 4 Rdnr. 12; NK-HGB/Eberl, 4. Aufl. 2024, § 162 Rdnr. 6; BeckOK-HGB/Beyer, Stand: April 2024, § 162 Rdnr. 5).

(...)

•

## 14. Rechtsformzusatz beim Namen der Gesellschaft

OLG Hamburg, Beschluss vom 22.04.2024, 11 W 19/24

BGB § 707a Abs. 2 Satz 1

### LEITSATZ:

Der Rechtsformzusatz „eGbR“ kann auch vor dem Gesellschaftsnamen platziert werden. Solange die Rechtsform eindeutig erkennbar ist, genügt die Gesellschaft auch hierdurch der Verpflichtung aus § 707a Abs. 2 Satz 1 BGB. Die Parallelvorschriften § 19 HGB, § 4 AktG und § 4 GmbH verwenden den Begriff „Zusatz“ nicht, sodass die Stellung des Rechtsformzusatzes innerhalb der Firma grundsätzlich frei wählbar ist. Es sind keine Anhaltspunkte erkennbar, die eine andere Bewertung des § 707a Abs. 2 Satz 1 BGB rechtfertigen. (Leitsatz der Schriftleitung)

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** Die zulässige Beschwerde ist begründet.

**2** Die Antragstellerin hat ihre Eintragung in das Gesellschaftsregister als „eGbR B“ beantragt. Mit der angefochtenen Zwischenverfügung hat das Registergericht die Antragstellerin um Änderung ihres Namens gebeten. Der Rechtsformzusatz müsse dem Namen der Gesellschaft nachgestellt sein, wie sich aus der Verwendung des Begriffes „Namenszusatz“ in § 707a Abs. 2 Satz 1 BGB ergebe, die insoweit von § 19 Abs. 1 HGB abweiche.

**3** Der Senat schließt sich dieser Auffassung nicht an.

**4** Gemäß § 707a Abs. 2 Satz 1 BGB ist die Gesellschaft mit der Eintragung verpflichtet, „als Namenszusatz die Bezeichnungen ‚eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts‘ oder ‚eGbR‘ zu führen“.

**5** Diesen Anforderungen ist grundsätzlich auch mit einem Rechtsformzusatz vor dem Namenskern der Gesellschaft genügt.

**6** 1. Dabei kann offenbleiben, ob der Wortlaut dieser Regelung – Namenszusatz – überhaupt dafür spricht, dass der Rechtsformzusatz dem Namen der Gesellschaft anzufügen ist und diesen abzuschließen hat, wie das Registergericht meint (so auch BeckOGK-BGB/Kafka, 2024, § 707a Rdnr. 9), oder ob diese Formulierung nicht lediglich zeigt, dass dieser Zusatz vom Namenskern deutlich abgesetzt werden soll (so Servatius in GbR, 1. Aufl. 2023, § 707a BGB Rdnr. 7, beck-online).

**7** 2. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber § 707a Abs. 2 Satz 1 BGB anders verstanden haben möchte als die gesellschaftsrechtlichen Parallelregelungen in § 19 HGB, § 4 AktG und § 4 GmbHG, die den Begriff „Zusatz“ nicht verwenden.

**8** a) Dort ist es allgemein anerkannt, dass die Stellung des Rechtsformzusatzes innerhalb der Firma beliebig ist, solange die Rechtsform eindeutig erkennbar ist (vgl. zu § 19 HGB BayOBLG, Beschluss vom 06.02.1992, 3 Z 201/91, juris Rdnr. 9; OLG Schleswig, Beschluss vom 28.09.2011, 2 W

231/10, juris Rdnr. 12; OLG Köln, Beschluss vom 21.11.1952, 8 W 110/52, NJW 1953, 345; Beschluss vom 29.10.1962, 8 Wx 100/62, NJW 1963, 541, 542; Hopt/Merk, HGB, 43. Aufl. 2024; § 18 Rdnr. 8; BeckOK-HGB/Bömeke, Stand: 01.01.2024, § 19 Rdnr. 9; Ries in Röhricht/Graf von Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann, HGB, 6. Aufl. 2023, § 19 Rdnr. 39; MünchKomm-HGB/Heidinger, 5. Aufl. 2021, § 19 Rdnr. 7; a. A. wohl Enders in BeckOK-BGB, Stand: 01.01.2024, § 19 Rdnr. 11; zu § 4 AktG BeckOGK-AktG/Drescher, Stand: 01.10.2023, § 4 Rdnr. 5, m. w. N.; zu § 4 GmbHG BeckOK-GmbHG/Jaeger, Stand: 01.11.2023, § 4 Rdnr. 21 m. w. N.).

9 b) Für einen Gleichlauf spricht zunächst die Formulierung in § 707a Abs. 2 Satz 2 BGB. Dort ist für eine GbR ohne haftende natürliche Person geregelt, dass der Name eine Bezeichnung enthalten muss, die die Haftungsbeschränkung kennzeichnet. In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu:

„§ 707a Abs. 2 Satz 2 verpflichtet die eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts, orientiert am Regelungsvorbild des § 19 Absatz 2 HGB, einen erweiterten Namenszusatz zu führen, wenn in der Gesellschaft keine natürliche Person unbeschränkt persönlich haftet.“ (Begr. RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 133).

Hieran wird deutlich, dass der Gesetzgeber in § 707a Abs. 2 BGB den Begriffen „Name“ und „Namenszusatz“ keine unterschiedliche Bedeutung beimisst.

10 c) Auch Sinn und Zweck der Regelung des § 707a Abs. 2 Satz 1 BGB gebieten nicht die vom Registergericht für richtig gehaltene Einschränkung.

11 Der verpflichtende Namenszusatz zielt auf den Schutz des Rechtsverkehrs ab, der hierdurch darauf hingewiesen wird, dass es sich um eine eingetragene GbR handelt, deren Gesellschaftsverhältnisse aus dem Gesellschaftsregister ersichtlich sind und deren Vertretungsverhältnisse vom gesetzlichen Regelfall der Gesamtvertretungsbefugnis abweichen können; außerdem soll die Prüfung der Firmenunterscheidbarkeit zwischen einer eingetragenen und einer nicht eingetragenen GbR erleichtert werden (Begr. RegE, a. a. O., S. 132). Alle diese Zwecke werden grundsätzlich aber auch dann gewährleistet, wenn sich der Zusatz vor dem Namen befindet.

12 d) Hinzu kommt, dass nach der Erfahrung des Senats die häufig auftretenden BGB-Gesellschaften, die nur ein einzelnes Grundstück halten, oft nach der Adresse des Grundstücks benannt sind, der das „GbR“ vorangestellt ist. Auch insoweit findet der Senat keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber solche Gesellschaften vor der Eintragung zur Namensänderung zwingen wollte.

13 e) Durch das vorangestellte „eGbR“ wird auch die Bedeutung dieses Rechtsformzusatzes nicht verändert (vgl. zu § 4 GmbHG BeckOGK-GmbHG/Lindow, Stand: 15.11.2023, § 4 Rdnr. 65).

14 f) Die von der Antragstellerin gewählte Reihenfolge wirkt schließlich auch nicht irreführend (vgl. zu § 15 HGB OLG Schleswig, a. a. O., in Bezug auf eine „J[...] e. K. Group“).

(...)

•

## 15. Namenszusatz „eGbR“ im Firmennamen

OLG Köln, Beschluss vom 22.04.2024, 4 Wx 4/24

BGB § 707a

### LEITSATZ:

Firmenrechtlich verlangt der Namenszusatz nach § 707a BGB lediglich die deutliche Unterscheidung vom Namenskern. (Leitsatz der Schriftleitung)

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Beteiligten zu 1 bis 7 sind Gesellschafter der betroffenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Sie erstreben deren Eintragung in das Gesellschaftsregister unter der Bezeichnung „(...) eGbR K1. str. (...).“

2 Das Registergericht hat die Anmeldung zurückgewiesen, weil der Namenszusatz „eGbR“ der Gesellschaftsbezeichnung angefügt werden müsse.

3 Die hiergegen gerichtete, gemäß § 382 Abs. 3, § 58 Abs. 1 FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässig erhobene Beschwerde hat in der Sache Erfolg.

4 1. Entgegen der Ansicht des Registergerichts ist die zur Eintragung angemeldete Gesellschaftsbezeichnung „(...) eGbR K1. str. (...)“ zulässig und eintragungsfähig. Der Zusatz „eGbR“ muss dem von der GbR geführten Namen nicht angefügt werden.

5 a) Ob die Abkürzung „eGbR“ zwingend am Schluss der Gesellschaftsbezeichnung zu stehen hat, wird allerdings nicht einheitlich beurteilt. In der registergerichtlichen Praxis sind, wie die Beschwerdeführer ausgeführt haben, auch Eintragungen zu finden (vgl. etwa AG Düren, GsR 75), bei denen der Zusatz „eGbR“ in die Gesellschaftsbezeichnung aufgenommen worden ist. Die Zulässigkeit einer solchen Verfahrensweise wird – mit der Vorinstanz – im Schrifttum (Krafcik in BeckOGK-BGB, Stand: 01.01.2024, § 707a Rdnr. 9) vereinzelt verneint. Anders als die Rechtsträgerbeschreibung als Firmenbezeichnung gemäß § 19 HGB genüge nicht, dass der Zusatz innerhalb des Namens „enthalten“ sei. Er habe vielmehr den damit vollständig geführten Namen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts abzuschließen. Daneben findet sich indes auch die Auffassung (Servatius in Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 1. Aufl. 2023, § 707a Rdnr. 7), der in § 707a BGB verwandte Begriff des „Namenszusatzes“ verlange wie im Firmenrecht, dass dieser vom Namenskern deutlich abgesetzt werde, mithin nicht damit verschwimme.

6 b) Der Senat schließt sich der zuletzt genannten Ansicht an. Danach ist die Gesellschaftsbezeichnung „(...) eGbR



K1. str. (...)“ zulässig und kann in das Gesellschaftsregister eingetragen werden.

**7** Mit der Eintragung ist die Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemäß § 707a Abs. 2 Satz 1 BGB verpflichtet, als Namenszusatz die Bezeichnungen „eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ oder „eGbR“ zu führen.

**8 aa)** Der Wortlaut der Norm gibt keinen Aufschluss darüber, wo dieser Zusatz aufzunehmen ist. Dass die abgekürzte Bezeichnung des Rechtsformzusatzes „eGbR“ lauten muss und von der GbR zu führen ist, verbietet Zusätze, die in die Gesellschaftsbezeichnung integriert sind, dem Wortlaut nach nicht. Dass die zwingend aufzunehmende Rechtsform als „Zusatz“ bezeichnet wird, sagt nichts darüber aus, an welcher Stelle sich dieser befinden muss.

**9 bb)** Auch Sinn und Zweck von § 707a Abs. 2 Satz 1 BGB sprechen nicht dafür, dass der Rechtsformzusatz zwingend dem Namen der Gesellschaft nachfolgen muss.

**10** § 707a Abs. 2 Satz 1 BGB schreibt die möglichen Rechtsformzusätze der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und damit die abgekürzte Bezeichnung „eGbR“ oder den ausgeschriebenen Zusatz zum Schutz des redlichen Rechtsverkehrs zwingend vor (*Lieder* in Erman, BGB, 17. Aufl., § 707a Rdnr. 1). Ist damit von der gesetzlichen Anordnung die Information des Rechtsverkehrs über die Gesellschafts- und Haftungsverhältnisse bezoagt, so ist die Möglichkeit, den Rechtsformzusatz in die Gesellschaftsbezeichnung zu integrieren oder dieser voranzustellen, für die eintragungswillige Gesellschaft bürgerlichen Rechts allein daran zu messen, ob die Informations- und Aussagekraft des Rechtsformzusatzes beeinträchtigt wird. Für die eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist ohne Belang, an welcher Stelle der Rechtsformzusatz in die Gesellschaftsbezeichnung aufgenommen wird, solange die Rechtsform dadurch nicht unklar wird.

**11** Letzteres ist vorliegend nicht der Fall. Trennt der Rechtsformzusatz – wie hier – lediglich den sachlichen Namensbezug (hier: „[...]“) von einem geographischen Zusatz (hier: „[...] str. [...]“), kann kein Zweifel an der Rechtsform der Gesellschaft auftreten. Allein aus dem Umstand, dass die geographische Bezeichnung (hier: „[...] str. [...]“) am Schluss steht, lässt sich insbesondere kein Hinweis auf eine wirtschaftliche oder rechtliche Verflechtung mit anderen Unternehmen etwa in dem Sinn ableiten, dass es sich um ein Tochterunternehmen einer tatsächlich existierenden anderen Gesellschaft (hier etwa in Gestalt einer „[...] eGbR“) handle.

**12 2.** Der angefochtene Beschluss ist nach § 69 Abs. 1 FamFG aufzuheben und die Sache an das Registergericht zurückzuverweisen, da die Entscheidung einer besonderen Ausführungshandlung bedarf, für die funktional allein das Gericht des ersten Rechtszugs zuständig ist (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 06.07.2016, 27 W 42/16, juris Rdnr. 30 m. w. N.). Hierbei hat das Registergericht nach § 69 Abs. 1 Satz 4 FamFG die rechtliche Beurteilung des Senats zu beachten.

(...)

## 16. Entscheidung des Eintragungswortlauts durch das Registergericht nach pflichtgemäßem Ermessen

KG, Beschluss vom 03.06.2024, 22 W 22/24

BGB § 181

FamFG § 382 Abs. 4

GmbHG § 39

HRV §§ 12, 17

### LEITSÄTZE:

- Über den genauen Eintragungswortlaut entscheidet das Registergericht nach pflichtgemäßem Ermessen. Insoweit ist es nicht zu beanstanden, wenn die allgemeine Befreiung der Geschäftsführer einer GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB als konkrete Vertretungsbefugnis bei den einzelnen Geschäftsführern eingetragen wird.
- Allein dass ein Schreiben mit einer Rechtsmittelbelehrung für eine Zwischenverfügung versehen ist, macht es nicht zu einer Zwischenverfügung und führt auch nicht dazu, dass der Inhalt des Schreibens mit der Beschwerde angegriffen werden kann.

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** Mit Anmeldung vom 05.04.2024 zur UVZ-Nr. K 129/2024 des Notars C K meldete die Beteiligte – eine GmbH – ihre Ersteintragung in das Handelsregister an. Zur Vertretung der Gesellschaft wurde Folgendes angemeldet:

„Abstrakte Regelung: Die Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer. Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, so vertritt er die Gesellschaft allein. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so wird die Gesellschaft durch zwei Geschäftsführer gemeinsam oder durch einen Geschäftsführer zusammen mit einem Prokuristen vertreten. Die Geschäftsführer sind von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Zum Geschäftsführer der Gesellschaft wurde bestellt: Herr M J, geboren am 28.05.1986, wohnhaft in Berlin.“

Konkrete Regelung: Der Geschäftsführer vertritt die Gesellschaft stets einzeln.“

**2** Der Gesellschaftsvertrag sieht unter Ziffer 4 folgende Regelung vor:

„4.1 Die Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer. Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, so vertritt er die Gesellschaft allein. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so wird die Gesellschaft durch zwei Geschäftsführer gemeinsam oder durch einen Geschäftsführer zusammen mit einem Prokuristen vertreten. Die Geschäftsführer sind von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.“

4.2 Die Gesellschafterversammlung kann die Vertretungsbefugnis abweichend regeln, insbesondere Einzelvertretungsbefugnis erteilen und Geschäftsführer den Beschränkungen des § 181 BGB unterwerfen.“

4.3 Die Geschäfte der Gesellschaft werden von den Geschäftsführern nach Maßgabe des Gesetzes, dieses Gesellschaftsvertrages, der Dienstverträge, der Geschäftsordnung und von der Gesellschafterversammlung im Allgemeinen oder im Einzelfall gegebenen Weisungen geführt.“

3 Das AG bat den einreichenden Notar mit Schreiben vom 12.04.2024 darum, ergänzend die dem Geschäftsführer erteilte Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB anzumelden. Daraufhin teilte der Notar mit, dass die Geschäftsführer nach dem Gesellschaftsvertrag allgemein von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit seien, so dass daneben eine Befreiung nicht habe erfolgen und angemeldet werden müssen.

4 Unter dem 16.04.2024 nahm das AG die Eintragung vor. Es trug dabei in der Spalte 4. a) als allgemeine Vertretungsregelung ein:

„Ist ein Geschäftsführer bestellt, so vertritt er die Gesellschaft allein. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, wird die Gesellschaft gemeinschaftlich durch zwei Geschäftsführer oder durch einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten.“

5 Unter 4. b) trug es als besondere Vertretungsbefugnis ein:

„Geschäftsführer:

1. J(...), M(...), \*xx. xx(...), Berlin mit der Befugnis die Gesellschaft allein zu vertreten mit der Befugnis Rechtsgeschäfte mit sich selbst oder als Vertreter Dritter abzuschließen.“

6 Mit Schreiben vom 19.04.2024 bat der Notar um Korrektur der abstrakten und konkreten Vertretungsbefugnis von Amts wegen, da die Befreiung von den Vertretungsbeschränkungen des § 181 BGB kraft Satzung allgemein für die organschaftlichen Vertreter erteilt und somit als Teil der allgemeinen Vertretungsregelung unter Spalte 4 Unterspalte a aufzunehmen sei.

7 Das AG teilte in einem mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehenen und in der Belehrung als Zwischenverfügung bezeichneten Hinweis vom 22.04.2024 mit, dass eine Berichtigung der Eintragung nicht in Betracht komme. Aufgrund der Satzungsregelungen sei es nicht richtig, in der abstrakten Vertretungsregelung lediglich auf die grundsätzlich erteilte Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB zu verweisen. Vielmehr müsse ergänzt werden, dass die Befreiung im Einzelfall auch entzogen werden könne, was für den Rechtsverkehr aber keine besondere Bedeutung habe.

8 Gegen die als Zwischenverfügung bezeichnete Mitteilung des AG hat der Notar am 22.04.2024 Beschwerde eingelegt. Das AG hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Senat mit einem Beschluss vom 24.04.2024 zur Entscheidung vorgelegt.

9 1. Die Beschwerde der Beteiligten bleibt ohne Erfolg, da sie unzulässig ist.

10 a) Bei dem vom AG als „Zwischenverfügung“ angesehenen Beschluss vom 22.04.2024 handelt es sich nicht um eine Zwischenverfügung im Sinne des § 382 Abs. 4 FamFG, sodass insoweit die Beschwerde nicht statthaft ist (vgl. Senat, Beschluss vom 06.06.2018, 22 W 22/18, juris Rdnr. 9).

11 Nach § 382 Abs. 4 FamFG hat, wenn eine Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister (§ 374 Nr. 1 FamFG) unvollständig ist oder der Eintragung ein anderes durch den Antragsteller behebbares Hindernis entgegensteht, das Registergericht dem Antragsteller eine angemessene Frist zur Beseitigung des Hindernisses zu bestimmen. Eine solche Entscheidung ist mit der Beschwerde nach § 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG anfechtbar. Eine derartige Zwischenverfügung liegt allerdings nicht vor. Das AG teilt mit seinem Hinweis vom 22.04.2024 lediglich seine Rechtsauffassung mit. Diese Mitteilung soll offenbar einerseits dem Gebot der Gewährung von rechtlichem Gehör Rechnung tragen als auch die Beteiligte ggf. dazu veranlassen, ihren Berichtigungsantrag zurückzunehmen. Es liegt aber weder ein durch den Antragsteller behebbares Hindernis vor – die Eintragung ist ja grundsätzlich auch bereits erfolgt – noch wird eine Frist zur Beseitigung gesetzt, wie dies § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG voraussetzt.

12 Auch das Versehen der Mitteilung mit einer Rechtsbehelfsbelehrung und die Bezeichnung als „Zwischenverfügung“ in dieser macht den Hinweis nicht zu einer anfechtbaren Zwischenverfügung (vgl. Senat, Beschluss vom 06.06.2018, 22 W 22/18, juris Rdnr. 11; Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 01.02.2012, 2 W 192/11, juris Rdnr. 11; BayObLG, Beschluss vom 04.11.1999, 3 Z BR 333/99, juris Rdnr. 6).

13 b) Die im Namen der Beteiligten eingelegte Beschwerde richtet sich zwar ausdrücklich gegen die „Zwischenverfügung“ vom 22.04.2024. Selbst wenn sie aber als Beschwerde gegen die Eintragung als solches angesehen werden würde, wäre eine solche nicht statthaft. Die Eintragung, die den urkundlichen Abschluss des Eintragungsverfahrens und die Stattgabe der Registeranmeldung darstellt (vgl. Eickelberg in Sternal, FamFG, 21. Aufl., § 382 Rdnr. 4), ist nach § 383 Abs. 3 FamFG nicht anfechtbar.

14 c) Zwar ist eine Eintragung nach § 383 Abs. 3 FamFG nicht anfechtbar. Es ist jedoch anerkannt, dass im Wege des Berichtigungsantrags – der sog. „Fassungsbeschwerde“ – die Korrektur bzw. Klarstellung von Namens-, Firmen- oder Datumsangaben oder die konkrete Verlautbarung rechtlicher Verhältnisse herbeigeführt werden kann. Verfahrensmäßig ist das an das Registergericht gerichtete Begehren auf Berichtigung ein „Antrag“ und nicht eine „Beschwerde“. Über das Berichtigungsbegehren hat nämlich zunächst einmal das Registergericht zu entscheiden. Der Antrag ist wiederum nur zulässig, wenn er auf eine Berichtigung oder Klarstellung in dem vorgenannten Sinn und nicht etwa auf eine inhaltliche Änderung gerichtet ist. Hält das Registergericht das Berichtigungsbegehren für unbegründet, so weist es den Antrag durch verfahrensbeendenden Beschluss zurück, gegen den sodann die Beschwerde eröffnet ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.02.2014,

I-3 Wx 154/13, juris Rdnr. 20; OLG München, Beschluss vom 28.07.2010, 31 Wx 129/10, juris Rdnr. 3).

**15** Das Berichtigungsbegehr der Beteiligten ist vorliegend – wenn auch nicht ausdrücklich – durch den Beschluss des AG vom 22.04.2024 zurückgewiesen worden. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten vom 22.04.2024.

**16** Diese ist jedoch mangels Beschwer unzulässig, da die Beteiligte bereits nicht schlüssig vorgetragen hat, dass eine Irreführung vorliegen würde bzw. dass eine Verbesserung der vorgenommenen Eintragung im Interesse des Rechtsverkehrs erfolgen müsse. Zwar hat das AG die Eintragung nicht wie von der Beteiligten beantragt vorgenommen, indem es die Befreiung von § 181 BGB – neben der Einzelvertretungsbefugnis des Geschäftsführers – in Spalte 4. b) eingetragen hat. Allerdings besteht keine Bindung des Registergerichts an den Wortlaut der Anmeldung. Vielmehr entscheidet das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen über den genauen Eintragungswortlaut (vgl. OLG München, Beschluss vom 16.06.2010, 31 Wx 094/10, juris Rdnr. 13; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.07.1997, 3 Wx 94/97, juris Rdnr. 14; *Eickelberg* in Sternal, FamFG, § 382 Rdnr. 9). Es ist nicht ersichtlich, dass die durch das AG vorgenommene Eintragung unklar wäre oder der Beteiligten zum Nachteil gereichen würde. Die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB wird auch durch die Eintragung in Unterspalte b) verlautbart.

**17** Ein Schreibversehen oder eine ähnliche offensichtliche Unrichtigkeit, welche nach § 17 HRV zu berichtigen wäre, ist ebenfalls nicht erkennbar. Das AG hat die Eintragung so vorgenommen, wie es diese vornehmen wollte.

**18** 2. Eine Zurückverweisung an das AG ist nicht geboten, da über die Anmeldung durch Vornahme der Eintragung entschieden worden ist und auch keine Gründe für ein amtsweiges Tätigwerden nach § 395 Fam FG ersichtlich sind.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar Prof. Dr. Alexander Kafka, MA,  
Fürstenfeldbruck

Auch für das KG gilt: „Es gibt kein richtiges Leben im falschen“.<sup>1</sup> Auf Rechtsverstößen beruhende Registereintragungen bleiben auch dann falsch, wenn sie die Rechtslage im Ganzen betrachtet richtig wiedergeben. Bei zutreffender Beurteilung hätte daher der Senat der Fassungsbeschwerde stattgeben müssen. Wer die scheinbar nur formalen Ordnungsvorschriften der HRV – wie der Senat – nicht beachtet, übersieht, dass sie nicht reiner Selbstzweck sind. Ihre Einhaltung ist vielmehr von entscheidender Bedeutung für die Funktionstüchtigkeit des Handelsregisters. In aller Deutlichkeit ist hervorzuheben, dass es keineswegs im pflichtgemäßem Ermessen des Registergerichts steht, ob es sich an die Vorgaben der jeweiligen Registerverordnung hält. Wer dies befürwor-

tet, überschreitet seine richterlichen Befugnisse bei weitem.

Im vorliegenden Fall geht es um die in § 9 Abs. 1 Satz 2 GmbHG vorgesehene Eintragung, „welche Vertretungsbefugnis die Geschäftsführer haben“. Hierfür unterscheiden § 43 Nr. 4 lit. a und b HRV zwischen der „allgemeinen Vertretungsregelung“ und der „besonderen Vertretungsbefugnis“. Während erstere für alle derzeitigen und etwaige künftige Geschäftsführer gilt, ist letztere nur für ganz bestimmte, bereits bestellte Geschäftsführer relevant. Dieser bei allen Registereintragungen maßgeblichen, mittlerweile seit mehr als 20 Jahren durch den Verordnungsgeber verwendeten Terminologie sollte man sich nicht unnötig verschließen – impliziert sie doch die entscheidende und als allgemeiner Grundsatz der juristischen Methodenlehre bekannte Vorrangregel des Besonderen vor dem Allgemeinen. Daher begegnet keinen Bedenken, dass einzelne Vertretungspersonen „einzelvertretungsberechtigt“ sind, obwohl die allgemeine Regelung eine Gesamtvertretung vorsieht. Wer dagegen dem vormalen herrschenden Sprachgebrauch von „abstrakter“ und „konkreter Vertretung“ folgt, läuft leicht in die Irre, weil es zwischen diesen Begriffen weder rechtlich noch ästhetisch eine irgendwie geartete Anwendungsregel gibt. Wer wissen will, wie ein bestimmter Organträger für den betroffenen Rechtsträger handeln kann, muss jedenfalls im Sinne des bezeichneten Vorrangs die allgemeine Regelung und die besondere Befugnis zusammenlesen.

Hierbei ist allerdings zu beachten, dass die „allgemeine Vertretungsregelung“ keineswegs zwingend mit der gesetzlichen Vorgabe identisch ist. Vielmehr handelt es sich um die satzungs- oder gesellschaftsvertragsmäßige Regelung, wie sie allgemein, also – wie beschrieben – für die derzeit bestellten, ebenso aber für alle weiteren etwaigen zukünftigen Organträger gilt, soweit keine hiervon abweichende besondere Vertretungsbefugnis erteilt wird, ggf. aufgrund einer entsprechenden gesellschaftsvertraglichen Ermächtigung hierzu. Inhalt dieser allgemeinen Regelung sind alle rechtlich relevanten Befugnisse, die ohne abweichende Entscheidung der Gesellschafterversammlung bei der Bestellung eines Geschäftsführers unmittelbar für die Vertretung wirksam sind. Insofern war im entschiedenen Fall die erfolgte Anmeldung völlig zutreffend: Eine im Gesellschaftsvertrag vorgesehene, für jeden auch künftig bestellten Organträger geltende Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB ist Teil der „allgemeinen Vertretungsregelung“ und keineswegs „besondere Vertretungsbefugnis“ nur momentan bestellter Geschäftsführer. Wird dies – wie vorliegend vom KG für zutreffend erachtet – entgegen den Vorgaben der HRV und damit falsch im Register eingetragen, mag zwar die Gesamtschau des derzeitigen Registerstands die Vertretungslage zutreffend wiedergeben. Dennoch ist sie keine korrekte Umsetzung der Verordnungsvorgaben, was – wie sich vergleichsweise schnell erkennen lässt – überaus unerfreuliche Folgen haben kann.

1 Adorno, *Minima Moralia*, 1951, S. 42.



Am einfachsten lässt sich dies im entschiedenen Fall bei der späteren Bestellung eines weiteren Geschäftsführers erkennen. Wird dieser unter Beachtung der tatsächlich gesellschaftsvertraglich bestehenden allgemeinen Vertretungsregelung angemeldet, so unterbleibt zu Recht die Erwähnung der Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB. Das Registergericht müsste diese dann – in Fortsetzung des ursprünglichen Fehlers – auch bei dem neuen Geschäftsführer unrichtigerweise als besondere Vertretungsbefugnis eintragen, wobei offenbleibt, wie das Registergericht dies ohne in der Anmeldung erfolgten Hinweis erkennen soll. Absurd wird die Situation, wenn für den neuen Geschäftsführer die Beschränkungen des § 181 BGB gelten sollen. Die Eintragung dieser tatsächlich bestehenden besonderen Vertretungsbefugnis – die von der gesellschaftsvertraglich geltenden allgemeinen Vertretungsregelung abweicht – müsste bei der durch das KG erlaubten Registerdarstellung geradezu unterbleiben, damit die Vertretungslage richtig dargestellt wird.

Der Anmeldende muss in diesen Fällen stets mehr leisten, als eigentlich nötig, was der Leichtigkeit und Sicherheit des Registerverkehrs nicht unbedingt zuträglich ist. Insgesamt gesehen entsteht daher gegenüber der von der HRV vorgesehenen Behandlung ein für die Beteiligten durchaus beachtlicher fehleranfälliger Mehraufwand, der es dem Anmeldenden wie auch dem Registergericht erschwert, im Ergebnis zutreffende Vertretungsverhältnisse darzustellen. Damit dürfte offensichtlich sein, dass die Entscheidung des KG der Registerpraxis keinen guten Dienst erweist. Entsprechende Eintragungen sind als zweifellos fehlerhaft von Amts wegen auf entsprechende Anregung der Beteiligten zu korrigieren.

2. Wird die Verweisung an ein anderes Nachlassgericht auf die seit Jahren außer Kraft getretene Vorschrift des § 343 Abs. 3 FamFG a. F. gestützt, entfaltet der Verweisungsbeschluss keine Bindungswirkung.
3. Für die Anwendung des § 343 Abs. 2 FamFG ist es unerheblich, wie lange der letzte gewöhnliche Aufenthalt im Inland zurückliegt. (Leitsatz der Schriftleitung)

## ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

### 18. Offenkundigkeit einer Rechtsnachfolge bei deren Bekanntmachung im Staatsanzeiger

BGH, Beschluss vom 31.01.2024, VII ZB 57/21 (Vorinstanz: LG Darmstadt, Beschluss vom 18.08.2021, 5 T 123/21)

*BGB § 129 Abs. 1  
ZPO § 415 Abs. 1, §§ 420, 435 Satz 1, § 727*

#### LEITSÄTZE:

1. Fehlt eine über das Internet abrufbare elektronische Version des Druckerzeugnisses, mit welchem eine Tatsache öffentlich verbreitet worden ist, so steht dies der Allgemeinkundigkeit der betreffenden Tatsache nicht entgegen. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Die Benennung des Veranlassers einer Veröffentlichung der Rechtsnachfolge im Staatsanzeiger ist keine notwendige Voraussetzung für die Offenkundigkeit nach § 727 Abs. 1, 2 ZPO. (Leitsatz der Schriftleitung)

Diese Entscheidung ist abgedruckt in DNotZ 2024, 508.

## BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

### 19. Zur Reichweite des Rechtsberatungsverbots

EuGH, Urteil vom 05.09.2024, Jemerak, C-109/23 (vorgehend: Generalanwalt beim EuGH, Schlussantrag vom 11.04.2024, C-109/23)

*Verordnung (EU) Nr. 833/2014 Art. 5n Abs. 2 lit. b*

#### LEITSATZ:

Art. 5n Abs. 2 lit. b der Verordnung (EU) Nr. 833/2014 ist dahin auszulegen, dass weder die Beurkundung eines Kaufvertrags über eine im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats belegene Immobilie, die einer in Russland niedergelassenen juristischen Person gehört, durch einen Notar dieses Mitgliedstaats noch die Handlungen dieses Notars zum Vollzug eines solchen beurkundeten Vertrags, um die auf dieser Immobilie ruhenden Belastungen zu löschen, den Kaufpreis an den Verkäufer auszuzahlen und im Grundbuch das Eigentum umzuschreiben, unter das in dieser Bestimmung vorgesehene Verbot, einer solchen juristischen Person Dienstleistungen im Bereich der Rechtsberatung zu erbringen, fallen.

## INTERNATIONALES PRIVATRECHT

### 17. Keine Bindung an einen Verweisungsbeschluss bei Anwendung einer seit Jahren außer Kraft getretenen Vorschrift

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.09.2023, 3 Sa 5/23

*EuErbVO Art. 10 Abs. 2*

*FamFG § 3 Abs. 3 Satz 2, § 343 Abs. 2*

#### LEITSÄTZE:

1. Besaß der Erblasser nicht die deutsche Staatsangehörigkeit und hatte er in den letzten fünf Jahren vor der Beantragung des Erbscheins seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht im Inland, bestimmt sich die internationale Zuständigkeit hinsichtlich des in Deutschland belegenen Nachlassvermögens – und damit auch für die Erteilung des nur auf dieses Vermögen beschränkten Erbscheins – nach Art. 10 Abs. 2 EuErbVO. Zuständig sind die (Nachlass-)Gerichte des Mitgliedstaats, in dem sich Nachlassvermögen befindet.



## ZUR EINORDNUNG:

Nunmehr hat der EuGH entschieden, dass die notarielle Beurkundung eines Kaufvertrags über eine Immobilie, die einer in Russland niedergelassenen juristischen Person gehört, nicht unter das Verbot von Rechtsberatungsdienstleistungen fällt. Die Mitwirkung der Notare an dem beurkundungspflichtigen Sachverhalt gehöre zu den im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben, die der Staat den Notaren übertragen hat und die der Staat ohne diese Übertragung durch seine Behörden erledigen müsste. In Erfüllung dieser Aufgaben würden den Notaren verbindliche Befugnisse verliehen. Die notarielle Beurkundung und die damit einhergehende Beratung stelle damit keine Rechtsberatungsdienstleistung dar und falle nicht unter das Verbot des Art. 5n Abs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 833/2014. Dies mag zwar auf den ersten Blick widersprüchlich erscheinen, als nach § 17 BeurkG eine gestaltende Beratung zu den Kernaufgaben der Notare gehört. Allerdings beziehen sich die Ausführungen des EuGH auf die parteibezogene Rechtsberatungsdienstleistung, wie sie etwa von Rechtsanwälten erbracht wird. Demnach ist auch die Verordnung dahin gehend auszulegen. Auch wenn der Entscheidung ein Sachverhalt über die notarielle Beurkundung eines Immobilienkaufvertrags zugrunde lag, kann nunmehr aufgrund der darin enthaltenen Begründung davon ausgegangen werden, dass auch weitere notarielle Beurkundungen und Beglaubigungen im Anwendungsbereich entsprechender materieller und formeller Formvorschriften grundsätzlich nicht dem Verbot des Art. 5n Abs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 833/2014 unterfallen.

Die Beglaubigung kann aber möglicherweise dennoch gegen eine personen- oder gegenstandsbezogene Sanktion verstößen. Dies ist weiterhin zu beachten und zu prüfen.

*Die Schriftleitung (CD)*

## AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

**19** Die deutschen Staatsangehörigen GM und ON waren im Begriff, eine Wohnung in einer Eigentümergemeinschaft gehörenden Immobilie in Berlin zu erwerben. Das fragliche Wohnungseigentum ist im Grundbuch des AG Berlin-Schöneberg (Deutschland) verzeichnet. Diesem Grundbuch zufolge ist die Gesellschaft Visit-Moscow Ltd., die in Russland registriert ist und ihren Sitz in Moskau (Russland) hat, seit 2013 Eigentümerin dieser Wohnung.

**20** Für die Zwecke dieses Geschäfts richteten GM, ON und Visit-Moscow an PR, einen in Berlin tätigen Notar, das Ansuchen, einen Kaufvertrag nach ihren Angaben zu Kaufgegenstand, Kaufpreis und sonstigen vertraglichen Regelungen zu beurkunden. Sie ersuchten ihn auch, den so beurkundeten Vertrag zu vollziehen, was u. a. erfordert, im Grundbuch das fragliche Wohnungseigentum auf GM und ON umzuschreiben, die auf dieser Wohnung ruhenden Belastungen löschen zu lassen sowie den Kaufpreis auf einem

Treuhankonto zu verwahren und ihn an Visit-Moscow auszuzahlen.

**21** Mit Schreiben vom 15.12.2022 wurden GM, ON und Visit-Moscow von PR informiert, dass er die Beurkundung dieses Vertrags vorläufig verweigert habe, weil er nicht ausschließen könne, dass dessen Beurkundung gegen das Verbot in Art. 5n Abs. 2 lit. b der Verordnung Nr. 833/2014 verstöße, für in Russland niedergelassene juristische Personen Rechtsberatungsdienstleistungen zu erbringen.

**22** PR half der von GM, ON und Visit-Moscow gegen diese Weigerung eingelegten Beschwerde nicht ab und legte sie gemäß den geltenden Vorschriften dem LG Berlin (Deutschland), dem vorlegenden Gericht, vor.

(...)

**35** Was als erstes die Beurkundung eines Kaufvertrags über eine im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats belegene Immobilie, die einer in Russland niedergelassenen juristischen Person gehört, durch einen Notar dieses Mitgliedstaats anbelangt, so ist es dem Wortlaut von Art. 5n Abs. 2 lit. b der Verordnung Nr. 833/2014 zufolge „verboten, unmittelbar oder mittelbar Dienstleistungen im Bereich der Rechtsberatung (...) für (...) in Russland niedergelassene juristische Personen, Organisationen oder Einrichtungen zu erbringen“.

**36** Was erstens insbesondere den Begriff „Dienstleistungen [im Bereich der] Rechtsberatung“ im Sinne dieser Bestimmung betrifft, so wird dieser weder in dieser Bestimmung noch in einer anderen Bestimmung der Verordnung Nr. 833/2014 definiert.

**37** Nach ständiger Rechtsprechung sind die Bedeutung und Tragweite von Begriffen, die das Unionsrecht nicht definiert, entsprechend ihrem üblichen Sinn nach dem allgemeinen Sprachgebrauch und unter Berücksichtigung des Zusammenhangs, in dem sie verwendet werden, und der mit der Regelung, zu der sie gehören, verfolgten Ziele zu bestimmen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30.04.2024, Trade Express-L und DEVNIA TSIMENT, C-395/22 und C-428/22, ECLI: EU: C:2024:374 Rdnr. 65 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**38** Entsprechend seinem üblichen Sinn nach dem allgemeinen Sprachgebrauch bezeichnet der Begriff „Rechtsberatung“ im Allgemeinen eine Stellungnahme zu einer Rechtsfrage. Der in Art. 5n Abs. 2 der Verordnung Nr. 833/2014 in Verbindung mit dem Begriff „Dienstleistungen“ verwendete Begriff „Rechtsberatung“ verweist auf die auf einer Beziehung zwischen einem Dienstleistungserbringer und seinem Mandanten beruhende Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit, die die Erteilung von Rechtsauskünften zum Gegenstand hat, durch die ein Dienstleistungserbringer Personen, die darum ersuchen, Stellungnahmen zu Rechtsfragen erteilt.

**39** Dieses Verständnis des Begriffs „Dienstleistungen [im Bereich der] Rechtsberatung“ wird durch den 19. Erwägungsgrund der Verordnung 2022/1904 bestätigt, in dem es heißt, dass diese Dienstleistungen „die Rechtsberatung für Mandanten in nichtstreitigen Angelegenheiten, ein-

schließlich Handelsgeschäften, bei denen es um die Anwendung oder Auslegung von Rechtsvorschriften geht“, „die Teilnahme mit oder im Namen von Mandanten an Handelsgeschäften, Verhandlungen und sonstigen Geschäften mit Dritten“ sowie „die Ausarbeitung, Ausfertigung und Überprüfung von Rechtsdokumenten“ umfassen.

**40** Die beiden in diesem Erwagungsgrund erstgenannten Arten von Tätigkeiten verweisen nämlich auf eine Beziehung zwischen einem Dienstleistungserbringer und seinem „Mandanten“ und beschreiben die Rolle dieses Dienstleistungserbringers dahin gehend, dass er diesem Mandanten in dessen Interesse Unterstützung und Beratung, was die rechtlichen Aspekte seiner Geschäfte mit Dritten anbelangt, angedeihen lässt. Die dritte Art der in diesem Erwagungsgrund genannten Tätigkeiten, die in der „Ausarbeitung, Ausfertigung und Überprüfung von Rechtsdokumenten“ besteht, betrifft ihrerseits Annex-tätigkeiten zu den ersten beiden Arten von Tätigkeiten.

**41** Die somit vom Begriff „Dienstleistungen [im Bereich der] Rechtsberatung“ im Sinne von Art. 5n Abs. 2 der Verordnung Nr. 833/2014 erfassten Tätigkeiten unterscheiden sich jedoch deutlich von denen, die Behörden oder andere Einrichtungen ausüben können, die vom Staat unter behördlicher Überwachung mit der Wahrnehmung einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe betraut und zu diesem Zweck mit bestimmten, den Bürgern gegenüber verbindlichen Befugnissen ausgestattet wurden. Es ist nämlich nicht Aufgabe dieser Behörden, Dienstleistungen zu erbringen, die darin bestehen, Stellungnahmen zu Rechtsfragen gegenüber Personen abzugeben, um deren eigene Interessen zu fördern oder zu verteidigen.

**42** Im vorliegenden Fall geht aus der Vorlageentscheidung hervor, dass nach deutschem Recht bei einem Kaufvertrag über eine in Deutschland belegene Immobilie, damit er zu einer öffentlichen Urkunde wird, zwingend die Mitwirkung eines Notars als unabhängigen Träger eines öffentlichen Amtes erforderlich ist. Der Notar bestätigt mit dieser Beurkundung die Rechtmäßigkeit des Vertrags dadurch, dass er ihn mit einem Amtssiegel mit dem Wappen des Bundeslandes versieht, das ihn bestellt hat. Eine solche Mitwirkung auf Gesuch der Vertragspartner gehört zu den im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben, die der Staat den Notaren übertragen hat und die der Staat ohne diese Übertragung durch seine Behörden erledigen müsste. Im Rahmen der Erfüllung dieser Aufgabe werden den Notaren verbindliche Befugnisse verliehen, da sie die Beurkundung eines solchen Kaufvertrags aus einem gesetzlich vorgesehenen Grund verweigern können.

**43** Außerdem scheint sich, wie auch die Generalanwältin in den Nrn. 43 und 44 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, die Mitwirkung des Notars auf eine Beurkundung des betreffenden Kaufvertrags oder ggf. auf die Verweigerung der Beurkundung dieses Vertrags zu beschränken, um in völliger Unabhängigkeit und Unparteilichkeit einer ihm obliegenden rechtlichen Verpflichtung nachzukommen, ohne über diese Beurkundung hinaus Rechtsberatung zur Förderung der spezifischen Interessen der Parteien zu erteilen.

**44** Folglich scheint der Notar im Rahmen einer solchen Beurkundung nicht mit dem Ziel der Förderung der spezifischen Interessen einer der betroffenen Partei oder beider betroffenen Parteien, sondern unter Wahrung gleicher Distanz zu diesen Parteien und ihren jeweiligen Interessen ausschließlich im Interesse des Gesetzes und der Rechtssicherheit unparteiisch zu handeln. In Anbetracht der in den Rdnr. 42 und 43 des vorliegenden Urteils genannten besonderen Modalitäten des Verfahrens der notariellen Beurkundung von Rechtsvorgängen und der Rechtswirkungen, die an die beurkundeten Rechtsvorgänge in der deutschen Rechtsordnung geknüpft sind, scheint diese Beurkundung nicht den in Rdnr. 38 des vorliegenden Urteils genannten Tätigkeiten zu entsprechen.

**45** Daraus folgt, wie die Generalanwältin in den Nr. 35, 37 bis 39, 41 bis 43 und 47 ihrer Schlussanträge im Wesentlichen ausgeführt hat, und vorbehaltlich einer Überprüfung durch das vorlegende Gericht, dass eine notarielle Beurkundung eines Kaufvertrags über eine Immobilie, die einer in Russland niedergelassenen juristischen Person gehört, wie in den Rdnr. 42 und 43 des vorliegenden Urteils dargestellt, nicht unter den Begriff „Dienstleistung [im Bereich der] Rechtsberatung“ im Sinne von Art. 5n Abs. 2 der Verordnung Nr. 833/2014 und folglich nicht in den Anwendungsbereich des in lit. b dieser Bestimmung vorgesehenen Verbots, einer solchen juristischen Person solche Dienstleistungen zu erbringen, fällt.

**46** Zweitens wird eine solche am Wortlaut orientierte Auslegung von Art. 5n Abs. 2 der Verordnung Nr. 833/2014 durch den normativen Kontext bestätigt, in den sich diese Bestimmung und diese Verordnung einfügen.

**47** Wie die Generalanwältin in den Nr. 53 bis 55 und 60 bis 64 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, enthält Art. 5 aa) Abs. 1 der Verordnung Nr. 833/2014 zum einen nämlich das Verbot, unmittelbar oder mittelbar Geschäfte mit juristischen Personen zu tätigen, die bestimmte Kriterien erfüllen, etwa dass sie in Russland oder außerhalb der Union niedergelassen sind, in der Liste der russischen staatlichen Unternehmen in Anhang XIX dieser Verordnung aufgeführt sind, sich unter der Kontrolle oder zu über 50 % in der Haberschaft des russischen Staates befinden oder enge Verbindungen zu diesem Staat oder zu den in diesem Anhang aufgeführten Einrichtungen aufweisen. Allerdings sehen weder diese Bestimmung noch irgendeine andere Bestimmung dieser Verordnung ein allgemeines Verbot der Beteiligung an einem Geschäft mit einer juristischen Person allein deshalb vor, weil diese in Russland niedergelassen ist, oder ein Verbot der Veräußerung von im Gebiet der Union belegenen Immobilien, die einer solchen Person gehören.

**48** Zum anderen sieht die Verordnung Nr. 269/2014 zwar restiktive Maßnahmen gegen Personen, die für Handlungen verantwortlich sind, die die territoriale Unversehrtheit, Souveränität und Unabhängigkeit der Ukraine untergraben oder bedrohen, und gegen die mit ihnen verbundenen Personen und Einrichtungen vor, doch gilt das in ihrem Art. 2 vorgeschriebene Einfrieren von Geldern und wirtschaftlichen Ressourcen sowie das Verbot der Zurverfügungstellung von Geldern und wirtschaftlichen Ressourcen nur für



bestimmte in Anhang I dieser Verordnung abschließend aufgeführte natürliche und juristische Personen, Einrichtungen oder Organisationen.

**49** Wäre Art. 5n Abs. 2 der Verordnung Nr. 833/2014 dahin auszulegen, dass das in dieser Bestimmung vorgesehene Verbot für eine Beurkundungshandlung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende gilt, würde dies, wie die Generalanwältin in den Nr. 59 und 64 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, einerseits zu Inkohärenzen bei der Anwendung dieser Verordnung und andererseits zu Inkohärenzen zwischen dieser Verordnung und der Verordnung Nr. 269/2014 führen.

**50** Während nämlich Geschäfte mit in der Union belegenen Immobilien, die in Russland niedergelassenen juristischen Personen gehören, nach der Verordnung Nr. 833/2014 erlaubt bleiben, könnten diese Geschäfte in der Praxis in bestimmten Mitgliedstaaten wie der Bundesrepublik Deutschland, in denen die notarielle Beurkundung des Immobilienkaufvertrags eine wesentliche Voraussetzung für die Veräußerung eines solchen Wirtschaftsguts ist – unabhängig davon, ob diesen juristischen Personen die Verfügung über ihre Vermögenswerte gemäß der Verordnung Nr. 269/2014 untersagt ist –, behindert werden.

**51** Eine solche sich je nach anwendbarem Notariatssystem ergebende Wirkungsvielfalt des Verbots gemäß Art. 5n Abs. 2 der Verordnung Nr. 833/2014 in den einzelnen Mitgliedstaaten konnte vom Unionsgesetzgeber nicht gewollt gewesen sein.

**52** Drittens widerspricht die in Rdnr. 45 des vorliegenden Urteils vorgenommene Auslegung, anders als die estnische, die niederländische und die polnische Regierung in ihren schriftlichen Erklärungen oder in der mündlichen Verhandlung angedeutet haben mögen, weder dem Zweck der Verordnung Nr. 833/2014 noch dem der Verordnung Nr. 269/2014.

**53** Zunächst wurden, wie sich aus dem achten Erwägungsgrund des Beschlusses 2022/1909 und dem zweiten Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 833/2014 ergibt, neue restriktive Maßnahmen, zu denen das Verbot der Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der Rechtsberatung gehört, „gegen die illegalen Handlungen Russlands“ eingeführt, um „den Druck auf Russland, seinen Angriffskrieg zu beenden, weiter [zu] verstärken“, und „um die Kosten für die Handlungen Russlands zu erhöhen, die die territoriale Unversehrtheit, Souveränität und Unabhängigkeit der Ukraine untergraben, und um eine friedliche Beilegung der Krise zu unterstützen“. Indessen ergibt sich weder aus diesem Beschluss noch aus dieser Verordnung noch aus der Verordnung 2022/1904, dass mit diesem Verbot der Rat, der diese Rechtsakte erlassen hat, beabsichtigt hätte, dass infolge dieses Verbots in Russland niedergelassene juristische Personen in einigen Mitgliedstaaten der Möglichkeit brennen könnten, über ihr unbewegliches Vermögen zu verfügen.

**54** Sodann hat der Rat in der mündlichen Verhandlung nicht nur widerlegt, dass er beabsichtigt habe, den in Russland niedergelassenen juristischen Personen die Veräußerung

ihrer im Gebiet der Union belegenen Immobilien zu verbieten, sondern auf eine Frage des Gerichtshofs klargestellt, dass das Ziel, das dem in Art. 5n Abs. 2 der Verordnung Nr. 833/2014 vorgesehenen Verbot der Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der Rechtsberatung zugrunde liege, darin bestehe, russischen juristischen Personen, die im Gebiet der Union tätig seien, die Fortsetzung ihrer Geschäftstätigkeiten in diesem Gebiet zu erschweren und auf diesem Wege die russische Wirtschaft zu treffen. Eine notarielle Beurkundung – wie die im deutschen Recht geregelt – eines Kaufvertrags über eine Immobilie, die einer in Russland niedergelassenen juristischen Person gehört, kann jedoch nicht als diesem Ziel widersprechend angesehen werden.

**55** Da schließlich das in Art. 5n Abs. 2 der Verordnung Nr. 833/2014 vorgesehene Verbot so zu verstehen ist, dass es das im fünften Erwägungsgrund des Beschlusses 2022/1909 genannte Ziel verfolgt, die Umgehung der erlassenen Sanktionen zu verhindern, ist in Übereinstimmung mit den Ausführungen der Generalanwältin in Nr. 74 ihrer Schlussanträge festzustellen, dass – da geschäftliche Transaktionen mit in Russland niedergelassenen juristischen Personen nicht Gegenstand eines generellen Verbots nach dieser Verordnung sind – es nicht ersichtlich ist, inwiefern eine notarielle Beurkundung – wie die im deutschen Recht geregelt – eines Kaufvertrags über eine Immobilie, die einer in Russland niedergelassenen juristischen Person gehört, von vornherein und generell dazu beitragen könnte, die erlassenen restriktiven Maßnahmen zu umgehen.

**56** Nach alledem ist nicht ersichtlich, dass die Beurkundung eines Kaufvertrags über eine in Deutschland belegene Immobilie, die einer in Russland niedergelassenen juristischen Person gehört, durch einen deutschen Notar in den Anwendungsbereich des in Art. 5n Abs. 2 der Verordnung Nr. 833/2014 vorgesehenen Verbots der Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der Rechtsberatung fällt.

**57** Als Zweites betreffen die Zweifel des vorlegenden Gerichts die Frage, ob die im deutschen Recht vorgesehenen Aufgaben, die der Notar zur Sicherstellung des Vollzugs eines beurkundeten Kaufvertrags über eine in Deutschland belegene Immobilie, die einer in Russland niedergelassenen juristischen Person gehört, wahrnimmt, unter dieses Verbot fallen.

**58** Der Vorlageentscheidung zufolge bestehen diese Aufgaben u. a. darin, den Kaufpreis auf einem Treuhandkonto zu verwahren und ihn an den Verkäufer auszuzahlen, die auf dieser Immobilie ruhenden Belastungen zu löschen und im Grundbuch das Eigentum an dieser umzuschreiben.

**59** Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, für jede dieser Aufgaben zu beurteilen, ob sie die Erteilung einer Rechtsberatung für die Parteien durch den Notar im Sinne der in Rdnr. 38 des vorliegenden Urteils vorgenommenen Auslegung des Begriffs „Dienstleistungen [im Bereich der] Rechtsberatung“ implizieren.

**60** Insoweit ist, ebenfalls vorbehaltlich der abschließenden Beurteilung durch das vorlegende Gericht, nicht ersichtlich, dass die fraglichen Aufgaben die Erteilung irgendeiner

Rechtsberatung für die Parteien des Immobilienkaufvertrags durch den Notar implizieren.

(...)

•

## 20. Karten, Zeichnungen oder Abbildungen als Inhalt der Niederschrift

OLG Schleswig, Beschluss vom 20.02.2024, 2 Wx 12/24

BeurkG §§ 9, 13

### LEITSÄTZE:

1. **§ 9 Abs. 1 Satz 2, 3 BeurkG statuiert, dass beigelegte Karten, Zeichnungen oder Abbildungen, auf die in der Urkunde verwiesen wird, „als in der Niederschrift enthalten“ gelten. Hieraus kann jedoch nicht gefolgert werden, dass dies der einzige gangbare Weg ist, Karten, Zeichnungen oder Abbildungen zum Bestandteil einer Niederschrift zu machen.**
2. **Daneben können Karten, Zeichnungen oder Abbildungen auch in die Niederschrift selbst aufgenommen werden, weil es sich um die unmittelbarere Form der Beurkundung gegenüber der Inbezugnahme und Beifügung handelt. Eine Regelung wie in § 9 Abs. 1 Satz 2, 3 BeurkG, die eine Geltung „als in der Niederschrift enthalten“ festlegt, ist für den Fall der Aufnahme von Karten, Zeichnungen oder Abbildungen in die Niederschrift selbst nicht erforderlich.**
3. **Karten, Zeichnungen oder Abbildungen, die in der Niederschrift selbst enthalten sind, müssen wie solche, auf die verwiesen wird, zur Durchsicht vorgelegt werden, vgl. § 13 Abs. 1 Satz 12. Hs. BeurkG. Einer ausdrücklichen Erwähnung bedarf dies deshalb nicht, weil die Niederschrift ohnehin vorliegen muss, da sie eigenhändig zu unterschreiben ist, § 13 Abs. 1 Satz 1. Hs. BeurkG.**
4. **Haben die Beteiligten die Niederschrift eigenhändig unterschrieben, so wird vermutet, dass sie in Gegenwart des Notars vorgelesen oder, soweit nach Satz 1 erforderlich, zur Durchsicht vorgelegt und von den Beteiligten genehmigt ist, § 13 Abs. 1 Satz 3 BeurkG.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte zu 1 ist Eigentümerin des im Grundbuch von X, Blatt (...), (...) und (...), des AG (...) eingetragenen Grundbesitzes.

2 Mit Urkunde vom (...) 2024 (UVZ-Nr. [...] / 2024 des Notars M1 aus X) schloss die Beteiligte zu 1 mit der Beteiligten zu 2 einen Grundstückskaufvertrag betreffend einige Flurstücke sowie noch näher zu vermesserter Teilflächen bestimmter Flurstücke. Dabei wurde wegen der genauen Lage der Grundstücksteilflächen auf einen Ausschnitt aus einem Teilingsentwurf eines Vermessungsbüros Bezug genommen. Die Karte, auf der die Fläche farblich umrandet ist, ist unmittelbar in der Vertragsurkunde enthalten.

3 Am 18.01.2024 hat der Notar unter Beifügung der Kaufvertragsurkunde die Eintragung von Eigentumsübertragungsvormerkungen beantragt.

4 Mit Schreiben vom 23.01.2024 hat das Grundbuchamt des AG (...) mitgeteilt, dass der Eintragung nicht entsprochen werden könne, weil die Teilflächen nicht ausreichend bestimmt seien. Die Aufnahme einer bildlichen Darstellung in den Urkundentext sei vom BeurkG nicht vorgesehen. Vielmehr müsse die bildliche Darstellung als Anlage beigefügt werden und in der Urkunde hierauf Bezug genommen werden.

5 Am 31.01.2024 hat der Notar darauf hingewiesen, dass in der Vergangenheit seine Vorgehensweise von Grundbuchämtern nicht beanstandet worden sei. Im Übrigen hat der Notar auf ein dem Schreiben beigelegtes, von ihm in Auftrag gegebenes Kurzgutachten des DNotI verwiesen, das zu dem Ergebnis gelangt, dass die Aufnahme einer Karte unmittelbar in die Niederschrift zulässig ist.

6 Das Grundbuchamt des AG (...) hat den Antrag auf Eintragung der Auflassungsvormerkungen durch den angegriffenen Beschluss vom 01.02.2024 zurückgewiesen. Die gewählte Vorgehensweise sei durch das BeurkG nicht vorgesehen. Das Einfügen einer bildlichen Darstellung in der Urkunde selbst sei keine Erklärung. Nur bei der in § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG eingehaltenen Verfahrensweise würden Karten, Zeichnungen oder Abbildungen selbst als in der Niederschrift enthalten gelten.

7 Hiergegen wenden sich die Antragstellerinnen mit der Beschwerde vom 05.02.2024. Zur Begründung führen sie im Wesentlichen an, die Aufnahme der Lagepläne in die Niederschrift stellten ein „mehr“ gegenüber der Beifügung als Anlage dar. Im Übrigen wird das Kurzgutachten des DNotI zitiert.

8 Mit Beschluss vom 06.02.2024 hat das Grundbuchamt des AG (...) der Beschwerde nicht abgeholfen und die Beschwerde dem Schleswig-Holsteinischen OLG zur Entscheidung vorgelegt.

9 II. Die zulässige Beschwerde ist begründet.

10 Das Grundbuchamt durfte die beantragte Eintragung der Auflassungsvormerkungen nicht mit der Begründung ablehnen, die – zur näheren Bestimmung der Teilflächen erforderliche – Karte sei nicht (wirksam) Teil der Urkunde geworden.

11 Im vorliegenden Fall sind die Erklärungen auch mit Blick auf die zu veräußernden Teilflächen wirksam beurkundet worden. Die grundsätzliche Zulässigkeit der Beurkundung von Karten, Zeichnungen oder Abbildungen folgt aus §§ 9, 13 BeurkG. Aus §§ 9, 13 BeurkG folgt jedoch nicht, dass Karten, Zeichnungen oder Abbildungen nur dann wirksam Gegenstand einer Urkunde werden können, wenn sie der Urkunde beigefügt werden und auf sie verwiesen wird (wohl a. A., jedoch ohne Begründung: *Dirk Piegsa* in Armbrüster/Preuß, BeurkG mit NotAktVV und DONot, § 9 Inhalt der Niederschrift Rdhr. 24).



**12** § 9 Abs. 1 Satz 2, 3 BeurkG statuiert, dass beigelegte Karten, Zeichnungen oder Abbildungen, auf die in der Urkunde verwiesen wird, „als in der Niederschrift enthalten“ gelten. Hieraus kann jedoch nicht gefolgert werden, dass dies der einzige gangbare Weg ist, Karten, Zeichnungen oder Abbildungen zum Bestandteil einer Niederschrift zu machen. Schon gedanklich stellt sich die Aufnahme von Karten, Zeichnungen oder Abbildungen in die Niederschrift selbst als die unmittelbarere Form der Beurkundung gegenüber der Inbezugnahme und Beifügung dar. Eine Regelung wie in § 9 Abs. 1 Satz 2, 3 BeurkG, die eine Geltung „als in der Niederschrift enthalten“ festlegt, ist für den Fall der Aufnahme von Karten, Zeichnungen oder Abbildungen in die Niederschrift selbst schlicht nicht erforderlich.

**13** Auch aus § 13 Abs. 1 Satz 1 2. Hs. BeurkG folgt nichts Gegenständiges. Danach müssen Karten, Zeichnungen oder Abbildungen, auf die verwiesen wird, zur Durchsicht vorgelegt werden. Diese Vorlage muss bei Karten, Zeichnungen oder Abbildungen, die in der Niederschrift selbst enthalten sind, ebenfalls erfolgen. Einer ausdrücklichen Erwähnung bedarf dies deshalb nicht, weil die Niederschrift ohnehin vorliegen muss, das sie eigenhändig zu unterschreiben ist, § 13 Abs. 1 Satz 11. Hs. BeurkG. Haben die Beteiligten die Niederschrift eigenhändig unterschrieben, so wird vermutet, dass sie in Gegenwart des Notars vorgelesen oder, soweit nach Satz 1 erforderlich, zur Durchsicht vorgelegt und von den Beteiligten genehmigt ist, § 13 Abs. 1 Satz 3 BeurkG.

**14** Schließlich ist auch kein zwingendes Bedürfnis ersichtlich, das es als geboten erscheinen ließe, die Einfügung von Karten, Zeichnungen oder Abbildungen in die Niederschrift selbst zu untersagen. Mag der (historische) Gesetzgeber bei der Formulierung des § 13 Abs. 1 Satz 3 BeurkG vor Augen gehabt haben, dass Karten, Zeichnungen oder Abbildungen in Anlagen beigelegt werden, weil dies zum Zeitpunkt seiner Einfügung noch der Weg der Wahl gewesen ist, spricht dies nicht dafür, dass er der unmittelbaren Aufnahme in die Urkunde einen Riegel vorschieben wollte. Da es mittlerweile häufig ohne großen Aufwand möglich sein dürfte, Karten, Zeichnungen oder Abbildungen unmittelbar in die Urkunden einzufügen, handelt es sich auch um ein zweckmäßiges Ergebnis.

(...)

•

## 21. Zur Beratungspflicht des Notars über sozialrechtliche Fragen

LG Bremen, Urteil vom 16.02.2024, 4 O 124/23

BeurkG § 17

BNotO § 19

### LEITSATZ:

**Der Notar schuldet grundsätzlich keine Beratung/Belehrung im Hinblick auf sozialrechtliche Statusfragen bei der Beurkundung eines Gesellschaftsanteilsübertragungsvertrags.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** Die Parteien streiten um die Feststellung eines möglichen Schadensersatzanspruchs aus Notarhaftung.

**2** Die Beklagten zu 1 bis 3 sind die Erben des 2021 verstorbenen Notars Dr. X (nachfolgend: „Notar“), die Beklagte zu 4 ist die Rechtsnachfolgerin der ehemaligen Berufshaftpflichtversicherung des Notars.

**3** Die Klägerin ist ein Familienunternehmen in Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), deren drei Geschäftsführer auch die alleinigen Gesellschafter sind: A und B halten jeweils 40 % der Geschäftsanteile, ihr Sohn C hält die verbleibenden 20 %.

**4** Im Jahr 2002 waren A und B noch die alleinigen Gesellschafter sowie Geschäftsführer der Klägerin und hielten jeweils 50 % der Geschäftsanteile. Sie suchten den Notar auf, um nach einer Kapitalerhöhung jeweils 10 % ihrer Geschäftsanteile auf ihren Sohn C zu übertragen. Der entsprechende Übertragungsvertrag wurde am 21.08.2002 durch den Notar beurkundet (...). Im Zusammenhang mit der am selben Tag beurkundeten Kapitalerhöhung wurde C Einzelprokura erteilt. Am 09.05.2006 wurde er dann per Gesellschafterbeschluss zum weiteren Geschäftsführer der Klägerin bestellt.

**5** Im Jahr 2019 kam es bei der Klägerin zu einer Betriebsprüfung. Als Folge daraus setzte die Deutsche Rentenversicherung per Bescheid vom 11.10.2019 [...] nachfolgend: „Bescheid“) eine Nachforderung gegen die Klägerin in Höhe von 159.567,24 € fest. Streitgegenständlich sind allein die Nachzahlungsbeträge der Geschäftsführer A und B in Höhe von 77.860,44 €. Die Nachforderung wurde in dem Bescheid damit begründet, dass A und B seit dem 01.05.2006 als Gesellschafter-Geschäftsführer in eine abhängige Beschäftigung mit entsprechender Sozialversicherungspflicht einzuordnen seien.

**6** Die Klägerin hat gegen den Bescheid Widerspruch und anschließend Anfechtungsklage vor dem Sozialgericht Hannover erhoben. Das erstinstanzliche Verfahren ist noch nicht abgeschlossen.

**7** Die Beklagten erheben die Einrede der Verjährung.

**8** Die Klägerin ist der Ansicht, dass der Notar über die Möglichkeit eines sozialversicherungsrechtlichen Statuswechsels bei der Beurkundung der Anteilsübertragung hätte aufklären müssen. Sie behauptet, dass A und B bei entsprechender Belehrung ihre Geschäftsanteile nicht auf ihren Sohn C übertragen hätten.

**9** Mit der Klageschrift vom 25.01.2023 hatte die Klägerin zunächst beantragt,

1. festzustellen, dass die Beklagten verpflichtet sind, an sie 106.378,16 € nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Klageerhebung zu zahlen, für den Fall, dass ihre Anfechtungsklage vor dem Sozialgericht Hannover (...) und weitergehenden Instanzen erfolglos bleibt,

2. festzustellen, dass die Beklagten verpflichtet sind, sie von den Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung freizustellen,

3. hilfsweise, festzustellen, dass die Beklagten an sie Kosten außergerichtlicher Rechtsverfolgung in Höhe von 2.584,00 € zu erstatten haben.

**10** Mit Schriftsatz vom 14.02.2023 hat die Klägerin die Klage geändert und beantragt nunmehr,

1. festzustellen, dass die Beklagten verpflichtet sind, an sie 77.860,44 € nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Klageerhebung zu zahlen, für den Fall, dass ihre Anfechtungsklage vor dem Sozialgericht Hannover (...) und weitergehenden Instanzen erfolglos bleibt,

2. festzustellen, dass die Beklagten verpflichtet sind, sie von den Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung freizustellen,

3. hilfsweise, festzustellen, dass die Beklagten an sie Kosten außergerichtlicher Rechtsverfolgung in Höhe von 2.584,00 € zu erstatten haben.

**11** Die Beklagten beantragen,

die Klage abzuweisen.

**12** Die Beklagten sind der Ansicht, dass keine Belehrungspflicht des Notars über sozialversicherungsrechtliche Folgen bestanden hätte. Zudem sei nicht Anteilsübertragung im Jahr 2002 allein ursächlich für die Nachforderung der Deutschen Rentenversicherung, sondern erst die Umgestaltung des Geschäftsführererverhältnisses im Jahr 2006.

**13** Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlage verwiesen.

**14** Die am 25.0(...).2023 bei Gericht eingegangene Klage ist den Beklagten am 20.02.2023 zugestellt worden.

**16** Die Klage ist zulässig.

**17** Die Kammer hat den Feststellungsantrag zu 1 gemäß § 133 BGB analog dahin gehend ausgelegt, dass die Klägerin den Beklagten bzw. dem Notar als pflichtwidriges Handeln, welches Grundlage der Haftung ist, vorwirft, es unterlassen zu haben, sie über die Möglichkeit eines sozialversicherungsrechtlichen Statuswechsels bei der Beurkundung der Anteilsübertragung im Jahr 2002 belehrt zur haben. Aus dieser Pflichtverletzung soll ihr, der Klägerin, der entstandene bzw. entstehende Schaden ersetzt werden. Die Kammer ist der Auffassung, dass sich im Fall der geltend gemachten Notarhaftung der Feststellungsantrag nicht allein auf die Schadensfolgen beziehen darf, sondern eine Verknüpfung zu der vorgeworfenen Pflichtverletzung unerlässlich ist. Da sich die vorgeworfenen Pflichtverletzungen der Klagebegründung zweifelsfrei entnehmen lassen, war der Antrag – wie geschehen – auszulegen.

**18** Die Reduzierung des genannten Betrags im Antrag zu 1 war als Teilrücknahme i. S. d § 269 ZPO auszulegen (§ 133 BGB analog).

**19** Das nach § 256 Abs. 1 ZPO für eine Feststellungsklage erforderliche Feststellungsinteresse ist gegeben. Es besteht stets zum Zwecke der Hemmung der Verjährung gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB, die wegen des Grundsatzes der Schadenseinheit auch bezüglich noch nicht eingetreterner, aber für Sachkundige vorhersehbarer Folgen droht (Zöller/Greger, ZPO, 35. Aufl. 2024, § 256 Rdnr. 20). Der grundsätzliche Vorrang der Leistungsklage greift vorliegend wegen der des laufenden Verfahrens vor dem Sozialgericht nicht (vgl. Zöller/Greger, ZPO, § 256 Rdnr. 25.10).

**20** Bei der Möglichkeit von Schäden aufgrund einer Haftung aufgrund fehlerhafter notarieller Tätigkeit handelt es sich um sog. doppelrelevante Tatsachen. Ist eine Tatsache streitig, die sowohl zulässigkeits- wie anspruchsgrundlegend ist, d. h. eine doppelrelevante Tatsache, ist für die Prüfung der Zulässigkeit allein auf den Parteivortrag der Klagepartei abzustellen (so im Ergebnis auch bei BGH, Urteil vom 10.11.1997, II ZR 336/96, NJW 1998, 1230; Urteil vom 25.11.1993, IX ZR 32/93, MDR 1994, 1240).

**21** Die Klage ist unbegründet.

**22** Die Klägerin hat gegen die Beklagten keinen Anspruch auf Schadensersatz aus § 19 Abs. 1 BNotO i. V. m. § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG, §§ 249 ff., 421, 1922 BGB, § 115 Abs. 1 Nr. 3 VVG analog.

**23** Es fehlt schon an der nach § 19 Abs. 1 BNotO S. 1 BNotO erforderlichen Pflichtverletzung des Notars.

**24** Es liegt keine Verletzung der notariellen Belehrungspflicht nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG vor.

**25** Ein Notar ist gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG verpflichtet, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren. Die Belehrung über die rechtliche Tragweite besteht dabei in der Belehrung, ob und unter welchen Voraussetzungen der erstrebte rechtliche Erfolg eintritt und welche unmittelbaren Rechtswirkungen sich an diesen knüpfen (Winkler, BeurkG, 21. Aufl. 2023, § 17 Rdnr. 289 m. w. N.). Die Belehrungspflicht gilt dabei in ihrem Umfang nicht unbeschränkt. So besteht nach ganz herrschender Meinung keine Belehrungspflicht bezüglich der wirtschaftlichen Tragweite des Rechtsgeschäfts (Haug/Zimmermann, Die Amtshaftung des Notars, 4. Aufl. 2018, B. Rdnr. 518; Winkler, BeurkG, § 17 Rdnr. 324 m. w. N.) und ihrer steuerrechtlichen Folgen (BGH, Urteil vom 20.09.2007, III ZR 33/07, NJW 2008, 1085; Haug/Zimmermann, Die Amtshaftung des Notars, B. Rdnr. 520; Winkler, BeurkG, § 17 Rdnr. 366 m. w. N.). Nach der herrschenden Meinung sind auch die sozial-(versicherungs-)rechtlichen Folgen von der Belehrungspflicht nicht umfasst (Winkler, BeurkG, § 17 Rdnr. 374; BeckOK-BeurkG/Köther, Stand: 01.09.2023, § 17 Rdnr. 35; BeckOGK-BeurkG/Regler, Stand: 01.10.2023, § 17 Rdnr. 88; Mayer, DNotZ 2008, 672, 686).

**26** Vor diesem Hintergrund schuldete der Notar entgegen der Ansicht der Klägerin bei der Beurkundung der Geschäftsanteilsübertragung keine Belehrung über die Möglichkeit eines sozialversicherungsrechtlichen Statuswechsels der übertragenden Gesellschafter. Die unmittelbaren Rechtswirkungen des Geschäfts beschränken sich auf das



Eigentum an den Geschäftsanteilen und die gesellschaftsrechtlichen Folgen für die Gesellschafter. Sozialversicherungsrechtliche wie auch steuerrechtliche Auswirkungen ergeben sich dagegen als mittelbare Folgen kraft Gesetz und sind nicht Inhalt des Rechtsgeschäfts selbst (vgl. für steuerliche Folgen: *Winkler*, BeurkG, § 17 Rdnr. 366).

**27** Zudem durften weder die Klägerin noch die an der Anteilsübertragung beteiligten Gesellschafter berechtigterweise eine weitergehende Beratung von dem Notar erwarten. Die Gesellschafter der Klägerin haben den Notar wegen einer einfachen Anteilsübertragung aufgesucht und keine umfassende Beratung zu Gestaltungsmöglichkeiten und Folgen einer Aufnahme des Sohns und Anteilserwerbers C in das elterliche Familienunternehmen verlangt. In einem solchen Fall beschränkt sich die Beratungspflicht des Notars auf das oben dargestellte Standardrepertoire. Denn eine darüber hinausgehende Beratung im Bereich von steuer- oder sozialversicherungsrechtlichen Fragestellungen gehört gerade nicht zum Kernbereich der Tätigkeit eines Notars. Eine Beratungstätigkeit in diesem Zusammenhang wäre eine freiwillige Zusatzaufgabe, die besondere Kenntnisse erfordern würde, insbesondere zur Vermeidung von Haftungsrisiken (vgl. *Hauschild/Kallrath/Wachter*, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 3. Aufl. 2022, § 1 Rdnr. 48, § 6 Rdnr. 8). Für die dem Sozialversicherungsrecht fachlich näheren Steuerberater statuiert die obergerichtliche Rechtsprechung keine Pflicht zu einer umfassenden sozialversicherungsrechtlichen Beratung, sondern verlangt „nur“ ein Problembewusstsein in einigen Spezialbereichen, zum Beispiel bezüglich der sozialversicherungsrechtlichen Stellung von Gesellschafter-Geschäftsführern und in diesem Zusammenhang eine Kenntnis des grundsätzlichen Abgrenzungsmaßstabes des BSG (vgl. *BGH*, Urteil vom 12.02.2004, IX ZR 246/02, NJW-RR 2004, 1358; *OLG Hamm*, Urteil vom 08.04.2022, 25 U 42/20, DStRE 2022, 1465; *Freitag/Meixner*, DStR 2023, 659, 661). Für einen Notar kann mit Blick auf seinen Kompetenzbereich ein solches Problembewusstsein und eine damit verbundene (Neben-)Pflicht nicht verlangt werden.

**28** Schließlich liegt auch kein Verstoß gegen die aus § 14 Abs. 1 BNotO hergeleitete erweiterte bzw. betreuende Belehrungspflicht oder notarielle Warnpflicht vor.

**29** Die erweiterte bzw. betreuende Belehrungspflicht oder notarielle Warnpflicht setzt voraus, dass einem Beteiligten ein Schaden droht, dieser Beteiligte sich dessen aus tatsächlichen oder auch rechtlichen Gründen nicht bewusst ist und sich diese Umstände aus der rechtlichen Gestaltung der Urkunde oder der geplanten Art ihrer Abwicklung ergeben (*Haug/Zimmermann*, Die Amtshaftung des Notars, B. Rdnr. 555; *BeckOGK-BeurkG/Regler*, § 17 Rdnr. 100 m. w. N.). Die drohende Gefährdung muss dem Notar dabei nicht bekannt sein, es genügt, wenn sie nach den Umständen nahe liegt (*Haug/Zimmermann*, Die Amtshaftung des Notars, B. Rdnr. 556; *BGH*, Urteil vom 27.05.1993, IX ZR 66/92, DNotZ 1994, 485). Ähnlich wie bei der Beratungspflicht betreffend steuerliche Folgen ist auch für die sozialrechtlichen Folgen von einem Ausnahmeharakter auszugehen, der nur bei

besonderen Umständen des Einzelfalls greift (vgl. *Haug/Zimmermann*, Die Amtshaftung des Notars, B. Rdnr. 560).

**30** Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor. Da, wie oben dargestellt, schon grundsätzlich die sozialversicherungsrechtlichen Folgen nicht in die Belehrungspflicht des Notars fallen, kann allein das abstrakte Risiko eines sozialversicherungsrechtlichen Statuswechsels nach einer Anteilsübertragung keine dahin gehende Erweiterung rechtfertigen. Die Übertragung von Geschäftsanteilen durch einen Gesellschafter-Geschäftsführer, der dadurch weniger als 50 % der gesamten Geschäftsanteile im Anschluss hält, führt nicht automatisch zu einem sozialversicherungsrechtlichen Statuswechsel. Vielmehr sind, wie auch in der ausführlichen Begründung des Bescheids dargestellt, die für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung maßgebenden, das Gesamtbild bestimmenden tatsächlichen Verhältnisse die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Neben der Rechtsmacht, maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft zu nehmen, sind insbesondere die Bestimmungen von Gesellschaftsvertrag und Geschäftsführer-Anstellungsvertrag entscheidend. So kann beispielsweise eine im Gesellschaftsvertrag vereinbarte umfassende Sperrminorität des Gesellschafter-Geschäftsführers ausnahmsweise eine Einordnung als Selbstständigen begründen, selbst wenn dieser weniger als 50 % der Geschäftsanteile hält (...). Es spricht darüber hinaus gegen die Annahme einer Warnpflicht, dass all diese Umstände schon außerhalb der streitgegenständlichen Urkunde liegen, welche sich ausschließlich mit der Übertragung von Geschäftsanteilen befasst und die Gestaltung der Geschäftsführung unmittelbar nicht berührt. Für die Gesellschafter-Geschäftsführer A und B stellt die Deutsche Rentenversicherung in ihrer sozialversicherungsrechtlichen Würdigung (...) zudem auf den 01.05.2006 als Stichtag ab, also auf den Zeitpunkt, zu dem der Sohn C zum Geschäftsführer bestellt wurde. Die damit zum Zeitpunkt der Beurkundung im August 2002 verbundenen zukünftigen Eventualitäten und die zeitliche Zäsur schließen eine Ausdehnung der notariellen Belehrungspflicht im vorliegenden Fall aus.

**31** Mangels notarieller Pflichtverletzung konnte die Kammer die weiteren streitigen Punkte zwischen den Parteien (Aktivlegitimation, Passivlegitimation, Kausalität, Schaden, Anwendbarkeit von § 115 Abs. 1 Nr. 3 VVG analog) dahinstehen lassen.

**32** Nach alledem war die Klage abzuweisen.

**33 2.** Mangels Hauptforderung besteht auch kein Anspruch auf die mit den Feststellungsanträgen zu 2 und (hilfsweise) zu 3 als Nebenforderung geltend gemachten vorprozessuellen Rechtsanwaltskosten.

(...)

## KOSTENRECHT

### 22. Zur Anwendung des § 48 GNotKG bei fort-dauernder Verpachtung/Betriebsfortführung des landwirtschaftlichen Betriebs durch eine bestehende GbR

OLG Nürnberg, Beschluss vom 02.05.2024, 15 W 565/24

GNotKG § 48

#### LEITSATZ:

**Eine Verpachtung bzw. Betriebsfortführung des landwirtschaftlichen Betriebs durch eine bestehende GbR schließt die Anwendbarkeit des § 48 GNotKG nicht aus. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

Die Beteiligte zu 2 war im Grundbuch des AG (...) und im Grundbuch des AG (...) als Eigentümerin zahlreicher Flurstücke eingetragen. Es handelt sich um landwirtschaftliche Flächen und Wald. Auf zwei Grundstücken befinden sich landwirtschaftliche Anwesen.

Mit notarieller Urkunde vom 28.07.2021 (...) übertrug die Beteiligte zu 2 diesen gesamten Grundbesitz auf ihren Sohn, den Beschwerdeführer, wobei die Übertragung zur ausschließlichen Nutzung durch die Gesellschafter der GbR erfolgen sollte, deren Zweck die gemeinschaftliche Bewirtschaftung des landwirtschaftlichen Betriebs in (...) ist. Übergang von Besitz, Nutzen und Lasten erfolgte rückwirkend zum 01.07.2021.

Die (...) GbR wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 26.06.2017 zur gemeinschaftlichen Bewirtschaftung des genannten landwirtschaftlichen Betriebs in (...) zwischen der Beteiligten zu 2, ihrem Ehemann und dem Beschwerdeführer gegründet. Gemäß § 5.1 des Gesellschaftsvertrages war der Beschwerdeführer Gesellschafter zu 50 %, die Beteiligte zu 2 und ihr Mann zu je 25 %. Die Führung der Geschäfte stand den Gesellschaftern gemeinsam zu; jeder war einzeln zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt (§ 9 des Vertrags). Der Mann der Beteiligten zu 2 verstarb am 04.01.2021, wurde von der Beteiligten zu 2 allein beerbt und sein Gesellschaftsanteil ging auf sie über. Unter Abschnitt B. der notariellen Urkunde vom 28.07.2021 übertrug die Beteiligte zu 2 rückwirkend zum 01.07.2021 eine Beteiligung von 45 % an der GbR an den Beschwerdeführer, sodass dieser seitdem zu 95 % und die Beteiligte zu 2 zu 5 % an der GbR beteiligt sind. Gemäß § 6 Nr. 1 des Gesellschaftsvertrags vom 01.07.2021 ist der Beschwerdeführer zur Führung der Geschäfte und zur Vertretung der GbR allein berechtigt.

Der Einheitswert für den Betrieb der Land- und Forstwirtschaft beträgt laut Ziffer VII. des Übertragungsvertrags 55.400 DM. Weiter ist festgelegt, dass die Landwirtschaft durch die GbR fortgeführt wird.

Am 07.12.2022 gab der Bezirksrevisor bei dem LG Regensburg eine Stellungnahme dahin gehend ab, dass § 48

GNotKG, der bei Übergabe eines land- oder fortwirtschaftlichen Betriebs den Wert auf das Vierfache des letzten Einheitswertes begrenzt, wenn der Betrieb durch den Erwerber fortgeführt wird, nicht anwendbar sei. Der Betrieb werde nicht durch den Beschwerdeführer als Erwerber, sondern durch die GbR fortgeführt. Bei der GbR handle es sich um eine eigene Rechtspersönlichkeit.

Mit Verfügung vom 14.12.2022 bat das Grundbuchamt daher um Vorlage entsprechender Unterlagen, da sonst der Gebührenwert geschätzt werde. Mit Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 08.02.2023 führte der Beschwerdeführer aus, laut Gesellschaftsvertrag der GbR vom 01.07.2021 sei er Alleingeschäftsführer und führe daher den Betrieb im Sinne des § 48 GNotKG fort. Die Kosten für die Grundbuchumschreibung seien daher nach dem vierfachen steuerlichen Einheitswert des landwirtschaftlichen Betriebs zu berechnen.

Auf die weitere Stellungnahme des Bezirksrevisors bei dem LG Regensburg vom 03.03.2023 wird Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 14.03.2023 legte der Beschwerdeführer Versicherungsscheine betreffend die gegenständlichen Grundstücke und Gebäude vor.

Mit Beschluss vom 14.08.2023 setzte das AG – Grundbuchamt – Straubing den Geschäftswert auf 5.876.986,73 € fest. Zur Begründung ist ausgeführt, eine Kostenprivilegierung nach § 48 GNotKG scheide aus, da der Betrieb an die GbR verpachtet sei und dies auch nach der Übergabe bleiben solle. Es sei daher der Verkehrswert der Grundstücke und Gebäude bei Übergabe heranzuziehen.

Der Beschwerdeführer wurde am 14.08.2023 als Eigentümer der Flurstücke im Grundbuch eingetragen.

Mit Schriftsatz seines Verfahrensbevollmächtigten vom 25.08.2023 legte der Beschwerdeführer gegen den Beschluss vom 14.08.2023 Beschwerde ein, die mit Schriftsätzen vom 17.11.2023 und 22.02.2024 begründet wurde. Die Führung der Geschäfte liege allein beim Beschwerdeführer. Soweit er für bestimmte Geschäfte die Zustimmung der Gesellschafterversammlung benötige, genüge hierfür die einfache Mehrheit, die er mit 95 zu 5 Stimmen habe. Die Beteiligte zu 2 sei daher auf eine Notgeschäftsführung beschränkt. Eine Kostenprivilegierung nach § 48 GNotKG komme in Betracht, wenn der Übergeber Gesellschafter der Betriebs-GbR bleibe, aber an der Geschäftsführung nicht beteiligt sei und keine Vertretungsmacht für den Betrieb habe. Die unmittelbare Betriebsfortführung durch den Übernehmer liege dann im Wechsel der Geschäftsführung von den Übergebern auf diesen.

Der Bezirksrevisor bei dem LG Regensburg führte mit Schreiben vom 29.02.2024 aus, § 48 GNotKG setze die unmittelbare Fortführung des Betriebs durch den Erwerber voraus. Hier werde der Betrieb durch die GbR fortgeführt. § 48 GNotKG sei als Ausnahmetatbestand zu § 46 GNotKG eng auszulegen.

Mit Beschluss vom 11.03.2024 half das AG – Grundbuchamt – der Beschwerde vom 25.08.2023 nicht ab. Auf diesen Beschluss (...) wird Bezug genommen.



Die gemäß § 83 Abs. 1 Satz 1 GNotKG statthafte Beschwerde gegen die Geschäftswertfestsetzung ist zulässig, insbesondere ist sie form- und fristgerecht eingeleitet und der Beschwerdewert von 200 € ist erreicht. Gemäß § 83 Abs. 1 Satz 5 GNotKG i. V. m. § 81 Abs. 6 Satz 1 GNotKG entscheidet die Einzelrichterin des Senats.

In der Sache hat die Beschwerde auch Erfolg.

Der Geschäftswert ist gemäß § 48 GNotKG nicht nach dem Verkehrswert, sondern nach dem Vierfachen des letzten Einheitswerts und daher mit 113.302,28 € zu bemessen.

Entgegen den Ausführungen des Grundbuchamts und des Bezirksrevisors findet § 48 GNotKG vorliegend Anwendung.

Bei den gegenständlichen Grundstücken handelt es sich um einen landwirtschaftlichen Betrieb mit Hofstelle, den die Beteiligte zu 2 mit Vertrag vom 28.07.2021 an den Beschwerdeführer übertragen hat. Ausweislich Ziffer VII. des Übergabevertrages besteht eine Fortführungsabsicht.

Der Beschwerdeführer führt den Betrieb auch unmittelbar nach der Übergabe selbst fort. § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GNotKG setzt voraus, dass der Erwerber des land- und forstwirtschaftlichen Betriebs dem bisherigen Eigentümer unmittelbar als Bewirtschafter nachfolgt (*Tiedtke* in Korintenberg, GNotKG, 22. Aufl., § 48 Rdnr. 9; *Fackelmann* in Schneider/Volpert/Fölsch, Gesamtes Kostenrecht, 3. Aufl., § 48 GNotKG Rdnr. 45) und den Betrieb selbst fortführt (*Soutier* in BeckOK-Kostenrecht, § 48 GNotKG Rdnr. 24). Damit wird eine Privilegierung dann ausgeschlossen, wenn ein Betrieb betroffen ist, der im Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts nicht vom Eigentümer bewirtschaftet wird, sondern beispielsweise überwiegend verpachtet ist, brachliegt oder anderweitig genutzt wird (BT-Drucks. 17/11471 zu § 48 GNotKG, S. 169; *Wudy*, notar 2023, 225 ff., 242). Der landwirtschaftliche Betrieb muss also objektiv fortführbar sein und auch fortgeführt werden sollen. Ist der Betrieb zur Zeit des Abschlusses des Überlassungsvertrags verpachtet und wird von dem Pächter auch unverändert fortgeführt, so berührt der Überlassungsvertrag die Fortführung des Betriebs nicht (BayObLG, Beschluss vom April 1994, 3 Z BR 48/94, juris Rdnr. 13 zu § 19 Abs. 4 KostO a. F.; *Tiedtke* in Korintenberg, GNotKG, § 48 Rdnr. 15).

Ist also der Betrieb – wie hier – bereits vor der Übergabe und auch weiter nach Übergabe an eine GbR verpachtet, die den Betrieb fortführt, ist grundsätzlich § 48 GNotKG nicht anzuwenden. Nach allgemeiner Meinung liegt aber dennoch ein nach § 48 GNotKG begünstigtes Geschäft vor, wenn der Grundbesitz an eine natürliche Person übergeben wird, der land- bzw. forstwirtschaftliche Grundbesitz bereits vor der Übergabe von einer aus Übergeber und Erwerber bestehenden GbR betrieben wurde, im Zuge der Übergabe der Übergeber aber aus der GbR ausscheidet oder durch Anpassung des Gesellschaftsvertrages die Geschäftsführung und Vertretungsmacht allein dem Erwerber zusteht (*Soutier* in BeckOK-Kostenrecht, § 48 GNotKG Rdnr. 23; *Tiedtke* in Korintenberg, GNotKG, § 48 Rdnr. 14).

So liegt der Fall hier.

Der gegenständliche landwirtschaftliche Betrieb wurde vor der Übergabe von der GbR geführt, deren Gesellschafter zunächst die Beteiligte zu 2 und ihr Ehemann zu je 25 % und der Beschwerdeführer zu 50 %, später die Beteiligte zu 2 und der Beschwerdeführer zu je 50 % waren.

Gemäß Ziffer VII des Übergabevertrags wird der Betrieb zwar nach der Übergabe von der GbR fortgeführt. Mit Wirkung zum 01.07.2021 hat die Beteiligte zu 2 aber mit notarieller Urkunde vom 28.07.2021 eine Beteiligung in Höhe von 45 % an den Beschwerdeführer abgetreten.

Gesellschafter der GbR sind nunmehr die Beteiligte zu 2 zu 5 % und der Beschwerdeführer zu 95 %. Gemäß dem ebenfalls zum 01.07.2021 neu geschlossenen Gesellschaftsvertrag ist der Beschwerdeführer nun Alleingeschäftsführer und ausschließlich vertretungsbefugt für die GbR. Bei der GbR handelt es sich zwar um eine eigene Rechtspersönlichkeit. Diese wird hier aber völlig von dem Beschwerdeführer beherrscht und dieser führt sämtliche Geschäfte, die zum Betrieb der Landwirtschaft gehören. Die Beteiligte zu 2 ist zwar noch Gesellschafterin zu 5 %. Da sie selbst aber weder über eine Geschäftsführungs- noch eine Vertretungsbefugnis für die GbR verfügt (siehe § 6 Nr. 1 des Gesellschaftsvertrags), ist ihr eine (Fort-)Führung des Betriebs nicht möglich. Sie ist daher einer stillen Gesellschafterin vergleichbar, die an der Führung der GbR nicht beteiligt ist, sodass eine Betriebsfortführung durch den Erwerber vorliegt (*Tiedtke* in Korintenberg, GNotKG, § 48 Rdnr. 14).

Der umfangreiche landwirtschaftliche Betrieb stellt unzweifelhaft einen nicht unwesentlichen Teil der Existenzgrundlage des Beschwerdeführers dar, der auch auf dem gegenständlichen Anwesen wohnt.

Gemäß § 48 GNotKG ist als Geschäftswert der vierfache Einheitswert anzusetzen. Der Einheitswert ist ein vom FA für Zwecke der Besteuerung festgelegter Wert zum 01.01.1964 (*Soutier* in BeckOK-Kostenrecht, § 48 GNotKG Rdnr. 26).

Laut Ziffer VII. des Übergabevertrags beträgt der Einheitswert 55.400 DM, das Vierfache damit 221.600 DM bzw. 113.302,28 €.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notariatoberrat **Franz Heitzer**, München

Zwar ist der Beschluss des OLG Nürnberg zu Gerichtsgebühren für die Eigentumsumschreibung im Grundbuch ergangen. Die Ausführungen des OLG Nürnberg zu der gleichermaßen für die Notarkosten anzuwendenden Bewertungsvorschrift des § 48 Abs. 1 GNotKG sind allerdings auch für die notarielle Bewertungspraxis von Interesse und Bedeutung.

Zunächst ist festzustellen, dass die als Ausnahmetatbestand eng auszulegende Bewertungsvorschrift des § 48 Abs. 1 GNotKG nur dann zur Anwendung kommt, wenn die entsprechenden Voraussetzungen im Einzelfall (kumulativ) vorliegen, somit ein Geschäft vorliegt, das im Zusammenhang mit der Übergabe oder Zuwendung eines land-

oder forstwirtschaftlichen Betriebs mit Hofstelle steht, die unmittelbare Fortführung des Betriebs durch den Erwerber selbst beabsichtigt ist, wobei es sich bei dem Erwerber um eine oder mehrere natürliche Personen handeln muss, und der Betrieb unmittelbar nach Vollzug der Übergabe einen nicht unwesentlichen Teil der Existenzgrundlage des künftigen Betriebsinhabers bildet.

Fehlt es an einer oder mehreren dieser Voraussetzungen kommt eine Anwendung des § 48 Abs. 1 GNotKG nicht in Betracht.<sup>1</sup>

Demnach kann eine Privilegierung nach § 48 Abs. 1 GNotKG u. a. nur gewährt werden, wenn es sich bei dem Erwerber des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs um eine natürliche Person handelt<sup>2</sup> und der Erwerber dem bisherigen Eigentümer unmittelbar als Bewirtschafter nachfolgt.<sup>3</sup>

Hieraus lässt sich der Schluss ziehen, dass eine Privilegierung regelmäßig ausscheidet, wenn

- der Betrieb oder der überwiegende Teil des übergebenen Grundbesitzes im Zeitpunkt der Beurkundung an einen fremden Dritten verpachtet ist und das Pachtverhältnis nach der Übergabe fortbesteht<sup>4</sup> oder
- der Betrieb an eine juristische Person oder eine Personengesellschaft (OHG, KG oder (e)GbR) übergeben wird<sup>5</sup> oder
- die Übergabe zwar an eine natürliche Person erfolgt, der Betrieb jedoch bisher durch eine (e)GbR geführt wurde und von dieser auch künftig fortgeführt wird; auch dann, wenn der Erwerber neben anderen Gesellschaftern an der (e)GbR beteiligt ist<sup>6</sup>.

In Bezug auf den letztgenannten Sachverhalt liegt jedoch nach bereits bisher vertretener Ansicht ein nach § 48 Abs. 1 GNotKG privilegierbarer Ausnahmefall dann vor, wenn die Übergabe an eine natürliche Person erfolgt, der land- und forstwirtschaftliche Betrieb bisher und künftig

1 Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 22. Aufl. 2022, § 48 Rdnr. 2; Leipziger Gerichts- & Notarkostenkommentar/Heinze, 4. Aufl. 2024, § 48 Rdnr. 3, 6 ff.

2 Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 48 Rdnr. 29; BeckOK-KostR/Soutier, Stand: 01.07.2024, § 48 GNotKG Rdnr. 23.

3 Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 48 Rdnr. 9, 35 ff.; BeckOK-KostR/Soutier, § 48 GNotKG Rdnr. 22, 24.

4 OLG München, Beschluss vom 15.02.2024, 34 Wx 32/24e, JurBüro 2024, 194 = NotBZ 2024, 318 = BeckRS 2024, 2106; OLG Hamm, Beschluss vom 28.02.2013, I-15 W 271/12, ZNotP 2013, 279 = MittBayNot 2013, 507 = BeckRS 2013, 6745; BayObLG, Beschluss vom 06.04.1994, 3 Z BR 48/94, MittBayNot 1994, 359 = BeckRS 1994, 2703; Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 48 Rdnr. 15, 39; BeckOK-KostR/Soutier, § 48 GNotKG Rdnr. 7.

5 Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 48 Rdnr. 15; BeckOK-KostR/Soutier, § 48 GNotKG Rdnr. 23; Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, 13. Aufl. 2021, Rdnr. 2969.

6 Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 48 Rdnr. 15; Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 2969.

durch eine aus Übergeber und Erwerber bestehenden GbR geführt wird und der bestehende Gesellschaftsvertrag vor Beurkundung der Übergabe dahin gehend angepasst wird, dass die Betriebsführung, die Entscheidungsbefugnis und die Vertretungsmacht allein dem Erwerber obliegen und der Übergeber hiervon ausgeschlossen ist.<sup>7</sup> Gleichermaßen gilt, wenn eine dementsprechende Änderung des Gesellschaftsvertrags im Übergabevertrag selbst vorgenommen wird (wobei es sich dann im Verhältnis zur Übergabe um einen verschiedenen, gesondert zu bewertenden Beurkundungsgegenstand handelt).

So lag der Fall bei dem vom OLG Nürnberg zu entscheidenden Vorgang.

Hierbei gilt es zunächst festzuhalten, dass das OLG Nürnberg in seiner Beschlussbegründung die vorherrschende Auffassung bestätigt, wonach § 48 Abs. 1 GNotKG grundsätzlich nicht anzuwenden ist, wenn der übergebene Betrieb bereits vor wie auch weiterhin nach Übergabe an eine GbR verpachtet ist, die den Betrieb auf Grundlage des Pachtverhältnisses fortführt.

Allerdings, so das OLG, sei die vorherrschende Meinung, wonach die Privilegierung zu gewähren ist, wenn der Übergeber entweder aus der GbR ausscheidet oder durch Anpassung des Gesellschaftsvertrages die Geschäftsführung und Vertretungsmacht allein dem Erwerber zusteht, auch in diesem Fall zu beachten.

Das OLG Nürnberg führt sodann weiter aus, dass es sich bei der GbR zwar um eine eigene Rechtspersönlichkeit handelt, diese aber nach den hier vorliegenden Gegebenheiten völlig vom Erwerber beherrscht wird, welcher nicht nur nahezu alle Gesellschaftsbeteiligungen (95 %) innehat, sondern gemäß dem bestehenden Gesellschaftsvertrag ebenfalls die alleinige Geschäftsführung und Vertretungsbefugnis. Demzufolge ist die Position des Übergebers mit der eines stillen, an der Führung der GbR nicht beteiligten Gesellschafters vergleichbar.

Das OLG Nürnberg sieht in diesem Fall die Voraussetzung der Betriebsfortführung durch den Erwerber selbst als gegeben an, sodass die Privilegierung nach § 48 Abs. 1 GNotKG zu gewähren ist.

Trotz des fortbestehenden Pachtverhältnisses mit der GbR ist dem OLG Nürnberg für den vorliegenden Sachverhalt vollumfänglich zuzustimmen. So wird auch in der vorherrschenden, vom OLG Nürnberg in Bezug genommenen Literaturmeinung<sup>8</sup> die Ansicht vertreten, dass (anders als bei einer Fortführung des übergebenen Betriebs durch eine mehrgliedrige GbR, welcher noch weitere Gesellschafter angehören) bei einer nur aus Übergeber und Erwerber bestehenden GbR im Ausnahmefall die Privilegierung gewährt werden kann. Voraussetzung hierfür ist, so auch die Begründung des OLG Nürnberg, dass der

7 Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 48 Rdnr. 14; BeckOK-KostR/Soutier, § 48 Rdnr. 23; Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 2970a.

8 Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 48 Rdnr. 14; BeckOK-KostR/Soutier, § 48 GNotKG Rdnr. 23.



lediglich mit einer geringen Beteiligung in der GbR verbleibende Übergeber zum einen von der Betriebsführung, zum anderen von der Vertretungsmacht und der Entscheidungsgewalt durch gesellschaftsvertragliche Regelungen ausgeschlossen ist.<sup>9</sup>

Nach Auffassung in der Literatur kann, ausgehend von dem Grundgedanken des seinerzeitigen § 21 Abs. 8 ALG,<sup>10</sup> nur in einem solchen Fall von einer Abgabe des Betriebs vom Übergeber an den Erwerber ausgegangen werden.<sup>11</sup>

- 9 Korintenberg/Tiedtke sowie BeckOK-KostR/Soutier, jew. a. a. O.; ebenso Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 2970a.
- 10 § 21 des Gesetzes über die Alterssicherung der Landwirte (ALG) in der am 11.08.2010 geltenden Fassung, geändert durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 05.08.2010, BGBl. I, S. 1127.
- 11 Korintenberg/Tiedtke, a. a. O.

## ÖFFENTLICHES RECHT

### 23. Zum Erlöschen eines Erbbaurechts bei einer Grundstücksteilung

OLG Koblenz, Urteil vom 12.03.2024, 3 U 970/23

BGB §§ 894, 1026  
ErbbauRG § 11  
ZPO § 308

#### LEITSÄTZE:

1. Ein Erbbaurecht erlischt entsprechend § 1026 BGB, wenn eine nicht von der Ausübung erfasste Nebenfläche später vom Erbbaugrundstück abgeschrieben wird und sich die Ausübung des Erbbaurechts auf das verselbstständigte Teilgrundstück nicht erstreckt.
  2. Voraussetzung für das Freiwerden des verselbstständigten Teilgrundstücks von dem Erbbaurecht ist – neben der erfolgten Teilung des ursprünglichen Grundstücks –, dass der Inhaber des Erbbaurechts gehindert ist, das Teilgrundstück in Anspruch zu nehmen, weil es außerhalb des Ausübungsbereichs des Erbbaurechts liegt.
  3. Das Rechtsmittelgericht hat die Kosten des Rechtsstreits unter den Parteien nach dem Verhältnis des endgültigen Obsiegens und Unterliegens zu verteilen. Legt nur ein Streitgenosse Berufung ein, kann das Berufungsgericht im Rechtsmittelverfahren die vorinstanzliche Kostenentscheidung insgesamt auch insoweit überprüfen und abändern, als sie einen im Berufungsverfahren nicht mehr beteiligten Streitgenossen betrifft (Anschluss an BGH, Urteil vom 14.07.1981, VI ZR 35/79; OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 02.09.2005, 2 U 32/01).
- AUS DEN GRÜNDEN:**
- 1 Die Parteien streiten u. a. um die Löschungsbewilligung eines im Grundbuch eingetragenen Erbbaurechts hinsichtlich der Nutzung eines Kellers sowie um die Zahlungspflicht der Entwässerungskosten für die betreffenden Grundstücke.
  - 2 Die Klägerin ist alleinige Eigentümerin des Grundstücks Ifd. Nr. (...), Flur (...), Flurstück 421/4, eingetragen im Grundbuch von (...), AG (...), Blatt (...). Dieses Grundstück ist gemeinsam mit dem Flurstück 421/3 aus einer Teilung des ehemaligen Flurstücks 431/1 im Jahr 2006 hervorgegangen. Im Grundbuch und im zugehörigen Erbbaugrundbuch (...), AG (...), Blatt (...) war bei Rechtshängigkeit der Klage hinsichtlich des Grundstücks der Klägerin Flurstück 421/4 sowie hinsichtlich der Grundstücke Ifd. Nr. (...) und (...), Flur (...), Flurstücke 421/3 und 421/2, deren Eigentümerin ebenfalls die Klägerin neben dem Kläger und weiteren Erben ist, jeweils in Abteilung II, Ifd. Nr. 1 folgendes Recht eingetragen:
- „Veräußerliches und vererbliches Recht (...), unter der Oberfläche des Grundstücks Flur (...) Nr. 421/1 und 421/2 einen 60 m<sup>2</sup> großen Keller zu haben, an der Stelle, welche in dem den Anlegungsakten A 575 beiliegenden Messbrief des Geometers (...) in (...) vom 18./19.05.1902 näher angegeben ist. Dieses Recht ist begründet durch den Privatvertrag de dato (...), am 20.07.1864 und hat Rang vom letztgenannten Datum ab.“
- 3 Gegenstand des geltend gemachten Löschungsanspruchs im Berufungsverfahren ist aufgrund entsprechender Beschränkung der Berufung sowie nach Rücknahme der Berufung des Klägers (...) nur noch das im Alleineigentum der Klägerin stehende Grundstück Flur (...), Flurstück 421/4.
  - 4 Des Weiteren verlangt die Klägerin von dem Beklagten die Rückzahlung entrichteter Beiträge zur Niederschlagswasserbeseitigung über die bereits in dem angefochtenen Urteil zugesprochenen 86,72 € hinaus in Höhe von weiteren 2.541,76 € betreffend sämtlicher Grundstücke Flur (...), Flurstücke 421/2, 421/3 und 421/4 sowie die Feststellung einer zukünftigen Ersatzpflicht in Höhe von 100 %.
  - 5 Einer Darstellung weiterer tatsächlicher Feststellungen im Sinne des § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO bedarf es nicht, weil ein Rechtsmittel gegen das Urteil unzweifelhaft nicht zulässig ist, § 540 Abs. 2, § 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO i. V. m. §§ 543, 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.
  - 6 Die zulässige Berufung der Klägerin hat teilweise, bezogen auf die begehrte Löschungsbewilligung des Erbbaurechts, Erfolg. Die Klägerin hat einen Anspruch auf Erteilung der Löschungsbewilligung durch den Beklagten für das zu seinen Gunsten bzw. zugunsten der Nebeninterventientin im Grundbuch von (...), AG (...), Blatt (...) in Abteilung II, Ifd. Nr. 1 eingetragene Erbbaurechte bezogen auf das Grundstück Ifd. Nr. (...), Flur (...), Flurstück 421/4. Der Antrag der Klägerin ist ausreichend bestimmt (1.). Der Beklagte ist trotz der nach Rechtshängigkeit erfolgten Veräußerung weiterhin passiv legitimiert (2.). Anspruchsgrundlage für die Löschungsbewilligung ist § 894 BGB, dessen Voraussetzungen hier vor-

liegen (3.). Im Übrigen ist die Berufung unbegründet, weil der Klägerin gegen den Beklagten im Zusammenhang mit den Entwässerungskosten keine weiteren (Zahlungs-)Ansprüche zustehen (4.).

Im Einzelnen:

**7 1.** Entgegen der Auffassung des Beklagten ist der Berufungsantrag zu I. 1. der Klägerin (...) nicht mangels hinreichender Bestimmtheit nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO unzulässig.

**8 a)** Ein Klageantrag ist hinreichend bestimmt, wenn er den erhobenen Anspruch konkret bezeichnet, dadurch den Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) absteckt, Inhalt und Umfang der materiellen Rechtskraft der begehrten Entscheidung (§ 322 ZPO) erkennen lässt, das Risiko eines Unterliegens der Klägerin nicht durch vermeidbare Ungenauigkeiten auf den Beklagten abwälzt und schließlich eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil ohne eine Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren erwarten lässt (BGH, Urteil vom 21.11.2017, II ZR 180/15, juris Rdnr. 8; Urteil vom 14.12.1998, II ZR 330/97; Urteil vom 13.10.2015, VI ZR 271/14; Urteil vom 02.12.2015, IV ZR 28/15).

**9 b)** Gemessen an diesem Maßstab erfüllt der von der Klägerin gestellte Antrag zu I. 1. die nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO erforderlichen Bestimmtheitserfordernisse. Insbesondere verwendet er keine auslegungsbedürftigen Begriffe, über deren Inhalt zwischen den Parteien Zweifel bestehen.

**10** Die Formulierung, wonach beantragt wird, die Löschung gegenüber dem „jeweiligen Eigentümer“ zu bewilligen, ist nicht zu beanstanden. Die Eigentümerstellung der Klägerin ist unstreitig. Hinsichtlich des Inhalts des Begriffs „jeweiliger Eigentümer“ besteht mithin zwischen den Parteien kein Zweifel. Durch die Formulierung wird lediglich klargestellt, dass die Löschungsbewilligung auch gegenüber etwaigen Rechtsnachfolgern der Klägerin abzugeben ist. Mit einer Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren ist nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass sich die Eigentümerstellung an Hand des Grundbuchs nach § 892 BGB stets nachvollziehen lässt, nicht zu rechnen.

**11 2.** Der Beklagte ist passivlegitimiert.

**12** Dem steht nicht entgegen, dass er das Erbbaurecht nach Rechtshängigkeit an die Nebenintervenientin rechtsgeschäftlich übertragen hat und diese zwischenzeitlich im Grundbuch eingetragen wurde. Nach § 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO ändert sich hierdurch an seiner Parteistellung nichts (Zöller/Greger, ZPO, 35. Aufl. 2024, § 265 Rdnr. 6). Der Beklagte ist kraft Gesetzes Prozessstandschafter der Nebenintervenientin geworden (BGH, Urteil vom 14.09.2018, V ZR 267/17, juris Rdnr. 7).

**13** Die Klägerin war auch nicht gehalten, die Klage nach § 264 Nr. 3 ZPO umzustellen. Denn sie kann nach §§ 727, 731 ZPO gegen die Nebenintervenientin aus dem Urteil vollstrecken (Zöller/Greger, ZPO, § 265 Rdnr. 6b m. w. N.).

**14 3.** Der Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Bewilligung der Löschung des Erbbaurechts folgt aus § 894 BGB. Denn das Grundbuch ist diesbezüglich unrich-

tig. Dabei steht im Berufungsverfahren fest, dass das zugunsten des Beklagten im Grundbuch eingetragene Erbbaurecht zur Unterhaltung des Kellers wirksam entstanden und an ihn übertragen wurde (a)). Das Grundstück der Klägerin lfd. Nr. (...), Flur (...), Flurstück 421/4, welches unstreitig durch Teilung des ehemaligen Flurstücks 421/1 entstanden ist, wurde aufgrund der Teilung jedoch von der Erbbaulast frei, weil es von dem Keller nicht berührt wird und damit außerhalb des Ausübungsbereichs des Erbbaurechts liegt. Dies folgt aus einer entsprechenden Anwendung von § 1026 BGB (b)). Auf eine etwaige Verletzung der Hinweispflicht des LG und einer damit verbundenen behaupteten Verletzung des rechtlichen Gehörs kommt es daher nicht an (c)).

**15 a)** Das LG hat festgestellt, dass das Erbbaurecht zur Unterhaltung des Kellers wirksam entstanden ist und auf den Beklagten rechtsgeschäftlich übertragen wurde. Der privatschriftliche Vertrag vom 20.07.1864 (...) sei nicht wegen Formunwirksamkeit nichtig. Der Entstehung des Erbbaurechts stehe nicht entgegen, dass sich dieses lediglich auf einen Teil des Grundstücks beziehe. Dieses sei auch weder wegen einer faktischen Aushöhlung des Eigentumsrechts noch wegen eines unverhältnismäßigen Missverhältnisses zwischen Kosten und Nutzen nach § 138 BGB sittenwidrig. Die im Jahr 1902 erfolgte Eintragung im Grundbuch (...) sei auf Überführung des Rechts in die Rechtsordnung des BGB gerichtet gewesen und habe keiner vormundschaftsgerichtlichen Zustimmung gemäß § 1643 Abs. 1 i. V. m. § 1850 Nr. 1 BGB bedurft. Schließlich sei die rechtsgeschäftliche Übertragung mit notariellem Vertrag vom 18.09.1935 (...) und anschließend vom 07.05.1979 (...) an den Beklagten nicht zu beanstanden.

**16** Der Senat nimmt insofern Bezug auf die ausführliche und überzeugende Begründung in dem angefochtenen Urteil und macht sich diese zu eigen. Diese wird mit der Berufung auch nicht angegriffen.

**17 b)** Entsprechend § 1026 BGB ist das Grundstück der Klägerin lfd. Nr. (...), Flur (...), Flurstück 421/4 aufgrund der Teilung des ehemaligen Flurstücks 421/1 und der Tatsache, dass es außerhalb des Ausübungsbereichs des Erbbaurechts liegt, von diesem freigeworden.

**18 aa)** Nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum, der sich der Senat anschließt, erlischt das Erbbaurecht entsprechend § 1026 BGB, wenn eine nicht von der Ausübung erfasste Nebenfläche später vom Erbbaugrundstück abgeschrieben wird und sich die Ausübung des Erbbaurechts auf das verselbstständigte Teilgrundstück nicht erstreckt (OLG Hamm, Beschluss vom 07.06.2005, 15 W 158/05, juris Rdnr. 15; Staudinger/Weber, Neub. 2017, § 1026 Rdnr. 3; Bauer/Schaub, GBO, 5. Aufl. 2023, F. Erbbaurecht, Wohnungserbbaurecht, Rdnr. 174 und 34; BeckOK-BGB/Maaß, Stand: 01.11.2023, § 1 ErbbauRG Rdnr. 26; Ring/Grziwotz/Schmidt-Räntsche, NK-BGB, Band 3: Sachenrecht, 5. Aufl. 2022, § 1026 Rdnr. 1, 2; Demharter, GBO, 33. Aufl. 2023, Anh. § 8 Rdnr. 13).

**19 (1)** Dies folgt bereits aus § 11 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG, wonach auf das Erbbaurecht die sich auf Grundstücke bezie-



henden Vorschriften mit Ausnahme der §§ 925, 927, 928 BGB sowie die Vorschriften über Ansprüche aus dem Eigentum entsprechende Anwendung finden, soweit sich nicht aus dem ErbbauRG ein anderes ergibt. Diese Verweisung umfasst auch die entsprechende Anwendung des § 1026 BGB (MünchKomm-BGB/Weiß, 9. Aufl. 2023, § 11 ErbbauRG Rdnr. 39; Nagel/Götting, ErbbauRG, 1. Aufl. 2022, § 11 Rdnr. 146; Heller, Erbbaurechtsgesetz, § 11 Rdnr. 21).

**20 (2)** Die entsprechende Anwendung des § 1026 BGB ist vorliegend auch sachgerecht.

**21** Für Grunddienstbarkeiten enthalten § 1026 BGB und § 1025 BGB nähere, jedoch nicht abschließende Regelungen für den Fall der Teilung des dienenden bzw. herrschenden Grundstücks. Eine Grunddienstbarkeit kann nur entstehen und weiterhin bestehen, wenn sie für das herrschende Grundstück einen Vorteil bietet. Der Vorteil ist eine materiellrechtliche Entstehungsvoraussetzung der Grunddienstbarkeit. Mit dem Vorteil steht und fällt die Grunddienstbarkeit. § 1025 Satz 2 BGB bestätigt diesen Grundsatz für den Fall, dass der Vorteil nach Teilung des herrschenden Grundstücks nur noch für einen Teil fortbesteht. Umgekehrt legt § 1026 BGB fest, dass der Teil, auf dem die Grunddienstbarkeit nicht mehr ausgeübt werden kann, von der Belastung frei wird (BeckOGK-BGB/Kazele, Stand: 01.11.2023, § 1026 Rdnr. 2-4).

**22** Für das Erbbaurecht besteht im Erbbaurechtsgesetz eine vergleichbare Regelung nicht.

**23** Gleichwohl ist es nach allgemeiner Auffassung zulässig, mit dinglicher Wirkung die Ausübung des Erbbaurechts auf einen Teil des belasteten Grundstücks zu beschränken, mit der Folge, dass dann die materiellrechtliche Belastung und die reale Ausübung auseinanderfallen. Belastungsgegenstand ist das Grundstück in seiner Gänze, der Inhalt des Erbbaurechts beschränkt sich aber auf eine Teilfläche (BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, Stand: 01.12.2023, § 1 Rdnr. 44).

**24** In einem solchen Fall ist die nachträgliche Abschreibung und rechtliche Verselbstständigung des von der Rechtsausübung nicht betroffenen Grundstücksteils mit der in § 1026 BGB geregelten Teilung eines mit einer Grunddienstbarkeit belasteten Grundstücks vergleichbar.

**25 bb)** Voraussetzung für das Freiwerden des Grundstücks der Klägerin Flur (...), Flurstück 421/4, von dem Erbbaurecht ist – neben der unstreitig erfolgten Teilung des ursprünglichen Grundstücks Flurstück 421/1 –, dass der Beklagte gehindert ist, das Grundstück in Anspruch zu nehmen, weil es außerhalb des Ausübungsbereichs des Erbbaurechts liegt (Bauer/Schaub, GBO, C. Zweite Abteilung des Grundbuchs Rdnr. 388, 389).

**26** Dies ist vorliegend der Fall.

**27 (1)** Der gerichtlich bestellte Sachverständige (...) hat in seinem Gutachten vom 27.01.2021 (...) festgestellt, dass sich der Keller nicht auf das klägerische Grundstück Flurstück 421/4 erstreckt. Insofern wird auf den dem Gutachten beigefügten Übersichtsplan (...) Bezug genommen.

**28** Der Sachverständige hat ausführlich und überzeugend dargelegt, wie er zu diesem von ihm gefundenen Ergebnis gelangt ist. Der Senat hat keinerlei Anlass, an der Richtigkeit dieser Ausführungen zu zweifeln. Einwendungen gegen das Gutachten werden mit der Berufung auch nicht erhoben.

**29 (2)** Nicht ausreichend für die entsprechende Anwendung des § 1026 BGB ist, wenn der Beklagte zum Zeitpunkt der Teilung nur einen bestimmten Teil des Grundstücks nutzt, jedoch berechtigt ist, die Nutzung auch auf andere Flächen auszuweiten. Der Beklagte muss vielmehr unmittelbar nach dem Rechtsinhalt des Erbbaurechts oder aufgrund rechtsgeschäftlich vereinbarter Ausübungsregelung dauernd rechtlich – und nicht nur tatsächlich – gehindert sein, bestimmte Teile des belasteten Grundstücks zu benutzen (BGH, Urteil vom 03.05.2002, V ZR 17/01, NJW 2002, 3021 zur Dienstbarkeit; BeckOGK-BGB/Kazele, § 1026 Rdnr. 35).

**30** So liegt der Fall hier.

**31** Zwar hat der Beklagte vorgetragen, dass es in Zukunft zu einer Erstreckung des Erbbaurechts kommen könne. Es sei nicht auszuschließen, dass zukünftig bauliche Veränderungen, wie beispielsweise einer Veränderung der Abluftsituation oder der Versorgungsleitungen notwendig werden könnten, die sich auch auf das Grundstück der Klägerin beziehen könnten. Auch seien zukünftig ggf. Stabilisierungsmaßnahmen auf dem Grundstück der Klägerin notwendig.

**32** Unabhängig davon, dass es sich hierbei um Vermutungen des Beklagten lediglich „ins Blaue hinein“ handelt, die konkreten Vortrag zu der Notwendigkeit etwaiger Maßnahmen vermissen lassen, was sich bereits darin zeigt, dass der Keller offensichtlich jedenfalls seit dem Jahr 1935 in seiner grundsätzlichen Ausprägung unverändert besteht, überzeugt diese Argumentation nicht. Denn der Beklagte verkennt die inhaltliche Reichweite des Erbbaurechts.

**33** Er ist berechtigt, „einen 60 m<sup>2</sup> großen Keller zu haben an der Stelle, welche in dem den Anlegungsakten A 575 beiliegenden Messbrief des Geometers (...) in (...) vom 18./19.05.1902 näher angegeben ist“. Damit wird deutlich, dass der bauliche Umfang des Kellers anhand des Messbriefs (...) klar begrenzt ist. Gleichermaßen ergibt sich auch aus der Verhandlung des Großherzoglichen AG [...] über die Überführung des Erbbaurechts in das Grundbuch vom 28.05.1902, in der, nach dem Transkriptionsgutachten des Sachverständigen (...) vom 15.05.2022 (...), festgehalten wurde, dass sich die „Größe des Kellers und die nähere Stelle, an welcher sich dieser befindet“, aus dem Messbrief ergibt. Eine bauliche Erweiterung dergestalt, dass das Grundstück der Klägerin Flurstück 421/4 in Anspruch genommen würde, ist von dem im Grundbuch eingetragenen, mit Vertrag vom 20.07.1864 begründeten und mit Vertrag vom 07.05.1979 auf den Beklagten übertragenen Erbbaurecht nicht umfasst. Das Recht zur Unterhaltung beinhaltet die Erhaltung, Instandhaltung, Reparatur und Wartung des Kellers, aber nicht eine Inanspruchnahme der Grundstücke über die im Messbrief bezeichnete Stelle hinaus. Auch die von dem Beklagten angeführten etwaigen zukünftigen Stabilisierungsmaßnahmen wären räumlich auf das absolut Notwendige zu begrenzen. Dass sich diese auch auf das Grundstück der

Klägerin erstrecken könnten, ist aufgrund der Lage des Kellers ausgeschlossen.

**34 c)** Vor diesem Hintergrund braucht der Senat nicht zu entscheiden, ob das LG eine Hinweispflicht gemäß § 139 ZPO verletzt hat.

**35 4.** Dagegen stehen der Klägerin gegen den Beklagten im Zusammenhang mit den Entwässerungskosten keine weiteren Ansprüche zu, weder bezogen auf die Rückzahlung von ihr geleisteter Beiträge (a)) noch bezogen auf die Feststellung einer zukünftigen Einstandspflicht (b)). Diesbezüglich ist die Berufung unbegründet.

**36 a)** Die Klägerin hat gegen den Beklagten über die bereits zugesprochenen 86,72 € hinaus keinen weiteren Zahlungsanspruch in Höhe von weiteren 2.541,76 €. Es fehlt an einer entsprechenden Anspruchsgrundlage.

**37 aa)** Eine entsprechende Zahlungspflicht des Beklagten lässt sich insbesondere nicht Ziffer 5 des Kaufvertrags über das Erbbaurecht vom 07.05.1979 (UR-Nr. 666/1979 des Notars [...] ) entnehmen.

**38** Dort ist geregelt, dass „die auf dem verkauften Grundbesitz ruhenden öffentlichen Abgaben und Lasten“ mit dem 01.05.1979 auf den Beklagten übergehen. „Grundbesitz“ meint dabei entgegen der Ansicht der Klägerin nicht das Grundstück selbst, sondern – entsprechend der ausdrücklichen Definition im Vertrag – das Erbbaurecht zur Unterhaltung des Kellers.

**39** Der Vertrag stellt mithin lediglich klar, dass die mit dem Erbbaurecht verbundenen Abgaben und Lasten von dem Beklagten zu tragen sind. Insofern hat das LG zutreffend festgestellt, dass der Klägerin gegen den Beklagten, da sie von der Gemeinde nach der geltenden Entgeltsatzung für die öffentliche Abwasserbeseitigung in Anspruch genommen wurde, im Innenverhältnis ein Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB im Verhältnis der Nutzungsanteile an den Grundstücken zusteht. Dafür, dass die Parteien des Kaufvertrags vom 07.05.1979 in Ziffer 5 dem Beklagten die vollen Abgaben und Lasten für die gesamte Grundstücksfläche auferlegen wollten, ist – unabhängig von der Frage, ob sich die Klägerin hierauf überhaupt berufen könnte – nichts ersichtlich.

**40 bb)** Die Klägerin kann dabei auch nicht mit Erfolg geltend machen, dass die Grundstücke unbebaut seien und von den Eigentümern nicht genutzt würden.

**41** Denn dies trifft allenfalls auf die Grundstücke Flur (...), Flurstücke 421/2 und 421/3, nicht aber auf das in dem Alleineigentum der Klägerin stehende und unstreitig bebaute Grundstück Flurstück 421/4 zu. Ferner lässt § 15 Abs. 1 der Entgeltsatzung für die öffentliche Abwasserbeseitigung der Stadt (...) und der Verbandsgemeinde (...) vom 03.12.2009 die Beitragspflicht hinsichtlich der wiederkehrenden Beiträge für die Möglichkeit der Einleitung von Niederschlagswasser bei unbebauten Grundstücken gerade nicht entfallen.

**42 cc)** Etwas anderes folgt auch nicht aus einer ergänzenden Vertragsauslegung entsprechend § 1020 Satz 2, § 1021 Abs. 1 BGB bzw. § 995 Satz 2 BGB.

**43** Zwar kann der Beklagte zur Unterhaltung des Kellers verpflichtet sein. Eine alleinige Kostentragungspflicht des Beklagten hinsichtlich der Niederschlagswasserbeseitigung lässt sich daraus indes nicht ableiten. Denn die Gebühren sind grundstücks- und nicht gebäudebezogen und würden – wie oben ausgeführt – auch erhoben, wenn das Erbbaurecht bzw. der Keller selbst nicht existieren würden.

**44** Für die von der Klägerin angeführte ergänzende Vertragsauslegung ist zudem vor dem Hintergrund des eindeutigen Wortlauts der Regelung in Ziffer 5 des Kaufvertrags über das Erbbaurecht vom 07.05.1979 (UR-Nr. 666/1979 des Notars [...]) kein Raum. Aufgrund der vertraglichen Definition des „Grundbesitzes“ als das Erbbaurecht zur Unterhaltung des Kellers kann die Klägerin hieraus keine weitergehenden Ansprüche herleiten.

**45 dd)** Auch ist in der bloßen Zahlung des Beklagten in der Vergangenheit keine konkludente Vereinbarung einer Kostenübernahmepflicht zu sehen. Eine solche kommt nur dann in Betracht, wenn der Beklagte aufgrund besonderer Umstände im Einzelfall bei seiner Leistung aus der Sicht der Klägerin als Empfängerin der Zahlung den Eindruck erweckt hätte, er handele mit einem auf den Abschluss einer solchen Vereinbarung gerichteten Rechtsfolgewillen (OLG München, Urteil vom 28.04.2021, 10 U 6788/20, BeckRS 2021, 10103). Daran fehlt es hier. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass in der Vergangenheit Streit oder Ungewissheit über das Bestehen der Zahlungsverpflichtung herrschte und damit der Wille erkennbar wurde, diese Unsicherheit durch eine entsprechende Vereinbarung zu beseitigen (BGH, Urteil vom 21.10.2008, XI ZR 256/07, BeckRS 2008, 24094).

**46 ee)** Entgegen der Ansicht des Beklagten ist es im Rahmen des § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB vorliegend auch sachgerecht, auf die Grundstücksfläche abzustellen. Denn diese stellt die Berechnungsgrundlage für die nach § 15 Abs. 1 der Entgeltsatzung für die öffentliche Abwasserbeseitigung der Stadt (...) und der Verbandsgemeinde (...) vom 03.12.2009 zu entrichtenden Entwässerungskosten dar, die in gleicher Höhe anfallen würden, wenn der Keller nicht vorhanden wäre. Auch eine hälfte Kostentragung des Beklagten ist daher nicht angezeigt. Lediglich ergänzend kann hier auf das Mietrecht verwiesen werden. Eine Verteilung der Nebenkosten nach Fläche ist dort ebenfalls anerkannt.

**47 b)** Der Feststellungsantrag teilt das Schicksal des Zahlungsanspruchs.

**48 aa)** Dabei kann dahinstehen, ob der Feststellungsantrag wegen des Vorrangs der Leistungsklage bereits unzulässig ist.

**49 bb)** Denn er ist jedenfalls unbegründet. Aus den oben darstellten Gründen fehlt es an einer Anspruchsgrundlage für die begehrte Feststellung.

(...)



## STEUERRECHT

### 24. Werterhöhung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft als Schenkung

BFH, Urteil vom 10.04.2024, II R 22/21 (Vorinstanz: FG Sachsen, Urteil vom 06.05.2021, 8 K 34/21)

BewG §§ 11, 151 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3

ErbStG § 7 Abs. 8 Satz 1, § 13b Abs. 1 Nr. 3

#### LEITSÄTZE:

- Leistung im Sinne des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG ist jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, das die Hingabe von Vermögen bewirkt. Auch die Abtretung eines Anteils an einer Kapitalgesellschaft an diese selbst erfüllt den Leistungsbegriff.**
- § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG fingiert eine Schenkung. Die Freigebigkeit der Leistung an die Gesellschaft ist anders als beim Grundtatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG nicht Voraussetzung für die Steuerbarkeit.**
- Die Werterhöhung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft im Sinne des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG ist nach den Regeln des § 11 BewG zu ermitteln. Dazu ist der gemeine Wert des Anteils des Bedachten vor der Leistung an die Gesellschaft mit dem gemeinen Wert dieses Anteils nach der Leistung zu vergleichen.**
- Der gemeine Wert der (teil-)unentgeltlich bewirkten Leistung bildet die Obergrenze für die Werterhöhung des Anteils nach § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Der Kläger und Revisionskläger (Kläger), seine (drei) Kinder, sein Bruder A und dessen (zwei) Kinder sowie sein Bruder B und dessen (zwei) Kinder sind Erben der D zu je  $\frac{1}{10}$ . Zum Nachlass gehörte ein Geschäftsanteil mit dem Nennbetrag von 9.000 € an der T GmbH, deren Stammkapital 27.000 € betrug. Die übrigen Geschäftsanteile hielt die H KG, an der neben einer Komplementärin ohne vermögensmäßige Beteiligung der Kläger und seine beiden Brüder als Kommanditisten beteiligt waren.

2 Mit notariellem Kauf- und Abtretungsvertrag vom 10.10.2013 veräußerten die Miterben gemeinschaftlich den durch Erbanfall erworbenen Anteil an der T GmbH zu einem Kaufpreis von 300.000 € an die T GmbH. Der Bestimmung des Kaufpreises lagen zwei Unternehmensbewertungen zum 31.12.2009 zugrunde, aufgrund derer sich die Miterben auf einen Unternehmenswert der T GmbH von 1.000.000 € an diesem Stichtag geeinigt hatten.

3 Mit an die T GmbH gerichtetem Feststellungsbescheid vom 27.04.2017 stellte das örtlich zuständige FA auf Anforderung des Beklagten und Revisionsbeklagten (FA) den Wert des veräußerten Geschäftsanteils auf den 10.10.2013 erklärungsgemäß mit 1.819.176 € fest.

4 Aufgrund der Differenz zwischen dem festgestellten Wert und dem vereinbarten Kaufpreis ging das FA von Schenkungen im Sinne des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG der nicht an der H KG beteiligten Miterben zugunsten der Kommanditisten der H KG aus und setzte mit Bescheiden jeweils vom 12.11.2018 Schenkungsteuer gegen den Kläger fest. Den Wert des jeweiligen Erwerbs ermittelte es, ausgehend vom Unterschiedsbetrag zwischen dem festgestellten Wert des Geschäftsanteils und dem vereinbarten Kaufpreis i. H. v. 1.519.176 €, der zu je 1/10 auf die zuwendenden Miterben entfalle und von diesen zu je 1/3 den bedachten Kommanditisten zugewandt worden sei, mit jeweils 50.639 €. Die Steuerbegünstigung nach §§ 13a, 13b ErbStG gewährte es nicht.

5 Der Kläger legte erfolglos Einsprüche gegen die Schenkungsteuerbescheide ein. Das FG wies die hiergegen erhobenen Untätigkeitsklagen (...) als unbegründet ab. Es hat eine Werterhöhung des Anteils des Klägers an der H KG aufgrund des Verkaufs der Anteile der T GmbH nach § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG bejaht und das Vorliegen von begünstigtem Vermögen im Sinne des § 13 b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG verneint. Das Urteil ist in EFG 2021, 2019 veröffentlicht.

6 Dagegen richtet sich die Revision des Klägers. Er rügt die Verletzung des § 7 Abs. 8 Satz 1 und der §§ 13a, 13b ErbStG. Es fehle an einer „Leistung“ im Sinne des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG, da der Begriff nur solche Handlungen erfasse, die das Vermögen der Kapitalgesellschaft als Empfängerin der Leistung mehren könnten. Der Erwerb eigener Anteile durch die T GmbH erhöhe aber nicht den Wert des Gesellschaftsvermögens. Die T GmbH erwerbe keinen Vermögenswert, der ihr nicht ohnehin zustehe. Dies bestätigte der durch das BilMoG eingefügte § 272 Abs. 1a und 1b HGB. Danach stelle der Erwerb eigener Anteile keinen Anschaffungsvorgang dar, sondern sei als Kapitalherabsetzung zu qualifizieren. Ohne eine Vermögensmehrung bei der Gesellschaft könne es auch zu keiner Werterhöhung der mittelbaren Beteiligung des Klägers an der T GmbH als Kommanditist der H KG kommen. Für die Erfüllung des Tatbestands des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG reiche es nicht aus, dass sich aufgrund des Ruhens der Rechte aus eigenen Anteilen der GmbH die Beteiligungsquoten der verbliebenen Gesellschafter der GmbH verschöben, zumal sich eine Erhöhung der Beteiligungsquote nur dann auswirke, wenn es tatsächlich zu Gewinnausschüttungen oder zum Verkauf der Beteiligung komme. Erträge hieraus unterlägen zudem der Ertragsteuer.

7 Eine Schenkung liege auch deshalb nicht vor, weil die verbilligte Veräußerung des eigenen Anteils der Erben an die T GmbH eine verdeckte Einlage und damit ein entgeltlicher Vorgang sei (vgl. § 17 Abs. 1 Satz 2 EStG). Daran habe § 272 Abs. 1a und 1b HGB nichts geändert. Der Tatbestand des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG setze das Vorliegen einer freigebigen Zuwendung und damit die Unentgeltlichkeit im Verhältnis des Leistenden zur Kapitalgesellschaft voraus. Eine doppelte Belastung des Vorgangs mit Einkommensteuer und Schenkungsteuer müsse vermieden werden. Im Übrigen sei der Kaufpreis von 300.000 € wie unter fremden Dritten ausgehandelt worden. Sollte der Vorgang doch steuerbar

AUFSÄTZE

BUCHBESPRECHUNGEN

RECHTSBESPRECHUNG

SONSTIGES

STANDESNACHRICHTEN

sein, fänden die §§ 13a, 13b ErbStG Anwendung, weil ein Anteil an einer Kapitalgesellschaft und damit begünstigtes Vermögen Gegenstand der Leistung sei.

**8** Der Kläger beantragt,

die Vorentscheidung und die Schenkungsteuerbescheide, jeweils vom 12.11.2018, aufzuheben.

**9** Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

**10** Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO). Das FG hat § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG unzutreffend ausgelegt, da es davon ausgegangen ist, dass die von § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG vorausgesetzte Werterhöhung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft „denklogisch“ mit dem Wert des teilweise unentgeltlich auf die Gesellschaft übertragenen Geschäftsanteils korrespondiert. Der Senat kann nicht abschließend über die Erhöhung des Wertanteils des GmbH-Anteils, an dem der Kläger mittelbar als Kommanditist der H KG beteiligt ist, entscheiden, da das FG hinsichtlich einer möglichen Wert erhöhung dieser Anteile keine konkreten Feststellungen getroffen hat.

**11** Nach § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG gilt als Schenkung auch die Werterhöhung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, die eine an der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar beteiligte natürliche Person (Bedachte) durch die Leistung einer anderen Person (Zuwender) an die Gesellschaft erlangt.

**12 a)** § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG fingiert eine Schenkung des an eine Kapitalgesellschaft Leistenden an den mittelbar oder unmittelbar beteiligten (Mit-)Gesellschafter, dessen Geschäftsanteil durch die Leistung eine Werterhöhung erfährt. Die durch das Betreibungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz vom 07.12.2011 (BGBl. 2011 I, S. 2592) eingeführte Vorschrift soll eine Besteuerungslücke insbesondere bei disquotalen Einlagen schließen, indem eine solche Einlage des Zuwendenden in eine Kapitalgesellschaft schenkungsteuerrechtlich einer Direktzuwendung an den (Mit-)Gesellschafter gleichgestellt wird (vgl. Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Betreibungsrichtlinie-Umsetzungsgesetzes vom 17.06.2011, BR-Drucks. 253/11 (Beschluss), S. 34). Der BFH hatte in diesen Fällen vor der Einführung des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG eine freigegebige Zuwendung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG an den Gesellschafter verneint, da es wegen der rechtlichen Eigenständigkeit des Gesellschaftsvermögens der GmbH an einer zivilrechtlichen Vermögensverschiebung zwischen den Gesellschaftern, die zur Erfüllung des Tatbestands des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG notwendig ist, fehlt (zum Beispiel BFH, Urteil vom 09.12.2009, II R 28/08, BFHE 228, 169 = BStBl. II 2010, S. 566).

**13 b)** § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG verdrängt als Spezialtatbestand den Grundtatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG (ebenso R E 7.5 Abs. 1 Satz 7 ErbStR 2019 vom 16.12.2019, BStBl. I, Sondernr. 1/2019; vgl. auch Bericht des Finanzausschusses zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung

vom 26.10.2011, BT-Drucks. 17/7524, S. 21; *Curdt* in Kapp/Ebeling, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 7 Rdnr. 233; *Fischer* in Fischer/Pahlke/Wachter, ErbStG, 8. Aufl., § 7 Rdnr. 556; BeckOK-ErbStG/*Felten*, Stand: 01.04.2024, § 7 Rdnr. 523).

**14 2.** Das FG hat zu Recht angenommen, dass die Anteilsabtretung durch die Miterben eine Leistung an die T GmbH im Sinne des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG darstellt.

**15 a)** Leistung im Sinne der Vorschrift ist grundsätzlich jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, das die Hingabe von Vermögen des Zuwendenden bewirkt. Gegenstand der Leistung können Sachen, Rechte und andere Vermögensgegenstände sein, die übertragen, abgetreten oder belastet werden oder auf die der Zuwendende verzichtet (vgl. *Gebel* in Troll/*Gebel/Jülicher/Gottschalk*, ErbStG, § 7 Rdnr. 22). Die Leistung kann in einer offenen oder verdeckten Einlage bestehen oder auf einer schuldrechtlichen Vereinbarung des Gesellschafters oder eines Dritten mit der Kapitalgesellschaft beruhen (vgl. *Viskorf*, ZEV 2012, 442, 443).

**16 b)** Die Anteilsabtretung durch die Miterben (§ 2040 Abs. 1, § 2033 Abs. 2 BGB) erfüllt den Leistungsbegriff des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG ungeachtet dessen, dass der Vorgang für die T GmbH einen Erwerb eigener Anteile darstellt. Für die Einordnung des Veräußerungsvorgangs als Leistung ist – wie durch das FG zutreffend entschieden – die Perspektive der zuwendenden Gesellschafter maßgebend. Diese haben mit dem Geschäftsanteil einen Vermögensgegenstand hingegeben und auf diese Weise eine Leistung an die T GmbH erbracht. Aus der Sicht eines veräußernden Gesellschafters ist es unerheblich, ob er seinen Geschäftsanteil an die Gesellschaft selbst oder an einen Dritten veräußert. Entscheidend ist allein, dass er – aus seiner Perspektive – einen verkehrsfähigen, werthaltigen Gegenstand hingibt.

**17 c)** § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG verlangt – anders als der schenkungsteuerrechtliche Grundtatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG – keine freigegebige Vermögensverschiebung. Maßgebend für die Steuerbarkeit nach § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG ist allein die Werterhöhung von Anteilen an der Gesellschaft, die ein unmittelbar oder mittelbar beteiligter Gesellschafter durch die Leistung des Zuwendenden an die Gesellschaft erlangt.

**18 d)** Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem BFH, Urteil vom 20.01.2016, II R 40/14, BFHE 252, 453 = BStBl. II 2018, S. 284. In diesem hatte der Senat im Falle der Besteuerung einer verdeckten Einlage nach § 17 Abs. 1 Satz 2 EStG eine Besteuerung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 7 Satz 1 ErbStG als (gemischte) freigegebige Zuwendung abgelehnt. Zur Begründung führte er aus, dass es sich bei der verdeckten Einlage in das Vermögen der Kapitalgesellschaft nach § 17 Abs. 1 Satz 2 EStG nicht zugleich um einen Erwerb durch freigegebige Zuwendung des Veräußerers an die GmbH oder um einen Fall des § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG handeln kann.

**19** Die Entscheidung ist zum Grundtatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG und zur Regelung des § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG vor der Einführung der Spezialvorschrift des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG ergangen, die gerade keine freigegebige Zu-



wendung voraussetzt. § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG fingiert eine Schenkung unabhängig von den Merkmalen des schenkungsteuerrechtlichen Grundtatbestands des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Eine objektive Unentgeltlichkeit der Leistung des Zuwendenden verlangt die Fiktionsnorm gerade nicht (vgl. *N. Schneider*, Steuerberater-Jahrbuch 2011/2012, S. 487, 503). Diese Auslegung deckt sich mit dem Ziel des Gesetzgebers, insbesondere solche Werterhöhungen von Anteilen an Kapitalgesellschaften mit Schenkungsteuer zu belasten, die aufgrund von verdeckten Einlagen in die Gesellschaft entstehen. Danach kann die Frage, ob die Annahme einer verdeckten Einlage im Sinne des § 17 Abs. 1 Satz 2 EStG aufgrund des Bilanzierungsverbots für eigene Anteile, das der durch Art. 1 Nr. 23 lit. b BilMoG eingefügte § 272 Abs. 1a HGB vorsieht, ausgeschlossen ist (verneinend Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 27.11.2013, BStBl. I 2013, S. 1615 Rdnr. 20; BFH, Urteil vom 06.12.2017, IX R 7/17, BFHE 260, 163 = BStBl. II 2019, S. 213), im Streitfall auf sich beruhen.

**20 e)** Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das FG zutreffend in der Anteilsabtretung der Miterben eine Leistung im Sinne des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG gesehen, auch wenn gleichzeitig der Besteuerungstatbestand des § 17 Abs. 1 Satz 2 EStG erfüllt sein sollte.

**21 3.** Die Höhe der Bereicherung im Falle des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG richtet sich auch bei einer mittelbaren Beteiligung an der Gesellschaft nach der Werterhöhung des Anteils des Bereichertes. Die Bereicherung kann nicht höher sein als der gemeine Wert der (teil-)unentgeltlich bewirkten Leistung.

**22 a)** Zuwendung im Rahmen des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG ist die Werterhöhung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, die eine an der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar beteiligte natürliche Person oder Stiftung (Bedachte) erlangt. Ist der Bedachte nur mittelbar an der Kapitalgesellschaft beteiligt, kommt es auf die – anteilig auf den mittelbaren Gesellschafter entfallende – Werterhöhung der unmittelbaren Beteiligung an der Kapitalgesellschaft an (vgl. R E 7.5 Abs. 12 Satz 13 und 14 ErbStR 2019). Danach kann der Kläger als mittelbar über die H KG beteiligter Gesellschafter der T GmbH nach § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG bereichert sein, soweit die Abtretung der Gesellschaftsanteile durch die Miterben mittelbar zu einer Erhöhung des Werts seines mittelbar über die H KG gehaltenen Geschäftsanteils an der T GmbH führte.

**23 b)** Die Werterhöhung des Gesellschaftsanteils muss durch die Leistung kausal verursacht sein. Auf eine „Entreicherung“ des Leistenden kommt es nach dem Wortlaut des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG nicht an. Die Werterhöhung des Gesellschaftsanteils wird durch den gemeinen Wert der (teil-)unentgeltlich bewirkten Leistung begrenzt (vgl. R E 7.5 Abs. 12 Satz 6 f. ErbStR 2019). Der Wortlaut des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG sieht eine solche Obergrenze zwar nicht ausdrücklich vor. Die Entstehungsgeschichte und der Zweck der Norm, Missbrauch durch eine mittelbare Mehrung des Vermögens eines (Mit-)Gesellschafters zu vermeiden (vgl. Bericht des Finanzausschusses zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/7524, S. 6), gebieten es je-

doch, den Steuerzugriff auf den gemeinen Wert der Leistung des Zuwendenden zu beschränken.

**24 c)** Bei einer teilentgeltlichen Übertragung von Gesellschaftsanteilen an die GmbH bestimmt sich der gemeinsame Wert der bewirkten Leistung nach der Differenz zwischen dem gemeinsamen Wert des Anteils und dem von der GmbH gezahlten Entgelt. Denn eine Leistung von Gesellschaftern oder Dritten an die Kapitalgesellschaft führt nicht zu einer steuerbaren Werterhöhung, soweit dieser Leistung eigene Leistungen der Gesellschaft bzw. der Gesellschafter gegenüberstehen (vgl. R E 7.5 Abs. 11 Satz 2 ErbStR 2019).

**25 d)** Ob die Gegenleistung wertadäquat oder die Übertragung des Geschäftsanteils ganz oder teilweise unentgeltlich ist, richtet sich nach dem Preis, der bei einer Veräußerung des Anteils im gewöhnlichen Geschäftsverkehr (§ 9 Abs. 2 Satz 1 BewG) zu erzielen wäre (vgl. BFH, Urteil vom 20.01.2016, II R 40/14, BFHE 252, 453 = BStBl. II 2018, S. 284 Rdnr. 19). Sind die Parteien in nachvollziehbarer Weise und unter fremdüblichen Bedingungen übereinstimmend davon ausgegangen, dass die Leistungen insgesamt ausgeglichen sind, liegt eine Steuerbarkeit nach § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG grundsätzlich auch dann nicht vor, wenn sich dies anhand später gewonnener besserer Erkenntnis als unzutreffend erweist. Die als zutreffend zugrunde gelegten Werte sind dann im gewöhnlichen Geschäftsverkehr zu stande gekommen, es sei denn, es liegt zwischen der Leistung und der Gegenleistung ein offensichtliches Missverhältnis vor.

**26 e)** Im Streitfall bestand zum Zeitpunkt der Abtretung des Anteils ein deutliches Missverhältnis zwischen der Leistung der Miterben und der Gegenleistung der T GmbH, denn nach den – nicht zu beanstandenden und nicht mit der Revision angegriffenen – Feststellungen des FG stand einem Anteilswert von 1.819.176 € ein Kaufpreis von 300.000 € gegenüber. Es kann dahinstehen, ob die Vorstellung der Miterben, die T GmbH habe zum 31.12.2009 einen Unternehmenswert von 1.000.000 € gehabt, in nachvollziehbarer Weise und unter fremdüblichen Bedingungen zustande gekommen ist (vgl. R E 7.5 Abs. 12 Satz 9 und 10 ErbStR 2019). Das bewusste Festhalten an dem fast vier Jahre früher bestimmten Kaufpreis beim Anteilsverkauf am 10.10.2013 entsprach jedenfalls nicht einem schlüssigen Vorgehen im gewöhnlichen Geschäftsverkehr. Die Obergrenze der Erhöhung des Werts der Anteile an der T GmbH lag danach im Streitfall bei 1.519.176 € (Anteilswert der übertragenen GmbH-Anteile i. H. v. 1.819.176 € abzüglich eines Kaufpreises i. H. v. 300.000 €).

**27 4.** Das FG hat jedoch rechtsfehlerhaft angenommen, dass die Werterhöhung der Anteile an der T GmbH im Sinne des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG „denklogisch“ mit dem Wert des teilweise unentgeltlich auf die Gesellschaft übertragenen Geschäftsanteils korrespondiert. Hierbei handelt es sich lediglich um eine Obergrenze für die Werterhöhung im Sinne des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG. Es ist in jedem Einzelfall festzustellen, ob die Leistung an die Gesellschaft tatsächlich zu einer Werterhöhung von Anteilen an der Kapitalgesellschaft geführt hat.

**28 a)** Eine Werterhöhung von Anteilen an der Kapitalgesellschaft im Sinne des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG liegt nur dann vor, wenn der gemeinsame Wert des Anteils des Bedachten nach der Leistung des Zuwendenden an die Gesellschaft den gemeinsamen Wert des Anteils vor der Leistung übersteigt. Die Bewertung hat jeweils nach den in § 11 Abs. 2 und 3 BewG enthaltenen Regeln für die Ermittlung des gemeinsamen Werts von Anteilen an nicht börsennotierten Kapitalgesellschaften zu erfolgen. Danach ist der gemeinsame Wert in erster Linie aus Verkäufen unter fremden Dritten abzuleiten, die weniger als ein Jahr zurückliegen. Sind solche Verkäufe nicht erfolgt, ist er unter Berücksichtigung der Ertragsausichten der Kapitalgesellschaft oder einer anderen anerkannten, auch im gewöhnlichen Geschäftsverkehr für nicht-steuerliche Zwecke üblichen Methode zu ermitteln, wobei die Methode anzuwenden ist, die ein Erwerber der Bemessung des Kaufpreises zugrunde legen würde (§ 11 Abs. 2 Satz 2 BewG). Der Substanzwert der Gesellschaft darf bei der Wertermittlung nach § 11 Abs. 2 Satz 2 BewG nicht unterschritten werden (§ 11 Abs. 2 Satz 3 BewG).

**29 b)** Bei dem Erwerb von eigenen Anteilen durch eine GmbH ist zu beachten, dass das Gesellschaftsvermögen der GmbH nur noch in den Geschäftsanteilen der verbliebenen Gesellschafter reflektiert wird. Daraus kann sich – wie vom FG angenommen – eine Werterhöhung der Anteile der verbliebenen Gesellschafter im Sinne des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG ergeben. Denn es findet eine Wertverschiebung zulasten der eigenen und zugunsten der übrigen Gesellschaftsrechte statt (vgl. BFH, Urteil vom 02.08.1989, I R 53/85, BFHE 158, 452 = BStBl. II 1990, S. 222 unter II. 2., 3. und 4.), da die Mitgliedschaftsrechte für einen eigenen Anteil der GmbH ruhen. Bei der Entscheidung über die Gewinnfeststellung und -verwendung hat die Gesellschaft kein Stimmrecht und kann auszuschüttende Gewinne nicht beziehen. Der auf den eigenen Anteil der Gesellschaft rechnerisch entfallende Gewinn kann nur unter den übrigen Gesellschaftern verteilt werden (Urteil des BGH vom 30.01.1995, II ZR 45/94, NJW 1995, 1027, Leitsatz 1 und 2). Diese Rechtsfolge tritt auch unter der Berücksichtigung des durch Art. 1 Nr. 23 lit. b BilMoG eingefügten § 272 Abs. 1a HGB ein, der zu einem Bilanzierungsverbot für eigene Anteile der GmbH und einer entsprechenden Kapitalherabsetzung führt.

**30 c)** Im Fall des Erwerbs eigener Anteile durch die GmbH kann sich aber auch der Substanzwert der Gesellschaft durch das Ausscheiden des veräußernden Gesellschafters über die Minderung des Geldbestands für den Erwerb der Anteile hinaus verringern. So kann der gemeinsame Wert des Betriebsvermögens der Kapitalgesellschaft etwa durch firmenwertbildende Faktoren (zum Beispiel das Entfallen des Kundenstamms oder von Know-how) weiter absinken (vgl. R B 11.5 Abs. 3 Satz 5 ErbStR 2019), sodass es zu keiner Werterhöhung der Anteile der GmbH-Gesellschafter kommen kann.

**31 d)** Maßgebend ist, ob am Stichtag eine Werterhöhung von Anteilen an der Kapitalgesellschaft eingetreten ist. Auf eine Realisation der Werterhöhung kommt es nicht an. Dementsprechend ist es auch ohne Belang, welche ertragsteuerrechtlichen Auswirkungen zum Beispiel nach § 17

EStG eine künftige Veräußerung der Anteile hätte. Eine eventuelle Doppelbelastung der Werterhöhung mit Einkommensteuer und Schenkungsteuer könnte erst bei einer Veräußerung der Gesellschaftsanteile berücksichtigt werden.

**32 5.** Da das FG von anderen Rechtsgrundsätzen ausgegangen ist, war die Vorentscheidung aufzuheben. Der BFH kann in der Sache nicht selbst entscheiden, ob es nach den oben genannten Grundsätzen zu einer Werterhöhung der Gesellschaftsanteile im Sinne des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG gekommen ist. Zu beachten ist, dass es nach den gleichlautenden Erlassen vom 17.10.2023 (BStBl. I 2023, S. 1871) erforderlich sein kann, eine Wertfeststellung nach § 151 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BewG durchzuführen, wenn der Steuerpflichtige Gründe vorträgt, wonach die Werterhöhung des gemeinsamen Werts der Anteile niedriger ausfallen könnte als der gemeinsame Wert der teilunentgeltlichen Leistung des Zuwendenden.

**33 6.** Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass – sollte eine Werterhöhung der Anteile an der T GmbH nach § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG vorliegen – diese nicht nach den §§ 13a, 13b ErbStG begünstigt wäre.

**34 a)** § 13a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 ErbStG gewährt einen sog. Verschonungsabschlag und einen sog. Abzugsbetrag, wenn – neben weiteren Voraussetzungen – Gegenstand des Erwerbs Anteile an Kapitalgesellschaften im Sinne des § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG sind. Dies ist im Rahmen des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG nicht der Fall. Zuwendungsgegenstand ist hier allein die Werterhöhung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, die nicht zum begünstigten Vermögen nach § 13b Abs. 1 ErbStG zählt (R E 7.5 Abs. 13 ErbStR 2019; a. A. Jülicher in Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk, ErbStG, § 13b Rdnr. 174; Curdt in Kapp/Ebeling, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 7 Rdnr. 234; Meincke/Hannes/Holtz, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Kommentar, 18. Aufl., § 7 Rdnr. 170 und Dannecker, DStR 2020, 853, 857).

**35 b)** Die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 13b Abs. 1 ErbStG liegen nicht vor. Voraussetzung für die Vornahme einer Analogie ist eine planwidrige Regelungslücke. Diese ist nur gegeben, wenn das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Absicht und der ihm immanenten Teleologie, unvollständig und somit ergänzungsbedürftig ist und seine Ergänzung nicht einer vom Gesetzgeber gewollten Beschränkung auf bestimmte Tatbestände widerspricht (zum Ganzen BFH, Urteil vom 03.12.2019, VIII R 34/16, BFHE 267, 232 = BStBl. II 2020, S. 836 Rdnr. 27). Die Nichtbegünstigung der Fälle des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG erfolgte indes nicht planwidrig. Der Gesetzgeber hat vielmehr von der Möglichkeit, die Werterhöhung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft in den Katalog des § 13b Abs. 1 ErbStG aufzunehmen, soweit Gegenstand der Leistung an die Gesellschaft begünstigtes Vermögen im Sinne dieser Vorschrift ist, bewusst keinen Gebrauch gemacht, und zwar weder unmittelbar mit dem Erlass des Beitragsrichtlinie-Umsetzungsgesetzes noch zu einem späteren Zeitpunkt.

**36 c)** Die Fälle des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG sind anders gelagert als der Sachverhalt, über den der Senat in dem Urteil



vom 27.08.2014, II R 43/12 (BFHE 246, 506 = BStBl. II 2015, S. 241 Rdnr. 61 ff.) im Zusammenhang mit § 7 Abs. 1 Nr. 1 und § 13a ErbStG entschieden hat. Gegenstand der Zuwendung war dort (vgl. Rdnr. 40 des Urteils) nicht die Werterhöhung von Anteilen, sondern ein neuer GmbH-Geschäftsanteil, den der bedachte Gesellschafter im Rahmen einer Kapitalerhöhung erworben hat. Die Entscheidung kann daher auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finden.

(...)



## 25. Zum wirtschaftlich einheitlichen Erwerb nach § 8b Abs. 4 Satz 6 KStG

BFH, Urteil vom 13.03.2024, I R 30/21 (Vorinstanz:  
FG Sachsen, Urteil vom 13.10.2020, 8 K 666/20)

KStG § 8b Abs. 4 Satz 1 und 6

### LEITSATZ:

**Die in § 8b Abs. 4 Satz 6 KStG angeführte Beteiligungs-  
schwelle (10 % des Grund- oder Stammkapitals) kann  
durch einen aus Sicht des Erwerbers wirtschaftlich ein-  
heitlichen Erwerbsvorgang (hier: Erwerb in einer notariel-  
len Urkunde) auch dann erreicht werden, wenn an diesem  
Vorgang mehrere Veräußerer beteiligt sind (Bestätigung  
des Senatsurteils vom 06.09.2023, I R 16/21, BFH/NV  
2024, 339).**

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Beteiligten streiten mit Blick auf einen unterjährigen Anteilserwerb und die Beteiligungsgrenze des § 8b Abs. 4 Satz 1 KStG in der für das Jahr 2015 (Streitjahr) geltenden Fassung über den Umfang der Steuerfreiheit von Dividendeinkünften gemäß § 8b Abs. 1 Satz 1 KStG.

2 An der (...) GmbH (GmbH) waren die drei Gesellschafter A, B und C mit einem Geschäftsanteil zu je 25 % beteiligt. Ein vierter Gesellschafter übertrug im Jahr 2014 insgesamt nominal 10 % seiner Beteiligung auf A, B und C. Im Übertragungsvorgang wurden Geschäftsanteile zu zweimal 3,27 % und einmal 3,46 % (insgesamt 10 %) gebildet, die A, B und C jeweils allein erwerbend erhielten.

3 Mit notarieller Urkunde vom 25.02.2015 übertrugen A, B und C diese Geschäftsanteile von zweimal 3,27 % bzw. einmal 3,46 % (insgesamt 10 %) entgeltlich auf die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin), eine GmbH. Mit weiterer, in der Zählung unmittelbar anschließender notarieller Urkunde desselben Notars vom selben Tag übertrugen A, B und C auch ihre (restlichen) GmbH-Geschäftsanteile zu je 25 % im Wege eines qualifizierten Anteiltauschs auf die Klägerin. Damit hielten die Klägerin seit dem 25.02.2015 insgesamt 85 % der Geschäftsanteile der GmbH.

4 Mit Beschluss vom (...)03.2015 schüttete die GmbH an die Klägerin (bezogen auf die 85 % der Geschäftsanteile) Gewinn in Höhe von insgesamt (...) € aus. In den Steuererklä-

rungen der Klägerin für das Streitjahr wurde dieser Bezug als nach § 8b Abs. 1, 5 KStG steuerfrei (weder einkommens- noch gewerbeertragserhöhend) behandelt. Es ergingen am 10.04.2017 unter dem Vorbehalt der Nachprüfung entsprechende Bescheide über die Körperschaftsteuer und den Gewerbesteuermessbetrag.

5 Nach einer Außenprüfung änderte der Beklagte und Revisionskläger (FA) die Bescheide (Änderungsbescheide vom 30.04.2018). Die von der GmbH bezogene Dividende wurde in Höhe von (...) € (Dividendenbezug für einen 10%igen Geschäftsanteil (10/85 von [...] €) ohne Korrektur eines anteiligen Kürzungsbetrags des § 8b Abs. 5 Satz 1 KStG) einkommenserhöhend angesetzt, weil die auf die Klägerin übertragenen Geschäftsanteile an der GmbH getrennt zu betrachten seien und der durch die erste notarielle Urkunde vollzogene Erwerb von zweimal 3,27 % bzw. einmal 3,46 % (insgesamt 10 %) der Geschäftsanteile jeweils nicht die in § 8b Abs. 4 Satz 6 KStG niedergelegte 10 %-Grenze erreiche.

6 Nach erfolglosem Einspruch erhob die Klägerin Klage vor dem Sächsischen FG, das dieser mit Urteil vom 13.10.2020, 8 K 666/20 (EFG 2022, 607) stattgab.

7 Dagegen wendet sich das FA mit seiner Revision, mit der es die Verletzung des § 8b Abs. 4 Satz 6 KStG rügt und beantragt, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

8 Die Klägerin beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

9 Die Revision des FA wegen Körperschaftsteuer 2015 ist unbegründet und insoweit zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Wegen Gewerbesteuermessbetrags 2015 ist die Revision des FA hingegen begründet und führt insoweit zur Aufhebung des angefochtenen FG-Urteils sowie zur Abweisung der Klage (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO).

10 Das FG ist im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass (auch) der Erwerb der GmbH-Geschäftsanteile durch die Klägerin in Höhe von zweimal 3,27 % bzw. einmal 3,46 % jedenfalls deshalb dem Tatbestand des § 8b Abs. 4 Satz 6 KStG unterfällt, weil sich bereits dieser Erwerb aus Sicht der erwerbenden Klägerin wirtschaftlich als einheitlicher Erwerbsvorgang von 10 % der Geschäftsanteile darstellt (siehe insoweit allgemein Senatsurteil vom 06.09.2023, I R 16/21, BFH/NV 2024, 339). Allerdings ist bei der Festsetzung des Gewerbesteuermessbetrags 2015 – unter Berücksichtigung der vom FA vorgenommenen Hinzurechnung und des Verböserungsverbots (§ 96 Abs. 1 Satz 2 FGO) – ein Betrag in Höhe von (...) € nach § 8 Nr. 5 GewStG in der für das Streitjahr geltenden Fassung hinzuzurechnen, da die nicht mit § 8b Abs. 4 Satz 6 KStG verknüpften Voraussetzungen der Kürzung nach § 9 Nr. 2a GewStG nicht erfüllt sind.

11. Nach § 8b Abs. 1 Satz 1 KStG bleiben Bezüge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10 lit. a EStG bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz. Abweichend davon – und dies ist verfassungskonform (siehe Senatsurteil vom 06.09.2023, I R 16/21, BFH/NV 2024, 339 m. w. N.) – sind die

betroffenen Bezüge bei der Ermittlung des Einkommens nach § 8b Abs. 4 Satz 1 KStG zu berücksichtigen, wenn die ausschüttungsvermittelnde Beteiligung zu Beginn des Kalenderjahres unmittelbar weniger als 10 % des Grund- oder Stammkapitals der ausschüttenden Körperschaft betragen hat. Für Zwecke des § 8b Abs. 4 KStG gilt dabei der Erwerb einer Beteiligung von mindestens 10 % als zu Beginn des Kalenderjahres erfolgt (§ 8b Abs. 4 Satz 6 KStG).

**12 2.** Soweit die Auslegung des in § 8b Abs. 4 Satz 6 KStG verwendeten Tatbestandsmerkmals des unterjährigen „Erwerb(s) einer Beteiligung von mindestens 10 %“ umstritten ist, besteht auch in diesem Streitfall keine Notwendigkeit, weitergehende Fragestellungen abschließend zu entscheiden (siehe bereits Senatsurteil vom 06.09.2023, I R 16/21, BFH/NV 2024, 339 mit Nachweisen zum Meinungsstreit). Jedenfalls liegt ein aus Sicht der Erwerberin wirtschaftlich einheitlicher Erwerbsvorgang vor, der die Steuerfreistellung eröffnet.

**13 a)** Der Senat hat in diesem Urteil ausgeführt, dass sowohl die Entstehungsgeschichte als auch der Normzweck des § 8b Abs. 4 Satz 6 KStG dafür sprechen, dass jedenfalls der wirtschaftlich einheitliche Erwerb einer Beteiligung von mindestens 10 % zur Tatbestandserfüllung der Ausnahmeregelung des § 8b Abs. 4 Satz 6 KStG ausreicht.

**14** Denn die unterschiedliche Behandlung der Erträge aus Beteiligungen je nach der Beteiligungshöhe (§ 8b Abs. 4 Satz 1 KStG) ist damit gerechtfertigt worden, dass bei einer Streubesitzbeteiligung (unter 10 %) diese als Kapitalanlage anzusehen sei, weil häufig keine dauerhafte Beteiligung an der Unternehmung angestrebt werde. Der Anteilseigner könne aufgrund der Höhe seiner Beteiligung auch keinen unternehmerischen Einfluss auf die Entscheidungen bei der Kapitalgesellschaft ausüben, während bei einer Beteiligung von mindestens 10 % regelmäßig ein betriebliches Engagement des Anteilseigners unterstellt werden könne (so BR-Drucks. 632/1/12, S. 33).

**15** Es ist insoweit nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber bezogen auf den unterjährigen Erst- oder Hinzuerwerb einer Beteiligung an die genannte Grenze anknüpft und die den Steuerpflichtigen begünstigende Rückwirkungsregelung in § 8b Abs. 4 Satz 6 KStG so ausgestaltet, dass auf den einzelnen Erwerb abgestellt wird. Allerdings kommt es auf die Sicht des Erwerbers und angesichts des Ausnahmeharakters des § 8b Abs. 4 KStG (siehe Senatsurteil vom 06.09.2023, I R 16/21, BFH/NV 2024, 339) darauf an, ob durch den Erwerb der Beteiligung von mindestens 10 % ein unternehmerischer Einfluss auf die Entscheidungen bei der Kapitalgesellschaft ausgeübt werden kann oder nicht. Das hängt aber allein von dem Umfang der erworbenen Beteiligung ab. Deshalb muss es jedenfalls ausreichen, wenn die maßgebliche Beteiligung von mindestens 10 % aus Erwerbersicht in einem wirtschaftlich einheitlichen Vorgang aufgrund eines einheitlichen Erwerbsentschlusses in kausalem und zeitlichem Zusammenhang erworben wird.

**16 b)** Wendet man diese Grundsätze auf den Streitfall an, liegt ein solcher wirtschaftlich einheitlicher Vorgang im Sinne eines einheitlichen Erwerbsentschlusses in kausalem und zeitlichem Zusammenhang vor.

**17 aa)** Der vorliegende Sachverhalt entspricht bezogen auf den in der ersten notariellen Urkunde vollzogenen Erwerb in Höhe von insgesamt 10 % der Geschäftsanteile den Sachumständen des Senatsurteils vom 06.09.2023, I R 16/21 (BFH/NV 2024, 339). Dort war die maßgebliche (mittelbare) Beteiligung von mehreren Veräußerern aufgrund eines einheitlichen Entschlusses durch einheitliches schuldrechtliches Rechtsgeschäft in einer einheitlichen notariellen Urkunde auf einen einheitlichen Erwerbszeitpunkt erworben worden. Genau so liegt – bezogen auf den Erwerb der hier in Rede stehenden Geschäftsanteile in Höhe von zweimal 3,27 % bzw. einmal 3,46 % von A, B und C – der Streitfall. Nach den den Senat bindenden Feststellungen des FG (§ 118 Abs. 2 FGO) ist dieser Erwerb ebenfalls in einer einheitlichen notariellen Urkunde und auf einen einheitlichen Erwerbszeitpunkt erfolgt. Dies lässt in ausreichender Klarheit (insoweit zweifelnd Schober, Der Betrieb 2024, 426 = Der Konzern 2024, 66) auf einen einheitlichen Erwerbsentschluss schließen. Der danach aus der Sicht der erwerbenden Klägerin wirtschaftlich einheitliche Erwerbsvorgang von insgesamt 10 % erreicht die in § 8b Abs. 4 Satz 6 KStG genannte Erwerbsschwelle.

**18 bb)** Hinzu kommt, dass die Klägerin in aufeinander folgenden notariellen Urkunden vom 25.02.2015 von denselben Veräußerern/Übertragern, nämlich A, B und C, zunächst die genannten 10 % der Geschäftsanteile und sodann im Wege des Anteiltausches weitere Geschäftsanteile von je 25 % erworben hat. Auf Grundlage der Feststellungen des FG standen diese Erwerbe erkennbar sowohl – mit Blick auf den Erwerb von denselben Personen – in kausalem als auch – mit Blick auf die unmittelbar aufeinander folgenden notariellen Urkunden – in zeitlichem Zusammenhang. Darüber hinaus ist auch insoweit von einem einheitlichen Erwerbsentschluss auszugehen. Insgesamt wurde von der Klägerin im Streitjahr aufgrund einheitlichen Erwerbsvorgangs ein Anteilsticket in Höhe von insgesamt 85 % (zweimal jeweils 28,27 % bzw. einmal 28,46 %) erworben.

**19 cc)** Auf dieser Grundlage ist die an die Klägerin ausgeschüttete Dividende bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz zu lassen (§ 8b Abs. 1 Satz 1 KStG). Nach den Feststellungen des FG wurde § 8b Abs. 5 KStG bereits in den Bescheiden vom 10.04.2017 (bezogen auf den Gesamtbetrag der Dividende) berücksichtigt.

**20 3.** Rechtsfehlerhaft hat das FG diese Handhabung allerdings auf die Festsetzung des Gewerbesteuermessbetrags 2015 übertragen (siehe auch Hübner/Berg, Deutsches Steuerrecht kurzgefasst, 2024, S. 48). Indessen ist die genannte Ausschüttung in Höhe von (...) € nach § 8 Nr. 5 GewStG dem Gewerbeertrag der Klägerin wieder hinzurechnen, weil die – gerade nicht mit § 8b Abs. 4 Satz 6 KStG verknüpften – Tatbestandsvoraussetzungen des § 9 Nr. 2a GewStG im Streitfall nicht erfüllt sind. Da das FA in dem angefochtenen Bescheid allerdings nur einen Betrag in Höhe



von (...) € hinzugerechnet hatte, ist eine weitergehende Hinzurechnung aufgrund des finanzprozessualen sog. Verböserungsverbots (§ 96 Abs. 1 Satz 2 FGO) ausgeschlossen.

(...)

•

## 26. Keine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken bei Überlassung an (Schwieger-)Mutter

BFH, Urteil vom 14.11.2023, IX R 13/23 (Vorinstanz:  
FG Düsseldorf, Urteil vom 02.03.2023, 14 K 1525/19 E, F)

*EStG § 22 Nr. 2, § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 und 3  
FGO § 118 Abs. 2*

### LEITSATZ:

**Eine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken im Sinne des Befreiungstatbestands des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG liegt nicht vor, wenn die Nutzungsüberlassung an die (Schwieger-)Mutter des Steuerpflichtigen erfolgt.**

Diese Entscheidung ist abgedruckt in DNotZ 2024, 764.

AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSBESPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN



## Hinweise für die Praxis

# Bewertung von Gebäuden gemäß § 46 GNotKG. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrand- versicherungswertes<sup>1</sup>

Neue Richtzahl seit 01.10.2024: 27,6

Prüfungsabteilung der **Notarkasse A. d. ö. R.**, München

Das Bayerische Staatsministerium der Justiz hat eine Neuberechnung der Richtzahlen zur Bewertung von Gebäuden nach dem Brandversicherungswert, die ab 01.10.2024 anzuwenden sind, erstellt.

Die Baukostenrichtzahl, die nach wie vor dem Euro-Umrechnungskurs angepasst ist, beträgt 27,6. Nicht auf Euro umgestellt sind wie bisher die Stammversicherungssummen 1914. Bei der Berechnung der Brandversicherungswerte ist daher die Versicherungssumme 1914 weiterhin in Mark mit der Baukostenrichtzahl zu vervielfältigen. Das Ergebnis ist bereits der Euro-Betrag, es hat keine Umrechnung auf Euro zu erfolgen (dies ist bereits durch die Umstellung der Richtzahl geschehen). Auf die Bewertungshinweise in MittBayNot 2006, 88; 2007, 80 und 2008, 80 und in Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, 13. Aufl. 2021, Anhang II, wird zur Vermeidung von fehlerhaften Wertbestimmungen hingewiesen.

Nach der Rechtsprechung des BayObLG (BayObLGZ 1976, 89 = Rpfluger 1976, 375; Rpfluger 1987, 161; JurBüro 1984, 904; JurBüro 1985, 434; DNotZ 1988, 451; BayObLGZ 1993, 173) stellt insbesondere die Verwendung der Bodenrichtwerte nach § 196 BauGB (für Grund und Boden) und der Brandversicherungswerte (für das Gebäude) eine brauchbare und mit dem Gesetz zu vereinbarende Art der Wertermittlung bei bebauten Grundstücken dar. Bei der Wertermittlung des Grund und Bodens an Hand der Bodenrichtwerte ist kein genereller Abschlag mehr vorzunehmen (OLG München, Rpfluger 2019, 57 = ZfIR 2018, 574). Der von der Rechtsprechung bisher vorgesehene regelmäßige Abschlag in Höhe von 25 % ist nur mehr dann zu berücksichtigen, wenn Anhaltspunkte für wertmindernde Umstände im Einzelfall vorliegen (Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 2164; Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 22. Aufl., § 46 Rdnr. 59).

Im Hinblick auf etwa vorzunehmende Abschläge im Einzelfall bei der Verwendung der Brandversicherungswerte wird auf Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 46 Rdnr. 61 verwiesen. Auch wenn Brandversicherungen überwiegend durch Selbstveranlagung (nicht Schätzung durch den Versicherer)

erfolgen, wird man im Regelfall von einer sachgerechten Wertermittlung ausgehen können (Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 46 Rdnr. 61 ff.).

Damit eine möglichst einheitliche Bewertung von Grundbesitz durch die Gerichte und Notare erreicht wird, werden die Notare im Tätigkeitsbereich der Notarkasse gebeten, künftig nach der neuen Tabelle zur Berechnung des Gebäudebrandversicherungswertes dann zu verfahren, wenn die Beteiligten erforderliche Unterlagen vorlegen oder die Berechnung auf – allerdings nicht erzwingbaren – Angaben der Beteiligten beruhen. Die Anforderung der zur Bewertung notwendigen Unterlagen unmittelbar bei der Versicherungsgesellschaft ist nur mit Zustimmung der Beteiligten möglich (vgl. BT-Drucks.17/11471 (neu), S. 168).

### Materialien:

- Beschluss des BayObLG vom 09.04.1976, 3 Z 54/74 (BayObLGZ 1976, 89 = Rpfluger 1976, 375 = JurBüro 1976, 1236 = DNotZ 1977, 434 = JMBI. 1976, 199)
- Wertermittlungsrichtlinien 2006 (WertR 2006)
- JMS vom 24.10.2005, Gz. 5604-VI-4032/04
- Richtzahl der Bayer. Landesbrandversicherung AG
- seit 01.10.2024 für Gebäude 27,9

### Anleitung:

Der nach der Art des Gebäudes und dessen Alter (in vollen Jahren) gefundene Vervielfältiger ist auf die „Versicherungssumme 1914“ anzuwenden. Im Vervielfältiger ist die technische (altersbedingte) Wertminderung der jeweiligen Gebäudeart (Anlage 8a WertR 2006 – nur für Eigentumswohnungen – bzw. Anlage 8 WertR 2006) und der vom BayObLG für erforderlich gehaltene generelle Abschlag von 20 % bereits eingearbeitet.

Das Ergebnis ist der Verkehrswert des jeweiligen Gebäudes nach dem Brandversicherungswert (vgl. im Übrigen JMS vom 24.10.2005, Gz. 5604-VI-4032/04).

1 Anschluss an MittBayNot 2024, 89.

Der Restwert von 30 % darf weder aus technischen noch aus wirtschaftlichen Wertminderungsgesichtspunkten unterschritten werden, wenn für das Gebäude noch eine Nutzung möglich ist.

#### Versicherungsscheine ohne Versicherungssumme 1914

Nicht aus allen Versicherungsscheinen lässt sich die Versicherungssumme 1914 entnehmen. Trotzdem ergeben sich aber oftmals Anhaltspunkte, die zur Berechnung der Versicherungssumme 1914 ausreichen (Gebäudetyp, Ausstattungsmerkmale, Wohnfläche, Sonderflächen). In diesen Fällen kann der Brandversicherungswert 1914 von Notar und Gericht selbst ermittelt werden. Ergeben sich diese Angaben nicht aus dem Versicherungsschein, können die maßgeblichen Angaben zum Gebäudetyp problemlos beim Kostenschuldner anhand eines Fragenkatalogs in Erfahrung gebracht werden. Die Berechnung des Brandversicherungswertes 1914 erfolgt durch Übertragung der Angaben in die aus dem Internet abrufbaren Berechnungstabellen (z. B. unter <http://www.versicherung-vergleiche.de/gebaeudever->

sicherung/gebaeude\_vergleich.php). Werden keine zur Berechnung der Brandversicherungssumme 1914 erforderlichen Angaben gemacht, muss eine Geschäftswertfestsetzung nach freiem Ermessen erfolgen, wobei bei Kenntnis der Wohnfläche (diese Angaben sind regelmäßig bekannt oder leicht zu erfragen) die Brandversicherungssumme 1914 nach der Faustregel „Wohnfläche x 165“ (dieser Faktor zur Wertberechnung wird von der Allianz-Versicherung verwendet) berechnet werden kann. Im Falle der Allianz-Versicherung kann überdies die in Euro ausgewiesene dynamische Neuwertsumme 2000 mit Hilfe des Faktors 10,313 in die Versicherungssumme 1914 umgerechnet werden (also dynamische Neuwertsumme 2000 geteilt durch 10,313 = Versicherungssumme 1914). Versicherungen bei anderen Versicherungsgesellschaften dürfen vergleichbar sein. Diese Bewertungsmethode deckt sich mit der Auffassung der bayerischen Justiz (Ergebnis einer Arbeitsgruppe zur Überarbeitung der Richtlinien zur Grundbesitzberechnung in der Justiz Bayerns aus dem Jahre 2016).

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentumswohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäftshäuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab vier Wohnungen, Fertighäuser, Veranstaltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertiggaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
1	21,859	21,859	21,859	21,638	21,418
2	21,638	21,859	21,418	21,197	20,534
3	21,418	21,638	21,197	20,755	19,872
4	21,197	21,638	20,976	20,314	19,210
5	20,976	21,418	20,755	19,872	18,326
6	20,755	21,418	20,314	19,430	17,664
7	20,534	21,197	20,093	18,989	17,002
8	20,314	21,197	19,872	18,547	16,118
9	20,093	20,976	19,651	18,106	15,456
10	19,872	20,755	19,210	17,664	14,794
11	19,651	20,755	18,989	17,222	13,910



Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäftshäuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab vier Wohnungen, Fertighäuser, Veranstaltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertiggaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
12	19,430	20,534	18,768	16,781	13,248
13	19,210	20,534	18,547	16,339	12,586
14	18,989	20,314	18,106	15,898	11,702
15	18,768	20,093	17,885	15,456	11,040
16	18,547	20,093	17,664	15,014	10,378
17	18,326	19,872	17,443	14,573	9,494
18	18,106	19,651	17,002	14,131	8,832
19	17,885	19,651	16,781	13,690	8,170
20	17,664	19,430	16,560	13,248	7,286
21	17,443	19,210	16,339	12,806	und darüber (Restwert = 30 %) 6,624
22	17,222	19,210	15,898	12,365	
23	17,002	18,989	15,677	11,923	
24	16,781	18,768	15,456	11,482	
25	16,560	18,547	15,235	11,040	
26	16,339	18,547	14,794	10,598	
27	16,118	18,326	14,573	10,157	
28	15,898	18,106	14,352	9,715	
29	15,677	17,885	14,131	9,274	
30	15,456	17,664	13,690	8,832	
31	15,235	17,664	13,469	8,390	
32	15,014	17,443	13,248	7,949	
33	14,794	17,222	13,027	7,507	
34	14,573	17,002	12,586	7,066	
35	14,352	16,781	12,365	und darüber (Restwert = 30 %) 6,624	
36	14,131	16,781	12,144		
37	13,910	16,560	11,923		



Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäftshäuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab vier Wohnungen, Fertighäuser, Veranstaltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertiggaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
38	13,690	16,339	11,482		
39	13,469	16,118	11,261		
40	13,248	15,898	11,040		
41	13,027	15,677	10,819		
42	12,806	15,456	10,378		
43	12,586	15,235	10,157		
44	12,365	15,014	9,936		
45	12,144	14,794	9,715		
46	11,923	14,573	9,274		
47	11,702	14,352	9,053		
48	11,482	14,131	8,832		
49	11,261	13,910	8,611		
50	11,04	13,690	8,170		
51	10,819	13,469	7,949		
52	10,598	13,248	7,728		
53	10,378	13,027	7,507		
54	10,157	12,806	7,066		
55	9,936	12,586	6,845		
56	9,715	12,365	und darüber (Restwert = 30 %) 6,624		
57	9,494	12,144			
58	9,274	11,923			
59	9,053	11,702			
60	8,832	11,482			
61	8,611	11,261			
62	8,390	11,040			
63	8,170	10,819			
64	7,949	10,598			

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäftshäuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab vier Wohnungen, Fertighäuser, Veranstaltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertiggaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
65	7,728	10,157			
66	7,507	9,936			
67	7,286	9,715			
68	7,066	9,494			
69	6,845	9,274			
70	und darüber (Restwert = 30 %) 6,624	8,832			
71		8,611			
72		8,390			
73		8,170			
74		7,949			
75		7,507			
76		7,286			
77		7,066			
78		und darüber (Restwert = 30 %) 6,845			
79					
80					

Stand: 01.10.2024

# Neue Vergütungsempfehlungen des Deutschen Notarvereins für Testamentsvollstrecker – Anpassungen an wirtschaftliche Entwicklung und zunehmende Komplexität

Der Deutsche Notarverein hat seine Vergütungsempfehlungen für Testamentsvollstreckter grundlegend überarbeitet. Die „Empfehlungen des Deutschen Notarvereins für die Vergütung des Testamentsvollstreckers 2025“ tragen den gestiegenen wirtschaftlichen Anforderungen und der zunehmenden Komplexität der Testamentsvollstreckung Rechnung. Die Empfehlungen, seit 1925 als „Rheinische Tabelle“ und seit 2000 als „Neue Rheinische Tabelle“ bekannt, wurden auf Basis der praktischen Erfahrungen der letzten zwei Jahrzehnte sowie der Rechtsprechung weiterentwickelt.

Die Empfehlungen 2025 basieren weiterhin auf einer wert- und verantwortungsbezogenen Berechnung, sind aber stärker an die aktuellen wirtschaftlichen Gegebenheiten angepasst. Besonderes Augenmerk wurde daraufgelegt, die umfangreiche und komplexe Arbeit von Testamentsvollstreckern differenziert zu erfassen – sowohl bei der Verwaltung des Nachlasses als auch bei speziellen Aufgaben wie der Verwaltung von Unternehmensbeteiligungen oder dem Management internationaler Vermögenswerte.

## Kernpunkte der Empfehlungen 2025:

- Anpassung der Bemessungsgrundlage und der Vergütungssätze: Die Bemessungsgrundlage und die Vergütungssätze wurden an die heutigen Wertverhältnisse und die gestiegene Komplexität angepasst. Die Inflation seit 2000 wurde – entsprechend der Insolvenzrechtlichen Vergütungsverordnung – berücksichtigt. Zudem wurden die Stufen der Bemessungsgrundlage und Prozentsätze weiter ausdifferenziert, um eine angemessene Vergütung im Einzelfall zu ermöglichen.
- Mehr Flexibilität bei großen Nachlässen: Die Empfehlungen zielen auf sog. bürgerliche Nachlässe ab, sind aber auch für große Nachlässe anwendbar. Es empfiehlt sich jedoch, für große Nachlässe individuelle Vereinbarungen zu treffen.
- Stärkere Differenzierung der Vergütung: Die Empfehlungen 2025 enthalten detaillierte Zu- und Abschläge in Abhängigkeit von der Komplexität des Nachlasses. Die Spanne der Zu- und Abschläge wurde erweitert, um eine angemessene Vergütung sicherzustellen. Praktische Beispiele erleichtern die Anwendung.

- Dauervollstreckung und länger dauernde Abwicklung: Für Dauervollstreckungen oder länger dauernde Abwicklungsvollstreckungen sind gesonderte Zuschläge vorgesehen, die sich an der Jahresleistung des Nachlasses orientieren. Diese bieten zusätzliche Anpassungen in besonders schwierigen Fällen, etwa bei Testamenten mit Nacherbfolge oder Unternehmensverwaltung.
- Verwaltung von Unternehmen und Beteiligungen: Für die Verwaltung von Unternehmen und Beteiligungen gibt es spezielle Vergütungsvorschläge, um den Besonderheiten solcher Fälle gerecht zu werden.

Nicht nur Notare, sondern insbesondere Steuerberater, Rechtsanwälte und andere professionelle Testamentsvollstreckter nutzen die Empfehlungen des Deutschen Notarvereins. Notare kommen häufig bei der Beratung und Beurkundung von Testamenten und Erbverträgen mit der Frage der Angemessenheit der Vergütung in Berührung. Der Deutsche Notarverein setzt mit den Empfehlungen 2025 die Tradition fort und bietet eine zeitgemäße, differenzierte Grundlage, die aktuellen Anforderungen gerecht wird. Die neuen Empfehlungen sollen Streitigkeiten um die Vergütung vermeiden und die Arbeit der Testamentsvollstreckter klar und nachvollziehbar entlohen.

Der Deutsche Notarverein empfiehlt, die neuen Vergütungsempfehlungen grundsätzlich für Erbfälle ab dem 01.01.2025 anzuwenden. Für Dauertestamentsvollstreckungen, bei denen der Erbfall vor dem 01.01.2025 eingetreten ist, wird ebenfalls die Anwendung der neuen Empfehlungen empfohlen, wenn die Bemessungsgrundlage nach diesen Empfehlungen ab dem 01.01.2025 zu ermitteln ist.

Für weitere Informationen wenden Sie sich bitte an:

Deutscher Notarverein  
Haus des Rechts  
Kronenstraße 73  
D-10117 Berlin  
kontakt@dnotv.de



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSBESPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

## Veranstaltungen des DAI

1. **Online-Seminar LIVE: Modularer Intensivkurs**  
Modul 3: Grundstücksrecht spezial  
(*Schneider, Volmer, Strangmüller, Moderegger*)  
23.01. – 25.01.2024, eLearning Center (17,25 Zeitstd.)  
Nr. 035151
2. **Online-Vortrag LIVE: Neues zu elektronischen Verfahren im Notariat**  
(*Klein, Kühnelt*)  
29.01.2025, eLearning Center (4 Zeitstd.)  
Nr. 035292
3. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2024/2025**  
(*Hertel, Kesseler, Herrler*)  
06.02.2025, Hamburg (6 Zeitstd.)  
Nr. 03245864  
07.02.2025, Berlin/Live-Stream (6 Zeitstd.)  
Nr. 03245860  
21.02.2025, Bochum/Live-Stream (6 Zeitstd.)  
Nr. 03245861  
22.02.2025, Köln (6 Zeitstd.)  
Nr. 03245862  
14.03.2025, Erfurt (6 Zeitstd.)  
Nr. 03245863

4. **Online-Vortrag LIVE: Geldwäscheprävention in der Notarstelle für Mitarbeitende**  
(*Thelen*)  
18.02.2025, eLearning Center (2,5 Zeitstd.)  
Nr. 03245993
5. **Online-Seminar LIVE: Modularer Intensivkurs**  
Modul 4: Gesellschaftsrecht  
(*Steininger, Sagmeister, Esbjörnson, Sauer, Moderegger*)  
20.02. – 22.02.2025, eLearning Center (17,25 Zeitstd.)  
Nr. 035152
6. **Überlassungsvertrag – intensiv**  
(*Berkefeld, Oertel*)  
07.03.2025, Berlin und Live-Stream (6 Zeitstd.)  
Nr. 03246053

### Informationen und Anmeldungen:

Deutsches Anwaltsinstitut e. V.  
Gerard-Mortier-Platz 3, 44793 Bochum  
Tel.: 0234 970640  
E-Mail: [notare@anwaltsinstitut.de](mailto:notare@anwaltsinstitut.de)  
Web: [www.anwaltsinstitut.de](http://www.anwaltsinstitut.de)

## Neuerscheinungen

1. Alber/Szczesny/Sell: Körperschaftsteuer. 20. Aufl., Schäffer-Poeschel, 2024. 656 S., 69,99 €
2. Anders/Gehle: Zivilprozessordnung. 83. Aufl., Beck, 2024. 3346 S., 189,00 €
3. Bangen: Öffnungsklauseln in GmbH-Satzungen. Dunckler & Humblot, 2025. 240 S., 79,90 €
4. Bergau: Praxishandbuch Unternehmenskauf. 3. Aufl., De Gruyter, 2024. 523 S., 109,95 €
5. Boguslawski: Das Gesellschaftsregister und die eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach dem MoPeG. Dunckler & Humblot, 2024. 313 S., 99,90 €
6. Borth: Handbuch Versorgungsausgleich. 10. Aufl., Luchterhand, 2024. 870 S., 129,00 €
7. Budzikiewicz/Heiderhoff/Klinkhammer/Niethammer-Jürgens: Grenzen und Grenzverschiebungen im Internationalen Familienrecht. Nomos, 2024. 207 S., 64,00 €
8. Bürgers/Lieder: Aktiengesetz. 6. Aufl., C.F. Müller, 2024. 2128 S., 279,00 €
9. Elsing: Der Grundstückskaufvertrag in der notariellen Praxis. 4. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2024. 376 S., 59,00 €
10. Frenz/Miermeister: BNotO mit BeurkG, NotAktVV, DONot, RLEmBNotK. 6. Aufl., Beck, 2024. 2247 S., 199,00 €
11. Funk: Die grenzüberschreitende Vertragsübernahme. Dunckler & Humblot, 2024. 233 S., 79,90 €
12. Gutdeutsch/Maaß: System der Unterhaltsberechnung. 2. Aufl., Beck, 2024. 204 S., 69,00 €
13. Heidel: Aktienrecht und Kapitalmarktrecht. 6. Aufl., Nomos, 2024. 3489 S., 269,00 €
14. Hommelhoff/Teichmann: SE-Kommentar. 3. Aufl., Otto Schmidt, 2024. 1500 S., 279,00 €
15. Krauß: Vermögensnachfolge in der Praxis. 7. Aufl., Carl Heymanns, 2024. 3488 S., 199,00 €
16. Kreutziger/Schaffner/Stephany: Bewertungsgesetz. 6. Aufl., Beck, 2024. 953 S., 159,00 €
17. Lehmann-Richter/Wobst: Wohnungseigentumsrecht. 2. Aufl., Otto Schmidt, 2024. 482 S., 59,80 €
18. Müller/Detmering/Saecker: Die Organschaft. 13. Aufl., NWB, 2024. 559 S., 99,00 €
19. Kössinger/Najdecki/Zintl: Handbuch der Testamentsgestaltung. 7. Aufl., Beck, 2024. 1198 S., 159,00 €
20. Roth/Pfeuffer: Nachlassinsolvenzen. 3. Aufl., RWS, 2024. 564 S., 198,00 €
21. Schlitt/Müller-Engels: Handbuch Pflichtteilsrecht. 3. Aufl., Beck, 2024. 1070 S., 169,00 €
22. Schnitzler: Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Personengesellschaften. Dunckler & Humblot, 2024. 462 S., 119,90 €
23. Süß: Erbrecht in Europa. 5. Aufl., Zerb, 2024. 1824 S., 199,00 €
24. Staudinger: Eckpfeiler des Zivilrechts. 9. Aufl., De Gruyter, 2024. 1928 S., 49,95 €
25. Staudinger: Kommentar zum BGB. §§ 244-248; PrKG (Geldrecht). Neubearbeitung 2024, De Gruyter. 558 S., 189,95 €
26. Staudinger: Kommentar zum BGB. §§ 312, 312a-m (Grundsätze bei Verbraucherverträgen und besondere Vertriebsformen). Neubearbeitung 2024, De Gruyter. 444 S., 169,95 €
27. Tipke/Lang: Steuerrecht. 25. Aufl., Otto Schmidt, 2024. 1935 S., 89,80 €
28. Vallender: EuInsVO. 3. Aufl., RWS, 2024. 1072 S., 238,00 €



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSBESPRECHUNG



SONSTIGES





## STANDESNACHRICHTEN

**Die Standesnachrichten werden künftig monatlich auf der Service-Plattform veröffentlicht.**

## Standesnachrichten



## Rechtsprechung



## Buchbesprechungen



## Aufsätze





## Abonnement

### MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, T. 089 55166-0, F. 089 55089-572, M. mittbaynot@notare-bayern-pfalz.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 56,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 01.07. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15.11. eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Universal Medien GmbH, Fichtenstraße 8, 82061 Neuried, T. 089 5482170, F. 089 555551, notarkammer.universalmedien.de

