

MittBayNot

Begründet 1864

3|2021

Mai/Juni 2021

Mitteilungen des
Bayerischen Notarvereins,
der Notarkasse und der
Landesnotarkammer
Bayern

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
Vorübergehend:
Denninger Straße 169
81925 München

Herausgeberbeirat:

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

Schriftleitung:

Ann-Kathrin Schmelter,
Notarassessorin
Julia Lindner,
Notarassessorin
ISSN 0941-4193

AUFSÄTZE

- **Greger/Schmelter:** Notarielle Hinweise bei GmbH-Gründungen 201
- **Keim:** Nachlassabwicklung mit Vollmachten über den Tod hinaus –
Chancen und Risiken 207
- **Graf Wolfskeel v. Reichenberg:** Praxisupdate Erbbaurecht 219

RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

- **Forschner** zu **KG:** Wirksamkeit einer Veräußerungszustimmung
durch einen Verwalter, dessen Amtszeit vor dem Inkrafttreten des
COVMG endete 232
- **Attenberger** zu **OLG Nürnberg:** Zur Geltung von Formvorschriften
bei einem Vertrag zugunsten Dritter 236
- **Reymann** zu **BGH:** Zum Erfordernis einer Eintragung der Bedingung
oder Befristung des dinglichen Rechts an einem Grundstück
im Grundbuch 243
- **Becker** zu **KG:** Zur Erforderlichkeit einer Voreintragung des Erben
bei Belastung des Grundstücks ohne gleichzeitige Auflassung 247
- **Struck** zu **BGH:** Ausschluss des Versorgungsausgleichs in einer
Scheidungsfolgenvereinbarung 262
- **Kilian** zu **BGH:** Keine Befugnis des Insolvenzverwalters zur
Satzungsänderung 286
- **Eschwey** zu **BGH:** Voraussetzungen für die Befreiung des
Notars von der Verschwiegenheitspflicht zum Inhalt
eines Testaments 290

Impressum

MittBayNot

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

Herausgeber:

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

Herausgeberbeirat:

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

Schriftleitung:

Notarassessorin Ann-Kathrin Schmelter,
Notarassessorin Julia Lindner

Druck:

Universal Medien GmbH
Geretsrieder Straße 10
81379 München

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 3 | 2021

AUFSÄTZE		201		
Greger/Schmelter: Notarielle Hinweise bei GmbH-Gründungen		201	SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT	
Keim: Nachlassabwicklung mit Vollmachten über den Tod hinaus – Chancen und Risiken		207	5. Zum Erfordernis einer Eintragung der Bedingung oder Befristung des dinglichen Rechts an einem Grundstück im Grundbuch (BGH, Beschluss vom 1.10.2020, V ZB 51/20)	
Graf Wolffskeel v. Reichenberg: Praxisupdate Erbbaurecht		219		239
BUCHBESPRECHUNGEN		226	mit Anmerkung Reymann	
Basty: Der Bauträgervertrag (Esbjörnsson)		226	6. Zur Erforderlichkeit einer Voreintragung des Erben bei Belastung des Grundstücks ohne gleichzeitige Auflassung (KG, Beschluss vom 22.10.2020, 1 W 1357/20)	
Elsing: Das Geldwäschegesetz in der notariellen Praxis (Sträuber)		227		243
Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch (Greger)		228	mit Anmerkung Becker	
Schulzweida: Schiedsvereinbarungen und Schiedsanordnungen im Erbrecht (Bandel)		229	7. Zur Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung nach § 874 BGB für Bestandsvoraussetzungen des einzutragenden Rechts (OLG Hamm, Beschluss vom 18.6.2020, I-15 W 277/19)	
RECHTSPRECHUNG		231		
Bürgerliches Recht			8. Nachweis des Erlöschens einer Reallast (KG, Beschluss vom 17.4.2020, 1 W 262/19)	
ALLGEMEINES			9. Keine isolierte Eintragung des Erwerbs eines weiteren Miteigentumsanteils – Erforderlichkeit von Klarstellungen im Grundbuch bei unterschiedlicher Belastung von Miteigentumsanteilen (KG, Beschluss vom 8.4.2020, 1 W 257/19 – Ls.)	
1. Wirksamkeit einer Veräußerungszustimmung durch einen Verwalter, dessen Amtszeit vor dem Inkrafttreten des COVMG endete (KG, Beschluss vom 15.12.2020, 1 W 1450/20, 1 W 1451/20)		231	10. Antrag auf Vollzug von Auflassung (OLG München, Beschluss vom 7.1.2020, 34 Wx 425/17)	
		232	253	
			FAMILIENRECHT	
2. Unwirksamkeit einer Auflassungsvollmacht bei Formnichtigkeit des Übertragungsvertrags (BGH, Urteil vom 27.5.2020, XII ZR 107/17 – Ls.)		234	11. Ausschluss des Versorgungsausgleichs in einer Scheidungsfolgenvereinbarung (BGH, Beschluss vom 27.5.2020, XII ZB 447/19)	
			mit Anmerkung Struck	
			256	
3. Zur Geltung von Formvorschriften bei einem Vertrag zugunsten Dritter (OLG Nürnberg, Urteil vom 4.11.2020, 4 U 601/20)		234	12. Ehwirkung: Trennungsunterhalt bei bloß beabsichtigter Lebensgemeinschaft und eigenen Erwerbseinkünften beider Ehegatten (BGH, Beschluss vom 19.2.2020, XII ZB 358/19)	
		236	263	
			ERBRECHT	
4. Gutgläubiger lastenfreier Erwerb eines Grundstücks mit Strommasten (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 7.1.2020, 14 W 126/19)		238	13. Unwirksamer Erbvertrag und Auslegung eines Testaments (OLG Hamm, Beschluss vom 1.4.2020, 15 W 479/19)	
			266	

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 3 | 2021

<p>14. Testamentsauslegung: Erbeinsetzung durch Zuwendung wesentlichen Vermögens (OLG München, Beschluss vom 19.2.2020, 31 Wx 231/17, 31 Wx 502/19) 268</p> <hr/> <p>15. Teilverzicht auf Erbe und Testamentsvollstreckung (OLG Hamburg, Urteil vom 18.6.2019, 2 U 31/18) 272</p> <p>Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht</p> <p>16. Ansprüche aus vorvertraglicher Aufklärungspflichtverletzung (BGH, Urteil vom 15.9.2020, II ZR 20/19 – Ls.) 277</p> <hr/> <p>17. Familiengerichtliche Genehmigung eines Gesellschaftsvertrags zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts – Eignung des (Fremd-)Geschäftsführers (KG, Beschluss vom 5.3.2020, 13 UF 18/20 – Ls.) 277</p>	<p>22. Keine Eintragung der deutschen Niederlassung einer ausländischen Komplementärin in das Handelsregister (OLG Braunschweig, Beschluss vom 18.3.2020, 3 W 4/20, 3 W 5/20) 294</p> <hr/> <p>23. Zum Einsichtsrecht eines Abgeordneten in das Grundbuch (BGH, Beschluss vom 9.1.2020, V ZB 98/19 – Ls.) 294</p> <p>Kostenrecht</p> <p>24. Kostenrechtliche Behandlung der Erweiterung des Sondereigentums (OLG München, Beschluss vom 25.5.2020, 34 Wx 263/18 Kost) 294</p> <p>Steuerrecht</p> <p>25. Schenkungsteuer: Freibetrag für Urenkel (BFH, Beschluss vom 27.7.2020, II B 39/20 – Ls.) 297</p> <hr/> <p>26. Änderung eines Grunderwerbsteuerbescheids nach Kaufpreisherabsetzung aufgrund vertraglich vereinbarter Anpassungsklausel (BFH, Urteil vom 22.7.2020, II R 32/18) 297</p>
<p>Internationales Privatrecht</p> <p>18. Vermutung der Richtigkeit des Europäischen Nachlasszeugnisses – Widerlegung bei Eigentumsübergang als Folge einer Übertragung nach Erbgang (OLG München, Beschluss vom 29.9.2020, 34 Wx 236/20 – Ls.) 277</p> <hr/> <p>19. Ausschlagung einer in Polen angefallenen Erbschaft durch ein in Deutschland lebendes minderjähriges Kind (OLG Hamm, Beschluss vom 4.5.2020, 13 WF 66/20) 277</p>	
<p>Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht</p> <p>20. Keine Befugnis des Insolvenzverwalters zur Satzungsänderung (BGH, Beschluss vom 26.11.2019, II ZB 21/17) 280 mit Anmerkung Kilian 286</p>	
<p>Beurkundungs- und Notarrecht</p> <p>21. Voraussetzungen für die Befreiung des Notars von der Verschwiegenheitspflicht zum Inhalt eines Testaments (BGH, Urteil vom 20.7.2020, NotZ (Brfg) 1/19) 288 mit Anmerkung Eschwey 290</p>	
<p>SONSTIGES 302</p> <p>Hinweise für die Praxis 302</p> <p>Grimm: Notarielle Urkunden für Einsteiger – die Grundschuld</p> <p>Veranstaltungshinweise 305</p> <p>Neuerscheinungen 307</p> <p>STANDESNACHRICHTEN 308</p>	

AUFSÄTZE

Notarielle Hinweise bei GmbH-Gründungen

(insbesondere im Hinblick auf betrügerische Rechnungen, die Eintragung in das Transparenzregister sowie Offenlegungspflichten nach §§ 325 ff. HGB)

Von Notarassessorin **Ann-Kathrin Schmelter**, München, und Notarassessor **Andreas Greger**, München

Die Gründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung steht derzeit nicht nur aufgrund des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) im Mittelpunkt der Diskussion. Auch der Regierungsentwurf des Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetzes,¹ der eine Aufhebung der bisher geltenden Mitteilungsfiktion an das Transparenzregister vorsieht, wird eine Vielzahl von Gesellschaften mit beschränkter Haftung betreffen, die künftig einer aktiven Mitteilungspflicht an das Transparenzregister unterfallen werden. Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich angesichts dieser neuen Entwicklungen mit notariellen Hinweisen bei GmbH-Gründungen, indem zunächst eine Kategorisierung der notariellen Hinweise erfolgt und sodann für einzelne Hinweise Formulierungen vorgeschlagen werden.

Die von einem Notar² im Rahmen einer Beurkundung erteilten Hinweise können in vier verschiedene Kategorien eingeteilt werden:

1. Konkret angeordnete Hinweispflichten

Der ersten Kategorie sind alle notariellen Hinweispflichten zuzuordnen, die in einer Norm konkret angeordnet werden.³ Eine dieser ersten Kategorie unterfallende Hinweispflicht kann sich bei der GmbH-Gründung beispielsweise aus § 18 BeurkG⁴ ergeben. Gemäß § 18 BeurkG hat der Notar die Beteiligten auf die erforderlichen gerichtlichen oder behörd-

lichen Genehmigungen hinzuweisen. Die in § 18 BeurkG angeordnete Hinweispflicht bezieht sich jedoch nur auf solche Genehmigungen, welche die Rechtswirksamkeit der GmbH-Gründung beeinflussen und somit auch für die Eintragung der GmbH in das Handelsregister erforderlich sind.⁵ Die Hinweispflicht erstreckt sich dagegen nicht auf solche Genehmigungen, die zwar für die Aufnahme der Geschäftstätigkeit, nicht jedoch für die Wirksamkeit der GmbH-Gründung als solche erforderlich sind.⁶ In diesen Fällen kann sich aber unter bestimmten Umständen ausnahmsweise eine Hinweispflicht nach den Grundsätzen der notariellen Warnpflicht ergeben (siehe dazu sogleich 3.).

Eine Hinweispflicht des Notars gemäß § 18 BeurkG besteht bei der GmbH-Gründung demnach nur beim Erfordernis einer familien- oder betreuungsgerichtlichen Genehmigung und im Anwendungsbereich des Kreditwesengesetzes gemäß §§ 32, 43 Abs. 1 KWG,⁷ also regelmäßig wenn das Betreiben von Bankgeschäften oder das Erbringen von Finanzdienstleistungen vom Unternehmensgegenstand erfasst ist. Hinsichtlich der Genehmigungs- bzw. Anerkennungserfordernisse für Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Architekten, bei denen die Ausübung der freiberuflichen Tätigkeit in der Form einer GmbH und die entsprechende Firmierung gemäß §§ 59c, 59g, 12 Abs. 1 BRAO, §§ 43, 49, 53 StBerG, §§ 27, 29, 31 WPO und Art. 8 BauKaG einer Anerkennung durch die jeweilige Kammer bedürfen,⁸ wird im Ergebnis die Anwendbarkeit von § 18 BeurkG ebenso bejaht. Jedoch bestimmt sich der Umfang der Hinweispflicht im Rahmen des § 18 BeurkG subjektiv nach den vorhandenen Kenntnissen der Be-

1 Gesetz zur europäischen Vernetzung der Transparenzregister und zur Umsetzung der Richtlinie 2019/1153 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2019 zur Nutzung von Finanzinformationen für die Bekämpfung von Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung und sonstigen schweren Straftaten.

2 Aus Gründen der besseren Lesbarkeit werden in diesem Beitrag ausschließlich männliche Sprachformen verwendet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten jedoch gleichermaßen für alle Geschlechter.

3 Beispielsweise ordnet § 16 Abs. 2 Satz 3 BeurkG an, dass der Notar einen Beteiligten, welcher der Sprache, in der die Niederschrift aufgenommen wird, nicht hinreichend kundig ist, darauf hinzuweisen hat, dass dieser eine schriftliche Übersetzung verlangen kann.

4 Die Hinweispflicht aus § 18 BeurkG wird als Konkretisierung der notariellen Belehrungspflicht über die rechtliche Tragweite gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG angesehen, vgl. BeckOGK-BeurkG/Regler, Stand: 1.10.2020, § 18 Rdnr. 1 f.

5 Vgl. BeckOGK-BeurkG/Regler, § 18 Rdnr. 3; Frenz/Miermeister/Frenz, BNotO, 5. Aufl. 2020, § 18 BeurkG Rdnr. 1; Weigl, DNotZ 2011, 169, 170.

6 Weigl, DNotZ 2011, 169, 170. Nach wenig überzeugender Rechtsprechung des OLG Düsseldorf soll das Fehlen einer für bestimmte Unternehmensgegenstände erforderlichen Genehmigung zur Unwirksamkeit des Gesellschaftsvertrags führen können. Danach könnte in diesen Fällen auch auf erforderliche Genehmigungen hinzuweisen sein, deren Vorliegen keine Eintragungsvoraussetzung ist. Eingehend hierzu Weigl, DNotZ 2011, 169, 172 ff.

7 Weigl, DNotZ 2011, 169, 171; BeckOGK-BeurkG/Regler, § 18 Rdnr. 17. § 43 Abs. 1 KWG gilt über den Verweis in § 3 Abs. 5 KAGB auch für Kapitalanlagegesellschaften.

8 Eine Auflistung geschützter Firmenbestandteile findet sich bei *Krafka*, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Teil 1 Erster Abschnitt Rdnr. 233.

teiligten, von denen bei den vorgenannten Berufsträgern regelmäßig auszugehen sein dürfte.⁹

Sofern ein Beteiligter als Gesellschafter bei der Gründung der GmbH durch einen Betreuer vertreten wird oder Minderjährige als Gesellschafter an der Gründung der GmbH beteiligt sind, kann eine betreuungs- oder familiengerichtliche Genehmigung erforderlich sein.¹⁰ Der entsprechende Hinweis nach § 18 BeurkG könnte wie folgt formuliert werden:

Diese Urkunde bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung des Betreuungs-/Familiengerichts. Der Genehmigungsbeschluss wird erst mit Rechtskraft wirksam.¹¹ Der andere Vertragsteil kann den gesetzlichen Vertreter zur Mitteilung darüber auffordern, ob die Genehmigung erteilt sei. Wird dem anderen Vertragsteil die Genehmigung nicht innerhalb von vier Wochen nach dem Empfang einer solchen Aufforderung mitgeteilt, gilt sie als verweigert.¹²

Für den Fall, dass der Anwendungsbereich des Kreditwesengesetzes gemäß §§ 32, 43 Abs. 1 KWG eröffnet ist, könnte ein Hinweis gemäß § 18 BeurkG wie folgt lauten:

Sofern der Unternehmensgegenstand auch das Betreiben von Bankgeschäften oder das Erbringen von Finanzdienstleistungen erfasst,¹³ kann die Eintragung der GmbH im Handelsregister erst erfolgen, wenn dem Registergericht die nach § 32 KWG erforderliche Erlaubnis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht nachgewiesen ist.

Hinsichtlich der Genehmigungs- bzw. Anerkennungserfordernisse für Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Architekten bietet sich folgende Formulierung an:

9 BeckOGK-BeurkG/Regler, § 18 Rdnr. 17; Weigl, DNotZ 2011, 169, 171.

10 Das Erfordernis einer solchen Genehmigung für die Gründung einer GmbH kann sich bei einer Mehrpersonengründung aus § 1822 Nr. 3 und Nr. 10 BGB (bei Betreuung i. V. m. § 1908i Abs. 1 Satz 1 BGB) ergeben. Vgl. hierzu näher MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rdnr. 26 m. Fn. 104. Die Gründung einer Einpersonen-GmbH ohne Vorliegen der ggf. analog § 1822 Nr. 3 BGB erforderlichen Genehmigung ist nichtig, weshalb der Hinweis in der Praxis nur bei der Mehrpersonengründung relevant ist. Näher hierzu Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 2 Rdnr. 25 ff.; Wicke, GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 1 Rdnr. 9.

11 § 40 Abs. 2 Satz 1 FamFG. Ein Hinweis darauf, dass der Vertrag erst wirksam wird, wenn die Genehmigung dem anderen Teil durch den gesetzlichen Vertreter mitgeteilt wird (§ 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB, bei Betreuung i. V. m. § 1908i Abs. 1 Satz 1 BGB), dürfte jedenfalls dann entbehrlich sein, wenn die Urkunde – wie in solchen Fällen üblich – eine sog. Doppelvollmacht für den Notar enthält, aufgrund derer er für den gesetzlichen Vertreter die Genehmigung entgegennimmt, diese dem anderen Teil mitteilt und die Mitteilung für den anderen Teil entgegennimmt, vgl. hierzu MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, § 1829 Rdnr. 15.

12 § 1829 Abs. 2 BGB (bei Betreuung i. V. m. § 1908i Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Frist sollte angesichts des in der Regel einige Zeit in Anspruch nehmenden Genehmigungsverfahrens durch Vereinbarung in der Urkunde verlängert werden, siehe Münch/Schaal, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2020, § 17 Rdnr. 154.

13 Formulierungen von Unternehmensgegenständen, bei denen dies der Fall sein kann, finden sich bei Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Fischer/Müller, KWG, 5. Aufl. 2016, § 43 Rdnr. 17.

Der Notar hat darauf hingewiesen, dass die Ausübung der freiberuflichen Tätigkeit insbesondere von Rechtsanwälten, Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern und Architekten in der Form einer GmbH und die entsprechende Firmierung einer Anerkennung durch die jeweilige Kammer bedürfen, von deren Vorlage das Registergericht die Eintragung der GmbH im Handelsregister abhängig machen kann.

2. Hinweispflichten gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG

Der zweiten Kategorie lassen sich alle Hinweispflichten zuordnen, die aus der „allgemeinen“ notariellen Belehrungspflicht des § 17 Abs. 1 BeurkG folgen. Gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG soll der Notar den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Hieraus folgt die Pflicht des Notars, auf solche Umstände und Regelungen hinzuweisen, die für die Beteiligten im Zusammenhang mit dem Beurkundungsgegenstand eine zentrale Bedeutung haben, mithin wesentlich sind.¹⁴ Stets wesentlich sind für die Beteiligten dabei insbesondere die Voraussetzungen, von denen der Eintritt des von den Beteiligten erstrebten rechtlichen Erfolgs abhängt.¹⁵ Die Pflicht zur Belehrung über die rechtliche Tragweite des Geschäfts gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG bezieht sich jedoch grundsätzlich nur auf die unmittelbaren rechtlichen Voraussetzungen für die Wirksamkeit und die unmittelbaren rechtlichen Folgen des Rechtsgeschäfts.¹⁶ Zudem hängt der Umfang der Belehrungspflicht von der Belehrungsbedürftigkeit der Beteiligten ab, weshalb die Belehrungspflicht entfallen kann, wenn die Beteiligten häufig Gesellschaften mit beschränkter Haftung gründen oder sonstige Umstände vorliegen, die auf eine Geschäftsgewandtheit der Beteiligten schließen lassen.¹⁷

Nach § 17 Abs. 1 BeurkG bei GmbH-Gründungen regelmäßig erforderliche Hinweise könnten wie folgt lauten:¹⁸

Der Notar hat die Beteiligten insbesondere auf Folgendes hingewiesen:

1. Die Gesellschaft entsteht erst mit Eintragung im Handelsregister.
2. Jeder Gesellschafter haftet für die nicht einbezahlten Stammeinlagen der anderen Gesellschafter.¹⁹

14 BeckOK-BeurkG/Raude, Stand: 1.5.2020, § 17 Rdnr. 18 f.; Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rdnr. 227.

15 BeckOK-BeurkG/Raude, § 17 Rdnr. 18, 25; Winkler, BeurkG, § 17 Rdnr. 224.

16 BeckOGK-BeurkG/Regler, § 17 Rdnr. 41; Winkler, BeurkG, § 17 Rdnr. 224.

17 Vgl. BeckOGK-BeurkG/Regler, § 17 Rdnr. 10 f.; Winkler, BeurkG, § 17 Rdnr. 219.

18 Die Zuordnung der Hinweise zu dieser Kategorie orientiert sich an Herrler/Bormann/Seebach, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 1. Aufl. 2017, § 15 Rdnr. 183 sowie an MünchKomm-GmbHG/Heinze, 3. Aufl. 2018, § 2 Rdnr. 35.

19 Sog. Ausfallhaftung, vgl. Beck'sches Notarhandbuch/Mayer/Weiler, 7. Aufl. 2019, § 22 Rdnr. 758. Die Gesellschafter haften für den Fehlbetrag anteilig; eine gesamtschuldnerische Haftung kann in der Satzung vereinbart werden, vgl. MHLS/Ebbing, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 24 Rdnr. 64.

3. Wenn Sacheinlagen vorgesehen sind, muss dies in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden.²⁰
4. Gesellschafter und Geschäftsführer haften für die Richtigkeit der im Rahmen des Gründungsvorgangs gemachten Angaben.²¹ Falsche Angaben können strafbar sein.²²

3. Notarielle Warnpflichten

Die dritte Kategorie bilden die sogenannten notariellen Warnpflichten, die über die gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG geschuldete Belehrung über die rechtliche Tragweite hinausgehen²³ und auch als „erweiterte Belehrungspflichten aus Betreuung“²⁴ bezeichnet werden. Sie werden aus der Stellung des Notars als unabhängiger und unparteiischer Betreuer der Beteiligten und Träger eines öffentlichen Amtes gemäß §§ 1, 14 BNotO hergeleitet.²⁵ Hinweispflichten nach den Grundsätzen der notariellen Warnpflicht bestehen gemäß der Rechtsprechung des BGH dann, wenn für den Notar im konkreten Fall erkennbar ist, dass einem Beteiligten ein konkreter Schaden droht, dessen sich dieser aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht bewusst ist, und sich diese Umstände aus der rechtlichen Gestaltung der Urkunde oder der geplanten Art ihrer Abwicklung ergeben.²⁶ Wie bereits unter 1. angeführt, kann bei der GmbH-Gründung hinsichtlich staatlicher Genehmigungen, die lediglich für die Aufnahme der Geschäftstätigkeit erforderlich sind, eine Hinweispflicht in Form der notariellen Warnpflicht bestehen, wenn für den Notar im konkreten Einzelfall erkennbar ist, dass den Beteiligten aufgrund ihrer Unkenntnis hinsichtlich einer Genehmigungspflicht nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften ein konkreter Schaden droht.²⁷ Mangels Erkennbarkeit der in den beiden vorhergehenden Sätzen genannten Umstände werden solche Hinweise in der Praxis regelmäßig nicht erforderlich sein.

Die nachfolgenden Formulierungsvorschläge beziehen sich auf Hinweise, die im Zusammenhang mit notariellen Warnpflichten diskutiert werden.²⁸ Diese Hinweise gehen im Normalfall weit über den geschuldeten Belehrungsumfang hinaus; sie sind nur unter den oben genannten, vom BGH aufgestellten Voraussetzungen (insb. Erkennbarkeit eines drohenden konkreten Schadens, dessen sich ein Beteiligter nicht bewusst

ist) zu erteilen, wobei dies für jeden der nachgenannten Hinweise einzeln zu beurteilen ist.

Der Notar hat die Beteiligten insbesondere auf Folgendes hingewiesen:²⁹

1. Die vor Eintragung der Gesellschaft in deren Namen Handelnden haften persönlich und gesamtschuldnerisch.³⁰
2. Rechte und Verbindlichkeiten der Vorgründungsgesellschaft gehen nicht automatisch auf die Gesellschaft über. Für Verbindlichkeiten der Vorgründungsgesellschaft haften deren Gesellschafter persönlich und gesamtschuldnerisch.³¹
3. Sofern der Wert des Gesellschaftsvermögens (zuzüglich des von der Gesellschaft in Übereinstimmung mit der Satzung getragenen Gründungsaufwands) im Zeitpunkt der Eintragung der Gesellschaft niedriger ist als das nominelle Stammkapital, haften die Gesellschafter für die Differenz gegenüber der Gesellschaft persönlich.³²
4. Soweit es nicht zur Eintragung der Gesellschaft kommt, greift eine unbeschränkte Verlustdeckungshaftung in Höhe der nicht vom Gesellschaftsvermögen gedeckten Verluste.
5. Verdeckte Sacheinlagen haben unter Umständen keine Erfüllungswirkung und können strafrechtliche Folgen haben.³³
6. Bleibt der Wert einer Sacheinlage hinter dem Nennbetrag des dafür übernommenen Geschäftsanteils zurück, hat der Gesellschafter die Differenz als Geldeinlage zu erbringen.³⁴
7. Zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit können Genehmigungen erforderlich sein, die von den Beteiligten selbst einzuholen sind.
8. Jeder Gesellschafter haftet³⁵ für existenzvernichtende Eingriffe³⁶ in das Gesellschaftsvermögen, an denen er mitgewirkt hat.³⁷

29 Die Formulierungen sind angelehnt an Beck'sches Notarhandbuch/Mayer/Weiler, § 22 Rdnr. 758.

30 Sog. Handelndenhaftung, vgl. Beck'sches Notarhandbuch/Mayer/Weiler, § 22 Rdnr. 19.

31 MünchKomm-GmbHG/Heinze, § 2 Rdnr. 220.

32 Sog. Unterbilanz- bzw. Vorbelastungshaftung, vgl. Beck'sches Notarhandbuch/Mayer/Weiler, § 22 Rdnr. 19.

33 Siehe § 19 Abs. 4, § 82 GmbHG.

34 Sog. Differenzhaftung, vgl. Beck'sches Notarhandbuch/Mayer/Weiler, § 22 Rdnr. 19.

35 Der BGH sieht nunmehr grundsätzlich nicht mehr die Gesellschaftsgläubiger als Anspruchsberechtigte im Sinne einer Durchgriffshaftung an, sondern geht von einer Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft aus, vgl. MünchKomm-GmbHG/Liebscher, Anh. zu § 13 Rdnr. 582 ff.

36 Einzelne Fallgruppen solch existenzvernichtender Eingriffe finden sich bei MünchKomm-GmbHG/Liebscher, Anh. zu § 13 Rdnr. 547 ff.

37 Zur Haftung von Mitgesellschaftern eingehend MünchKomm-GmbHG/Liebscher, Anh. zu § 13 Rdnr. 588 ff. Daneben wird regelmäßig auch eine Haftung des Geschäftsführers in Betracht kommen, siehe MünchKomm-GmbHG/Liebscher, Anh. zu § 13 Rdnr. 599.

20 Angelehnt an Beck'sches Notarhandbuch/Mayer/Weiler, § 22 Rdnr. 758.

21 Sog. Gründungshaftung, vgl. Beck'sches Notarhandbuch/Mayer/Weiler, § 22 Rdnr. 19, 758; MünchKomm-GmbHG/Herrler, § 9a Rdnr. 38.

22 Beck'sches Notarhandbuch/Mayer/Weiler, § 22 Rdnr. 758.

23 BeckOGK-BeurkG/Regler, § 17 Rdnr. 94.

24 Ganter, DNotZ 2013, 165, 177 ff.

25 BeckOGK-BeurkG/Regler, § 17 Rdnr. 94 m. w. N.; Frenz/Miermeister/Frenz, BNotO, § 14 Rdnr. 21.

26 BGH, Urteil vom 23.8.2018, III ZR 506/16, DNotZ 2019, 37; BGH, Beschluss vom 26.2.2009, III ZR 135/08, BeckRS 2009, 8360; Regler, MittBayNot 2011, 80 ff.; BeckOGK-BeurkG/Regler, § 17 Rdnr. 95.

27 Weigl, DNotZ 2011, 169, 170; BeckOGK-BeurkG/Regler, § 18 Rdnr. 16.

28 Die Zuordnung der Hinweise zu dieser Kategorie orientiert sich an Herrler/Bormann/Seebach, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 15 Rdnr. 185 sowie an MünchKomm-GmbHG/Heinze, § 2 Rdnr. 37.

4. Sonstige Hinweise

Der vierten Kategorie unterfallen überobligatorische Hinweise, zu deren Erteilung ein Notar nicht verpflichtet ist, auch wenn die Beteiligten die Rechtslage oder die maßgeblichen tatsächlichen Umstände nicht kennen oder ein konkreter Schaden droht.

Hierzu zählen etwa Hinweise zu den firmenrechtlichen Vorgaben des § 18 HGB.³⁸ Ein überobligatorischer Hinweis diesbezüglich könnte wie folgt lauten:

Sollte die Firma nicht zur Kennzeichnung geeignet oder irreführend sein, kann das Registergericht die Eintragung ablehnen.³⁹ Auch wenn die Firma eingetragen wird, lässt dies keine Rückschlüsse auf ihre Zulässigkeit (insbesondere hinsichtlich Namens- oder Markenrechten Dritter) zu,⁴⁰ die der Notar nicht geprüft hat.

Daneben lassen sich dieser vierten Kategorie bei der GmbH-Gründung insbesondere Hinweise zu betrügerischen Rechnungen nach Registereintragungen (a), zur Eintragung in das Transparenzregister (b) sowie zu den Offenlegungspflichten nach §§ 325 ff. HGB (c) zuordnen. Eine Pflicht des Notars gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG, im Rahmen einer GmbH-Gründung auf die Mitteilungspflicht an das Transparenzregister oder die Offenlegungspflichten nach §§ 325 ff. HGB hinzuweisen, besteht nicht, weil sich die aus § 17 Abs. 1 BeurkG folgende Belehrungspflicht lediglich auf die rechtliche Tragweite des Geschäfts und somit nicht auf allgemeine gesetzliche Pflichten der GmbH bezieht, da diese nicht unmittelbare rechtliche Folge der GmbH-Gründung sind.⁴¹ Eine Hinweispflicht kann auch nicht im konkreten Einzelfall nach den Grundsätzen der notariellen Warnpflicht (vgl. oben 3.) angenommen werden, da der den Beteiligten in Form von Buß- oder Ordnungsgeldern drohende Schaden nicht mit der rechtlichen Gestaltung der Urkunde oder der geplanten Art ihrer Abwicklung zusammenhängt, sondern aus der Verletzung einer allgemeinen, jede GmbH treffenden⁴² gesetzlichen Pflicht resultiert.⁴³

Gleiches gilt hinsichtlich etwaiger betrügerischer Rechnungen, da ein hierdurch drohender Schaden eine Verwirklichung des allgemeinen Lebensrisikos darstellt und nicht an die rechtliche Gestaltung der Urkunde oder die Art ihrer Abwicklung anknüpft.

a) Betrügerische Rechnungen nach Registereintragungen

Die bereits seit längerem bekannte Betrugsmasche, Unternehmen mittels gefälschter Kostenrechnungen für Handelsregistereintragungen zu tatsächlich nicht geschuldeten Zahlungen zu veranlassen, scheint in letzter Zeit wieder verstärkt aufzukommen.⁴⁴ In jüngerer Zeit wird daneben auch vor gefälschten Rechnungen gewarnt, die einen Bezug zum Transparenzregister oder Bundesverwaltungsamt vorspiegeln.⁴⁵ Die fingierten Rechnungen werden häufig unmittelbar nach Veröffentlichung einer Eintragung im Handelsregister versandt und erwecken durch ihr Layout und ihren Inhalt den Anschein, von einer öffentlichen Stelle zu stammen. Oft knüpfen die Betrugsversuche an die Eintragung einer neu gegründeten Gesellschaft im Handelsregister an, teilweise aber auch an die Eintragung von Änderungen bei bereits bestehenden Gesellschaften.⁴⁶

Zum Schutz der Beteiligten empfiehlt sich – obwohl eine Hinweispflicht nicht besteht – im Rahmen einer GmbH-Gründung⁴⁷ ein entsprechender Hinweis hierauf sowie auf die Möglichkeit, im Falle des Erhalts verdächtiger Rechnungen bei Notar oder Justiz nachzufragen. Zweckmäßig kann es insofern sein, den Beteiligten ein Merkblatt, welches die Gefahren erläutert, entweder zusammen mit dem Entwurf der Gründungsurkunde zu übersenden oder im Beurkundungstermin zu übergeben. Es bietet sich an, hierfür auf das „Infoblatt“ der Bundesnotarkammer zurückzugreifen, welches neben einem Informationstext auch Beispiele betrügerischer Rechnungen enthält.⁴⁸

Daneben kann auch ein zusätzlicher Hinweis in die Gründungsurkunde aufgenommen werden, welcher wie folgt formuliert werden kann:

Rechnungen für Registereintragungen sollten nicht ungeprüft beglichen werden.⁴⁹

38 MünchKomm-GmbHG/Heinze, § 2 Rdnr. 35.

39 BeckOK-HGB/Bömeke, Stand: 15.1.2021, § 18 Rdnr. 65.

40 Henssler/Strohn/Wamser, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 18 GmbHG Rdnr. 15 f.; Beck'sche Online-Formulare Vertrag/Pfisterer, Stand: 1.6.2019, Kapitel 7 (Gesellschaftsrecht) Ziffer 7.8.1.1.1 (Gründungsurkunde) § 5.

41 BeckOGK-BeurkG/Regler, § 17 Rdnr. 32; Thelen, DNotZ 2020, 732, 736 m. w. N.; BNotK, FAQs zum Geldwäschegesetz, Stand: 2.11.2020, S. 14 (Frage 50); siehe hinsichtlich der Mitteilungspflicht an das Transparenzregister auch Rundschreiben der LNotK Bayern 2021/3 vom 19.3.2021, Ziff. 7. Ebenso wenig besteht beispielsweise im Rahmen eines Grundstückskaufvertrags eine Pflicht des Notars, auf die Pflicht des neuen Eigentümers gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 SchfHwG hinzuweisen, unverzüglich den Eigentumsübergang dem zuständigen Bezirks-schornsteinfeger mitzuteilen, vgl. Winkler, BeurkG, § 17 Rdnr. 271a.

42 Die Mitteilungspflicht der GmbH an das Transparenzregister gilt derzeit gemäß § 20 Abs. 2 GwG in bestimmten Fällen als erfüllt.

43 Dementsprechend besteht auch im Fall der Unkenntnis der Beteiligten über ihre gesetzliche Pflicht aus § 1 Abs. 2 Satz 2 SchfHwG im Rahmen eines Grundstückskaufvertrags keine Hinweispflicht des Notars. Allgemein hierzu Winkler, BeurkG, § 17 Rdnr. 271a.

44 Die LNotK Bayern weist etwa in ihren Rundschreiben 2019/2 vom 15.5.2019 unter Ziff. 4 sowie 2020/1 vom 28.1.2020 unter Ziff. 7 auf diese Problematik hin.

45 Siehe etwa Rundschreiben der LNotK Bayern 2020/1 vom 28.1.2020, Ziff. 7.

46 Bereits seit längerer Zeit bietet die BNotK hierzu ein „Infoblatt“ sowohl in deutscher als auch in englischer Sprache an, welches auf der Homepage der BNotK im Bereich „Intern“ unter <https://www.bnotk.de/intern/informationmaterial> (zuletzt abgerufen am 12.4.2021) abgerufen werden kann.

47 Zweckmäßig kann ein entsprechender Hinweis auch bei der Anmeldung von Änderungen zum Handelsregister sein.

48 Siehe Fn. 46.

49 Angelehnt an Beck'sches Notarhandbuch/Mayer/Weiler, § 22 Rdnr. 758.

b) Eintragung in das Transparenzregister

Gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 GwG sind Gesellschaften mit beschränkter Haftung als juristische Personen des Privatrechts verpflichtet, die in § 19 Abs. 1 GwG aufgeführten Angaben zu den wirtschaftlich Berechtigten der registerführenden Stelle zur Eintragung in das Transparenzregister mitzuteilen. § 20 Abs. 2 Satz 1 GwG sieht vor, dass diese Mitteilungspflicht an das Transparenzregister als erfüllt gilt, wenn sich die Angaben zu den wirtschaftlich Berechtigten bereits aus elektronisch abrufbaren Dokumenten und Eintragungen in den in § 20 Abs. 2 GwG genannten Registern ergeben. Bei einer GmbH gilt die Pflicht zur Mitteilung an das Transparenzregister demnach als erfüllt, wenn die Gesellschafterliste im Handelsregister elektronisch abrufbar ist und dieser die Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten entnommen werden können.⁵⁰ Auch Gesellschaften mit beschränkter Haftung, bei denen es keinen tatsächlichen wirtschaftlich Berechtigten gibt, können sich auf die Mitteilungsfiktion berufen, wenn sich die Angaben zu den Geschäftsführern als den fiktiven wirtschaftlich Berechtigten im Sinne des § 3 Abs. 2 Satz 5 GwG dem elektronisch abrufbaren Handelsregisterauszug entnehmen lassen.⁵¹ Mit der in § 20 Abs. 2 GwG geregelten Mitteilungsfiktion sollen nach dem Willen des Gesetzgebers Doppelbelastungen von Gesellschaften durch Mehrfachmeldungen an verschiedene Register vermieden werden.⁵²

Jedoch hat die Bundesregierung am 10.2.2021 den Regierungsentwurf des Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetzes beschlossen,⁵³ der eine Umstellung des Transparenzregisters von einem Auffang- auf ein Vollregister vorsieht, um eine Vernetzung der Transparenzregister der EU-Mitgliedstaaten zu ermöglichen. Hierfür soll die bisher in § 20 Abs. 2 GwG geregelte Mitteilungsfiktion aufgehoben werden, sodass künftig auch Gesellschaften mit beschränkter Haftung, deren wirtschaftlich Berechtigter sich aus der im Handelsregister elektronisch abrufbaren Gesellschafterliste oder dem elektronisch abrufbaren Handelsregisterauszug ergibt, verpflichtet sind, die Angaben zu ihren wirtschaftlich Berechtigten dem Transparenzregister aktiv mitzuteilen. Bisher wurden die über die derzeit (noch) geltende Mitteilungsfiktion verfügbaren Informationen zu wirtschaftlich Berechtigten infolge der notariellen Mitwirkung bei Eintragungen im Handelsregister und bei der Erstellung eines Großteils der GmbH-Gesellschafterlisten durch einen unabhängigen Amtsträger geprüft. Eine solche hohe Qualität des Datenbestandes zu wirtschaftlich Berechtigten wird künftig nach der Streichung der Mitteilungsfiktion nicht mehr sichergestellt sein. Zudem führt die Aufhebung der Mitteilungsfiktion dazu, dass Gesellschaften mehrfachen Eintragungs- bzw. Meldepflichten, nämlich

50 BNotK, FAQs zum Geldwäschegesetz, S. 13 (Frage 44).

51 Die Mitteilungsfiktion bei fiktiv wirtschaftlich Berechtigten setzt nicht voraus, dass sich aus Dokumenten und Eintragungen gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1, § 22 Abs. 1 Satz 1 GwG ergibt, dass es keinen tatsächlich wirtschaftlich Berechtigten gibt, vgl. *Thelen*, DNotZ 2020, 732, 737.

52 BT-Drucks. 18/11555, S. 128.

53 Pressemitteilung des BMF vom 10.2.2021, abrufbar unter <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Pressemitteilungen/Finanzpolitik/2021/02/2021-02-10-geldwaesche-wirksamer-bekaempfen.html> (zuletzt abgerufen am 12.4.2021).

sowohl gegenüber dem Handels- als auch gegenüber dem Transparenzregister, unterliegen. Auch die Pflicht zur Aktualisierung der jeweiligen Daten in den einschlägigen Registern bringt einen erheblichen Verwaltungsaufwand für die betroffenen Gesellschaften mit sich. In den Stellungnahmen zum Referentenentwurf wurde deshalb zu Recht angeregt, zur Umstellung des Transparenzregisters auf ein Vollregister für eine bessere Verknüpfung der Registerdaten zu sorgen und die erforderlichen Daten zu den wirtschaftlich Berechtigten automatisiert aus dem Handelsregister in das Transparenzregister zu überführen.⁵⁴ Trotz der geäußerten Kritik hält die Bundesregierung im Regierungsentwurf an dem im Referentenentwurf enthaltenen Konzept der Umstellung des Transparenzregisters auf ein Vollregister durch Schaffung einer aktiven Mitteilungspflicht aller Vereinigungen fest.

Da die Aufhebung der Mitteilungsfiktion zu einem erheblichen Anstieg an eintragungspflichtigen Gesellschaften führen wird,⁵⁵ wovon insbesondere Gesellschaften mit beschränkter Haftung betroffen sein werden, wird auch die Zahl der Ordnungswidrigkeitenverfahren wegen Verstößen gegen die Mitteilungspflicht an das Transparenzregister gemäß § 56 Abs. 1 Satz 1 Nr. 55 lit. d) GwG erheblich ansteigen. Dies könnte zum Anlass genommen werden – obwohl eine Hinweispflicht nicht besteht⁵⁶ –, zum Schutz der Beteiligten vor Bußgeldern⁵⁷ bei der GmbH-Gründung einen überobligatorischen Hinweis auf die Mitteilungspflicht an das Transparenzregister zu erteilen.

Für einen solchen notariellen Hinweis in der Urkunde bietet sich folgende Formulierung an:

Der Notar hat auf die Pflicht der Gesellschaft hingewiesen, die in § 19 Abs. 1 GwG aufgeführten Angaben⁵⁸ zu ihren

54 Vgl. hierzu die Stellungnahme der BNotK vom 15.1.2021, abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze/Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/19_Legislaturperiode/2021-02-10-TraFinG/Stellungnahme-bnotk.html (zuletzt abgerufen am 12.4.2021) sowie die Stellungnahme des DNotV vom 18.1.2021, abrufbar unter <https://www.juris.de/jportal/portal/page/homerl.psmf?nid=jnachr-JUNA210100186&cmsuri=%2Fjuris%2Fde%2Fnachrichten%2Fzeigenachricht.jsp> (zuletzt abgerufen am 12.4.2021).

55 In der Gesetzesbegründung wird ausgeführt, dass infolge des Übergangs zum Vollregister die Zahl der eintragungspflichtigen Einheiten auf etwa 2,3 Millionen ansteigen werde, vgl. RegE des Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetzes, S. 36.

56 Siehe oben 4.

57 Gegen die GmbH kann gemäß § 30 Abs. 1 OWiG eine Geldbuße festgesetzt werden, wenn ein vertretungsberechtigtes Organ der Gesellschaft eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 56 Abs. 1 Satz 1 Nr. 55 lit. d) GwG begangen hat. Zudem sind die zur Vertretung berufenen Personen gemäß § 9 Abs. 1 OWiG verantwortlich, vgl. BeckOK-GwG/Pelz, Stand: 1.3.2021, § 56 Rdnr. 5, 10. Der Bußgeldkatalog des Bundesverwaltungsamts, Stand: 18.2.2020, ist abrufbar unter https://www.bva.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aufgaben/ZMV/Transparenzregister/Transparenzregister_Bussgeldk_02.pdf;jsessionid=B204A7606A13EDB46834058027768083.intranet671?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 12.4.2021).

58 Mitzuteilen sind Vor- und Nachname, Geburtsdatum, Wohnort, Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses (z. B. Kapitalanteile, Stimmrechte) sowie Staatsangehörigkeit der wirtschaftlich Berechtigten gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 GwG.

wirtschaftlich Berechtigten⁵⁹ der registerführenden Stelle⁶⁰ unverzüglich zur Eintragung in das Transparenzregister⁶¹ mitzuteilen.

c) Offenlegungspflichten nach §§ 325 ff. HGB

Die §§ 325 bis 329 HGB regeln für alle Kapitalgesellschaften Offenlegungspflichten hinsichtlich deren Rechnungslegungsunterlagen. Über § 264a HGB sind diese Vorschriften auch auf Personengesellschaften anzuwenden, bei denen nicht mindestens eine natürliche Person (ggf. mittelbar) persönlich haftender Gesellschafter ist.⁶² Die Offenlegung der Unterlagen (§ 325 Abs. 1 HGB) und deren Bekanntmachung (§ 325 Abs. 2 HGB) erfolgen in einem einheitlichen Verfahren durch Einreichung der Unterlagen beim Betreiber des Bundesanzeigers.⁶³

Welche Unterlagen offenzulegen sind, ist in den §§ 325 bis 327a HGB insbesondere in Abhängigkeit von der Größe der Kapitalgesellschaft (nach § 267 Abs. 1, 2 und 3, § 267a HGB) geregelt. Werden die Unterlagen nicht fristgerecht (das heißt in der Regel innerhalb eines Jahres nach dem Abschlussstichtag des Geschäftsjahrs, auf das sie sich beziehen, § 325 Abs. 1a Satz 1 HGB) offengelegt, führt das Bundesamt für Justiz ein Ordnungsgeldverfahren gegen die Mitglieder des vertretungsberechtigten Organs der Gesellschaft nach § 335 Abs. 1 Satz 1 HGB (oder nach Satz 2 gegen die Gesellschaft selbst) durch. Das Ordnungsgeld beträgt gemäß § 335 Abs. 1 Satz 4 HGB mindestens 2.500 € und höchstens 25.000 €⁶⁴ und wird nach vorheriger Androhung mit einer Frist von sechs Wochen

zur Erfüllung der Offenlegungspflichten festgesetzt, § 335 Abs. 3 und 4 HGB.⁶⁵

Obwohl eine Hinweispflicht des Notars insofern nicht besteht,⁶⁶ kann es sich empfehlen, Gründungsgesellschafter überobligatorisch auf die Offenlegungspflichten nach den §§ 325 ff. HGB hinzuweisen, um erstere vor einem Ordnungsgeldverfahren zu bewahren. Ein Hinweis in der Urkunde hierzu könnte wie folgt lauten:

Der Notar hat darauf hingewiesen, dass nach den §§ 325 ff. HGB Offenlegungspflichten, insbesondere hinsichtlich des Jahresabschlusses, bestehen.

Neben einem Hinweis in der Urkunde⁶⁷ (oder anstelle eines solchen), bietet es sich insbesondere an, den Beteiligten das „Merkblatt für Unternehmensgründer über die Pflicht zur Offenlegung von Rechnungsunterlagen“⁶⁸ des Bundesamtes für Justiz zu überreichen. Dieses enthält neben praktischen Hinweisen für die Einreichung der offenzulegenden Unterlagen auch eine übersichtliche Darstellung der komplexen Offenlegungsvorschriften der §§ 325 ff. HGB.

d) Anschaulich gestaltete Informationen hinsichtlich vieler Fragen, die sich vor, bei oder nach der Gründung einer GmbH stellen können, finden sich auf der von der Landesnotarkammer Bayern erstellten Homepage <https://gruenderagentur-bayern.de>, auf welche der Notar die Beteiligten zusätzlich verweisen kann. Dort wird beispielsweise dargestellt, gegenüber welchen Stellen die Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit anzumelden ist und welche Frist- und Formerfordernisse für die jeweilige Anmeldung gelten, welche grundlegenden steuerrechtlichen Vorschriften Existenzgründer beachten müssen und welche Versicherungen für selbstständige Unternehmer besonders in Betracht kommen.

59 Zur Definition des wirtschaftlich Berechtigten einer GmbH vgl. § 3 Abs. 2 GwG.

60 Registerführende Stelle ist derzeit die Bundesanzeiger Verlag GmbH gemäß § 1 TBeIV, der auf § 25 Abs. 1 GwG beruht. Weiterführend dazu Herzog/*Figura*, Geldwäschegesetz, 4. Aufl. 2020, § 25 Rdnr. 1 ff.

61 Die Mitteilung erfolgt gem. § 20 Abs. 1 Satz 4 GwG elektronisch unter www.transparenzregister.de.

62 Der heutige Stand der Vorschriften geht auf das am 1.1.2007 in Kraft getretene Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) zurück, welches der Umsetzung zweier europäischer Richtlinien mit dem Ziel dient, offenkundige Informationen über Unternehmen zentral über eine Akte elektronisch abrufbar zu machen und so einen schnellen Zugang zu solchen Informationen zu gewährleisten. Hierzu näher BeckOGK-HGB/*Drinhausen*, Stand: 15.12.2020, § 325 Rdnr. 1.

63 BeckOGK-HGB/*Drinhausen*, § 325 Rdnr. 1.

64 Für kapitalmarktorientierte Kapitalgesellschaften ergeben sich höhere Obergrenzen aus § 335 Abs. 1a HGB. Für solche Gesellschaften können nach § 325 Abs. 4 HGB auch kürzere Offenlegungsfristen gelten.

65 Ein Bußgeld nach § 334 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 HGB kommt daneben nicht in Betracht. Die Vorschrift erfasst nur Verstöße gegen Form, Inhalt oder Format der Offenlegung, nicht jedoch deren Unterbleiben, siehe BeckOGK-HGB/*Waßmer*, Stand: 15.9.2020, § 334 Rdnr. 64.

66 Siehe oben 4.

67 Ein weiteres Formulierungsbeispiel hierfür findet sich bei Beck'sche Online-Formulare Vertrag/*Pfisterer*, Kapitel 7 (Gesellschaftsrecht) Ziffer 7.8.1.1.1 (Gründungsurkunde) § 5 a. E.

68 Dieses ist dem Rundschreiben der LNotK Bayern 2021/3 vom 19.3.2021 als Anlage 5 beigelegt und ebenfalls auf der Internetseite des Bundesamtes für Justiz unter https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Ordnungsbussgeld_Vollstreckung/Jahresabschluesse/Offenlegung/Service/Infomaterial/Infomaterial_node.html (zuletzt abgerufen am 12.4.2021) zu finden.

Nachlassabwicklung mit Vollmachten über den Tod hinaus – Chancen und Risiken¹

Von Notar Prof. Dr. **Christopher Keim**, Ingelheim am Rhein

Die in den letzten Jahren massenhaft beurkundeten notariellen Vorsorgevollmachten enthalten üblicherweise Regelungen, dass sie auch über den Tod des Vollmachtgebers hinaus gelten. Obwohl dies eigentlich nur den Zweck haben soll, eilbedürftige Rechtshandlungen für den Nachlass bis zur Klärung der Erbfolge zu ermöglichen, sind damit grundsätzlich auch weitreichende Rechtsgeschäfte zur Nachlassabwicklung möglich. Dabei fragt sich aber, inwieweit dies möglich und sinnvoll ist.

I. Begriff und Funktion der Vollmacht über den Tod hinaus

1. Transmortale und postmortale Vollmachten

Der Vertretene kann eine Vollmacht erteilen, die es dem Bevollmächtigten ermöglicht, auch nach dem Tod des Vollmachtgebers Rechtsgeschäfte mit Rechtswirkungen gegenüber seinen Erben vorzunehmen. Man unterscheidet zwischen der Vollmacht über den Tod hinaus (transmortale Vollmacht) und der Vollmacht auf den Tod (postmortale Vollmacht), die erst mit Versterben wirksam werden soll.²

Gemäß § 168 Satz 1 BGB richtet sich das Erlöschen der Vollmacht nach dem der Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis. Sofern dies – wie häufig – ein Auftrag oder ein Geschäftsbesorgungsvertrag ist, ergibt sich aus § 672 Satz 1 BGB, dass der Tod des Vollmachtgebers im Zweifel nicht dazu führt, dass die Vollmacht erlischt. Dementsprechend nimmt die herrschende Meinung nur bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände ein Erlöschen der Vollmacht durch den Tod des Vollmachtgebers an. Solche sollen zum Beispiel gegeben sein, wenn das Geschäft, auf das sich die Vollmacht bezieht, untrennbar mit der Person des Erblassers verbunden war.³ Die isolierte Vollmacht, die unabhängig von einem mit dem Bevollmächtigten bestehenden Auftrag oder sonstigem Rechtsverhältnis Wirkung entfaltet, kann ebenfalls über den Tod hinaus Geltung behalten. Für sie soll allerdings der Tod des Vollmachtgebers im Zweifel zum Erlöschen führen, selbst wenn sie im Eigeninteresse des Bevollmächtigten erteilt worden ist.⁴ Bei einer derartigen isolierten Vollmacht muss also entweder das Fortbestehen

über den Tod hinaus vorgesehen oder wenigstens durch Auslegung festzustellen sein.⁵

Auch eine reine Vollmacht auf den Todesfall, die ihre Rechtswirkung erst nach dem Tod des Vollmachtgebers entfaltet, wird für zulässig erachtet.⁶ Trans- und postmortale Vollmachten sind in weiten Bereichen nach gleichen rechtlichen Grundsätzen zu behandeln.

2. Funktionen: Übergangsregelung, Verstärkung einer Testamentsvollstreckung, internationale Nachlässe

Derartige Vollmachten über den Tod des Vollmachtgebers hinaus ermöglichen es dem Erblasser, die Nachlassabwicklung zu vereinfachen. Bis zur Ausstellung des Erbscheins kann eine Person für den Nachlass tätig werden und auf diese Weise dessen Verwaltung in der Zwischenphase bis zum Nachweis der Erbfolge sicherstellen.⁷ Derartige Vollmachten dienen der Sicherheit des Rechtsverkehrs und sind wichtige Instrumente der Fürsorge für den Nachlass. Bis zur Beschaffung eines Erbnachweises kann ein erheblicher Zeitraum vergehen, zumal das Erbscheinsverfahren von den Beteiligten oft dazu genutzt wird, die erbrechtliche Rechtslage eindeutig klären zu lassen, und daher in diesen Fällen entsprechend lange dauert. Die frühere Regelung in Ziffer 5 der AGB-Banken, wonach zum Nachweis des Erbrechts in der Regel die Vorlage eines Erbscheins oder Testamentsvollstreckers von den Kreditinstituten verlangt werden kann, hat der BGH zwar als unwirksam angesehen.⁸ Es wird aber auch meist eine gewisse Zeit vergehen, bis eine Ausfertigung oder beglaubigte Kopie der letztwilligen Verfügung nebst zugehöriger Eröffnungsniederschrift als Legitimationsgrundlage des Erben vorgelegt werden kann.⁹

Sofern sich Nachlassgegenstände in unterschiedlichen Ländern befinden, für die jeweils eigene Erbnachweise erforderlich sind oder aber ein Europäisches Nachlasszeugnis beantragt werden muss,¹⁰ wird diese Übergangsphase noch länger dauern. Die Errichtung trans- oder postmortaler Vollmachten kann hier die Handlungsfähigkeit des Nachlasses gewährleisten, wobei es zu beachten gilt, dass eine Vollmacht über den Tod des Vollmachtgebers hinaus nicht von allen ausländischen Rechtsordnungen anerkannt wird.¹¹

1 Schriftliche Fassung eines Vortrags des Autors bei der ZEV-Jahrestagung 2020/2021.

2 MünchKomm-BGB/Schubert, 8. Aufl. 2018, § 168 Rdnr. 39.

3 Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Lorz, 5. Aufl. 2018, § 20 Rdnr. 4.

4 Streitig so Staudinger/Schilken, Neub. 2017, § 168 Rdnr. 27; Trapp, ZEV 1995, 314; a. A. Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 7. Aufl. 2010, § 1 Rdnr. 43.

5 Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Lorz, § 20 Rdnr. 4.

6 Palandt/Weidlich, 80. Aufl. 2021, § 2197 Rdnr. 9.

7 Lange, ErbR, 2011, Kap. 4 Rdnr. 223; ders., ZEV 2015, 343.

8 BGH, Urteil vom 8.10.2013, XI ZR 401/12, BGHZ 198, 250; Urteil vom 8.10.2013, XI ZR 401/12, ZEV 2014, 41 m. Anm. Werkmüller.

9 Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Lorz, § 20 Rdnr. 6.

10 Art. 62 ff. EuErbVO.

11 Dazu Süß, ZEV 2008, 68.

Sinnvoll ist eine derartige Vollmacht auch dann, wenn Testamentsvollstreckung angeordnet ist. Der Testamentsvollstrecker kann bis zur Annahme des Testamentsvollstreckeramtes nicht für den Nachlass handeln und sich bis zur Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses auch in der Regel nicht legitimieren. Aber auch der Erbe kann für den Nachlass nicht tätig werden, da ihm die Verfügungsbefugnis gemäß § 2211 BGB wegen der angeordneten Testamentsvollstreckung ab dem Zeitpunkt des Erbfalls unabhängig von der Amtsannahme des Testamentsvollstreckers entzogen ist.¹²

Zudem kann die postmortale Vollmacht typischerweise als Gestaltungsmittel eingesetzt werden, um unentgeltliche Zuwendungen an Dritte oder auch an den Bevollmächtigten selbst zu ermöglichen. Hieran wäre ein Testamentsvollstrecker gemäß § 2205 Satz 3 BGB gehindert, da ihm unentgeltliche Verfügungen untersagt sind.

II. Erteilung der Vollmacht über den Tod hinaus

1. Erteilung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder durch Verfügung von Todes wegen?

Die Erteilung der Vollmacht kann als empfangsbedürftige Willenserklärung sowohl als Innenvollmacht den zu Bevollmächtigenden selbst als auch als Außenvollmacht dem Geschäftspartner gegenüber erklärt werden.¹³ Dabei kann die Erklärung auch erst nach dem Tod des Vollmachtgebers zugehen (§ 130 Abs. 2 BGB). Die postmortale Außenvollmacht gegenüber Banken ist in der Praxis weit verbreitet.¹⁴

Wird die Vollmacht durch eine Verfügung von Todes wegen erteilt, könnte es an einer wirksamen Abgabe der Willenserklärung fehlen, da der Zugang der Erklärung bei dem Vollmachtnehmer oder dem Dritten sichergestellt sein muss.¹⁵ Dies wird jedoch trotzdem bejaht, da bei der Vollmachtserteilung sowohl in einem öffentlichen als auch in einem privatschriftlichen Testament mit Ablieferung, Eröffnung und Bekanntmachung des Testaments der Zugang ermöglicht ist (§§ 2259 ff. BGB).¹⁶

Die Bevollmächtigung per Testament ist jedoch aus mehreren Gründen in der Regel nicht empfehlenswert:

Gerade für die Übergangszeit bis zur Eröffnung des Testaments ist in diesem Fall die Vollmacht nicht nutzbar. Bei postmortalen Vollmachten in privatschriftlichen Testament stellt sich ferner ein Nachweisproblem, da die Vollmachtsurkunde nach Eröffnung in den Nachlassakten verbleibt. Lediglich beim öffentlichen bzw. notariellen Testament und dem Erbvertrag kann der beurkundende Notar zusätzliche Ausfertigungen erstellen, die auf Verlangen des Bevollmächtigten diesem nach dem Erbfall oder nach der Beurkundung ausgehändigt werden.¹⁷

Im Ergebnis ist eine derartige Vollmacht in Testamenten daher nur zweckmäßig, wenn es sich ohnehin um eine solche Vollmacht handelt, die speziell zur Durchführung von im Testament genannten Vermächtnissen dient, insbesondere um es dem Vermächtnisnehmer selbst zu ermöglichen, das Vermächtnis ohne Mitwirkung der Erben selbst zu erfüllen. In Betracht kommen zum Beispiel Vermächtnisse zur Erfüllung eines Wohnungsrechts zugunsten des überlebenden Lebensgefährten, der nicht auf eine Bewilligung der Erben angewiesen sein soll.

2. Formfragen

a) Grundsätzliche Formfreiheit

Trans- und postmortale Vollmachten bedürfen zu ihrer Wirksamkeit grundsätzlich keiner besonderen Form. Selbst wenn sie ausdrücklich zu dem Zweck erteilt worden sind, nach dem Tod des Erblassers unentgeltliche Zuwendungen an einen Dritten zu ermöglichen, verbleibt es bei der Formfreiheit, da die Formbedürftigkeit des schenkungsrechtlichen Kausalgeschäfts (§ 518 Abs. 1 BGB) nicht auf die Vollmacht durchschlägt, § 167 Abs. 2 BGB.¹⁸

Die Vollmacht zur Abtretung von GmbH-Anteilen ist auch dann formfrei, wenn sie unwiderruflich ist, da die Formvorschrift des § 15 Abs. 4 GmbHG nicht den primären Zweck hat, die Beteiligten vor einer Bindung zu schützen, sondern den formlosen Handel mit GmbH-Geschäftsanteilen zu verhindern.¹⁹

b) Registertauglicher Nachweis der Vollmacht

Gemäß § 29 GBO muss für die Eintragung im Grundbuch die trans- bzw. postmortale Vollmacht in öffentlich beglaubigter Form vorgelegt werden. Daher scheidet für den Bereich des Grundstücksverkehrs die Erteilung einer Vollmacht in privatschriftlichen Testamenten aus. Gleiches gilt gemäß § 12 HGB für das Handelsregister.

Nach § 6 Abs. 2 BtBG ist seit 2005 für die öffentliche Beglaubigung von Unterschriften und Handzeichen auf Vorsorgeurkunden auch die Betreuungsbehörde befugt. Im Jahr 2009 wurde im Gesetzeswortlaut auch klargestellt, dass es sich dabei um eine öffentlich beglaubigte Urkunde handelt.²⁰

Die Grundbuchtuglichkeit einer solchen Vorsorgevollmacht, insbesondere dann, wenn sie als Vollmacht über den Tod hinaus ausgestaltet ist und auch nach dem Tod des Vollmachtgebers von ihr Gebrauch gemacht werden soll, war bis vor Kurzem aber dennoch streitig. Die überwiegende Auffassung bejaht die Grundbuchtuglichkeit einer derartigen Vorsorgevollmacht. Die Beglaubigungszuständigkeit beinhaltet auch eine Beglaubigung umfassender Vollmachten, die nicht auf den Fall der Betreuungsbedürftigkeit beschränkt seien und

12 Palandt/Weidlich, § 2211 Rdnr. 2.

13 Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Lorz, § 20 Rdnr. 21.

14 Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Lorz, § 20 Rdnr. 21.

15 Palandt/Weidlich, Vor § 2197 Rdnr. 9.

16 Staudinger/Reimann, Neub. 2016, Vor § 2197 Rdnr. 64 ff.

17 Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Lorz, § 20 Rdnr. 24; Staudinger/Reimann, Vor § 2197 Rdnr. 59.

18 RG, Urteil vom 6.10.1926, V 108/26, RGZ 114, 351; BGH, Urteil vom 12.11.1986, IVa ZR 77/85, BGHZ 99, 97 = NJW 1987, 840.

19 BGH, Urteil vom 17.11.1955, II ZR 222/54, NJW 1956, 58.

20 BGBl. I, S. 1696; § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG lautet: „Die Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde ist befugt, Unterschriften oder Handzeichen auf Vorsorgevollmachten oder Betreuungsverfügungen öffentlich zu beglaubigen.“

auch über den Tod hinaus gelten. Eine Vorsorgevollmacht sei eine gewöhnliche Vollmacht, die ihren besonderen Charakter nur durch die Motivlage des Vollmachtgebers erhalte, der mit ihrer Errichtung eine gesetzliche Betreuung im Vorsorgefall vermeiden möchte.²¹

Nach anderer Auffassung muss sich aus der Vollmacht eine Beschränkung nicht nur im Innenverhältnis auf den Fall ergeben, dass für den Vollmachtgeber die Notwendigkeit der Bestellung eines Betreuers bestünde. Nur dann liege eine wirksame öffentlich beglaubigte Urkunde vor, weil nur insoweit die sachliche Zuständigkeit der Betreuungsbehörde bestünde. Die Verwendung im Grundbuchverfahren würde daher in der Regel daran scheitern, dass der erforderliche Nachweis der Notwendigkeit einer Betreuerbestellung in grundbuchmäßiger Form nicht erbracht werden könne.²²

Inzwischen hat sich der BGH der überwiegenden Meinung angeschlossen.²³ Für die Frage, ob eine Vorsorgevollmacht vorliege, was Voraussetzung für die Zuständigkeit der Betreuungsbehörde ist, komme es darauf an, ob der Vollmachtgeber diese zum Zweck der Vermeidung einer künftigen Betreuung erteilt habe. Eine Wirksamkeitsbeschränkung im Außenverhältnis auf den Vorsorgefall sei nicht erforderlich und wäre auch nicht praxistauglich. Der BGH räumt zwar ein, dass mit dem Tod des Vollmachtgebers der Vorsorgezweck entfallen sei und die Vollmacht nur noch der Nachlassabwicklung diene. Gleichwohl handele es sich um eine Vorsorgevollmacht.²⁴ Außerdem würde eine Beschränkung der Beglaubigungskompetenz auf nicht transmortal ausgestaltete Vollmachten dem Willen des Gesetzgebers an einer gewünschten weiten Verbreitung nicht gerecht.²⁵ Auch verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Beglaubigungszuständigkeit bestünden nicht, da die Beglaubigungsperson zwar Sachbearbeiter der Behörde sei, aber nach § 6 Abs. 2 BtBG ihre Tätigkeit selbständig und weisungsfrei ausübe.²⁶

Nach dem aktuellen Regierungsentwurf zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts²⁷ soll die Beglaubigungskompetenz der Betreuungsbehörden im Außenverhältnis für alle Vollmachten gelten, die von einer natürlichen Person erteilt werden. Lediglich im Innenverhältnis wird dann die Beglaubigungskompetenz auf Vollmachten beschränkt sein, die zu dem Zweck erteilt werden, die Bestellung eines Betreuers zu vermeiden. Außerdem soll die Beglaubigungswirkung von Voll-

machten auf die Lebenszeit des Vollmachtgebers begrenzt werden (§ 7 Abs. 1 Satz 2 BtBG-E).²⁸ Damit müsste vor jedem Einsatz der Vollmacht für Grundbuchzwecke geprüft werden, ob der Vollmachtgeber noch am Leben ist, was die Praktikabilität solcher Vollmachten erheblich einschränken würde.²⁹

c) Ausnahmen von der Formfreiheit der Vollmacht

Gesetzliche Ausnahmen von der Formfreiheit bestehen gemäß § 1904 Abs. 5 Satz 2 BGB und § 1906 Abs. 5 BGB für Vorsorgevollmachten, mit denen auch die Einwilligung in lebensgefährdende Operationen und freiheitsentziehende Maßnahmen ermöglicht werden soll. Es ist hierbei Schriftform erforderlich und die Maßnahmen müssen konkret in der Vollmacht angesprochen sein. Da Vorsorgevollmachten regelmäßig auch über den Tod hinaus gelten sollen, könnte ein entsprechender Formverstoß gemäß § 139 BGB auch zu einer Gesamtnichtigkeit führen, sodass der Gebrauch über den Tod hinaus in Frage stünde.

Zu beachten ist ebenfalls die Rechtsprechung, wonach bindende Vollmachten zum Abschluss eines nach § 311b BGB formbedürftigen Grundstücksgeschäfts beurkundungsbedürftig sind, wenn bereits durch die Erteilung der Vollmacht eine entsprechende Bindung erzeugt wird, insbesondere bei einer unwiderruflichen Vollmacht zur Veräußerung oder zum Erwerb eines Grundstücks.³⁰

In einem aktuellen Beschluss hat das OLG Celle allerdings eine entsprechende Formbedürftigkeit für eine entsprechende Vorsorgevollmacht, die auch über den Tod hinaus geltend soll, verneint. Die Vorsorgevollmacht muss ohnehin widerrufenlich erteilt werden und lässt in der Regel keine konkrete Bindung an ein bestimmtes Grundstücksgeschäft erkennen. Eine faktische Bindung kann danach auch nicht aus dem Umstand geschlossen werden, dass die Vorsorgevollmacht – wie typischerweise – im Falle der Geschäftsunfähigkeit und auch transmortal, d. h. über den Tod hinaus gelten soll. Der Vollmachtsumfang ist generell und weit gefasst, sodass sämtliche Vermögensangelegenheiten und persönliche Angelegenheiten erfasst sein sollen, die zudem exemplarisch aufgeführt wurden. Sie ist bis zum Tod jederzeit widerrufenlich.³¹

Die strenge Formvorschrift des § 492 Abs. 4 BGB mit der Pflicht, die in einem Verbraucherkreditvertrag geforderten Angaben auch in einer Vollmacht aufzunehmen, gilt nach der Vorschrift nicht für notariell beurkundete Vollmachten.

d) Höherer Beweiswert bei notarieller Beurkundung

Einen höheren Beweiswert für den Fall, dass die Wirksamkeit der Vollmacht wegen fehlender Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers angezweifelt wird, hat die beurkundete Vollmacht, da der Notar nach § 11 BeurkG die Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers prüfen und die Beurkundung bei fehlender Geschäftsfähigkeit ablehnen muss. Die Beglaubigung der

21 So OLG Dresden, Beschluss vom 4.8.2010, 17 W 677/10, NotBZ 2010, 409 = BeckRS 2010, 26768; OLG Naumburg, Beschluss vom 8.11.2013, 12 Wx 45/13, FGPrax 2014, 109; OLG Jena, Beschluss vom 6.6.2013, 9 W 266/13, NotBZ 2014, 341 = BeckRS 2014, 13726; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 14.9.2015, 11 Wx 71/15, FGPrax 2016, 10 = ZEV 2016, 54 Ls.

22 So *Heinemann*, FGPrax 2016, 11; *Demharter*, GBO, 31. Aufl. 2018, § 29 Rdnr. 42; *Zimmer*, ZfIR 2016, 769; OLG Köln, Beschluss vom 30.10.2019, 2 Wx 327/19, notar 2020, 119 m. Anm. *Heinemann*.

23 BGH, Beschluss vom 12.11.2020, V ZB 148/19, ZEV 2021, 267; NZFam 2021, 380 m. zust. Anm. *Müller-Engels*.

24 BGH (Fn. 23), ZEV 2021, 267, 269.

25 BGH (Fn. 23), ZEV 2021, 267, 270.

26 BGH (Fn. 23), ZEV 2021, 267, 271.

27 BT-Drucks. 19/24445, S. 77 ff., 349 ff.

28 *Müller-Engels*, DNotZ 2021, 84, 91.

29 *Müller-Engels*, DNotZ 2021, 84, 92.

30 Palandt/*Grüneberg*, § 311b Rdnr. 20 m. w. N.

31 OLG Celle, Beschluss vom 16.8.2019, 18 W 33/19, ZEV 2019, 712.

Unterschrift darf ein Notar hingegen nur versagen, wenn er von der Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers überzeugt ist (§ 4 BeurkG). Bei privatschriftlichen Vollmachten läuft der Vollmachtgeber Gefahr, dass diese gerade im Bankverkehr nicht im gewünschten Umfang anerkannt werden.³²

III. Umfang der Vertretungsmacht

1. Vertretung des Erben

Durch die Vollmacht über den Tod hinaus erwirbt der Bevollmächtigte nach dem Tod des Vollmachtgebers keine eigenen Rechte am Nachlass. Obwohl die Vollmacht vom verstorbenen Erblasser stammt und der Bevollmächtigte auch von ihm seine Rechte herleitet, kann er nach dem Tod des Vollmachtgebers nur noch als Vertreter des Erben auftreten.³³ Der postmortal Bevollmächtigte kann aber ohne Erbnachweis über Nachlassgegenstände verfügen und bedarf auch dann keiner Genehmigung des Familiengerichts oder Betreuungsgerichts, wenn er minderjährige oder sonst geschäftsunfähige Erben vertritt.³⁴

2. Innenverhältnis: Interessenvertretung des Erblassers oder des Erben?

a) Herrschende Meinung: grundsätzlicher Vorrang der Interessen des Erblassers

Dass der Bevollmächtigte nach dem Tod des Vollmachtgebers naturgemäß nur noch den oder die Erben vertritt, besagt aber nichts darüber, wessen Interessen er bei der Ausübung der Vollmacht wahrzunehmen hat. Dies ergibt sich vielmehr nicht aus der Vollmacht selbst, sondern aus dem ihr zugrunde liegenden Rechtsgeschäft, typischerweise einem Auftrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag.³⁵ Es ist daher davon auszugehen, dass die Rechtsnachfolge auch in das der Vollmacht zugrunde liegende Rechtsverhältnis dazu führt, dass der Wille und die Interessen des Erblassers regelmäßig vorrangig sind. Bis zu einem etwaigen Widerruf des oder der Erben kann der Bevollmächtigte von der Vollmacht Gebrauch machen, ohne die Zustimmung der Erben einzuholen. Er ist auch nicht dazu verpflichtet, die Erben vor Vornahme der jeweiligen Rechtsgeschäfte zu informieren, und diesen dadurch Gelegenheit zu entgegengesetzten Weisungen sowie zum Widerruf der Vollmacht zu geben.³⁶ Die Übergangsfunktion solcher Vollmachten wäre nicht mehr zu erfüllen, falls man eine Rückfragepflicht des Bevollmächtigten bei den Erben fordern würde. Aus Sicht der Banken ist diese Auffassung von großem Nutzen; sie kön-

nen auf die Legitimation des Bevollmächtigten vertrauen und an diesen ohne die Gefahr späterer Schadenersatzansprüche der Erben leisten.³⁷

b) Interessen der Erben?

Soweit allerdings kein spezifischer Auftrag und auch kein sonstiger Rechtsgrund im Innenverhältnis vorliegt, dürfte eine Generalvollmacht über den Tod hinaus einen unspezifischen Allgemeinauftrag enthalten, in sämtlicher Hinsicht auch die Interessen des Vollmachtgebers wahrzunehmen.

Nach anderer Auffassung sind zumindest stillschweigend unmittelbar die gesetzlichen Regelungen der Geschäftsführung ohne Auftrag anzuwenden.³⁸ Das bedeutet, dass der Bevollmächtigte die Vollmacht nach Maßgabe der Interessen des neuen Geschäftsherrn auszuüben hat, also auch die Interessen des Erben und dessen mutmaßlichen Willen berücksichtigen muss (§ 677 oder § 662 BGB).³⁹ Daher ist zu empfehlen, die Ausgestaltung des Innenverhältnisses detailliert zu regeln, um die Notwendigkeit einer Auslegung erst gar nicht aufkommen zu lassen. Zur Vermeidung des Vollmachtsmissbrauchs könnten daher detaillierte Regelungen des Innenverhältnisses in die Vollmachtsurkunde selbst mit aufgenommen werden. Jedoch führt dies in der Regel zu einer Überfrachtung der Vollmacht und einer Verunsicherung des Geschäftsgegners.⁴⁰ Zumindest ist aber eine schriftliche Niederlegung der Vereinbarungen im Grundverhältnis in gesonderter Urkunde empfehlenswert, um eine Kontrolle zu ermöglichen, ob sich der Bevollmächtigte an die Anordnungen des Erblassers gehalten hat.⁴¹

IV. Grenzen der Befugnisse des Bevollmächtigten

1. Vollmacht an den Alleinerben: Erlöschen durch Konfusion?

Da die Rechtsmacht des Bevollmächtigten auf den Erblasser zurückgeht, ist im Grundbuchverfahren ein Nachweis der Erbfolge nach § 35 GBO entweder durch Erbschein oder öffentliches Testament mit Eröffnungsniederschrift entbehrlich.⁴² Erst recht müsste damit eine Grundstücksverfügung möglich sein, wenn der Bevollmächtigte zugleich alleiniger Erbe des Vollmachtgebers ist. Seine Verfügungsbefugnis könnte er in diesem Falle in doppelter Weise begründen, nämlich einerseits durch seine Vollmacht, andererseits durch seine Stellung als Universalrechtsnachfolger des Erblassers. Nach dem Tod des Erblassers kann der Bevollmächtigte nur noch für den Erben handeln. Da er sich aber nicht selbst vertreten kann, könnte die Vollmacht auf diese Weise durch Konfusion erloschen sein.⁴³

32 Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Lorz, § 20 Rdnr. 26.

33 Nieder/Kössinger/R. Kössinger/Zintl, Handbuch der Testamentgestaltung, 6. Aufl. 2020, § 15 Rdnr. 95; zum Handeln eines Vertreters ohne Vertretungsmacht für eine verstorbene Person OLG Bremen, Beschluss vom 16.4.2020, 3 W 90/20, DNotZ 2020, 833 m. Anm. Goslich.

34 So schon RG, Urteil vom 10.1.1923, V 385/22, RGZ 106, 185 und KG, JFG 12, 275; Weidlich, ZEV 2016, 57, 61.

35 Amann, MittBayNot 2016, 369, 370.

36 So BGH, Urteil vom 18.4.1969, V ZR 179/65, NJW 1969, 1245; grdl. Urteil vom 25.10.1994, XI ZR 239/93, ZEV 1995, 187; zust. in der Literatur z. B. MünchKomm-BGB/Schubert, § 168 Rdnr. 34; krit. z. B. Sagmeister, MittBayNot 2016, 403; Krampe, ZEV 1995, 189.

37 Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Lorz, § 20 Rdnr. 31.

38 So z. B. Sagmeister, MittBayNot 2016, 403.

39 Amann, MittBayNot 2016, 369, 371; Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Lorz, § 20 Rdnr. 32.

40 Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Lorz, § 20 Rdnr. 35.

41 Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Lorz, § 20 Rdnr. 35.

42 So z. B. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 29.6.2011, 20 W 168/11, ZEV 2012, 377.

43 So insbesondere OLG Hamm, Beschluss vom 10.1.2013, 15 W 79/12, DNotZ 2013, 689 m. Anm. Keim, ZEV 2013, 341 m. Anm. Lange.

Vereinigen sich die Stellung von Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem nachträglich zu einer Person, so führt dies jedoch nicht notwendig zum Erlöschen der Vollmacht, falls schutzwürdige Interessen des Vollmachtgebers, des Bevollmächtigten und des Rechtsverkehrs ein Fortbestehen der Vollmacht erfordern.⁴⁴ Dieser Grundsatz gilt ebenso wie bei der Vereinigung von Gläubiger und Schuldner im Schuldrecht, wie auch für den sachenrechtlichen Grundsatz der Konsolidation (§ 889 BGB) und ist auch im Vollmachtenrecht zu beachten.

Der Vollmachtgeber und spätere Erblasser hat erkennbar ein berechtigtes Interesse am Fortbestehen einer in der Form des § 29 GBO erteilten Vollmacht in der Person des Alleinerben, da ihm auf diese Weise die Handlungsfähigkeit im Hinblick auf Nachlassgegenstände gegeben ist. Der Rechtsverkehr, insbesondere Vertragspartner des Bevollmächtigten, hat ebenfalls ein anerkanntes Interesse an der Vermeidung der anderenfalls bestehenden Rechtsunsicherheit. Das von der Gegenansicht vorgebrachte Argument der Konfusion, d. h. der logischen Unmöglichkeit der Vertretung seiner selbst, ist lediglich insoweit beachtlich, als der bevollmächtigte Alleinerbe nicht in der Lage sein dürfte, unter Rückgriff auf diese Vollmacht eine Nachlassverbindlichkeit zu begründen, für die er seine Haftung auf den Nachlass beschränken könnte.⁴⁵ Das OLG München hat in mehreren Beschlüssen letztlich die Vollmacht für den Alleinerben anerkannt, wenn er

- eindeutig zu erkennen gibt, dass er nicht als Erbe, sondern als Bevollmächtigter handelt,
- und die Erbfolge noch nicht in grundbuchtauglicher Form nachgewiesen ist.⁴⁶

Unstreitig dürfte sein, dass ein Erlöschen der Vollmacht durch Konfusion jedenfalls dann ausscheidet, wenn nur einer von mehreren Miterben bevollmächtigt ist, da in diesem Fall der Bevollmächtigte die übrigen Mitglieder der Erbengemeinschaft nach wie vor als Dritte vertreten kann.⁴⁷

2. Vollmacht über den Tod hinaus zugunsten des Vorerben

a) Vollmacht über den Tod hinaus auch für die Nacherbenrechte?

Hat der Erblasser eine Vor- und Nacherbschaft eingeordnet, so ist streitig, ob eine gleichzeitig erteilte Vollmacht bis zum Nacherbfall nur zur Vertretung des Vorerben berechtigen kann oder ob die Nacherbenrechte ebenfalls von der Vollmacht erfasst sind. Nach früher herrschender Meinung unterliegt auch der Bevollmächtigte den Verfügungsbeschränkungen des Vorerben, da anderenfalls die Nacherbenrechte unterlaufen würden, insbesondere weil der Nacherbe vor Eintritt des Nacherbfalls überhaupt nicht in der Lage sei, einen Widerruf

der Vollmacht zu erklären.⁴⁸ Die heute herrschende Meinung hält jedoch zu Recht auch eine Vertretung für die Nacherbenrechte für möglich. Der Bevollmächtigte leitet seine durch Vollmacht verliehenen Befugnisse vom Erblasser her, wie sie ihm der Erblasser eingeräumt hat. Die Rechtsmacht des Bevollmächtigten, die Erben zu binden, entspricht damit der Rechtsmacht eines zu Lebzeiten des Erblassers Bevollmächtigten, den Vollmachtgeber (= Erblasser) zu binden. Berechtigt und verpflichtet sind daher sämtliche Erben.⁴⁹

Um die Verfügungsbeschränkungen des Nacherben, von denen nach § 2136 BGB auch nicht vollständig befreit werden kann, nicht völlig zu unterlaufen, wird allerdings auch vertreten, eine entsprechende Vollmacht an den alleinigen Vorerben könne nicht auch die Zustimmungsrechte der Nacherben umfassen.⁵⁰

b) Beschluss des OLG Stuttgart vom 29.5.2019⁵¹

In dem dem Beschluss des OLG Stuttgart zugrunde liegenden Fall hatten es die Beteiligten auf die Spitze getrieben. Die Erblasserin hatte eine notariell beurkundete Vorsorgevollmacht an ihre vier Kinder erteilt, die über den Tod hinaus fortwirken sollte und nach der sie einzelvertretungsberechtigt waren. Die Kinder sind zugleich nicht befreite Mitvorerben ihrer Mutter, Nacherben sind deren leibliche Kinder. Die Erben haben im Wege der Grundbuchberichtigung beantragt, dass die Beteiligten als Eigentümer ohne Nacherbenvermerk eingetragen werden, indem sie selbst mittels dieser Vollmacht den Grundbesitz aus den Bindungen der Nacherbschaft freigegeben haben.⁵²

Das OLG Stuttgart hält den Antrag für begründet. Der vom Erblasser postmortal Bevollmächtigte könne auch den Nacherben wirksam vertreten und sei in seiner Verfügungsmacht nur den Beschränkungen unterworfen, die ihm vom Erblasser selbst direkt auferlegt worden seien. An die für den Vorerben geltenden Verfügungsbeschränkungen der §§ 2113 ff. BGB sei der Bevollmächtigte selbst dann nicht gebunden, wenn er gleichzeitig Vorerbe sei. Widerrufen könne der Nacherbe die Vollmacht zumindest rechtlich betrachtet, obwohl er am zugrunde liegenden Rechtsverhältnis nicht beteiligt sei. Dass ihm diese Möglichkeit faktisch verwehrt sei, stehe der Annahme einer Vertretungsmacht für den Nacherben nicht entgegen; zumal der Erblasser dem Nacherben mittels einer Nacherbenvollstreckung gemäß § 2222 BGB während der Vorerbschaft seiner Befugnisse auch völlig entziehen könne.⁵³

Selbst ohne eine Veräußerung an Dritte ist nach inzwischen überwiegender Auffassung eine Freigabe eines Grundstücks aus der Nacherbenbindung möglich. Die obergerichtliche Rechtsprechung hat grundsätzlich anerkannt, dass auch ohne

44 *Herrler*, DNotZ 2017, 508, 521; *Lange*, ZEV 2013, 343.

45 *Lange*, ZEV 2013, 343; *Herrler*, DNotZ 2017, 508, 525; *Keim*, MittBayNot 2017, 111, 112.

46 OLG München, Beschluss vom 4.8.2016, 34 Wx 110/16, ZEV 2016, 656; Beschluss vom 31.8.2016, 34 Wx 273/16, ZEV 2016, 659; Beschluss vom 4.1.2017, 34 Wx 382/16, 34 Wx 383/16, ZEV 2017, 280.

47 OLG Schleswig, Beschluss vom 15.7.2014, 2 W 48/14, ZEV 2015, 225; OLG Celle, Beschluss vom 16.8.2019, 18 W 33/19, ZEV 2019, 712.

48 *Staudinger/Avenarius*, § 2112 Rdnr. 33; *MünchKomm-BGB/Grunsky*, § 2112 Rdnr. 10; *Kollmeyer*, ZEV 2019, 535.

49 So auch *Weidlich*, ZEV 2016, 57, 64; *Keim*, ZEV 2020, 1, 3; *Amann*, MittBayNot 2013, 367; OLG Stuttgart, Beschluss vom 29.5.2019, 8 W 160/19, ZEV 2019, 530 m. Anm. *Muscheler*.

50 *Keim*, DNotZ 2008, 176; *ders.*, ZEV 2020, 1, 4.

51 8 W 160/19, ZEV 2019, 530.

52 ZEV 2019, 530.

53 OLG Stuttgart, Beschluss vom 29.5.2019, 8 W 160/19, ZEV 2019, 530 m. Anm. *Muscheler*.

Veräußerung ein Grundstück in das freie Vermögen des Vorerben überführt werden kann.⁵⁴

Eine derartige Aushöhlung der Nacherbenrechte kann auch nach den Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht nur in Evidenzfällen verhindert werden. Enthält die Vollmacht eine Befreiung von § 181 BGB, so ist das Grundbuchamt grundsätzlich nicht berechtigt, eine Eintragung zu verweigern, es sei denn, der Missbrauch der Vertretungsmacht ist offensichtlich.⁵⁵

c) Praktische Folgen

In der Praxis sollte meines Erachtens nicht versucht werden, auf diesem Weg die Nacherbenbindung bei Immobilien abzuschütteln. Es drohen jedenfalls Schadenersatzansprüche der Nacherben, da das Innenverhältnis von dieser Befugnis nicht berührt wird.⁵⁶ Bei einer transmortalen Vollmacht besteht zwischen Erblasser und Vollmachtnehmer meist ein Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsvertragsverhältnis, das den Auftragnehmer dazu verpflichtet, gemäß den Interessen des Erblassers zu handeln und in welches der Erbe mit dem Erbfall einrückt. Der Erblasser hat aber durch die Einsetzung eines Nacherben zum Ausdruck gebracht, dass er dem Vorerben jedenfalls nicht die völlig freie Verfügungsbefugnis über den Nachlass gewähren wollte. Erst recht liegt aber die Freigabe es Grundstücks aus der Nacherbenbindung regelmäßig nicht im Interesse des Nacherben, dessen Anwartschaft damit ihren Schutz verliert.⁵⁷

3. Vollmacht und/oder Testamentvollstreckung?⁵⁸

a) Unterschiede zwischen Vollmacht und Testamentvollstreckung

Der Testamentvollstrecker ist Inhaber eines privaten Amtes, das ihm die umfassende Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den Nachlass einräumt. Nur der Testamentvollstrecker schließt daher im Rahmen seiner Verwaltungskompetenz den Erben von jeder Verfügungsbefugnis über die Nachlassgegenstände aus (§ 2211 Abs. 1 BGB).⁵⁹ Der Testamentvollstrecker ist nicht Vertreter der Erben, sondern hat die Stellung eines Treuhänders.⁶⁰ Im Verhältnis zum Erben sind die Rechte des Testamentvollstreckers strikt auf den Nachlass

beschränkt, der infolge der Testamentvollstreckung zum vom übrigen Vermögen des Erben getrennten, der Verfügungsmacht des Erben (§ 2211 BGB) und dem Zugriff seiner Privatgläubiger (§ 2214 BGB) entzogenen Sondervermögen wird. In seinem Rechtskreis ist der Testamentvollstrecker gegenüber dem Erben nicht weisungsabhängig.⁶¹

Dagegen kann der Bevollmächtigte zwar mit Wirkung für und gegen den Erben rechtsgeschäftlich handeln; dies hindert den Erben jedoch nicht, selbst weiterhin Rechtsgeschäfte auch im Widerspruch zu denen des Vertreters vorzunehmen. Eine verdrängende Vollmacht, die dem Erben die Verfügungsbefugnis über den Nachlass nimmt, ist grundsätzlich nicht möglich.⁶² Der Umfang der Vertretungsmacht bezieht sich jedoch ebenfalls nur auf den Nachlass.⁶³ Andererseits hat der Bevollmächtigte in einzelnen Punkten weitergehende Befugnisse, insbesondere kann er auch unentgeltliche Verfügungen vornehmen, während der Testamentvollstrecker gemäß § 2205 Satz 3 BGB hieran gehindert ist.

b) Auslegung: Was ist gewollt?

In privatschriftlichen Testamenten kann es zweifelhaft sein, ob eine Vollmacht über den Tod hinaus oder eine Testamentvollstreckung gewollt ist. Bei nicht eindeutiger Formulierung kann die Auslegung ergeben, dass in Wirklichkeit anstelle einer testamentarisch erteilten Vollmacht die Anordnung einer Testamentvollstreckung gewollt ist, insbesondere wenn die ermächtigte Person unwiderruflich eingesetzt ist und die Erben in ihrer Rechtsstellung verdrängen soll.⁶⁴ Allein in einer testamentarischen Erteilung einer Generalvollmacht kann jedoch in der Regel keine Testamentvollstreckung gesehen werden, da diese von den Erben jederzeit widerrufen werden kann.

c) Vollmacht an den Testamentvollstrecker

Unstreitig zulässig ist es, dem Testamentvollstrecker zusätzlich eine Vollmacht über den Tod hinaus zu erteilen.⁶⁵ Sinnvoll kann eine entsprechende zusätzliche Vollmacht insbesondere als Übergangslösung bis zur Annahme des Testamentvollstreckeramtes und bis zur Erlangung des Testamentvollstreckerzeugnisses sein. Diese Vollmacht kann insoweit auflösend bedingt durch die Erlangung des Testamentvollstreckerzeugnisses gestaltet werden.⁶⁶

Nun kann der Erblasser darauf abzielen, dem Testamentvollstrecker weitere Befugnisse zu erteilen. Nach herrschender Meinung soll zwar das Verbot unentgeltlicher Verfügungen nur mit Zustimmung aller Erben und Vermächtnisnehmer überwunden werden können.⁶⁷ Der Testamentvollstrecker ist dann sowohl Inhaber seines Amtes als auch Vertreter des Erben. Weil er kumulativ beide Befugnisse hat, ist er als Bevoll-

54 OLG Hamm, Beschluss vom 13.5.2016, 15 W 94/15, ZEV 2016, 638; OLG München, Beschluss vom 14.6.2019, 34 Wx 434/18, ZEV 2019, 536; obiter dictum vom 13.10.2000, V ZR 451/98, ZEV 2001, 19; einschränkend neuerdings OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7.4.2020, 3 Wx 230/19, ZEV 2020, 550 m. Anm. Weidlich, falls der Grundbesitz nahezu das gesamte Vorerbenvermögen darstellt.

55 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 23.5.2013, 20 W 142/13, ZEV 2014, 202, 204; OLG Köln, Beschluss vom 18.5.2020, 2 Wx 61/20, DNotI-Report 2020, 133; OLG München, Beschluss vom 14.6.2019, 34 Wx 237/18, MittBayNot 2020, 246.

56 Keim, ZEV 2020, 1, 7; Weidlich, ZEV 2016, 57, 61.

57 Keim, ZEV 2020, 1, 4; Lützenburger, FD-ErbR 2019, 418920.

58 Dazu umfassend Strobel, ZEV 2020, 449.

59 MünchKomm-BGB/Zimmermann, Vor § 2197 Rdnr. 5.

60 BGH, Urteil vom 9.10.1957, IV ZR 217/57, NJW 1957, 1916.

61 BGH, Urteil vom 9.10.1957, IV ZR 217/57, NJW 1957, 1916.

62 Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Lorz, § 20 Rdnr. 16.

63 MünchKomm-BGB/Zimmermann, Vor § 2197 Rdnr. 14.

64 MünchKomm-BGB/Zimmermann, Vor § 2197 Rdnr. 13; Palandt/Weidlich, § 2197 Rdnr. 2.

65 Strobel, ZEV 2020, 449, 450 m. w. N.

66 Strobel, ZEV 2020, 449, 450.

67 Palandt/Weidlich, § 2205 Rdnr. 30 m. w. N.; grundlegend BGH, Beschluss vom 24.9.1971, V ZB 6/71, BGHZ 57, 84.

mächtiger nicht den für ihn als Testamentsvollstrecker geltenden Beschränkungen unterworfen, außer der Erblasser hätte dies ausnahmsweise gewollt.⁶⁸ Schließlich ist es auch möglich, dem Testamentsvollstrecker für die Zeit nach dem Ende der Testamentsvollstreckung eine Vollmacht zu erteilen, was insbesondere mit Blick auf die zeitlichen Begrenzungen des § 2210 BGB ausnahmsweise von Interesse sein kann.⁶⁹

d) Vollmacht an Dritte

Eine postmortale Vollmacht erlischt nicht allein dadurch, dass der Erblasser eine andere Person zum Testamentsvollstrecker ernannt hat. Nach einer teilweise vertretenen Auffassung soll jedoch der postmortal Bevollmächtigte nur die gleiche Vertretungsmacht wie die Erben haben, was zur Folge hätte, dass er nur außerhalb der Beschränkung der Testamentsvollstreckung handeln könnte.⁷⁰ Andere sehen in der später angeordneten Testamentsvollstreckung regelmäßig einen konkludenten Widerruf der Vollmacht.⁷¹ Die in Rechtsprechung und Literatur ganz herrschende Meinung nimmt jedoch an, dass der Bevollmächtigte grundsätzlich ohne Rücksicht auf die gleichzeitig bestehende Testamentsvollstreckung im Rahmen der ihm erteilten Vertretungsmacht bis zu einem Widerruf über die Nachlassgegenstände Verfügungsberechtigt ist, weil der Bevollmächtigte seine Vollmacht nicht von dem durch die Testamentsvollstreckung beschränkten Erben herleitet, sondern von dem frei Verfügungsbefugten Erblasser.⁷²

Der herrschenden Meinung ist zu folgen. Ein Abstellen auf den mutmaßlichen Erblasserwillen würde in der Praxis zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen und in dem praktisch häufigen Fall der Generalvollmacht über den Tod hinaus weitreichende Einschränkungen des Testamentsvollstreckers zur Folge haben können.⁷³

e) Vom Testamentsvollstrecker erteilte Vollmachten, insbesondere die Vorsorgevollmacht

Es ist anerkannt, dass ein Testamentsvollstrecker einem Dritten für einzelne Geschäfte oder Geschäftsbereiche eine Vollmacht erteilen kann. Dagegen wird die Erteilung einer Generalvollmacht in der Literatur zum Teil kritisch gesehen, da dies gegen den Grundsatz der Höchstpersönlichkeit des Amtes verstoßen würde.⁷⁴ Die Erteilung einer Generalvollmacht wird nur mit der Einschränkung für wirksam gehalten, dass diese

- mit dem Erblasserwillen vereinbar ist und
- widerruflich erteilt wird.⁷⁵

68 BGH, Urteil vom 18.6.1962, II ZR 99/61, NJW 1962, 17, 18.

69 Strobel, ZEV 2020, 449, 450.

70 MünchKomm-BGB/Zimmermann, Vor § 2197 Rdnr. 15; Staudinger/Reimann, Vor §§ 2197 ff. Rdnr. 68.

71 Rehmann, BB 1987, 213, 214.

72 OLG München, Beschluss vom 15.11.2011, 34 Wx 388/11, ZEV 2012, 376; Amann, MittBayNot 2013, 367; Palandt/Weidlich, Vor § 2197 Rdnr. 12; Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Lorz, § 20 Rdnr. 20.

73 Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Lorz, § 20 Rdnr. 20.

74 OLG München, Beschluss vom 27.5.2011, 34 Wx 93/11, ZEV 2011, 590.

75 Palandt/Weidlich, § 2218 Rdnr. 2.

In einem vom KG entschiedenen Fall hatte der Testamentsvollstrecker sozusagen als Privatperson eine Vorsorgevollmacht erteilt, die der Bevollmächtigte auch dazu verwendet hatte, den inzwischen nicht mehr handlungsfähigen Testamentsvollstrecker in seiner Funktion als Testamentsvollstrecker zu vertreten.⁷⁶ Das KG hat die Vertretungsmacht bejaht.⁷⁷ Diese Entscheidung ist jedoch problematisch. Erteilt ein Testamentsvollstrecker in seiner Funktion als Testamentsvollstrecker einem Dritten eine Vollmacht, bezieht sich diese auf den Nachlass und berechtigt zur Vertretung des Testamentsvollstreckers in seinem Amt. Erteilt aber der Testamentsvollstrecker als Privatperson einem Dritten eine Vollmacht, so wird sich diese Vollmacht nicht ohne Weiteres auf die Angelegenheiten erstrecken, die der Vollmachtgeber als Verwalter des fremden Vermögens wahrzunehmen hat. Dies ist eine Frage der Auslegung der Vollmacht.⁷⁸

4. Vollmacht und Nachlasspflegschaft gemäß § 1960 Abs. 2 BGB

Gemäß § 1960 Abs. 2 BGB soll eine Nachlasspflegschaft die Sicherung des Nachlasses in bestimmten Situationen gewährleisten. Im Hinblick auf die Subsidiarität der Nachlasspflegschaft bedarf es einer genauen Prüfung des Sicherungsbedürfnisses. Dieses fehlt in der Regel dort, wo die erforderliche Sicherung auf einfachere Weise erlangt werden kann, wie etwa durch vertrauenswürdige Miterben oder einen Testamentsvollstrecker.⁷⁹ Das Sicherungsbedürfnis kann auch dann fehlen, wenn der künftige Erblasser mittels einer trans- oder postmortalen Vollmacht vorgesorgt hat und der Bevollmächtigte die Nachlassangelegenheiten ordnungsgemäß erledigt.⁸⁰

In einem vom BGH im Jahr 2012 entschiedenen Fall⁸¹ war nicht klar, ob eine Testamentsvollstreckung gegeben war. Es bestand jedoch eine Vollmacht über den Tod hinaus zur Wahrung der Interessen seiner als Alleinerbin eingesetzten zweiten Ehefrau. Der BGH bejahte allerdings trotzdem ein Bedürfnis für die Anordnung einer Nachlasspflegschaft, da sich aus der Formulierung, dass die Vollmacht allein im Interesse der zweiten Ehefrau erteilt wurde, ergeben würde, dass der Bevollmächtigte möglicherweise den Nachlass nicht neutral, sondern in erster Linie nach den Interessen der Ehefrau verwalten werde.⁸²

Hat das Nachlassgericht die Nachlasspflegschaft in Unkenntnis einer ausreichenden Vollmacht angeordnet, steht dem Bevollmächtigten jedoch keine Beschwerdebefugnis nach § 59 Abs. 1 FamFG zu, da keine unmittelbare Beeinträchtigung

76 KG, Beschluss vom 13.11.2018, 1 W 323/18, ZEV 2019, 27 = DNotZ 2019, 304 m. Anm. Weber; krit. dazu Müller-Engels, ZEV 2019, 251.

77 KG, Beschluss vom 13.11.2018, 1 W 323/18, ZEV 2019, 27.

78 So auch Reimann, MittBayNot 2019, 276 und Weber, DNotZ 2019, 306.

79 MünchKomm-BGB/Leipold, § 1960 Rdnr. 26 ff.

80 KG, Urteil vom 3.8.1998, 12 U 2379/97, ZEV 1999, 395.

81 BGH, Beschluss vom 17.7.2012, IV ZB 23/11, ZEV 2013, 36.

82 BGH, Beschluss vom 17.7.2012, IV ZB 23/11, ZEV 2013, 36.

eines ihm zustehenden subjektiven Rechts vorliegt.⁸³ Der Bevollmächtigte wird nur aufgrund eines fremden Rechts, jedoch nicht aufgrund einer eigenen subjektiven Rechtsposition tätig.⁸⁴

5. Postmortale Schenkungen am Pflichtteilsrecht vorbei?

a) Problemstellung: Beispiel OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 9.3.2015⁸⁵

Nicht selten dient die postmortale Vollmacht als Gestaltungsmittel, um unentgeltliche Zuwendungen an Dritte oder auch an den Bevollmächtigten selbst am Nachlass vorbei zu ermöglichen. In einem vom OLG Frankfurt a. M. entschiedenen Fall⁸⁶ hatte der Erblasser zwei Personen eine transmortale Generalvollmacht erteilt, jeweils mit Einzelvertretungsbefugnis und Befreiung von § 181 BGB. Nach dem Tod des Erblassers übertrugen die Bevollmächtigten den zum Nachlass gehörenden Grundbesitz unentgeltlich auf sich und ihre beiden Kinder. Der Erblasser und seine vorverstorbene Ehefrau hatten sechs Jahre zuvor durch bindende Verfügung von Todes wegen eine Stiftung als Alleinerbin eingesetzt.

Nach dem Vortrag der Erwerber hatte der Erblasser bei Beurkundung der Vollmacht im Krankenhaus die Vorstellung geäußert, den Erwerb den Grundbesitz schenken zu wollen. Die Beurkundung des Schenkungsvertrags sei nur deshalb nicht erfolgt, weil beim Besuch des Notars im Krankenhaus lediglich eine Vollmacht vorbereitet gewesen sei. Es sei aber abgeklärt worden, dass der Übertragungsvertrag kurzfristig beurkundet werden solle. Dazu sei es nicht mehr gekommen, weil der Erblasser zuvor überraschend verstorben sei.⁸⁷

b) Kondiktionsfestigkeit des Erwerbs?

Falls die Erbin gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB den rechtsgrundlosen Erwerb herausverlangt, hängt die Kondiktionsfestigkeit davon ab, ob ein Schenkungswille des Erblassers vorlag und dieser auch den Auftrag umfasste, den Formmangel durch einen beurkundeten Schenkungsvertrag zu heilen (§ 518 Abs. 2 BGB). Schließlich durfte es sich nicht um eine Schenkung auf den Todesfall gemäß § 2301 BGB handeln, da in diesem Fall eine lebzeitige Heilung des Formmangels erforderlich wäre.⁸⁸ Falls sich die Erwerber auf ein formunwirksames Schenkungsversprechen berufen, trifft sie zwar nicht die Beweislast für die Abgabe dieses Schenkungsversprechens, denn für das anspruchsberechtigte Fehlen eines rechtlichen Grundes gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB

trägt der Kläger die Beweislast. Die Erwerber müssen jedoch gemäß dem Zweck des § 518 BGB beweisen, dass die Heilung mit Wissen und Willen des Vollmachtgebers erfolgt ist.⁸⁹

c) Ansprüche aus § 2287 und §§ 2325, 2329 BGB?

Angenommen, den Beklagten gelingt dieser Beweis, so fragt es sich, ob Ansprüche nach § 2287 BGB wegen Beeinträchtigung einer bindenden vertraglichen Erbeinsetzung bestehen? Das Parallelproblem würde auch bei einem Pflichtteilsergänzungsanspruch nach § 2325 Abs. 1 BGB bestehen. Dies hängt davon ab, ob der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht hat. Teilweise wird die Auffassung vertreten, bei postmortalen Schenkungen sei dies nicht der Fall, weil der Erblasser zum Zeitpunkt der Schenkung eben nicht mehr lebt, der Bevollmächtigte den Erben vertritt und daher nicht der Erblasser schenke, sondern der Erbe vertreten durch den Bevollmächtigten.⁹⁰ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass unstreitig Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall sowohl Ansprüche nach § 2287 BGB als auch Pflichtteilsergänzungsansprüche auslösen können. Dass bei der „normalen“ Schenkung der Formmangel eines Schenkungsversprechens hier erst postmortal geheilt wird, kann daran nichts ändern. Gerechtfertigt kann dies nur damit werden, dass der Erblasser das Schenkungsversprechen zu Lebzeiten auf den Weg gebracht hat. Der Erblasser hat zu dem von ihm erstrebten Erfolg vor seinem Tod alle rechtlichen Weichen gestellt und den damit noch nicht abgeschlossenen Schenkungsvorgang auf den Weg gebracht. Die erst postmortal eintretende Wirksamkeit der Schenkung hat ihren Ursprung beim Erblasser und erfüllt damit die Voraussetzungen des § 2287 BGB oder aber auch des § 2325 BGB.⁹¹

d) Erbschaft- und Schenkungsteuerpflicht

Gleiches muss auch für die Erbschaftsteuer und Schenkungsteuer gelten: Liegt dem Erwerb als Rechtsgrund ein zunächst formunwirksames aber postmortal durch Beurkundung des Schenkungsvertrags geheiltes Schenkungsversprechen sowie ein Auftrag an den Bevollmächtigten zugrunde, den Schenkungsvertrag nachzuholen, so fällt der Erwerb des Begünstigten unter § 3 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG. Diese Vorschrift erfasst den Erwerb eines Dritten außerhalb der Erbfolge. Obwohl der Erblasser zu Lebzeiten den Erwerb in Gang gesetzt hat, gilt der Erwerb des Dritten als Erwerb von Todes wegen. Die Vorschrift erfasst zwar hauptsächlich den Erwerb aufgrund eines echten Vertrages zugunsten Dritter auf den Todesfall (§ 331 BGB), gilt aber auch für andere Fälle.⁹² Die Zuwendung wird daher nur beim Begünstigten und nicht zusätzlich auch beim Erben erbschaftsteuerlich erfasst, und zwar nach dessen Verhältnis zum Erblasser. Beim Erben handelt es sich um eine

83 BayObLG, Beschluss vom 15.9.2000, 1 Z BR 75/00, ZEV 2001, 123; OLG München, Beschluss vom 26.2.2010, 31 Wx 16/10, NJW 2010, 2364.

84 OLG München, Beschluss vom 26.2.2010, 31 Wx 16/10, NJW 2010, 2364.

85 20 W 49/15, ZEV 2015, 648 m. Anm. *Grunewald* = MittBayNot 2016, 401 m. Anm. *Sagmeister*.

86 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 9.3.2015, 20 W 49/15, ZEV 2015, 648.

87 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 9.3.2015, 20 W 49/15, ZEV 2015, 648.

88 BGH, Urteil vom 11.1.1984, IVa ZR 30/82, FamRZ 1985, 693; Urteil vom 18.5.1988, IVa ZR 36/87, NJW 1988, 2731.

89 BGH, Urteil vom 14.11.2006, X ZR 34/05, BGHZ 169, 377 = ZEV 2007, 182 m. Anm. *Muscheler*; Urteil vom 11.3.2014, X ZR 150/11, ZEV 2014, 555.

90 So *Sagmeister*, MittBayNot 2013, 107, 111; *ders.*, MittBayNot 2016, 403.

91 So zum Beispiel *Amann*, MittBayNot 2016, 369, 375.

92 *Meincke/Hannes/Holtz*, ErbStG, 17. Aufl. 2018, § 3 Rdnr. 78.

abzugsfähige, vom Erblasser herrührende Schuld nach § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG.⁹³

6. Grundbuchrechtliche Grenzen, insbesondere das Voreintragungsprinzip des § 39 GBO

a) Problemstellung

Gemäß § 39 Abs. 1 GBO kann eine Eintragung im Grundbuch nur erfolgen, wenn die Person, deren Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. Der Voreintragungsgrundsatz verfolgt den Zweck, den Grundbuchstand in seinem historischen Verlauf verständlich und nachvollziehbar darzustellen.⁹⁴ Die Voreintragung des Erben im Erbfall ist jedoch gemäß § 40 GBO entbehrlich, wenn es entweder

- um Übertragung und Aufhebung von Rechten geht oder
- ein Testamentsvollstrecker oder Nachlasspfleger eine sonstige Eintragung bewilligt.

Wird ein Grundstück des Nachlasses verkauft und für den Erwerber eine Auflassungsvormerkung bewilligt, bedarf es nach ganz herrschender Meinung ebenfalls keiner Voreintragung, weil die Vormerkung nur die endgültige Übertragung vorbereiten soll und vom Bestand des entsprechenden Anspruches abhängig ist.⁹⁵

Falls wie üblich bei größeren Kaufverträgen allerdings vorab aufgrund einer Finanzierungsvollmacht Finanzierungsgrundpfandrechte auf dem zu verkaufenden Nachlassgrundbesitz eingetragen werden, so bedürfen diese Belastungen der Voreintragung des Erben. In jüngerer Zeit werden von den OLG Ausnahmen vom Voreintragungsgrundsatz bei Eintragung von Finanzierungsgrundschulden auf dem verkauften Grundbesitz gemacht, wenn sie von einem durch den Erblasser transmortale Bevollmächtigten bestellt werden.⁹⁶ Durch die weite Verbreitung von notariell beurkundeten Vorsorgevollmachten, die regelmäßig auch Gültigkeit über den Tod des Erblassers haben, ist die Veräußerung von Nachlassgrundstücken ohne Erbnachweis aufgrund dieser Vollmachten inzwischen sehr verbreitet.

Es fragt sich nunmehr, ob der Voreintragungsgrundsatz für Bevollmächtigte des Erblassers generell nicht gilt oder lediglich für Finanzierungsgrundpfandrechte.

b) Beschluss des OLG Köln vom 19.12.2019⁹⁷

Im entschiedenen Fall wurde testamentarisch ein Nießbrauchsrecht vermacht und dem Vermächtnisnehmer selbst eine postmortale Vollmacht zur Vermächtniserfüllung erteilt. Vorsorglich wurde er auch zum Testamentsvollstrecker mit der einzigen Aufgabe der Vermächtniserfüllung ernannt. Nach der Ausschlagung der Tochter als Erbin hat der Vermächtnisnehmer, ohne die Ersatzerbschaft durch einen Erbschein nachzuweisen, in eigenem Namen aufgrund der Vollmacht mit sich selbst einen notariellen Vermächtniserfüllungsvertrag geschlossen. Das Grundbuchamt und das OLG Köln halten aber hier in diesem Fall die Voreintragung des Erben für erforderlich und haben daher die Vorlage eines Erbscheins verlangt.

Hält man eine Voreintragung des Erben für notwendig, so ist durch die Ausschlagung das Erbrecht nicht mehr durch öffentliche Urkunden nachgewiesen im Sinne des § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO. Das Grundbuchamt ist nicht berechtigt, die Wirksamkeit der Ausschlagung zu prüfen. Trotz Vorliegen eines notariellen Testaments muss daher in diesem Fall zum Nachweis der Erbfolge grundsätzlich ein Erbschein verlangt werden.⁹⁸ Es bleibt also nur, den Nießbrauch durch das Handeln des postmortal Bevollmächtigten in das Grundbuch einzutragen. Dies wäre jedoch nur möglich, falls eine Voreintragung des Erben in diesen Fällen nicht erforderlich sein sollte. Eine Ausdehnung der Rechtsprechung, die bei Finanzierungsgrundpfandrechten eine Voreintragung für entbehrlich hält, lehnt das OLG Köln jedoch ab. In der Konstellation, in der neben der Auflassungsvormerkung eine Finanzierungsgrundschuld eingetragen wird, stehe von vornherein fest, dass eine Eintragung im Grundbuch auf den Käufer innerhalb verhältnismäßig kurzer Zeit nachfolgen wird. Die Finanzierungsgrundschuld sei ohne Weiteres identifizierbar, da sie entweder bei Abschluss des Erwerbvorgangs vom Erben bzw. dem vom Erblasser Bevollmächtigten und dem Käufer gemeinsam nach Abschluss des Kaufvertrages bestellt wird. Erfasst von der erweiternden Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO würden dann allein Fälle, in denen die Grundschuldbestellung mit einer Auflassung im Zusammenhang stand, sodass eine Anwendung des § 39 GBO nur zu einer „Durchgangseintragung“ der Erben geführt hätte. Damit sei der vorliegende Fall der Bestellung eines Nießbrauchs durch den postmortalen Bevollmächtigten nicht vergleichbar.

c) Bewertung und Folgen für die Praxis

Der Verzicht auf die Voreintragung bei Finanzierungsgrundschulden ist meines Erachtens generell kritisch zu sehen. Ein Risiko dieser Vorgehensweise besteht darin, dass Verfügungsbeschränkungen, wie zum Beispiel eine Insolvenz, beim Erben auf diese Weise nicht gesehen werden und der Erwerber mangels Gutgläubensanknüpfung an das noch nicht auf den Erben berichtigte Grundbuch insofern nicht geschützt ist.⁹⁹ Die Grundbuchämter verzichten übrigens bei der Finanzierungs-

93 *Amann*, MittBayNot 2016, 369, 376; a. A. *Sagmeister*, MittBayNot 2016, 403, der meint, der Erbe müsse für den Erwerb zunächst Erbschaftsteuer zahlen. Anschließend hätte der Begünstigte den Erwerb als Schenkung des vom Bevollmächtigten vertretenen Erben zu versteuern.

94 *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 136.

95 BGH, Beschluss vom 5.7.2018, V ZB 10/18, RNotZ 2018, 670, 672.

96 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.6.2017, 20 W 179/17, ZEV 2017, 719; OLG Köln, Beschluss vom 16.3.2018, 2 Wx 123/18, ZEV 2018, 418; OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.10.2018, 8 W 311/18, DNotZ 2019, 194, ZEV 2019, 109 Ls.

97 OLG Köln, Beschluss vom 19.12.2019, 2 Wx 343/19, ZEV 2020, 173.

98 Vgl. auch OLG München, Beschluss vom 9.1.2017, 34 Wx 396/16, FGPrax 2017, 67, 68.

99 *Weber*, DNotZ 2018, 884, 889 ff.; *Becker*, MittBayNot 2019, 315.

grundschild nach meiner Erfahrung noch nicht generell auf die Voreintragung, sondern nur für den Fall, dass jemand aufgrund Vollmacht über den Tod hinaus handelt. Dies ist eigentlich inkonsequent, da es sich auch dann um einen bloßen Durchgangserwerb handelt, wenn die Erben zum Beispiel aus Kostengründen selbst auf eine Voreintragung verzichten. Das kann zum Beispiel der Fall sein, wenn die Kostenprivilegierung für die Grundbuchberichtigung aufgrund des Ablaufs der Zweijahresfrist des KV 14110 GNotKG weggefallen ist. Umgekehrt ist es auch inkonsequent, auf den Voreintragungsgrundsatz nur dann zu verzichten, wenn es sich um eine Finanzierungsgrundschild handelt. Denn die OLGs argumentieren auch damit, dass der Bevollmächtigte über den Tod hinaus ähnlich einem Nachlasspfleger handeln würde, für den aber gemäß § 40 Abs. 1 GBO der Voreintragungsgrundsatz generell – und nicht nur für Finanzierungsgrundschilden – nicht eingreift.

Auf den Voreintragungsgrundsatz kann auf jeden Fall aber verzichtet werden, wenn ein Testamentsvollstrecker in der Verfügung von Todes wegen bestellt wird, der das Vermächtnis erfüllt, vgl. § 40 Abs. 2 GBO.

7. Anmeldung eines neuen Kommanditisten

Nach Ansicht der Rechtsprechung berechtigt eine transmortale oder postmortale Vollmacht grundsätzlich nicht zur Anmeldung des Eintritts eines neuen Kommanditisten im Wege der Gesamtrechtsnachfolge zum Handelsregister.¹⁰⁰ Insoweit handele es sich um eine originäre Anmeldepflicht des eintretenden Erben. Maßgeblich sei, dass die Vollmacht nicht weiter reichen könne als die Rechtsmacht des Vollmachtgebers. Genau zu diesem Ergebnis käme es aber, wenn man die Vollmacht des verstorbenen Kommanditisten ausreichen ließe, da dieser selbst eine solche Anmeldung nicht vornehmen könnte.¹⁰¹

Richtig ist, dass der Erblasser seinen eigenen Tod nicht mehr anmelden kann. Die Argumentation der Gerichte verkennt aber, dass eine Vollmacht über den Tod hinaus im deutschen Recht anerkannt ist und die Bevollmächtigten nach dem Tod des Vollmachtgebers gerade die Erben vertreten. Wenn diese die Rechtsmacht haben, sich als Erben anzumelden, und dies kein höchstpersönliches Rechtsgeschäft ist, so spricht nichts dagegen, dass dies auch mittels Vollmacht vorgenommen werden kann. Dass die Bevollmächtigten hier nicht die Rechtsnachfolge anmelden können, liegt an dem fehlenden Beweis der Rechtsnachfolge. Diesen kann die Vollmacht naturgemäß nicht erbringen. Dafür wären ein Erbschein oder eine beurkundete Verfügung von Todes wegen erforderlich, § 12 Abs. 1 HGB. Falls der Bevollmächtigte aber die notwendigen Nachweise vorlegt, kann er auch die Rechtsnachfolge anmelden.

Auch eine direkte Anmeldung eines neuen Kommanditisten bei Veräußerung des Kommanditanteils mittels der postmortalen Vollmacht ohne Erbnachweis muss scheitern, da im Ge-

gensatz zum Grundbuchrecht im Registerrecht ein strenger Voreintragungsgrundsatz gilt: Vor der Eintragung des Erwerbes als Kommanditisten muss zunächst der Erbe als Kommanditist eingetragen werden.¹⁰²

8. Kontoumschreibung mittels Vollmacht über den Tod hinaus

Nach Auffassung des BGH berechtigt eine einem Ehepartner erteilte transmortale Kontovollmacht grundsätzlich weder zu Lebzeiten des Erblassers noch nach seinem Tod zur Umschreibung des Kontos auf den Bevollmächtigten.¹⁰³ Anders als die Befugnis, über das Konto in beliebiger Weise zu verfügen, handelte es sich bei der Umschreibung um eine „lebensgestaltende Entscheidung“, die mit der Verfügungsbefugnis über das Konto nicht einhergehe. Die Vollmacht beinhalte nicht das Recht, dass der Bevollmächtigte den Kontoinhaber oder seinen Erben durch eine Umwandlung des Kontos aus der girovertraglichen Rechtsstellung verdrängen und einen Gläubigerwechsel herbeiführen dürfe.¹⁰⁴

Anders dürfte dies aber bei einer Generalvollmacht sein oder wenn den Bevollmächtigten die Befugnisse zur Auflösung oder Umschreibung des Kontos ausdrücklich eingeräumt werden. Eine solche Befugnis zur Umschreibung oder gar Löschung des Nachlasskontos führt dann zwar im Verhältnis des neuen Kontoinhabers zur Erblasserbank zur Erweiterung seines rechtlichen Handlungsspielraums. Die Frage aber, ob die Abverfügung der Valuta rechtmäßig erfolgte, beantwortet sich ausschließlich aus dem Valutaverhältnis, ob also für die Bereicherung eine Causa, zum Beispiel durch eine wirksame Schenkung, besteht.¹⁰⁵

V. Stärkung der Position des Bevollmächtigten

1. Auflösende Bedingung der Erbeinsetzung

Die Vollmacht über den Tod hinaus hat für den Erblasser den Nachteil, dass sie im Gegensatz zur verdrängend wirkenden Testamentsvollstreckung die Rechtsmacht der Erben, selbst wirksame und den Handlungen des Bevollmächtigten widersprechende Rechtsgeschäfte vorzunehmen, nicht berührt. Zudem kann eine transmortale Generalvollmacht nicht unwiderruflich ausgestaltet werden. Es wäre daher ein denkbarer Weg, eine auflösende Bedingung in der letztwilligen Verfügung vorzusehen, nach der die Erbeinsetzung für den Fall des Widerrufs der Vollmacht automatisch endet.¹⁰⁶ Diese Lösung hat allerdings den gravierenden Nachteil, dass auf diese Weise eine auflösend bedingte Erbschaft und damit eine konstruktive Vor- und Nacherbschaft begründet würde. § 2104 BGB sieht für den Fall, dass der Erbe nur bis zum Eintritt eines bestimmten Zeitpunkts oder Ereignisses Erbe sein soll, eine Nacherbschaft vor. Sind keine Nacherben für diesen Fall bestimmt, so sind Nacherben diejenigen Personen, welche die gesetzlichen

¹⁰⁰ KG, Beschluss vom 12.11.2002, 1 W 462/01, FGPrax 2003, 42; OLG München, Beschluss vom 31.3.2017, 31 Wx 169/17, FGPrax 2018, 73.

¹⁰¹ OLG München, Beschluss vom 31.3.2017, 31 Wx 169/17, FGPrax 2018, 73.

¹⁰² *Krafka*, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rdnr. 756.

¹⁰³ BGH, Urteil vom 24.3.2009, XI ZR 191/08, ZEV 2009, 306 m. Anm. *Werkmüller*.

¹⁰⁴ BGH, Urteil vom 24.3.2009, XI ZR 191/08, ZEV 2009, 306, 307; *Zimmer*, ZEV 2013, 307, 312.

¹⁰⁵ *Werkmüller*, ZEV 2009, 308.

¹⁰⁶ Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/*Lorz*, § 20 Rdnr. 45 f.

Erben des Erblassers wären, wenn er zurzeit des Eintritts des Zeitpunkts oder des Ereignisses gestorben wäre. Eine derartige Rechtsunsicherheit sollte in jedem Fall vermieden werden. Daher ist eine solche Gestaltung unzweckmäßig.¹⁰⁷

2. Auflage an die Erben, Vollmachten nicht zu widerrufen

Als Alternative bietet sich eine Auflage im Testament des Vollmachtgebers und Erblassers an, mit der dieser die Erben verpflichtet, die Vollmacht beizubehalten und sich nicht in Widerspruch zu den Handlungen des Bevollmächtigten zu setzen. Wird diese Vollmacht einem Testamentsvollstrecker erteilt, kann dieser zur Durchführung der Auflage ermächtigt sein.¹⁰⁸ Allerdings kann dies dazu führen, dass der Erbe, sofern er pflichtteilsberechtigt ist, gemäß § 2306 Abs. 1 BGB die Erbschaft ausschlägt und den Pflichtteil fordert. Schließlich wäre es noch möglich, für den Fall des Widerrufs der Vollmacht oder dass der Erbe sich gegen den Bevollmächtigten anderweitig auflehnt, dem Bevollmächtigten ein Vermächtnis zuzuwenden, mit dem quasi „gedroht“ wird.¹⁰⁹

Bei all diesen Sanktionen muss jedoch berücksichtigt werden, dass diese die Bewegungsfreiheit der Erben unter Umständen so stark einschränken können, dass ggf. eine Sittenwidrigkeit und damit Nichtigkeit nach § 138 BGB drohen könnte. Um die Erben von der Verwaltung fernzuhalten, sollte daher im Zweifel auf das dafür vorgesehene Rechtsinstitut der Dauertestamentsvollstreckung gemäß § 2209 BGB zurückgegriffen werden.

3. Vollmacht über den Tod hinaus zur dauerhaften Verwaltung eines einzelkaufmännischen Unternehmens?

Die trans- oder postmortale Vollmacht wird als Gestaltungsmittel teilweise empfohlen, um dem Testamentsvollstrecker die dauerhafte Verwaltung eines einzelkaufmännischen Unternehmens oder einer vollhaftenden Personengesellschaftsbeteiligung zu ermöglichen.¹¹⁰ Eine Dauertestamentsvollstreckung scheidet hier daran, dass eine unbeschränkbare Haftung im Handelsrecht gefordert wird und der Testamentsvollstrecker nur zur Verpflichtung des Nachlasses berechtigt ist.¹¹¹ Die Verwendung einer trans- oder postmortalen Vollmacht allein vermag aber das handelsrechtliche Erfordernis der Begründung unbeschränkbarer Erbenverpflichtungen ebenfalls nicht zu erfüllen, da sich die Verpflichtungsbefugnis ebenfalls nur auf den Nachlass beziehen kann. Zur Umsetzung der Vollmachtlösung bedarf es daher einer Auflage, wonach der Erbe den Testamentsvollstrecker selbst zu bevollmächtigen und sich den Widerruf der Vollmacht und jeder eigenen

Tätigkeit zu enthalten hat.¹¹² Die Zulässigkeit derartiger Auflagen wird jedoch unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Sittenwidrigkeit durch wirtschaftliche Selbstentmündigung der Erben kritisch gesehen.¹¹³ Von der Vollmachtlösung wird daher in der Regel abgeraten.¹¹⁴ Stattdessen wird überwiegend eine Auflage in einem Unternehmertestament empfohlen, wonach das Unternehmen zur Ermöglichung einer Dauertestamentsvollstreckung in eine andere Rechtsform umzuwandeln ist.¹¹⁵

VI. Widerruf der Vollmacht über den Tod hinaus

1. Ausübung des Widerrufsrechts

Wird die Vollmacht des Alleinerben widerrufen, erlischt die Vertretungsmacht des Bevollmächtigten vollständig. Bei mehreren Erben kann nach herrschender Meinung jeder einzelne Miterbe den Widerruf der Vollmacht erklären.¹¹⁶ Jedoch beschränkt sich die Wirkung dieses Widerrufs auf die Person des Miterben, sodass hier nicht die Rückgabe der Vollmachtsurkunde verlangt werden kann, sondern lediglich die Eintragung eines eingeschränkten Widerrufsvermerks.¹¹⁷ Nur wenn die Voraussetzungen einer Notgeschäftsführung nach § 2038 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 BGB vorliegen, entfaltet der Widerruf die Wirkung für die gesamte Erbengemeinschaft.¹¹⁸ Durch den Widerruf eines Miterben wird allerdings die Vollmacht in der Regel unbrauchbar, da die Verfügung über einen Nachlassgegenstand nach § 2040 BGB nur durch alle Miterben gemeinsam vorgenommen werden kann.

2. Widerrufsbefugnis bei Testamentsvollstreckung

Grundsätzlich kann der Testamentsvollstrecker die vom Erblasser erteilte Vollmacht widerrufen, denn der gesetzliche Regelfall ist die umfassende Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis des Nachlassvermögens. Dies ergibt sich aus der Ausnahmevorschrift des § 2208 Abs. 1 Satz 1 BGB, die die gesonderte Anordnung zur Beschränkung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers erfordert und somit eine umfassende Befugnis des Testamentsvollstreckers im Normalfall voraussetzt.¹¹⁹ Nur wenn der Erblasser dem Testamentsvollstrecker und dem Bevollmächtigten unterschiedliche Aufgabengebiete zuweist und daher einen Widerruf durch den Testamentsvoll-

107 Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Lorz, § 20 Rdnr. 46.

108 Staudinger/Reimann, Vor § 2197 Rdnr. 99; Kurze, ZErB 2008, 399, 410.

109 Nieder/Kössinger/R. Kössinger/Zintl, Handbuch der Testamentsvollstreckung, § 15 Rdnr. 99.

110 Sog. Vollmachtlösung, vgl. MünchKomm-BGB/Zimmermann, § 2205 Rdnr. 25 f.

111 MünchKomm-BGB/Zimmermann, § 2205 Rdnr. 19.

112 Lorz, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, 1995, 37 ff.; BGH, Urteil vom 18.1.1954, IV ZR 130/53, BGHZ 12, 100, 102 = NJW 1954, 636.

113 BGH, Urteil vom 20.2.1969, II ZR 75/67, WM 1969, 492; BayObLG, Beschluss vom 12.2.1986, BReg. 1 Z 78/85, BayObLGZ 1986, 34; MünchKomm-BGB/Zimmermann, § 2205 Rdnr. 26.

114 So zum Beispiel Beck'sches Formularbuch Erbrecht/Remmel, 4. Aufl. 2019, G. IX. 2. Anm. 4; Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Lorz, § 20 Rdnr. 11.

115 Formulierungsvorschlag bei Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Lorz, § 19 Rdnr. 250.

116 Palandt/Weidlich, Vor § 2197 Rdnr. 13; Werkmüller, ZEV 2000, 305, 306; a. A. Madaus, ZEV 2004, 448, 449.

117 BGH, Urteil vom 29.9.1989, V ZR 198/87, NJW 1990, 507.

118 Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Lorz, § 20 Rdnr. 41.

119 Weidlich, MittBayNot 2013, 196, 197; Schwander, RNotZ 2019, 57, 63.

streckter ausschließt, kann auch der Erbe widerrufen. Dies ist jedoch streitig.¹²⁰ Grundsätzlich dürfte nur der Testamentsvollstreckter eine Zuständigkeit für den Widerruf haben, da dem Erben nach der Wertung des § 2211 Abs. 1 BGB keine Verfügungsbefugnis zusteht.¹²¹ Teilweise wird auch vertreten, dass der Erbe solange über ein Widerrufsrecht verfügt, bis der Testamentsvollstreckter sein Amt angenommen hat. Dies dürfte überzeugend sein, da sonst für diesen Zeitraum niemand ein Widerrufsrecht hätte.¹²²

3. Ausschluss der Widerruflichkeit

Auch die Frage der Widerruflichkeit von Erblässervollmachten bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen. Ein Ausschluss der Widerruflichkeit ist nicht möglich für den Fall des wichtigen Grundes, bei einer isolierten Vollmacht ohne Grundverhältnis und bei einer Generalvollmacht.¹²³ Der Ausschluss der Widerruflichkeit in sonstigen Fällen setzt voraus, dass ein den etwaigen Interessen des Vollmachtgebers mindestens gleichwertiges Interesse des Bevollmächtigten oder eines Dritten besteht und die Vollmacht nicht nur den Interessen des Vollmachtgebers dient.¹²⁴ Ob eine Vollmacht widerruflich ist, richtet sich nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis, § 168 Satz 2 BGB. Der Ausschluss des Widerrufs kann damit nur durch vertragliche Vereinbarung zwischen dem Vollmachtgeber und dem Erklärungsempfänger erreicht werden, einseitige Erklärungen des Vollmachtgebers sollen nach überwiegender Auffassung nicht ausreichen.¹²⁵ Zu beachten ist aber, dass trotz der Unwiderruflichkeit die Erben über den Nachlass abweichend vom Bevollmächtigten Verfügungen treffen können, da eine verdrängende Wirkung einer Vollmacht ausgeschlossen ist.

VII. Ergebnisse und Handlungsempfehlungen

1. Ergebnisse

Die Erteilung einer Vollmacht über den Tod hinaus ist gemäß § 167 Abs. 2 BGB formfrei möglich. Die Erteilung in einem Testament empfiehlt sich in der Regel nicht; ausnahmsweise kann dies erfolgen, um Vermächtnisse leichter und schneller vollzie-

hen zu können. Insbesondere zur register- und grundbuchrechtlichen Brauchbarkeit der Vollmacht sollte diese mindestens öffentlich beglaubigt werden. Um die Geschäftsfähigkeit zu dokumentieren, kann sich auch eine notarielle Beurkundung empfehlen.

Zu beachten ist, dass der postmortal Bevollmächtigte lediglich den Nachlass vertreten kann. Zur eigenen Absicherung des Vertretenen sollte das Innenverhältnis ausdrücklich, aber nicht in der Vollmacht selbst, geregelt werden.

Auch der alleinige Erbe kann bevollmächtigt werden; genauso wenig wird dessen umfassende Vertretungsbefugnis für den Nachlass im Fall einer Nacherbschaft unter der Testamentsvollstreckung eingeschränkt.

Für postmortal ausgeführte Schenkungen kann das Pflichtteilergänzungsrecht nicht mittels postmortaler Schenkungen umgangen werden, genauso wenig wie eine erbvertragliche Bindung, da § 2287 BGB insoweit Anwendung findet.

Trotz der Möglichkeit, die Position des Bevollmächtigten zum Beispiel durch ihn begünstigende Auflagen oder Vermächtnisse zu stärken, ersetzt die Vollmacht über den Tod hinaus nicht eine Testamentsvollstreckung. Der Testamentsvollstreckter hat die deutlich stärkere Stellung zur Durchsetzung des Erblasserwillens auch gegen den Willen der Erben.

2. Fazit

Zusammenfassend ist zu konstatieren, dass sich eine Vollmacht über den Tod hinaus insbesondere zur Überbrückung der Übergangszeit bis zum Vorliegen einer sicheren erbrechtlichen Legitimation oder eines Testamentsvollstreckterzeugnisses eignet.

Auch zur Erleichterung der Nachlassregelung bei Auslandsvermögen kann eine solche Vollmacht nützlich sein. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass viele Staaten die Wirkung der Vollmacht über den Tod hinaus nicht anerkennen.

Als Instrument zur dauerhaften Verwaltung des Nachlassvermögens eignet sich eine derartige Vollmacht über den Tod hinaus aber in der Regel nicht. Ebenso als Instrument zur Verschiebung von Vermögensgegenständen an den Erben vorbei, ist die Vollmacht meines Erachtens nicht geeignet.

¹²⁰ Schwander, RNotZ 2019, 57, 62.

¹²¹ Schwander, RNotZ 2019, 57, 62; Strobel, ZEV 2020, 449, 455.

¹²² Strobel, ZEV 2020, 449, 455.

¹²³ Palandt/Ellenberger, § 168 Rdnr. 6; BGH, Urteil vom 1.6.2010, XI ZR 389/09, NJW 2011, 66, 67.

¹²⁴ BGH, Urteil vom 13.12.1990, III ZR 333/89, NJW-RR 1991, 439, 441; BeckOGK-BGB/Grotheer, § 2197 Rdnr. 169.1.

¹²⁵ So RG, Urteil vom 13.12.1924, V 665/23, RGZ 109, 331, 333; Palandt/Ellenberger, § 168 Rdnr. 6.

Praxisupdate Erbbaurecht

Von Notar Dr. **Luitpold Graf Wolffskeel v. Reichenberg**, Bamberg

Mehr als 100 Jahre nach dem Inkrafttreten der ErbbauVO (nun: ErbbauRG) erfreut sich das Erbbaurecht in der Praxis derzeit besonderer Beliebtheit.¹ Darüber hinaus werden voraussichtlich in näherer Zukunft zahlreiche Erbbaurechte das Ende ihrer vereinbarten Laufzeit erreichen.² Schon aus diesen Gründen lohnt es sich, beim Erbbaurecht up to date zu sein. Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über ausgewählte notarrelevante Entwicklungen im Erbbaurecht.

I. Bestellung von Erbbaurechten

Ein zuletzt verstärkt in den Fokus gerückter Vorzug der Bestellung von Erbbaurechten ist, dass der Erbbaurechtsgeber langfristig Einfluss auf das Bauwerk nehmen kann.

1. Zustimmungserfordernis für Veränderungen

Das OLG Saarbrücken hatte in seinem Beschluss vom 12.2.2020³ darüber zu entscheiden, ob folgende Regelungen mit dinglicher Wirkung zum Inhalt eines Erbbaurechts gemacht werden können:

„Eine Änderung des in Abs. 1 vereinbarten Verwendungszwecks bedarf der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Grundstückseigentümers. (...) Wesentliche bauliche Veränderungen der Bauwerke und Nebenanlagen bzw. deren teilweiser oder ganzer Abbruch bedürfen der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Grundstückseigentümers.“

Entgegen der Ansicht des Grundbuchamts bejahte der Senat diese Möglichkeit im Hinblick auf § 2 Nr. 1 ErbbauRG und dessen Normzweck ohne Weiteres. Nach Ansicht des Gerichts begegnet es keinen Bedenken, bauliche Veränderungen bzw. den Abbruch des Bauwerks von der Zustimmung des Grundstückseigentümers abhängig zu machen – und dies mit dinglicher Wirkung als Inhalt des Erbbaurechts.

2. Dauerhafte Beschränkungen

Auch der BGH hat sich in jüngerer Vergangenheit zur Zulässigkeit von Verwendungsbeschränkungen in Erbbaurechtsverträgen geäußert:

In einer Entscheidung vom 8.2.2019 beurteilte der BGH die schuldrechtliche Vereinbarung eines zeitlich unbefristeten Belagungsrechts im Rahmen eines Grundstückskaufvertrags als

unwirksam.⁴ Hierbei wies er nebenbei jedoch auf eine mögliche Gestaltungsalternative hin:

„Dauerhafte Beschränkungen lassen sich nur erreichen, wenn der öffentliche Zweck nicht mit dem Instrument des Grundstücksverkaufs, sondern mit dem dazu bestimmten Instrument der Ausgabe eines Erbbaurechts verfolgt wird.“⁵

Der BGH empfiehlt das Erbbaurecht folglich geradezu als taugliches Gestaltungsmittel zur dauerhaften Durchsetzung eines öffentlichen Zwecks.

Der BGH konnte hierbei auf ein Urteil aus dem Jahr 2015 verweisen. Bereits damals hatte er entschieden, dass Verwendungsbeschränkungen und Heimfallrechte in Erbbaurechtsverträgen für die gesamte Zeitdauer des Erbbaurechts vereinbart werden können.⁶ Im zugrunde liegenden Sachverhalt hatte eine Gemeinde Wohnungserbbaurechte im Einheimischenmodell veräußert. Nach Ansicht des BGH sind die Möglichkeiten einer Gemeinde bei einem Erbbaurechts-Einheimischenmodell insoweit größer als bei einem Eigentums-Einheimischenmodell.⁷

3. Hintergrund

Dogmatischer Hintergrund vorstehender Entscheidungen ist, dass gemäß § 2 Nr. 1 ErbbauRG Vereinbarungen zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten über „die Errichtung, die Instandhaltung und die Verwendung des Bauwerks“ zum vertraglichen Inhalt des Erbbaurechts gemacht werden können. Anders als rein schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen Grundstückseigentümer und Erbbauberechtigtem⁸ wirken diese Vereinbarungen auch gegenüber Sonderrechtsnachfolgern, da sie Inhalt des Erbbaurechts sind.⁹

Die Möglichkeit, Vereinbarungen nach § 2 Nr. 1 ErbbauRG zu treffen, ist weitgehend. Die Vereinbarungen können (müssen aber nicht) die verschiedenen „Lebensphasen“ des Bauwerks erfassen: Zum einen können die Beteiligten Einzelheiten über die Errichtung des Bauwerks regeln und hierbei über den ge-

1 Vgl. auch *Schreinert*, notar 2019, 363: „gewisse Renaissance“.

2 *Biallas*, ErbbauZ 2020, 30, 31; *Götting*, ErbbauZ 2020, 136.

3 OLG Saarbrücken, Beschluss vom 12.2.2020, 5 W 83/19, ErbbauZ 2020, 52 m. Anm. *Drasdo*.

4 BGH, Urteil vom 8.2.2019, V ZR 176/17, MittBayNot 2020, 45 m. Anm. *Müller*.

5 BGH, Urteil vom 8.2.2019, V ZR 176/17, MittBayNot 2020, 45, 48 Rdnr. 21.

6 BGH, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 144/14, MittBayNot 2016, 179 m. Anm. *Grziwotz*.

7 Vgl. *Niemeyer*, MittBayNot 2016, 120; zweifelnd *Grziwotz*, MittBayNot 2016, 184, 185.

8 Auch solche sind selbstverständlich möglich, vgl. etwa v. *Oefele/Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, 6. Aufl. 2016, § 4 Rdnr. 6 ff.; Beck'sches Notarhandbuch/*Wolffskeel v. Reichenberg*, 7. Aufl., 2019, § 4 Rdnr. 105 ff.

9 Statt aller: *Palandt/Wicke*, 80. Aufl. 2021, § 2 ErbbauRG Rdnr. 1.

setzlichen Mindestinhalt gemäß § 1 ErbbauRG¹⁰ hinausgehen.¹¹ Bestimmungen können nicht nur für die Errichtung, sondern auch für spätere bauliche Veränderungen getroffen werden.¹² Gegenstand kann auch eine Regelung über die Instandhaltung des Bauwerks sein, wobei die Beteiligten den Inhalt frei gestalten können.¹³ Weiterhin kann der Grundstückseigentümer auf die Verwendung des Bauwerks erheblichen Einfluss nehmen. Der Begriff der „Verwendung“ wird hierbei weit verstanden.¹⁴ Insbesondere können soziale, wirtschaftliche oder ideelle Ziele verfolgt werden.¹⁵ Die Regelungen können hierbei positiv oder negativ getroffen werden.¹⁶ Schließlich kann Inhalt des Erbbaurechts auch sein, dass ein Abbruch des Bauwerks nur mit Zustimmung des Grundstückseigentümers zulässig ist.¹⁷

Der oben dargestellten Entscheidung des OLG Saarbrücken ist folglich zuzustimmen¹⁸ und auch dem BGH ist beizupflichten, wenn er die Möglichkeiten des Grundstückseigentümers hervorhebt, mittels der Gestaltung des Erbbaurechtsvertrags auf die Verwendung des Bauwerks Einfluss zu nehmen. Dies ist keineswegs nur für Gemeinden und Kirchen interessant,¹⁹ sondern für nahezu alle Erbbaurechtsgeber, auch für Privatpersonen: Zum einen ist für den Grundstückseigentümer das Schicksal des Bauwerks schon deshalb relevant, weil er beim Heimfall das Erbbaurecht mit dem Bauwerk und bei Erlöschen des Erbbaurechts das Bauwerk erwirbt, § 12 Abs. 3 ErbbauRG.²⁰ Zum anderen kann das (emotionale) Motiv für die Erbbaurechtsbestellung anstatt eines Grundstücksverkaufs gerade darin liegen, die bei Bestellung des Erbbaurechts bereits bestehenden Gebäude in bestimmter Form erhalten zu wollen.

Verstößt der Erbbauberechtigte gegen eine Vereinbarung im Sinne des § 2 Nr. 1 ErbbauRG, stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen. Neben allgemein zivilrechtlichen Ansprüchen, etwa auf Unterlassen bzw. Schadensersatz,²¹ besteht bei entsprechender Vertragsgestaltung die Möglichkeit eines genuin erbbaurechtlichen Anspruchs: Nach § 2 Nr. 4 ErbbauRG kann vereinbart werden, dass der Erbbauberechtigte verpflichtet ist, das Erbbaurecht bei Eintreten bestimmter Voraussetzungen an den Grundstückseigentümer zu übertragen (Heimfall). An dieser Stelle sei die Vielfältigkeit der möglichen Heimfallgründe betont: Grundsätzlich können die Voraussetzungen für den Heimfallanspruch im Erbbaurechtsvertrag vollkommen frei bestimmt werden.²² Daher kann insbesondere vorgesehen werden, dass ein Verstoß gegen eine Vereinbarung im Sinne des § 2 Nr. 1 ErbbauRG einen Heimfallanspruch auslöst.²³

II. Veräußerung und Belastung bestehender Erbbaurechte: Zustimmung des Grundstückseigentümers

Für die Veräußerung und Belastung bestehender Erbbaurechte gelten grundsätzlich die Regelungen über Veräußerung und Belastungen von Grundstücken, § 11 Abs. 1 ErbbauRG, § 873 BGB bzw. § 11 Abs. 2 ErbbauRG, § 311 Abs. 1 BGB. Eine Besonderheit besteht jedoch darin, dass gemäß § 5 ErbbauRG als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart werden kann, dass die Veräußerung und/oder die Belastung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf.

Rechtsfragen rund um diese Zustimmung standen in letzter Zeit mehrfach im Blickfeld von Rechtsprechung und Literatur:

1. „Vorherige“ Zustimmung

Das OLG Schleswig hatte sich in seinem Urteil vom 17.9.2020²⁴ mit der Frage zu beschäftigen, ob als Inhalt des Erbbaurechts nach § 5 ErbbauRG vereinbart werden kann, dass die Veräußerung zur Wirksamkeit der *vorherigen* Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf.

In Anschluss an das OLG Zweibrücken²⁵ verneint dies das OLG Schleswig mit dem Hinweis darauf, dass hierfür keine Veranlassung bestehe. Denn die Interessen des Grundstückseigentümers seien hinreichend dadurch geschützt, dass die Veräußerung bis zu seiner Zustimmung (schwebend) unwirksam ist, § 6 ErbbauRG. Die Interessen des Grundstückseigen-

10 Vgl. hierzu v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 2 Rdnr. 5 ff.

11 Vgl. Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 5 Rdnr. 54 ff.; BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, Stand: 1.10.2020, § 2 Rdnr. 5; v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 4 Rdnr. 40 ff.

12 BGH, Urteil vom 29.9.1967, V ZR 131/64, NJW 1967, 2351; BayObLG, Beschluss vom 11.12.1986, BReg. 3 Z 113/86, NJW-RR 1987, 459; BayObLG, Beschluss vom 25.10.2001, 2 Z BR 131/01, NJW-RR 2002, 885; Würzburger Notarhandbuch/Maaß, Teil 2 Kap. 5 Rdnr. 55; MünchKomm-BGB/Heinemann, 8. Aufl. 2020, § 2 ErbbauRG Rdnr. 11; v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 4 Rdnr. 47 ff., jew. m. w. N.

13 V. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 4 Rdnr. 51.

14 MünchKomm-BGB/Heinemann, § 2 ErbbauRG Rdnr. 17; v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 4 Rdnr. 55.

15 Würzburger Notarhandbuch/Maaß, Teil 2 Kap. 5 Rdnr. 57; v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 4 Rdnr. 55 ff. mit vielen Beispielen.

16 BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, § 2 Rdnr. 5.

17 BayObLG, Beschluss vom 25.10.2001, 2 Z BR 131/01, NJW-RR 2002, 885, 886; BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, § 2 Rdnr. 5; MünchKomm-BGB/Heinemann, § 2 ErbbauRG Rdnr. 11.

18 Zust. auch Drasdo, ErbbauZ 2020, 53; Ott, notar 2021, 26 f.

19 Diese betont BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, § 2 Rdnr. 4.

20 Vgl. Würzburger Notarhandbuch/Maaß, Teil 2 Kap. 5 Rdnr. 54; v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 4 Rdnr. 38.

21 Vgl. v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 4 Rdnr. 61 f.

22 Statt aller v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 4 Rdnr. 78 ff. m. zahlreichen N. Einschränkungen gebieten freilich die allgemeinen Gesetze (§§ 134, 138 BGB) und § 6 Abs. 2, § 9 Abs. 4 ErbbauRG. Von der h. M. wird zudem verlangt, dass Zusammenhang zwischen dem Heimfallgrund und dem Erbbaurecht besteht (a. A. BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, § 2 Rdnr. 15 m. N. für die h. M.).

23 BGH, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 144/14, MittBayNot 2016, 179, 180; BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, § 2 Rdnr. 5; v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 4 Rdnr. 80, jew. m. w. N.

24 OLG Schleswig, Urteil vom 17.9.2020, 2 U 10/19, BeckRS 2020, 24507.

25 OLG Zweibrücken, Beschluss vom 21.4.2004, 3 W 223/03, DNotZ 2004, 934.

tümers, der unter den Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 ErbbauRG zur Zustimmung verpflichtet ist, würden durch Vorlage des bereits abgeschlossenen²⁶ Veräußerungsvertrags gewahrt. Sofern der Grundstückseigentümer durch das Erfordernis der vorherigen Zustimmung den Zweck verfolgt, Einfluss auf den Veräußerungsvertrag zu nehmen, verstoße dies gegen die vom Gesetzgeber beabsichtigte Freizügigkeit und wirtschaftliche Freiheit des Erbbauberechtigten.

2. Anspruch auf Zustimmung

Das Recht zur Erteilung bzw. Versagung der Genehmigung ist jedoch nicht in das völlig freie Belieben des Grundstückseigentümers gestellt. Vielmehr kann der Erbbauberechtigte gemäß § 7 Abs. 1, 2 ErbbauRG einen Anspruch auf Erteilung der Zustimmung haben. Ggf. kann die Zustimmung durch das AG ersetzt werden, § 7 Abs. 3 ErbbauRG.²⁷ Hierbei handelt es sich um zwingendes Recht, das nicht abbedungen werden kann.²⁸ Die Frage, wann die Zustimmung zu erteilen ist, ist ein Dauerbrenner in der Rechtsprechung.

a) OLG Schleswig, Urteil vom 17.9.2020, 2 U 10/19

In seiner bereits erwähnten Entscheidung²⁹ beschäftigte sich das OLG Schleswig auch mit der Berechtigung zur Verweigerung der Zustimmung aus inhaltlichen Gründen.

Zum einen verweigerte der beklagte Grundstückseigentümer die Zustimmung zur Veräußerung mit dem Hinweis auf ein Spekulationsgeschäft; der Kaufpreis übersteige den Verkehrswert weit. Hierzu führt das OLG zunächst aus, dass der Grundstückseigentümer seine Zustimmung verweigern dürfe, wenn das Erbbaurecht in unlauterer Weise zu Spekulationszwecken ausgenutzt werde.³⁰ Zur Annahme eines unzulässigen Spekulationsgeschäfts genüge jedoch eine Veräußerung über Verkehrswert allein noch nicht. Vielmehr müsse hinzukommen, dass sich aus der Zielsetzung der Bestellung des Erbbaurechts ergibt, dass das Erbbaurecht nicht für den freien Markt bestimmt ist. Im konkreten Fall versagte der Senat dem Grundstückseigentümer die Berufung auf ein Spekulationsgeschäft gemäß § 242 BGB, weil er die Zustimmung zur Veräußerung an den Kläger – damals zum gleichen Kaufpreis – erteilt hatte.

Zum anderen verweigerte der Grundstückseigentümer – eine Kirchengemeinde – die Zustimmung auch deshalb, weil der potenzielle Erwerber aus der Kirche ausgetreten war. Hierin sah das Gericht einen zulässigen Versagungsgrund im Hinblick auf die Zweckbestimmung des Erbbaurechts. Eine Auslegung des Erbbaurechtsvertrags (in dem ein Kirchenaustritt als Heimfallgrund vorgesehen war) ergab nach Ansicht des

Gerichts, dass es zum Zweck des Erbbaurechts gehöre, dass der Erbbauberechtigte Kirchenmitglied ist. Diese Zweckbestimmung verstoße weder gegen § 138 BGB noch gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB.

b) OLG München Beschluss vom 18.11.2020, 34 Wx 315/19

Ebenfalls eine Veräußerung über Verkehrswert behandelt der Beschluss des OLG München vom 18.11.2020.³¹ Erbbaurechtsgeber war eine bayerische Gemeinde. Im Erbbaurechtsvertrag war geregelt, dass die Zustimmung zur Veräußerung „insbesondere verweigert werden (kann), wenn der Kaufpreis den Verkehrswert des Gebäudes erheblich übersteigt.“

Der Kläger sah diese Klausel als Verstoß gegen §§ 307 ff. BGB an. Dem trat das OLG München entgegen und lies dabei offen, ob §§ 307 ff. BGB oder § 11 Abs. 2 BauGB anwendbar ist. Wörtlich führt der Senat aus:

„Dies ist zulässig, denn das Zustimmungserfordernis soll den Eigentümer auch vor spekulativer Ausnutzung des Erbbaurechts schützen (...). Dies gilt erst recht, wenn die Erwerber des Erbbaurechts für dieses keinen Kaufpreis zu entrichten hatten und die Vergabe des Erbbaurechts sozialen Zwecken diene.“³²

Schließlich sah das Gericht die Klausel auch als „sachlich gerechtfertigt“ an, da hierdurch soziale Gesichtspunkte, die die Gemeinde bei der erstmaligen Vergabe des Erbbaurechts verfolgte, auch bei einer Veräußerung gewahrt werden sollen. Umgekehrt würden die Erbbauberechtigten nicht unangemessen eingeschränkt werden.³³

Abschließend betont das OLG München mit Verweis auf den BGH³⁴ die Möglichkeit des Erbbaurechtsgebers, Verwendungsbeschränkungen und Heimfallrechte für die gesamte Dauer des Erbbaurechts zu vereinbaren. Auch § 5 ErbbauRG sehe keine zeitliche Befristung des Zustimmungserfordernisses vor. Vielmehr liege es „im Wesen des Erbbaurechts, dass im zivilrechtlichen Vertrag die Zustimmung zu einer Veräußerung und deren Kriterien durchgehend bis zum zeitlichen Ablauf des Rechts geregelt sind“.³⁵

3. Widerruflichkeit

Schon aus dem Jahr 2017 stammend und hier in diesem Zusammenhang nur kurz in Erinnerung gerufen sei der Beschluss des BGH³⁶ zur Unwiderruflichkeit der Zustimmung zur Veräußerung.

26 Der Senat spricht zumindest missverständlich vom „wirksame(n) Veräußerungsvertrag“.

27 Zum Ersetzungsverfahren: *Heinemann*, ErbbauZ 2020, 34.

28 OLG Schleswig, Urteil vom 17.9.2020, 2 U 10/19, BeckRS 2020, 24507; BeckOGK-ErbbauRG/*Toussaint*, § 7 Rdnr. 3 m. zahlreichen N.

29 OLG Schleswig, Urteil vom 17.9.2020, 2 U 10/19, BeckRS 2020, 24507.

30 Vgl. hierzu etwa auch DNotI-Report 2008, 99, 100; v. *Oefeles/Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, § 4 Rdnr. 208 m. w. N.

31 OLG München, Beschluss vom 18.11.2020, 34 Wx 315/19, BWNotZ 2020, 345.

32 OLG München, Beschluss vom 18.11.2020, 34 Wx 315/19, BWNotZ 2020, 345, 351 f.

33 OLG München, Beschluss vom 18.11.2020, 34 Wx 315/19, BWNotZ 2020, 345, 352 f.

34 BGH, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 144/14, MittBayNot 2016, 179 – siehe dazu oben I. 2.

35 OLG München, Beschluss vom 18.11.2020, 34 Wx 315/19, BWNotZ 2020, 345, 352.

36 BGH, Beschluss vom 29.6.2017, V ZB 144/16, MittBayNot 2018, 244.

Der Leitsatz der Entscheidung lautet:

„Ist als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart, dass der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf, wird die erteilte Zustimmung unwiderruflich, sobald die schuldrechtliche Vereinbarung über die Veräußerung wirksam geworden ist.“

Mit diesem Judikat schaffte der BGH für die Praxis Rechtssicherheit für eine gleichermaßen praxisrelevante wie (zuvor) umstrittene Frage.³⁷

4. Wechsel in der Person des Zustimmungsberechtigten

Im Dunstkreis vorstehender Entscheidung des BGH bewegt sich auch die Entscheidung des OLG München vom 15.6.2020.³⁸ Im zugrunde liegenden Sachverhalt hatte der Notar die Veräußerung eines Erbbaurechts beurkundet. Hiernach erklärten alle Grundstückseigentümer ihre Zustimmung zur Veräußerung gemäß § 5 Abs. 1 ErbbauRG. Danach, aber noch vor Antragstellung auf Übertragung des Erbbaurechts auf den Erwerber im Grundbuch, wurde ein weiterer Miteigentümer des Grundstücks in das Grundbuch eingetragen. Das Grundbuchamt verlangte auch die Zustimmung dieses neu hinzugetretenen Miteigentümers.

Wie sich eine solche Veränderung in der Person des Grundstückseigentümers für die Zustimmung gemäß § 5 ErbbauRG auswirkt, war bzw. ist umstritten.³⁹ Der BGH hat diese Frage bisher für § 5 ErbbauRG nicht ausdrücklich entschieden.

Das OLG München ist nun der Ansicht, dass die Veränderung für die Wirksamkeit der Zustimmung irrelevant ist. Wörtlich lautet der Leitsatz:

„Die Wirksamkeit der durch den Eigentümer erklärten Zustimmung nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG dauert auch dann fort, wenn nachträglich die Berechtigung hierzu durch den Verlust der Eigentümerstellung entfällt, bevor der Eintragsantrag gestellt worden ist.“

Das Gericht zieht die Argumente des BGH aus dessen Entscheidung zur Unwiderruflichkeit der Zustimmung heran und erachtet diese auch für die hier diskutierte Frage als beachtlich. Insbesondere betont der Senat die ansonsten bestehende Möglichkeit, dass ein wirksames schuldrechtliches Rechtsgeschäft vorliegt, das aber mangels Eigentümerzustimmung nicht erfüllt werden kann. Dies entspreche weder dem gesetzgeberischen Willen noch dem Schutzinteresse des Veräußerers noch den Erfordernissen der Praxis. Das OLG München erwähnt unterstützend zudem die Entscheidung des BGH⁴⁰ aus dem Jahr 2012 betreffend § 12 WEG. Dort hatte der BGH entschieden, dass die Zustimmung des Verwalters

auch dann wirksam bleibt, wenn die Stellung des Verwalters vor dem in § 878 BGB genannten Zeitpunkt endet.

Der Beschluss des OLG München trägt in dieser Frage in für die Praxis erfreulicher Weise zur Rechtssicherheit bei.⁴¹ Es darf aufgrund der Rechtsprechungsentwicklung der vergangenen Jahre zu § 12 WEG und § 5 ErbbauRG zudem die Vermutung angestellt werden, dass der BGH die Rechtsfrage zu gegebener Zeit gleichermaßen entscheiden wird.

5. Schwebende Unwirksamkeit

Solange die nach § 5 ErbbauRG erforderliche Zustimmung fehlt, ist das Rechtsgeschäft gemäß § 6 Abs. 1 ErbbauRG schwebend unwirksam.⁴²

a) Schwebende Unwirksamkeit und Vorkaufsrecht

Im Erbbaurechtsvertrag wird häufig ein Vorkaufsrecht für den Grundstückseigentümer am Erbbaurecht vereinbart.⁴³ Dieses ist nicht nur vom Heimfall,⁴⁴ sondern auch von der erforderlichen Eigentümerzustimmung gemäß § 5 Abs. 1 ErbbauRG zu unterscheiden.

Mit dem Zusammenhang hatte sich das OLG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 13.2.2019⁴⁵ zu befassen. Im zugrunde liegenden Sachverhalt hatte der Grundstückseigentümer seine Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts verweigert und dies offenbar mit seiner eigenen Erwerbsabsicht begründet. Das AG hat die Zustimmung gemäß § 7 Abs. 3 ErbbauRG ersetzt. Diese Entscheidung bestätigte das OLG Düsseldorf.

Der Senat weist – meines Erachtens vollkommen zutreffend – darauf hin, dass die Frage, ob die Zustimmung gemäß § 7 Abs. 1 ErbbauRG erteilt werden muss, unabhängig von einem etwaigen Vorkaufsrecht des Grundstückseigentümers zu beantworten ist. Erst durch die Zustimmung entstehe ein wirksamer Kaufvertrag, der wiederum Voraussetzung für die Ausübung des Vorkaufsrechts sei. Die Zustimmung des Grundstückseigentümers könne auch nicht ohne Weiteres als Verzicht auf die Ausübung seines Vorkaufsrechts verstanden werden.

b) Beendigung des Schwebezustands

Der Verfasser hat sich vor kurzem in einem Aufsatz unter anderem mit der Frage beschäftigt, welche Möglichkeiten der (potenzielle) Erwerber eines Erbbaurechts hat, um den aus § 6 ErbbauRG folgenden Schwebezustand zu beenden.⁴⁶ Die Erkenntnisse seien hier nochmals leicht gekürzt dargestellt:

41 So auch *Rapp*, MittBayNot 2021, 31, 33.

42 Statt aller: BGH, Beschluss vom 8.7.1960, V ZB 8/59, NJW 1960, 2093; v. *Oefele/Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, § 4 Rdnr. 296; BeckOK-WEG/Hogenschurz, Stand: 1.1.2021, § 12 Rdnr. 76, jew. m. w. N.

43 Vgl. v. *Oefele/Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, § 6 Rdnr. 4.

44 Vgl. zur Abgrenzung v. *Oefele/Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, § 6 Rdnr. 5.

45 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.2.2019, I-3 Wx 137/18, ErbbauZ 2020, 24.

46 *Wolfskeel v. Reichenberg*, ErbbauZ 2020, 130, 134 f.

37 Siehe dazu etwa *Rapp*, DNotZ 2018, 413.

38 OLG München, Beschluss vom 15.6.2020, 34 Wx 131/20, MittBayNot 2021, 29 m. Anm. *Rapp*.

39 Siehe hierzu die Darstellung des Meinungsstands bei OLG München, Beschluss vom 15.6.2020, 34 Wx 131/20, MittBayNot 2021, 29 f.

40 BGH, Beschluss vom 11.10.2012, V ZB 2/12, MittBayNot 2013, 130.

Die herrschende Meinung geht im Hinblick auf § 108 Abs. 2, § 177 Abs. 2, § 1366 Abs. 3, § 1829 Abs. 2 BGB, die allesamt schwebend unwirksame Verträge behandeln, davon aus, dass der Erwerber zwar nicht den Grundstückseigentümer, aber den Veräußerer zur Einholung der Genehmigung auffordern kann, wobei nach erfolglosem Fristablauf die Genehmigung als verweigert gilt.⁴⁷ Dies überzeugt im Grundsatz, bedarf aber einer noch näheren Betrachtung im Detail:

Die Möglichkeit zur Aufforderung folgt meines Erachtens aus einer Gesamtanalogie zu § 108 Abs. 2, § 177 Abs. 2, § 1366 Abs. 3, § 1829 Abs. 2 BGB. Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung liegt eine Lücke vor, die auch planwidrig ist. Es ist nicht ersichtlich, warum ausgerechnet der Erwerber eines Erbbaurechts keine Möglichkeit haben sollte, die schwebende Unwirksamkeit, die durch die noch ausstehende Erklärung eines Dritten bedingt ist, zu beenden. Die Interessenlage der Vertragsparteien ist insoweit mit derjenigen vergleichbar, die den genannten Normen zugrunde liegt.

Der Veräußerer (und nicht etwa der Grundstückseigentümer) ist auch der richtige Aufforderungsadressat. Für eine mit Rechtsfolgen verbundene Aufforderungsmöglichkeit des Erwerbers gegenüber dem Grundstückseigentümer fehlt es an einer Rechtsbeziehung zwischen diesen. Auch der Vergleich mit § 108 Abs. 2, § 177 Abs. 2, § 1366 Abs. 3, § 1829 Abs. 2 BGB spricht für das hier vertretene Ergebnis. Zwar erfolgt bei § 177 Abs. 2 BGB die Aufforderung gegenüber dem Genehmigungsberechtigten, jedoch ist dieser – anders als hier – auch der Vertragspartner des Auffordernden. Auch bei § 108 Abs. 2 BGB erfolgt die Aufforderung zwar gegenüber dem Genehmigungsberechtigten, aber anders als hier handelt der Genehmigungsberechtigte dort als Vertreter des Vertragspartners. Sowohl bei § 1366 Abs. 3 BGB als auch § 1829 Abs. 2 BGB erfolgt die Fristsetzung nicht gegenüber dem Genehmigungsberechtigten, sondern gegenüber dem Vertragspartner (§ 1366 Abs. 3 BGB) bzw. dessen Vertreter (§ 1829 Abs. 2 BGB). Dass sie bei § 1829 Abs. 2 BGB nicht gegenüber dem Vertragspartner, sondern gegenüber dem Vormund (bzw. den Eltern, dem Betreuer oder dem Ergänzungspfleger, § 1643 Abs. 3, § 1908i Abs. 1, § 1915 BGB) erfolgt, liegt daran, dass diese als Vertreter des Vertragspartners handeln.

Die aus der Gesamtanalogie folgende Fristlänge beträgt zwei Wochen.⁴⁸ Hierfür spricht, dass das Gesetz überwiegend eine Fristdauer von zwei Wochen vorsieht (§ 108 Abs. 2, § 177

Abs. 2, § 1366 Abs. 3 BGB). Nur in § 1829 Abs. 2 BGB ist eine Vier-Wochen-Frist statuiert. Von § 1829 Abs. 2 BGB unterscheidet sich § 5 ErbbauRG aber dadurch, dass bei § 5 ErbbauRG nicht zwingend ein gerichtliches Verfahren zur Genehmigung erforderlich ist. Zudem spricht insbesondere der Vergleich mit § 1366 Abs. 3 BGB für eine Zwei-Wochen-Frist. Denn hier wie dort ist der Vertrag von der Genehmigung einer dritten Person (und nicht des Vertragspartners, eines Vertreters des Vertragspartners oder eines Gerichts) abhängig. Nun steht der Veräußerer eines Erbbaurechts dem Grundstückseigentümer zwar regelmäßig nicht so nahe wie seinem Ehegatten, weswegen er auf diesen typischerweise weniger Einflussmöglichkeiten zur zeitnahen Genehmigung hat. Jedoch gilt die Zwei-Wochen-Frist des § 1366 Abs. 3 BGB auch, wenn das gerichtliche Ersetzungsverfahren gemäß § 1365 Abs. 2 BGB bemüht werden muss, also die eheliche Nähebeziehung nicht zum Tragen kommt. Auch das denkbare Argument für eine längere Frist, dass der Grundstückseigentümer eine gewisse Überlegungszeit zuzugestehen ist,⁴⁹ verfährt nicht. Denn dies betrifft das Verhältnis zwischen Erbbauberechtigten und Grundstückseigentümer (der zudem die Möglichkeit gehabt hätte, die Zustimmung vor Vertragsschluss einzuholen). Schließlich ist in der Praxis nicht davon auszugehen, dass der Erwerber unmittelbar nach Vertragsschluss den Veräußerer auffordert. Denn regelmäßig hat auch der Erwerber ein Interesse an der Genehmigung – und nicht an der endgültigen Unwirksamkeit seines Vertrags bei erfolglosem Fristablauf. Insofern mag die relativ kurze Fristdauer von zwei Wochen und die damit verbundene Gewissheit des Erwerbers, die Schwebzeit notfalls zügig beenden zu können, sogar dazu beitragen, vorschnelle Aufforderungen zu vermeiden.

Teilweise wird vertreten, dass der Veräußerer innerhalb der Frist nur das Ersetzungsverfahren nach § 7 Abs. 3 ErbbauRG einleiten müsse, da der Veräußerer auf die Dauer des gerichtlichen Ersetzungsverfahrens weitgehend keinen Einfluss habe.⁵⁰ Meines Erachtens muss der Veräußerer jedoch innerhalb der Frist die Genehmigung beibringen bzw. deren Ersetzung mitteilen.⁵¹ Die Situation unterscheidet sich diesbezüglich nicht von § 1366 Abs. 3 BGB. Auch dort gibt es ein gerichtliches Ersetzungsverfahren (§ 1365 Abs. 2 BGB), was das Gesetz jedoch nicht von der Regelung abhält, dass die Genehmigung bzw. der gerichtliche Ersetzungsbeschluss fristgerecht ergehen bzw. mitgeteilt werden muss.⁵² Entsprechendes gilt bei § 1829 Abs. 2 BGB, wo innerhalb der Frist nicht lediglich

47 Die genaue Auswahl der analog angewandten Normen unterscheidet sich teilweise; vgl. BGH, Urteil vom 5.10.2000, V ZR 448/99, NJW 2000, 3645 (ohne Gründe); OLG Hamm, Urteil vom 28.10.1999, 22 U 125/98, OLGR 2000, 335; BeckOGK-Erbbaurecht/*Touissant*, § 6 Rdnr. 9; BeckOK-Erbbaurecht/*Maaß*, Stand: 1.11.2020, § 5 Rdnr. 8; DNotI-Report 2009, 9; *Heinemann*, ErbbauZ 2020, 34, 35; *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 9. Aufl. 2020, Rdnr. 4543; MünchKomm-BGB/*Heinemann*, § 6 ErbbauRG Rdnr. 3; v. *Oefele/Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, § 4 Rdnr. 183a mit Hinweis in Fn. 546 auf Gegenstimmen, die eine Fristsetzung gegenüber dem Grundstückseigentümer zulassen; vgl. auch *K. Schmidt*, DNotZ 1990, 708, 710.

48 So im Ergebnis auch MünchKomm-BGB/*Heinemann*, § 6 ErbbauRG Rdnr. 3. Hingegen hat OLG Hamm, Urteil vom 28.10.1999, 22 U 125/98, OLGR 2000, 335, offen gelassen, ob stattdessen eine „angemessene“ Frist gilt.

49 Vgl. hierzu DNotI-Report 2015, 3, 4; v. *Oefele/Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, § 4 Rdnr. 183a.

50 OLG Hamm, Urteil vom 28.10.1999, 22 U 125/98, OLGR 2000, 335; BeckOGK-Erbbaurecht/*Touissant*, § 6 Rdnr. 9; v. *Oefele/Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, § 4 Rdnr. 183a.

51 So auch MünchKomm-BGB/*Heinemann*, § 6 ErbbauRG Rdnr. 3: „(...) die Genehmigung (...) beizubringen“; vgl. auch BeckOK-Erbbaurecht/*Maaß*, § 5 Rdnr. 8.

52 Aus praktischen Gründen bedarf es keiner Untersuchung, ob aus einer analogen Anwendung der § 108 Abs. 2, § 177 Abs. 2, § 1366 Abs. 3 BGB folgt, dass die Genehmigung nur dem Erwerber gegenüber mitgeteilt werden kann. Denn in notariellen Verträgen ist standardmäßig die Regelung enthalten, dass Genehmigungen mit ihrem Eingang beim Notar den Vertragsteilen als zugegangen und mitgeteilt gelten.

das Genehmigungsverfahren eingeleitet werden, sondern die Mitteilung der Genehmigung fristgerecht erfolgen muss.

6. Folgen einer fehlenden ausdrücklichen Eintragung im Grundbuch

Im Grundbuch ist das Zustimmungserfordernis im Sinne des § 5 ErbbauRG nach § 56 Abs. 2 Hs. 2 GBV ausdrücklich einzutragen. Fehlt diese ausdrückliche Eintragung, geht die offenbar allgemeine Ansicht trotzdem von der Wirksamkeit der Beschränkung aus, wenn die Bezugnahme auf die Bewilligung (§ 14 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG, § 56 Abs. 2 Hs. 1 GBV) erfolgt ist.⁵³

Eine vergleichbare Frage stellte sich bisher bei § 12 WEG als Parallelnorm zu § 5 WEG. Dort war bis vor kurzem umstritten, welche Folgen es haben sollte, wenn die Veräußerungsbeschränkung entgegen § 3 Abs. 2 WGV nicht ausdrücklich im Grundbuch eingetragen wurde, sondern nur auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wurde.⁵⁴ Mit dem am 1.12.2020 in Kraft getretenen Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz (WEMoG) hat der Gesetzgeber nun Klarheit geschaffen: Gemäß § 7 Abs. 3 Satz 2 WEG n. F. kann für Veräußerungsbeschränkungen (§ 12 WEG) nicht mehr auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden; vielmehr müssen diese ausdrücklich eingetragen werden. Unterbleibt die ausdrückliche Eintragung, hat die Regelung keine Wirkung gegen Sonderrechtsnachfolger.⁵⁵

De lege ferenda wäre eine solche gesetzliche Regelung auch für § 5 ErbbauRG wünschenswert, um Unsicherheiten bei dieser wichtigen Frage von vornherein zu vermeiden.

III. Erlöschen und Verlängerung von Erbbaurechten

Abschließend soll ein cursorischer Blick das Erlöschen von Erbbaurechten aufgrund Zeitablaufs und der möglichen Verlängerung geworfen werden:

1. Verlängerung

Soll das Erbbaurecht nicht durch Zeitablauf erlöschen, sondern verlängert werden, ist in der Praxis vor allem darauf zu achten, dass die Verlängerung rechtzeitig angegangen wird.⁵⁶ Die Verlängerung ist eine Inhaltsänderung des Erbbaurechts (§ 877 BGB).⁵⁷ Die Verlängerung ist daher nur möglich, so-

lange das Erbbaurecht nicht erloschen ist.⁵⁸ Neben der Einigung (§§ 877, 873 BGB) und sonstiger etwa erforderlicher Genehmigungen und Zustimmungen⁵⁹ ist daher auch die rechtzeitige Eintragung der Verlängerung im Grundbuch erforderlich.⁶⁰

Betreffs der Eintragung im Grundbuch ist als besonders zeitkritischer Faktor an die steuerliche Unbedenklichkeitsbescheinigung (§ 22 GrEStG) zu denken.⁶¹ Seit dem Jahr 1993 vertritt der BFH die Ansicht, dass die Verlängerung des Erbbaurechts der Grunderwerbsteuer unterliegt.⁶² Dies hat der BFH in seinem Beschluss vom 23.4.2020⁶³ vorausgesetzt. Befasst hat sich der BFH in dieser aktuellen Entscheidung (lediglich) mit der Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer.⁶⁴ Bei einer Erbbaurechtsverlängerung ist hiernach „der auf die Laufzeit der Verlängerung des Erbbaurechts kapitalisierte Erbbauzins als Wert der Gegenleistung der Bemessung der Grunderwerbsteuer zugrunde zu legen“.⁶⁵

2. Kein formularmäßiger Ausschluss der Abwendungsbefugnis

Kommt es zu keiner Verlängerung und erlischt das Erbbaurecht mithin durch Zeitablauf, hat der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG eine Entschädigung für das Bauwerk zu leisten. Jedoch kann der Grundstückseigentümer gemäß § 27 Abs. 3 Satz 1 ErbbauRG seine Verpflichtung zur Zahlung der Entschädigung dadurch abwenden, dass er dem Erbbauberechtigten das Erbbaurecht vor dessen Ablauf für die voraussichtliche Standarddauer des Bauwerks verlängert; lehnt der Erbbauberechtigte die Verlängerung ab, so erlischt der Anspruch auf Entschädigung.

Der BGH hat Ende 2018 entschieden,⁶⁶ dass die Abwendungsbefugnis des Grundstückseigentümers grundsätzlich nicht durch AGB ausgeschlossen werden könne. Der formularmäßige Ausschluss der Abwendungsbefugnis des Grundstückseigentümers sei mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung in § 27 Abs. 3 ErbbauRG unvereinbar und deshalb grundsätzlich unwirksam, § 307 Abs. 2 Nr. 1

53 BayObLG, Beschluss vom 12.10.2001, 2 Z BR 110/01, Rpfleger 2002, 140; v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 4 Rdnr. 175 m. w. N.

54 Für Wirksamkeit etwa OLG München, Beschluss vom 20.9.2006, 32 Wx 139/06, ZMR 2006, 961; Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021, § 12 Rdnr. 9, jew. m. w. N.; a. A. etwa Beck'sches Notarhandbuch/Rapp, § 3 Rdnr. 172; zum Meinungsstand DNotI-Report 2005, 20.

55 Wobst, MittBayNot 2021, 1, 5 f.

56 Vgl. Weber, ZWE 2019, 251; Wilsch, ErbbauZ 2021, 9, 10.

57 V. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 5 Rdnr. 150, 223; Weber, ZWE 2019, 251; Wilsch, ErbbauZ 2021, 9, 10.

58 Ott, notar 2015, 75, 81; v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 5 Rdnr. 159; Weber, ZWE 2019, 251; Wilsch, ErbbauZ 2021, 9, 10.

59 Eingehend zu den Voraussetzungen aktuell Wilsch, ErbbauZ 2021, 9. Besondere Schwierigkeiten ergeben sich bei Wohnungserbbaurechten (hierzu ausführlich Weber, ZWE 2019, 251; vgl. auch Göting, ErbbauZ 2020, 136; Theus, RNotZ 2019, 573, 603 f.).

60 V. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 5 Rdnr. 159, 231; Weber, ZWE 2019, 251.

61 Vgl. Borrutau/Loose, GrEStG, 19. Aufl. 2018, § 22 Rdnr. 17; Wilsch, ErbbauZ 2021, 9, 11.

62 BFH, Urteil vom 18.8.1993, II R 10/90, MittBayNot 1994, 173.

63 BFH, Beschluss vom 23.4.2020, II B 80/19, ErbbauZ 2020, 185.

64 Zu dieser Entscheidung bereits Wälzholz, MittBayNot 2021, 12, 15 f.

65 BFH, Beschluss vom 23.4.2020, II B 80/19, ErbbauZ 2020, 185.

66 BGH, Urteil vom 23.11.2018, V ZR 33/18, MittBayNot 2019, 571.

BGB.⁶⁷ Dies gelte auch dann, wenn im Erbbaurechtsvertrag die Entschädigungssumme auf zwei Drittel des Verkehrswerts begrenzt.⁶⁸

Für die Praxis bleibt zu betonen, dass § 27 Abs. 3 ErbbauRG nach allgemeiner Ansicht grundsätzlich disponibel ist und die

Abwendungsbefugnis daher individualvertraglich modifiziert oder ausgeschlossen werden kann.⁶⁹

67 BGH, Urteil vom 23.11.2018, V ZR 33/18, MittBayNot 2019, 571, 572 ff.

68 BGH, Urteil vom 23.11.2018, V ZR 33/18, MittBayNot 2019, 571, 574.

69 BGH, Urteil vom 23.11.2018, V ZR 33/18, MittBayNot 2019, 571, 572 m. zahlreichen N. Vgl. hierzu und zu Modifizierungsmöglichkeiten in AGB *Amann*, MittBayNot 2019, 539; *Ott*, BWNNotZ 2019, 227, 228 f.

BUCHBESPRECHUNGEN

Gregor Basty:

Der Bauträgervertrag

10. Aufl., Carl Heymanns, 2020. 700 S., 149 €

Von Notar **Christian Esbjörnsson**, Rosenheim

Das Standardwerk zum Bauträgervertrag von *Basty* ist in nunmehr zehnter Auflage erschienen. Während die Voraufgabe die Reform des Bauvertragsrechts nur streifen konnte, ist mit dieser Auflage alles für den Bauträgervertrag Relevante eingearbeitet. Dies nahm der Autor zum Anlass, das gesamte Buch zu überarbeiten. Es finden sich daher einige Ausführungen an nunmehr anderer Stelle und auch die Gliederung hat sich geändert. Insbesondere die Kapitel zum Wohnungseigentum, zum Baufortschritt und zur Abnahme wurden neu gestaltet. Sämtliche aktuelle Rechtsprechung ist eingearbeitet. Deutlich erweitert wurde etwa der Themenbereich „Vollmachten des Erwerbers“, nicht zuletzt auch im Hinblick auf die jüngste Entscheidung des BGH.¹ Ebenso vertieft hat der Autor die Abhandlungen zur Bezugfertigungsrate, zur Fertigstellungsrate und zur Abnahme – alles Bereiche, in denen in den letzten Jahren umfangreiche Rechtsprechung erfolgt ist, aber auch noch viel umstritten ist.

Inhaltlich deckt das Buch das gesamte notarrelevante Bauträgervertragsrecht ab, wobei der Fokus klar auf der Vertragsgestaltung liegt. Hierzu findet der interessierte Leser dann aber auch alles, was zum Bauträgervertrag relevant ist. *Basty*

schafft es mit seinem Werk, einen durchstrukturierten Überblick über alle Bereiche zu geben; gleichzeitig gelingt es ihm aber auch, umstrittene und problematische Bereiche auf wissenschaftlichem Niveau genau zu beleuchten und zu diskutieren, ohne dabei den Fokus auf die Praxis zu verlieren. Zahllose Gestaltungsvarianten werden in einer Weise besprochen, dass der Notar hier selbst bei spezielleren Wünschen des Bauträgers fündig wird. Stets wird hinterfragt, ob eine Gestaltung auch die gesetzlichen Vorgaben, insbesondere die der MABV und zur Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, erfüllt. Nicht ausführlicher behandelt werden verwandte Gebiete, etwa Bauherrenmodelle.

Das Werk ist Handbuch und Formularbuch zugleich. Am Ende finden sich zu allen Gestaltungsvarianten ausführliche Muster, einschließlich eines Musters für den Tausch mit dem Bauträger und ein Muster für den Kauf durch einen Nachzügler. Im gesamten Buch sind zudem regelmäßig Muster für die Gestaltung einzelner Klauseln enthalten. Sämtliche Muster sind online beim Verlag als Worddokument abrufbar.

Insgesamt ist das Werk sehr gelungen und ein Muss für jeden Juristen, der mit Bauträgerverträgen zu tun hat. Auch für Inhaber der Voraufgabe empfiehlt sich wegen der umfangreichen Aktualisierungen ein Kauf.

¹ BGH, Beschluss vom 19.9.2019, V ZB 119/18, MittBayNot 2020, 609 m. Anm. *Esbjörnsson*.

André Elsing:

Das Geldwäschegesetz in der notariellen Praxis

Deutscher Notarverlag 2020. 135 S., 99 €

Von Notarassessorin **Angelika Strähuber**, München

Geldwäsche ist, wie sich der ersten nationalen Risikoanalyse zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung 2018/2019 entnehmen lässt, allgegenwärtig. Doch lässt sich dies mittlerweile auch für die Geldwäschebekämpfung feststellen. So war der Gesetzgeber bereits zwei Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie veranlasst, ein Gesetz zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie zu erlassen. Notarinnen und Notaren kam dabei immer mehr die Rolle der „Kämpfer an vorderster Front“ zu. Sie dürften sich nur allzu gut an die mit den Neuregelungen einhergehenden, umfassenden Pflichten erinnern, die es in den Alltag zu integrieren galt. Vor besondere Herausforderungen sah sich die notarielle Praxis insbesondere zu Beginn des letzten Jahres gestellt, als mit wenigen Wochen Umsetzungsfrist diffizile Beurkundungsverbote eingeführt wurden.

Um der – von wohl kaum einem Verpflichteten infrage gestellten – gewichtigen Rolle gerecht werden zu können, standen die BNotK sowie die regionalen Notarkammern ihren Mitgliedern kurzfristig mit hilfreichen Handreichungen zur Verschaffung eines Überblicks zur Seite. Nunmehr stehen auch die umfangreichen Auslegungs- und Anwendungshinweise zum GwG 2020 zur Verfügung, welche bereits großteils nach § 51 Abs. 8 GwG von den Landgerichtspräsidenten genehmigt worden sein dürften. Darüber hinausgehende Literatur, die den Besonderheiten der notariellen Praxis, allen voran der umfassenden Verschwiegenheitspflicht, Rechnung trägt, suchte man bisher (mit wenigen Ausnahmen) vergebens. Umso erfreulicher ist es, dass *Elsing* sich des Themas in der Reihe „Arbeitshilfen Notariat“ annahm.

Der einleitende § 1 dürfte für diejenigen, die sich in den vergangenen Jahren bereits mit ihren Pflichten nach dem GwG befasst haben, kaum Unbekanntes beinhalten, stellt aber einen gelungenen Überblick über die Hintergründe und Rahmenbedingungen der notariellen Beiträge zur Geldwäschebekämpfung dar. Uneingeschränkt empfehlenswert ist die in § 2 niedergelegte Checkliste zum Inhalt der GwG-Generalakte, ist doch zu vermuten, dass diese bei den künftig anstehenden Amtsprüfungen als erstes durchleuchtet werden wird. Enthalten ist eine abschließende Auflistung aller Dokumente und Informationen, welche zur Nachweisbarkeit der Pflichtenerfüllung zweckmäßig sind. § 3 befasst sich sodann mit dem

Anwendungsbereich des GwG. Hier lassen neue Erkenntnisse nach vorhergehender Lektüre der Auslegungs- und Anwendungshinweise sowie der FAQs der BNotK jedoch auf sich warten, wobei diese zugegeben bereits bisher ein nahezu erschöpfendes Bild vermitteln konnten. Es folgen in § 4 informative Ausführungen zum Transparenzregister, die insbesondere praktikable Hinweise für die Fiktionswirkung der Gesellschafterliste beinhalten (welche sogar in § 7 in einem eigenen Kapitel praxistgerecht beleuchtet wird). Am ausführlichsten beschäftigt sich *Elsing* in § 5 mit der Ermittlung des wirtschaftlich Berechtigten und deren Auswirkungen auf das Beurkundungsverfahren. Hier wird zunächst die Bedeutung der Unterscheidung beleuchtet, ob (sofern man nicht dem hauptberuflichen Notariat unterfällt) als Rechtsanwalt oder Notar gehandelt wird. Für ein Werk zum GwG überraschend, findet man ebenfalls Übersichten zu den allgemeinen Mitwirkungsverboten und Ausschließungsgründen aus §§ 3, 6 und 7 BeurkG. Die daran anknüpfende Darstellung der Beurkundungsverbote nach dem GwG erscheint überblickshaft, was jedoch auch dem Format der Schriftenreihe geschuldet sein dürfte. Insbesondere wird ein Versuch der Konkretisierung der Anforderungen an die Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten bzw. eine schlüssige Eigentums- und Kontrollstruktur bei vielgliedrigen Gesellschaften, die in der Praxis mit die größten Probleme zu bereiten scheinen, nicht gewagt. Erfreulicherweise haben jedoch bereits die erst im Herbst 2020 ergangenen Meldepflichten nach der GwGMeldV-Immobilien Eingang gefunden; allerdings werden diese, wohl der Überschneidung mit dem Redaktionsschluss geschuldet, sowohl unter § 5, als auch unter § 8 in einem eigenen Kapitel behandelt. Abschließend finden sich in § 6 nützliche Muster und Arbeitshilfen, welche erneut dem eher praxisbezogenen als wissenschaftlichen Format der Schriftenreihe im Deutschen Notarverlag Rechnung tragen.

So löblich und erstrebenswert der Gedanke der Geldwäschebekämpfung durch Notarinnen und Notare auch ist, so zeitaufwendig scheinen bisweilen die Pflichten. Die Bewältigung dieser ist neben den zweifelsohne unverzichtbaren Handreichungen der BNotK nicht zuletzt dank Praktikern wie *Elsing* möglich, die sich des herausfordernden Themas annehmen.

Otto Palandt:

Bürgerliches Gesetzbuch

80. Aufl., C. H. Beck, 2021. 3216 S., 119 €

Von Notarassessor **Andreas Greger**, München

Den „Palandt“ mit seinen – in der nun vorliegenden 80. Auflage – stattlichen 3216 Seiten (zuzüglich Vorwort, Inhalts- und Abkürzungsverzeichnis) zu rezensieren, ist, wie mehrere namhafte Autoren bereits feststellten, kein einfaches Unterfangen. So statuierte *Dieter Medicus* bereits vor 30 Jahren, anlässlich der Rezension der 50. Auflage, dass es angesichts der durchweg lobenden Besprechungen schwerfalle, ein wirklich neues rühmendes Attribut für den „Palandt“ zu finden.¹ *Thomas Pfeiffer* stellte bei der Rezension der 76. Auflage gar fest, dass es „ein Fall faktischer Unmöglichkeit“ sei, den „Palandt“ aufgrund einer vollständigen Lektüre rezensieren zu wollen, weshalb nur einzelne Eindrücke Grundlage der Rezension dieses Werks sein könnten.² Eine andere Herangehensweise kommt auch deshalb nicht in Betracht, weil detaillierte Ausführungen zu einem derart umfassenden Werk den Rahmen einer Buchbesprechung bei Weitem sprengen würden; so hält *Stephan Lorenz* die Rezension des „Palandt“ „für ein objektiv unmögliches Unterfangen“, wenn man nicht ein ganzes Heft füllen wolle.³ Hierin dürfte zugleich die Antwort auf die wohl rhetorische Frage *Winfried Borns* anlässlich seiner Rezension der 77. Auflage liegen, was man „angesichts der Umfangsbeschränkung einer Buchbesprechung“ zu einem so umfangreichen und für jeden Zivilrechtler bedeutsamen Werk sagen könne.⁴ Im Folgenden sei gleichwohl der Versuch gewagt, die Spezifika des „Palandt“, mit besonderem Augenmerk auf die Veränderungen der nun vorliegenden 80. Auflage gegenüber der Voraufgabe, kurz darzustellen.

Bereits beim Betrachten des Einbandes fällt eine Änderung des Kreises der Bearbeitenden ins Auge: Neu hinzu kam neben *Renata von Pückler* und *Walther Siede*, welche fortan die bisher von *Gerd Brudermüller* bearbeiteten Teile des Familienrechts bearbeiten werden, auch *Björn Retzlaff*, der über die nächsten Auflagen hinweg große Teile der Kommentierung von *Hartwig Sprau* übernehmen wird. *Gerd Brudermüller* ist am 22.3.2019 verstorben, er hatte über 20 Jahre lang an der Kommentierung des „Palandt“ mitgearbeitet; *Walther Siede* wirkte anschließend bereits in der 79. Auflage an *Brudermüllers* bisheriger Kommentierung mit. Mit *Renata von Pückler* ist nun – neben *Isabell Götz*, welche seit der 72. Auflage als Bearbeiterin des Familienrechts am „Palandt“ mitwirkt und künftig auch die Kommentierung des Gewaltschutzgesetzes übernimmt, das bislang ebenfalls von *Brudermüller* kommentiert wurde – die zweite Frau in der Geschichte des „Palandt“ in den Kreis der Bearbeitenden eingetreten. Diese Entwicklung ist umso erfreulicher, als gerade der Namensgeber des „Palandt“, *Otto Palandt*, als Präsident des Justizprüfungsamtes in

der NS-Zeit versuchte, Frauen aus juristischen Berufen zurückzudrängen und unter anderem mitverantwortlich für ein Berufsverbot von Frauen für das juristische Referendariat zeichnete.⁵

Inhaltlich zeichnet sich auch die 80. Auflage des „Palandt“ wie gewohnt durch ihre Aktualität aus, welche der „Palandt“ wie kaum ein anderes Werk bietet: Redaktionsschluss der 80. Auflage war der 15.10.2020. Dass Gesetzesänderungen sogar noch über dieses Datum hinaus berücksichtigt wurden, zeigt besonders eindrucksvoll die Kommentierung des WEG in der Fassung des WEMoG (welches vom 16.10.2020 datiert und erst am 22.10.2020 verkündet wurde [BGBl. 2020 I Nr. 47, S. 2187 ff.]) durch *Hartmut Wicke*. Die wie schon in der Voraufgabe 85 Seiten umfassende, inhaltlich jedoch aufgrund der Gesetzesreform überarbeitete Kommentierung gibt einen profunden Überblick über die Regelungen des „neuen“ WEG und Antworten auf viele Fragen, die sich in der notariellen Praxis stellen werden. So werden zum Beispiel die Anforderungen an den Nachweis der Vertretungsmacht des Verwalters bei Grundstücksgeschäften nach § 9b Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 WEG in § 9b Rdnr. 1 und wird die Möglichkeit, den ersten Verwalter (wie bislang oft üblich) bereits in der Teilungserklärung zu bestellen in § 3 Rdnr. 6, § 8 Rdnr. 2 und § 26 Rdnr. 3 thematisiert.

Auch in allen anderen Bereichen ist der „Palandt“ auf dem aktuellen Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung. So findet sich etwa die für den notariellen Bereich bedeutsame Entscheidung des BGH⁶ vom 13.2.2020, nach welcher zur Entgegennahme der Auffassung nur im Inland bestellte Notare zuständig sind, in § 925 Rdnr. 2. Die Kommentierung zu § 1408 BGB wurde unter anderem in Rdnr. 9 um eine aktuelle Entscheidung des BGH zur Inhaltskontrolle von Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen ergänzt, welche den Ausschluss des Versorgungsausgleichs vorsehen. Ebenfalls im Familienrecht geht *Götz* in § 1687 Rdnrn. 2b und 2c auf eine kürzlich vom BGH entschiedene Frage der Auswirkung des sog. „Wechselmodells“ auf die Inhaberschaft der elterlichen Sorge und damit auf die Möglichkeit zur Vertretung des Kindes ein. *Götz* kommentiert auch die neue Vorschrift des § 1766a BGB, mit welcher der Gesetzgeber die sog. Stiefkindadoption nun auch für Personen zulässt, die in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammenleben. Damit hat der Gesetzgeber die mit Beschluss vom 26.3.2019 ergangene Entscheidung des BVerfG⁷ umgesetzt, welches den generellen Ausschluss der Stiefkindadoption in nichtehelichen Lebensgemeinschaf-

1 NJW 1991, 887, 889.

2 NJW 2017, 2976, 2976.

3 NJW 2004, 996, 996 (rekurrierend auf *Huber*, NJW 2003, 875).

4 NJW 2018, 359, 359.

5 *Slapnicar*, NJW 2000, 1692, 1698; *Slapnicars* Beitrag beleuchtet zahlreiche Hintergründe zur Entstehungsgeschichte des „Palandt“ und zur Person *Otto Palandts*.

6 Beschluss vom 13.2.2020, V ZB 3/16, NJW 2020, 1670.

7 1 BvR 673/17, NJW 2019, 1793.

ten für mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar erklärte. Die Kommentierung an dieser Stelle ist ein Musterbeispiel dafür, was den „Palandt“ auszeichnet: Sie führt eine Vielzahl an Nachweisen aus dem Gesetzgebungsverfahren und der Literatur sowie aus der (zu einer neuen Norm freilich übersichtlichen) Rechtsprechung an, zeigt dabei nicht nur etwa streitige oder auslegungsbedürftige Punkte auf, sondern nimmt zu den aufgeworfenen Fragen auch konkret Stellung und vermittelt dem Rezipienten dabei weder das Gefühl, dass die Ausführungen weitschweifig wären, noch, dass ihm etwas Wesentliches vorenthalten bliebe.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass sich nicht auch Kritikpunkte am „Palandt“ finden lassen – jedenfalls wenn man danach sucht. Beispielhaft angeführt werden kann die Kommentierung zu § 181 BGB, betreffend die Frage, mit welcher Begründung die Ausnahme vom Verbot des In-Sich-Geschäfts bei „Erfüllung einer Verbindlichkeit“ ihrerseits einzuschränken ist, wenn die Verbindlichkeit aus einer Schenkung des gesetzlichen Vertreters herrührt. Hierzu wird in § 181 Rdnr. 22 (und ebenso in § 107 Rdnr. 6) lediglich angeführt, dass in solchen Fällen eine „Gesamtbetrachtung“ des schuldrechtlichen und des dinglichen Geschäfts vorzunehmen sei. Dass die gegen diese Auffassung in der Literatur seit vielen Jahren vorgebrachte Kritik⁸ nicht erwähnt wird, mag im Hinblick auf die um-

8 Siehe hierzu etwa MünchKomm-BGB/Schubert, 8. Aufl. 2018, § 181 Rdnr. 97 m. w. N. in Fn. 295.

fangmäßige Begrenzung des „Palandt“ Verständnis finden. Hingegen erwartet der Leser durchaus (jedoch leider vergeblich), hier einen Hinweis darauf zu finden, dass die zur sog. „Gesamtbetrachtungslehre“ zitierte Rechtsprechung vom BGH spätestens mit Beschluss vom 30.9.2010 aufgegeben wurde⁹ und der BGH seither der Literaturansicht folgt, nach welcher in solchen Fällen der letzte Halbsatz des § 181 BGB teleologisch zu reduzieren ist.

Derart einzelne Kritikpunkte – die sich wohl in jedem Werk finden lassen – sollten den Leser jedoch keineswegs veranlassen, induzierend anzunehmen, dass der „Palandt“ wesentliche Ansichten nicht wiedergebe. Das Gegenteil ist der Fall: Er beschränkt sich gerade auf die Darstellung der wesentlichen Ansichten, erfüllt damit die an ihn gestellte Erwartung und würde diese gar übertreffen, läge sie angesichts des seit langen Jahren durchweg überzeugenden Werks nicht bereits derart hoch. Es beeindruckt, wie es den Bearbeitern gelingt, in einem einbändigen Werk eine derart umfassende Übersicht über die relevanten Probleme und aktuellen Fragestellungen des Bürgerlichen Rechts zu vermitteln.

Die von *Medicus* vor 30 Jahren geäußerte Hoffnung, dass der „Palandt“ auch für die nächsten Jahrzehnte wie bisher „ein Glücksfall“ bleiben möge,¹⁰ erfüllt die vorliegende 80. Auflage daher in jeder Hinsicht.

9 V ZB 206/10, NJW 2010, 3643.

10 NJW 1991, 887, 889.

Jasmin Sophie Schulzweida:

Schiedsvereinbarungen und Schiedsanordnungen im Erbrecht

Duncker & Humblot, 2020. 238 S., 79,90 €

Von Notar Dr. **Stefan Bandel**, Passau

Schiedsanordnungen durch letztwillige Verfügungen waren in den letzten Jahren mehrfach Gegenstand obergerichtlicher Entscheidungen. Der BGH selbst hat zu solchen Schiedsanordnungen in Bezug auf Pflichtteilsstreitigkeiten und in Bezug auf Fragen zur Testamentsvollstreckung insgesamt dreimal Stellung genommen. *Schulzweida* sieht darin in ihrer Einleitung (1. Teil) zu Recht Anlass genug, die kontroverse und auch dogmatisch interessante Thematik erneut umfassend zu untersuchen und die Ergebnisse der Rechtsprechung zu überprüfen.

Im zweiten Teil ihrer Arbeit untersucht sie hierzu zunächst Schiedsvereinbarungen der Nachlassbeteiligten, um im Licht der dort gewonnenen Erkenntnisse dann im dritten (Haupt-) Teil den Meinungs- und Entscheidungsstand zu den Schiedsanordnungen des Erblassers zu überprüfen und eigene Ergebnisse zu begründen. In einem kleineren letzten vierten Teil

widmet sie sich Schiedsanordnungen in Verträgen mit dem Erblasser. Da Schiedsvereinbarungen zwischen Nachlassbeteiligten sich grundsätzlich nicht von anderen Schiedsvereinbarungen unterscheiden, wird der zweite Teil erst bei der Untersuchung der Entscheidungsbefugnis von Schiedsgerichten für ausgewählte erbrechtliche Streitigkeiten spannend. Hier bleibt leider unklar, ob die Entscheidungsbefugnis für Schiedsgerichte auch zur gesetzlichen Erbfolge begründet werden kann oder nur in Bezug auf letztwillige Verfügungen des Erblassers (S. 77). Die Behauptung, bei der gesetzlichen Erbfolge bestehe keine unklare Rechtslage, zeugt insoweit von einem Mangel an Phantasie, wenn man daran denkt, dass zum Beispiel die Rechtzeitigkeit einer Ausschlagung, der letzte gewöhnliche Aufenthalt eines Erblassers, die Abstammung einer Person oder die Wirksamkeit der Hochzeit in Las Vegas für die gesetzliche Erbfolge maßgebliche Bedeutung haben und ä-

Berst streitig sein können. Die Schiedsfähigkeit als solche im Sinne von § 1030 ZPO ist auch hier nicht zu bezweifeln; natürlich fehlt aber jegliche Schiedsbindung Dritter, was auch *Schulzweida* zutreffend feststellt.

Knapp und wenig befriedigend sind die Ausführungen zu den materiellrechtlichen Grenzen und zur Billigkeitsentscheidung nach § 1051 Abs. 3 Satz 1 ZPO (S. 78-80). In einer im Jahr 2019 abgeschlossenen Arbeit sollte zumindest darüber nachgedacht werden, ob die weitgehend zwingenden Regelungen der EuErbVO hier nicht Bedeutung erlangen und ob § 1051 Abs. 3 Satz 1 ZPO zu den Regeln des materiellen deutschen Erbrechts gehört. Auch sollte erwogen werden, ob für Statusfragen (Wer ist Erbe? Ist Testamentsvollstreckung angeordnet?) die gleichen Maßstäbe der Entscheidungsfreiheit gelten wie für Verteilungsfragen unter den Nachlassbeteiligten. Angesichts dieses Befundes können auch die darauf basierenden Ausführungen zur Schiedsordnung des Erblassers im 3. Teil (S. 163-170) nicht befriedigen.

Überzeugend hingegen sind die Ausführungen zu Streitigkeiten um die Erteilung eines Erbscheins und um das Amt des Testamentsvollstreckers (S. 82-91).

Der dritte Teil beginnt mit einer dogmatischen Einordnung der Schiedsordnung des Erblassers. *Schulzweida* sieht als Grund für deren rechtliche Zulässigkeit die Norm des § 1066 ZPO selbst und misst ihr – anders als der BGH – keinen eigenen Gehalt für die Frage der objektiven Schiedsfähigkeit zu, die vielmehr auch im Fall der Schiedsordnung nur durch § 1030 ZPO bestimmt werde (S. 128-140). Dem kann man nur zustimmen.

Leider verlässt sie den Weg, die Vorschriften des zehnten Buches im Fall der Schiedsordnung entsprechend anzuwenden, ausgerechnet im Fall des § 1032 ZPO, wenn sie fordert, den Willen der Erblasser zur Schiedsgerichtsbarkeit gegen die Dispositionsbefugnis der Nachlassbeteiligten dadurch durchzusetzen, die Schiedsordnung von Amts wegen zu beachten und nicht nur bei Erhebung der Schiedseinrede.

Dies widerspricht nicht nur dem Gesetzestext, sondern verkennt auch die sonstige Reichweite des verfügten Erblasserwillens. Jenseits der Erbfolge, die entweder nach der letztwilligen Verfügung (ggf. auch durch Erb- oder Zuwendungsverzicht) oder – falls diese ausgeschlagen wird – nach dem Gesetz eintritt und der Anordnung der Testamentsvollstreckung, stehen alle weiteren Folgen der Erbschaft im Belieben der Nachlassbeteiligten. Jeder Nachlassbeteiligte hat es in der Hand, Verfügungen durchzusetzen oder dies zu unterlassen; keine Verfügung setzt sich durch, wenn nicht zumindest ein Beteiligter die Durchsetzung verlangt. Auch ein Testamentsvollstrecker kann im Einvernehmen mit allen Nachlassbeteiligten den Nachlass aus der Testamentsvollstreckung freigeben und die Verteilung völlig abweichend von den Anordnungen des Erblassers vornehmen. Warum dies gerade im Fall der Rechtsdurchsetzung durch Schiedsgerichte anders sein soll, erschließt sich nicht.

Uneingeschränkt erfreulich sind hingegen die Ausführungen zu Pflichtteilsstreitigkeiten. Entgegen dem BGH sind danach Ansprüche von Pflichtteilsberechtigten objektiv schiedsfähig; jedoch kann der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten nicht an eine Schiedsordnung einseitig binden.

Gut lesbar sind auch die Erörterungen zu Verfahren mit Bezug zur Erteilung von Erbscheinen und Testamentsvollstreckerzeugnissen sowie zum Streit über die Entlassung des Testamentsvollstreckers.

Der vierte Teil zu Verträgen mit dem Erblasser fällt kurz aus, meines Erachtens zu kurz, denn auf die Frage, ob der Erblasser mit (potenziellen) Pflichtteilsberechtigten eine Schiedsvereinbarung „für den Fall seines Todes“ treffen kann und welchen Formvorschriften diese Vereinbarung dann unterliegt (§ 1031 ZPO oder § 2348 BGB), findet sich keine Antwort.

Die geäußerte Kritik ändert nichts daran, dass *Schulzweida* eine gelungene umfassende Darstellung eines anspruchsvollen Themas verfasst hat. Demjenigen, der hierzu mehr sucht als den aktuellen Stand der Rechtsprechung, kann das Buch deshalb zur Lektüre empfohlen werden.

RECHTSPRECHUNG

BÜRGERLICHES RECHT – ALLGEMEINES

1. Wirksamkeit einer Veräußerungszustimmung durch einen Verwalter, dessen Amtszeit vor dem Inkrafttreten des COVMG endete

KG, Beschluss vom 15.12.2020, 1 W 1450/20 und 1451/20

MG-GesR § 6 Abs. 1

WEG § 12

LEITSATZ:

§ 6 Abs. 1 MG-GesR gilt jedenfalls nicht für Verwalter, deren Amtszeit schon 2018 oder früher endete.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Veräußerung der im Beschlusseingang genannten Wohnungs- und Teileigentumsrechte bedarf der Zustimmung des Verwalters. In der als Inhalt des Sondereigentums gebuchten Gemeinschaftsordnung (Nr. III in Verbindung mit Nr. VI lit. b der UR-Nr. 206/2014 des Notars [...]) heißt es, die Tätigkeit des Verwalters nach WEG beginne mit der Eintragung der ersten Aufassungsvormerkung in einem der Wohnungsgrundbuchblätter (...). Unter Nr. IV der UR-Nr. 206/2014 – nicht von der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung erfasst – erklärte der teilende Eigentümer, er bestelle zum ersten Verwalter die (...) (im Folgenden: V) für die Dauer von drei Jahren, beginnend mit der Eintragung der ersten Aufassungsvormerkung in einem der Wohnungsgrundbuchblätter.

2 Die erste Aufassungsvormerkung wurde am 25.3.2015 in das Grundbuch eingetragen (Blatt [...] Abt. II lfd. Nr. 10). Die Beteiligten zu 1 und 2 sind seit dem 26.6.2020 als (Bruchteils-) Eigentümer der im Beschlusseingang genannten Rechte gebucht.

3 Im Juli 2020 haben die Beteiligten unter Bezugnahme auf die Aufassung vom 5.3.2020 (UR-Nr. 119/2020 des Notars [...]) u. a. beantragt, das Eigentum auf die Beteiligten zu 3 bis 5 umzuschreiben. Beigefügt war eine Zustimmungserklärung der V vom 27.4.2020 (UR-Nr. 242/2020 des Notars [...]). Mit der angefochtenen Zwischenverfügung hat das Grundbuchamt den Beteiligten aufgegeben, die Verwalterstellung der V per 27.4.2020 nachzuweisen.

(...)

5 II. Die Beschwerde ist zulässig (§§ 71 ff. GBO), jedoch nicht begründet. Die Zwischenverfügung ist gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO veranlasst und nur um die weiteren in Betracht kommenden Beseitigungsmittel zu ergänzen (vgl. dazu Senat, FGPrax 2018, 101, 102).

6 Das aufgezeigte Eintragungshindernis besteht. Die dem Grundbuchamt nachzuweisende Aufassung (§ 20 GBO, § 925 BGB) bedarf für ihre Wirksamkeit gemäß § 12 Abs. 1 und § 3 Satz 1 WEG der Zustimmung des Verwalters. Hierzu muss auch nachgewiesen werden, dass V zum maßgeblichen Zeitpunkt am 27.4.2020 (vgl. BGH, NJW 2013, 299 f.) Verwalter war. Aus der Erklärung des teilenden Eigentümers unter Nr. IV der UR-Nr. 206/2014 ergibt sich das selbst dann nicht, wenn ihr sämtliche Sondernachfolger zugestimmt hätten (vgl. dazu Senat, Rpfleger 2012, 138). Denn die Bestellung der V endete spätestens am 25.3.2018.

7 V ist nicht gemäß § 6 Abs. 1 des Gesetzes über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie vom 27.3.2020 (MG-GesR; BGBl. I, S. 569, 570) als Verwalter anzusehen. Es kann dahinstehen, ob § 6 Abs. 1 MG-GesR auch Verwalter erfasst, deren Amtszeit bei dem Inkrafttreten des Gesetzes am 28.3.2020 bereits abgelaufen war (vgl. OLG Hamm, MDR 2020, 1370; MünchKomm-BGB/Engelhardt, 8. Aufl., Online-Aktualisierung: 4.5.2020, § 26 WEG Rdnr. 23a ff.; Staudinger/Jakoby, Neub. 2018, Online-Aktualisierung: 25.4.2020, § 26 WEG Rdnr. 114.2 ff.; DNotI-Report 2020, 84; Drasdo, NZM 2020, 426; Elzer, MietRB 2020, 334, der sogar eine Rückwirkung befürwortet). Das gilt jedenfalls nicht für Verwalter, deren Amtszeit schon im Jahr 2018 oder früher endete.

8 Nach seinem Wortlaut betrifft § 6 Abs. 1 MG-GesR nur Verwalter, die am 28.3.2020 im Amt waren. Unter „bleiben“ wird sowohl nach dem allgemeinen Sprachgebrauch als auch rechtstechnisch regelmäßig das Beibehalten eines bestehenden Zustands verstanden – hier im Sinn einer Amtsverlängerung. Rechtsgeschäftlich kann eine Organstellung nicht rückwirkend begründet werden (zur Verwalterstellung OLG Hamm, Beschluss vom 19.4.1995, 15 W 26/95, juris Rdnr. 117). Allerdings heißt es in den Materialien, § 6 Abs. 1 MG-GesR gelte auch für den Fall, dass die Amtszeit des Verwalters zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Vorschrift bereits abgelaufen sei (BT-Drucks. 19/18110, S. 31). Es bedarf keiner Erörterung, ob der Wille des Gesetzgebers, die Verwalterstellung – ex nunc oder ex tunc (ab dem Ende der Amtszeit) – auch für eine bereits verwalterlose Gemeinschaft zu fingieren, hinreichend Ausdruck gefunden hat. Zumindest im Zusammenhang mit Veräußerungsbeschränkungen sind eindeutige Regelungen geboten, um unrichtige Grundbucheintragungen zu vermeiden (siehe die Heilungsvorschrift § 61 WEG a. F. nach BGH, NJW 1991, 1613).

9 Eine teleologische Erweiterung (vgl. MünchKomm-BGB/Engelhardt, § 26 WEG Rdnr. 23b) kommt nur für solche Verwalter in Betracht, deren Amtszeit nach 2018 endete. § 6 Abs. 1 MG-GesR soll die Handlungsmöglichkeit der Wohnungseigentümergeinschaft erhalten, weil die Beschlussfassung über eine (Neu- oder Wieder-)Bestellung des Verwalters in einer Versammlung der Wohnungseigentümer (§§ 23, 26 WEG) wegen der pandemiebedingten Einschränkungen erschwert ist (vgl. BT-Drucks. 19/18110, S. 3, 5, 17, 20, 31). Lief der Beststellungszeitraum für das Verwalteramt aber bereits im Jahr 2018 ab, steht die „Führungslosigkeit“ in keinem aus-

reichenden Zusammenhang mit der Beschränkung der Versammlungsmöglichkeiten.

10 Die Versammlung der Wohnungseigentümer findet regelmäßig mindestens einmal im Jahr statt (§ 24 Abs. 1 WEG); auch die Gesetzesbegründung weist auf die in der Regel jährlich stattfindenden ordentlichen Versammlungen hin (BT-Drucks. 19/18110, S. 3). Die Wohnungseigentümer hatten im Jahr 2019 regelmäßig die (einschränkungslose) Möglichkeit, über die Bestellung eines Verwalters zu beschließen, sodass nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes kein Anlass für ein Wiederaufleben oder den rückwirkenden Fortbestand der erloschenen Amtsstellung besteht. Es ist unerheblich (differenzierend Staudinger/*Jakoby*, § 26 WEG Rdnr. 114.4) und mit den Mitteln des Grundbuchverfahrens auch nicht festzustellen, aus welchen Gründen die Bestellung eines Verwalters unterblieb. Ebenso wenig kommt es auf die Erklärung der V in der UR-Nr. 242/2020 an, sie sei als Verwalter nicht abberufen worden, habe das Amt nicht niedergelegt und nach ihrer Kenntnis sei auch kein anderer Verwalter bestellt worden.

11 Die Wertfestsetzung beruht auf § 36 Abs. 3, § 61 GNotKG. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen gemäß § 78 Abs. 2 Satz 1 GBO vor.

ANMERKUNG:

Von Notar a. D. Dr. **Julius Forschner**, LL.M.
(Cambridge), Würzburg

Die vorliegende Entscheidung wirft die Frage auf, ob etwas bleiben kann, das schon nicht mehr da ist. Es geht um eine grundsätzliche methodische Frage: Das Verhältnis von Gesetzeswortlaut und Wille des Gesetzgebers¹ – sofern man diesen in der Gesetzesbegründung manifestiert sieht.² Hierbei stellt sich auch die Frage, inwieweit bei der Auslegung einer Norm zu berücksichtigen ist, dass es sich um ein sehr eiliges, einer Notsituation geschuldetes Gesetzgebungsverfahren handelt.

Der Entscheidung lag vereinfacht folgender Sachverhalt zugrunde: Zur Veräußerung einer Wohnungseigentumseinheit war gemäß § 12 Abs. 1 WEG die Zustimmung des Verwalters erforderlich. Die Verwalterbestellung lief „spätestens“ am 25.3.2018 und damit mehr als zwei Jahre vor Inkrafttreten des MaßnG-GesR³ (am 28.3.2020) ab.

Gemäß § 6 Abs. 1 MaßnG-GesR „bleibt“ der zuletzt bestellte Verwalter im Sinne des Wohnungseigentumsgesetzes bis zu seiner Abberufung oder bis zur Bestellung eines neuen Verwalters im Amt. Das KG verweist zur Begründung in der Entscheidung darauf, dass das Wort „bleiben“ darauf hindeute, dass der Verwalter noch im Amt sein müsse, um

im Amt bleiben zu können.⁴ Dem vermag man intuitiv zuzustimmen. Zwingend scheint dieses Verständnis des Wortes „bleiben“ jedoch nicht. Man stelle sich nur vor, die entsprechende Gemeinschaft der Wohnungseigentümer führt im Jahr 2020 eine Eigentümerversammlung durch und einer der Wohnungseigentümer fragt den anwesenden Verwalter (der sich noch so bezeichnet, das Amt aber seit 2018 nicht mehr innehat): „Möchten Sie unser Verwalter bleiben?“ An dieser umgangssprachlichen Formulierung würde sich wohl niemand stören. Dies zeigt, dass die Wortlautgrenze – über die sich regelmäßig trefflich streiten lässt – mit einer solchen Auslegung nicht überschritten ist.

Die Gesetzesbegründung deutet auf ein solches Verständnis hin. Dort heißt es wörtlich:

„Die Vorschrift gilt sowohl für den Fall, dass die Amtszeit des Verwalters zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Vorschrift bereits abgelaufen ist, als auch für den Fall, dass sie erst danach abläuft.“⁵

Die Literatur ist dieser Interpretation einhellig gefolgt⁶ und geht teilweise mit Verweis auf eine teleologische Extension⁷ davon aus, dass die Norm auch den vorliegenden Fall erfassen müsse, da es nicht darauf ankomme, wann die Verwalterbestellung abgelaufen sei.

Das Gericht deutet an, dem erweiterten Wortlautverständnis zwar grundsätzlich offen gegenüber zu stehen, dem *in concreto* aber nicht folgen zu wollen, weil die Verwalterbestellung schon zu lange abgelaufen sei.⁸ Es fehle an einem ausreichenden Bezug zur pandemiebedingten Einschränkung der Versammlungsmöglichkeit – ein Erfordernis, das im Wortlaut des § 6 Abs. 1 MaßnG-GesR nicht angelegt ist. In gewisser Weise widerspricht sich das Gericht selbst, wenn es darauf hinweist, dass jedenfalls im Zusammenhang mit Veräußerungsbeschränkungen eindeutige Regelungen geboten seien, um unrichtige Grundbucheintragungen zu vermeiden.⁹ Dem läuft es zuwider, einen zeitlichen Zusammenhang zu fordern, den der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien ausdrücklich nicht schaffen wollte.

In der Sache handelt es sich um ein Kausalitätsargument. Dass die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer keinen Verwalter habe, beruhe auf Versäumnissen in der Vergangenheit und nicht auf den aktuell bestehenden Versammlungsverboten.¹⁰ Betrachtet man dieses Argument genauer,

4 Rdnr. 8 der besprochenen Entscheidung.

5 BT-Drucks. 19/18110, S. 31.

6 *Butenberg/Drasdo/Först/Hannemann/Heilmann*, NZM 2020, 493, 494; *Zehelein/Elzer*, Miete in Zeiten von Corona, 1. Aufl. 2020, § 5 Rdnr. 5; *Staudinger/Jacoby*, Stand: 25.4.2020 (juris), § 26 WEG Rdnr. 114.2; *Palandt/Wicke*, 80. Aufl. 2021, § 26 WEG Rdnr. 24; *Zscheschack*, ZWE 2020, 165, 166; *ders.* in *Schmidt*, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Aufl. 2020, § 4 Rdnr. 80a.

7 So ausdrücklich MünchKomm-BGB/*Cziupka*, Online-Aktualisierung zur 8. Aufl. 2020 vom 4.5.2020, § 26 Rdnr. 23a – abrufbar ausschließlich über Beck-Online (in der Entscheidung des KG irrtümlich dem Autor *Engelhardt* zugeschrieben).

8 Rdnr. 7 der besprochenen Entscheidung.

9 Rdnr. 8 der besprochenen Entscheidung.

10 Rdnr. 10 der besprochenen Entscheidung.

1 Dazu ausführlich *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 137 ff.

2 *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, § 4 Rdnr. 161 ff.

3 Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie vom 27.3.2020, BGBl. 2020 I, S. 570, dort Art. 2.

vermag es nicht zu überzeugen. Intention des Gesetzgebers war es, eine Kompensation dafür zu schaffen, dass *aktuell* keine Versammlungen möglich sind. Diese Unmöglichkeit der Versammlung trifft Wohnungseigentümergeinschaften gleichermaßen, ob die Amtszeit des Verwalters nach dem 28.3.2020 ablief, kurz davor oder bereits vor Jahren.¹¹ Es gibt verschiedene Motivationen, warum – gerade kleinere Wohnungseigentümergeinschaften – möglicherweise auf die Bestellung eines Verwalters verzichten und keiner der Wohnungseigentümer die Bestellung gerichtlich durchsetzt.¹² Wird das Verwalteramt dann „aktuell“, weil zum Beispiel eine Zustimmung erteilt werden soll, werden die Eigentümer daran erinnert und in diese Richtung aktiv. In solchen Fällen wäre diesen Gemeinschaften die Bestellung eines Verwalters auf Dauer der öffentlichrechtlichen Kontaktbeschränkungen verwehrt. Wie sich aktuell zeigt, deutlich länger als ein Jahr. Die Auffassung des Gerichts führt im Ergebnis zu einer „Sanktion“ für Versäumnisse in der Vergangenheit.

Für die Bewertung der Argumentation hilft es, sich die verschiedenen Regelungen im MaßnG-GesR vor Augen zu führen, die der Gesetzgeber für die einzelnen Verbandsformen gewählt hat. Für die Aktiengesellschaft, für Vereine, Stiftungen und Genossenschaften wurden großzügige Regelungen zur elektronischen Abhaltung von Versammlungen vorgesehen (§§ 1, 3 und 5 MaßnG-GesR). Für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung wurde das Verfahren zur schriftlichen Beschlussfassung erleichtert. Diese Regelungen wurden inzwischen verlängert¹³ und ausgebaut.¹⁴ Demgegenüber hat sich der Gesetzgeber für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer nicht dazu durchringen können, die Beschlussfassung auf Ebene des Kollektivorgans zu erleichtern. Stattdessen ging er einen anderen Weg: Durch das Verbleiben des Verwalters im Amt und die Fortgeltung des Wirtschaftsplanes sollte der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer eine Grund-Funktionsfähigkeit erhalten bleiben und so eine Beschlussfassung während der Pandemie obsolet werden. Die Entscheidung des KG führt dazu, dass die Gemeinschaften der Wohnungseigentümer, bei denen die Bestellung des Verwalters vor langer Zeit abgelaufen ist, „ohne zwei“ dastehen: Keine Erleichterung der Beschlussfassung und kein handlungsfähiges Organ. Das kann vom Gesetzgeber kaum gewollt gewesen sein.

11 Zu Recht wird in der Literatur deshalb darauf hingewiesen, dass es auf den Grund der Verwalterlosigkeit nicht ankommt, vgl. *Zschiessack* in *Schmidt*, Rechtsfragen zur Corona-Krise, § 4 Rdnr. 80.

12 Vgl. zu Möglichkeit und Grenzen der verwalterlosen Gemeinschaft *Lehmann-Richter/Wobst*, NJW 2021, 662, 666 Rdnr. 32.

13 Vgl. die Verordnung des BMJV zur Verlängerung von Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie (GesRGenRCOVMMV) vom 20.10.2020 (BGBl. 2020 I, S. 2258).

14 Art. 11 des Gesetzes zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Anpassung pandemiebedingter Vorschriften im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht sowie im Miet- und Pachtrecht vom 22.12.2020 (BGBl. I, S. 3328). Die Regelungen traten zum 28.2.2021 in Kraft.

Der Gesetzgeber hätte zweifelsohne präziser formulieren können. Aus dem Zusammenhang von Wortlaut und Gesetzgebungsmaterialien ist jedoch der Wille des Gesetzgebers unverkennbar. Die Hektik des Gesetzgebungsverfahrens¹⁵ sollte als Argument zwar nicht überstrapaziert werden – die Umstände des Gesetzgebungsverfahrens zu kennen, ermutigt jedoch, teleologische Erwägungen in den Vordergrund zu stellen und nicht am Buchstaben des Gesetzes zu kleben. Zumal – wie oben gezeigt – ein weiteres Verständnis des Wortes „bleiben“ jedenfalls nicht ausgeschlossen scheint.

Im Nachhinein muss man trotz aller Unschärfen im Detail anerkennen, dass der Gesetzgeber für die große Zahl der Verbandsformen eine adäquate Lösung im Rahmen einer „Notgesetzgebung“ geschaffen hat, die in der Praxis überwiegend zu funktionieren scheint. Die Rechtsprechung könnte an dieser Stelle ihren Teil zum Funktionieren in der Praxis beitragen, wenn sie dem Gesetz keine zusätzlichen Erfordernisse beilegt, die aufgrund der eindeutigen Äußerung in der Gesetzesbegründung nicht gewollt waren.

Im Ergebnis wird man dem KG nicht zustimmen können, da es eine Kausalität zwischen Pandemie und Nichtbestellung eines Verwalters fordert, die das Gesetz nicht vorsieht. Selbst wenn man ein solches Merkmal fordern würde, würde sich die entsprechende „Pandemiebezogenheit“ ungezwungen aus der fehlenden aktuellen Bestellmöglichkeit ergeben, die daraus folgt, dass der Gesetzgeber für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer keine Erleichterungen bezüglich der Beschlussfassung geschaffen hat. Ein Ausweichen auf Versammlungen mit Bevollmächtigten scheint zwar möglich,¹⁶ ist aber mit Rechtsunsicherheiten behaftet, wie verschiedene Entscheidungen des letzten Jahres zeigen.¹⁷

Schließlich ist über den konkreten Fall hinaus zu beachten, dass der Verwalter erst mit Inkrafttreten des Gesetzes wieder ins Amt gesetzt wird. Eine Rückwirkung des MaßnG-GesR wird zu Recht abgelehnt,¹⁸ da die Berechtigung des Verwalters im Zeitpunkt der Vornahme der Handlung (hier: Zustimmungserklärung) vorliegen muss.¹⁹ Diese Auffassung wurde jüngst auch durch das OLG Hamm bestätigt.²⁰ Hat also ein Verwalter eine Zustimmungserklärung abgegeben, der zum Zeitpunkt der Abgabe dieser Erklärung nicht im Amt war, so ist diese Erklärung nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zu wiederholen.²¹

15 *Wälzholz/Bayer*, DNotZ 2020, 285, 308.

16 Dazu: DNotI-Abruf-Gutachten Nr. 177331.

17 AG Lemgo, Urteil vom 24.8.2020, 16 C 10/20, ZWE 2020, 480 m. Anm. *Greiner*; AG Kassel, Urteil vom 27.8.2020, 800 C 2563/20, BeckRS 2020, 22007, aufgehoben durch LG Frankfurt a. M., Urteil vom 17.12.2020, 2-13 S 108/20, NJW-RR 2021, 144.

18 DNotI-Report 2020, 84, 85.

19 MünchKomm-BGB/*Commichau*, 8. Aufl. 2020, § 12 WEG Rdnr. 14; BeckOK-WEG/*Hogenschurz*, Stand: 1.1.2021, § 12 Rdnr. 44; Palandt/*Wicke*, § 12 WEG Rdnr. 7.

20 OLG Hamm, Beschluss vom 5.8.2020, I-15 W 266/20, BeckRS 2020, 24847.

21 *Drasdo*, NJW-Spezial 2020, 707.

2. Unwirksamkeit einer Auflassungsvollmacht bei Formnichtigkeit des Übertragungsvertrags

BGH, Urteil vom 27.5.2020, XII ZR 107/17 (Vorinstanz: OLG Naumburg, Urteil vom 2.11.2017, 3 U 30/17)

BGB §§ 125, 139, 167, 311b Abs. 1, §§ 894, 925

LEITSATZ:

Die in einem notariell beurkundeten Angebot auf Übertragung eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück erteilte Auflassungsvollmacht ist im Fall der Formnichtigkeit des Angebots im Zweifel ebenfalls unwirksam. Anders liegt es, wenn eine Partei die andere unwiderlich zur Auflassung bevollmächtigt hat, um so die Vollziehung des Vertrags – und damit die Heilung der Formnichtigkeit des gesamten Vertrags – zu sichern (im Anschluss an BGH, Urteile vom 19.12.1963, V ZR 121/62, WM 1964, 182; vom 30.10.1987, V ZR 144/86, NJW-RR 1988, 348 und vom 17.3.1989, V ZR 233/87, NJW-RR 1989, 1099).

Die Entscheidung ist abgedruckt in der DNotZ 2021, 50.

3. Zur Geltung von Formvorschriften bei einem Vertrag zugunsten Dritter

OLG Nürnberg, Endurteil vom 4.11.2020, 4 U 601/20

BGB §§ 311b, 328, 873

Erbbaurechtsgesetz § 11

GBO §§ 20, 29

LEITSÄTZE:

- 1. Soll ein Erbbaurecht samt Steinmetzbetrieb im Wege eines notariell beurkundeten Vertrags zugunsten Dritter auf einen Dritten übertragen werden, bedarf die Annahme dieses notariell beurkundeten schenkweise angebotenen Erbbaurechts gemäß § 311b BGB, § 11 Erbbaurechtsgesetz ebenfalls der notariellen Beurkundung. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 2. Die Auslegung eines solchen Schenkungsversprechens ergibt, dass dem Dritten das Erbbaurecht samt dem Betrieb schenkweise zugewandt werden solle. Eine solche Zuwendung kann nur gesamt angenommen oder abgelehnt werden. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

I. Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin die Feststellung, dass der Beklagte nach dem Tod seines Vaters mit allen Rechten und Pflichten Inhaber des Betriebs F & Sohn in O ist. Widerklagend begehrt der Beklagte die Beseitigung und Löschung eines zugunsten der Klägerin im Erbbaugrundbuch eingetragenen Nießbrauchsrechts sowie die insoweit lastenfreie Über-

eignung an ihn und Auflassungserklärung im Hinblick auf das Erbbaurecht. Der hilfsweise gestellte Antrag wurde in Stufe 1 anerkannt und ist nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens.

Zur Darstellung des Sachverhalts wird auf die tatsächlichen Feststellungen im Teilend- und Anerkenntnisurteil des LG Amberg vom 23.1.2020 Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Das LG hat festgestellt, dass der Beklagte nach dem Tod seines Vaters F am 27.2.2019 mit allen Rechten und Pflichten Inhaber des Betriebs F & Sohn ist. Die Widerklage des Beklagten hat das LG in den Hauptanträgen abgewiesen.

Mit der Berufung gegen das landgerichtliche Urteil verfolgt der Beklagte seinen erstinstanzlichen Klageabweisungsantrag weiter und beantragt im Hinblick auf die Widerklage:

Die Klägerin wird verurteilt, das Nießbrauchsrecht, eingetragen im Grundbuch des AG Schwandorf – Zweigstelle Oberviechtach – Grundbuch von O (Erbbaugrundbuch), welches zu ihren Gunsten am 6.9.2016 eingetragen wurde, zu beseitigen und die Löschung zu bewilligen.

Die Klägerin wird verurteilt, an den Beklagten das Erbbaurecht, eingetragen im Grundbuch des AG S – Zweigstelle O – Grundbuch von O (Erbbaugrundbuch), an den Beklagten zu übereignen und diesbezüglich die Auflassung zu erklären.

Die Klägerin hat die Zurückweisung der Berufung beantragt.

II. 1. Die zulässige Berufung ist hinsichtlich der Klage erfolgreich, denn der Beklagte ist nach dem Tod seines Vaters nicht Inhaber des Betriebs F & Sohn geworden.

In der Scheidungsvereinbarung vom 11.7.1996 (...) verpflichtete Vater F sich im Wege eines echten Vertrags zugunsten Dritter, das unter Ziffer 1 bezeichnete Erbbaurecht samt dem Steinmetzbetrieb an den gemeinsamen Sohn zu angemessenen und ortsüblichen Bedingungen zu übergeben.

a. Bei dieser Regelung handelt es sich nicht um ein Vermächtnis, denn die Scheidungsvereinbarung beinhaltet keine Verfügung von Todes wegen. Vater F verpflichtete sich ausdrücklich im Wege eines echten Vertrags zugunsten Dritter, also im Rahmen einer vertraglichen Vereinbarung, zur Übergabe des Erbbaurechts samt dem Betrieb zu angemessenen Bedingungen, die (...) u. a. die Versorgung von Vater F durch Gewährung des vollständigen, seinen Alters- und Gesundheitsverhältnissen entsprechenden, standesgemäßen und ortsüblichen Lebensbedarfs beinhaltete. Dies zeigt, dass eine Übergabe zu Lebzeiten des Vaters des Beklagten beabsichtigt war, denn sonst ergäben diese Versorgungsleistungen keinen Sinn. Gleiches gilt für den Übergabezeitpunkt. Dieser sollte von Vater F frei gewählt werden können (...). Auch diese Wahl setzt voraus, dass Vater F lebt. Lediglich als spätesten Zeitpunkt wurde die unverzügliche Übergabe durch die Erben angeordnet; eine Vereinbarung, die nur die Selbstverständlichkeit dokumentiert, dass der Erbe als Gesamtrechtsnachfolger auch die vom Erblasser eingegangenen Verbindlichkeiten erfüllen muss.

b. Der Vertrag zugunsten Dritter ist kein besonderer Vertragstyp. Jeder schuldrechtliche Verpflichtungsvertrag kann durch eine entsprechende Abrede der Vertragsschließenden zu einem Vertrag zugunsten Dritter ausgestaltet werden, so etwa Kauf-,

Miet-, Dienst- und Werkverträge, Schenkung, Auftrag und Versicherungsverträge.

Der Vertrag vom 11.7.1996 stellt ein Schenkungsversprechen des Vater F zugunsten seines Sohnes dar. Hierfür fehlt es auch nicht an der Unentgeltlichkeit (§ 516 Abs. 1 BGB), obwohl die Übergabebedingungen ortsübliche Versorgungsleistungen vorsehen. Die in einem Übergabevertrag vereinbarten Leistungen des Übernehmers zur Versorgung des Übergebenden bei gleichzeitigem Einrücken des Übernehmenden in die Existenzgrundlage des Übergebenden sind in der Regel keine Gegenleistungen für die Übertragung des Grundbesitzes, sondern aus dem zugewendeten Vermögen zu leistende Auflagen. Dementsprechend werden im Steuerrecht die Versorgungsleistungen auch nicht als Veräußerungsentgelt oder Anschaffungskosten des landwirtschaftlichen Betriebs angesehen (vgl. BSG, Urteil vom 26.6.2014, B 2 U 9/13 R, SozR 4-2700 § 2 Nr. 29 und juris Rdnr. 24 m. w. N.). Vielmehr dürfte die Übernahme dieser Verpflichtungen regelmäßig im Hinblick auf mögliche gesetzliche Unterhaltspflichten gegenüber den Eltern (vgl. §§ 1601 ff. BG) erfolgen (vgl. BSG, Urteil vom 26.6.2014, B 2 U 9/13 R, SozR 4-2700 § 2 Nr. 29 und juris Rdnr. 25). Überdies wurden entsprechende Regelungen früher und werden es auch noch heute als sittliche Pflicht der übernehmenden Angehörigen angesehen (vgl. LSG Bayern, Urteil vom 13.5.2013, L 3 U 91/12, juris Rdnr. 37).

c. Gegenstand des notariell beurkundeten Schenkungsversprechens war „das unter Ziffer 1. bezeichnete Erbbaurecht samt dem Betrieb“.

(1) Erbbaurecht ist das veräußerliche und vererbliche Recht, auf oder unter einem fremden Grundstück ein Bauwerk zu haben (§ 1 ErbbauRG). Nach § 2 Nr. 1 ErbbauRG gehören zum Inhalt des Erbbaurechts auch Vereinbarungen des Grundstückseigentümers und des Erbbauberechtigten über die Errichtung, die Instandhaltung und die Verwendung des Bauwerks. Konkret wurde in der Erbbaurechtsbestellungsurkunde vom 2.10.1956 (...) die Errichtung eines Wohn- und Geschäftshauses, bestehend im Erdgeschoss aus Werkstatt mit Bürogebäuden, im Obergeschoss aus zwei Wohnungen je samt Nebengebäuden, insbesondere einer Werkhalle vereinbart. Geregelt wurde auch, dass das Erbbaurecht sich auf den für das Bauwerk nicht erforderlichen Teil des Grundstücks, den der Erbbauberechtigte als Hofraum, Lagerplatz und Garten benützen will, ferner als Arbeitsplatz für sein Geschäft erstreckt. Da der Betrieb bereits vom Großvater des Beklagten gegründet wurde, ist die Werkstatt des Betriebs und die Nutzung des Grundstücks für diesen Betrieb vom Erbbaurecht umfasst. Damit gelten die aufgrund des Erbbaurechts errichteten Gebäude als wesentliche Bestandteile des Erbbaurechts, § 12 Abs. 1 ErbbauRG. Die §§ 94 und 95 BGB finden auf das Erbbaurecht entsprechende Anwendung; die Bestandteile des Erbbaurechts sind nicht zugleich Bestandteile des Grundstücks, § 12 Abs. 2 ErbbauRG. Wesentliche Bestandteile einer Sache können nicht Gegenstand besonderer Rechte sein, § 93 BGB.

(2) Die Auslegung des Schenkungsversprechens in der notariellen Scheidungsvereinbarung ergibt daher, dass der Vater des Beklagten diesem das Erbbaurecht samt dem Betrieb schenkweise zuwenden wollte, wobei diese Zuwendung nur

gesamt angenommen oder abgelehnt werden kann. Das folgt nicht nur aus der Formulierung „Erbbaurecht samt Betrieb“, die schon semantisch auf das Erbbaurecht als führendes Recht hinweist. Sie ergibt sich auch aus den rechtlichen Gegebenheiten: Der Vater des Beklagten hat ein Recht – nicht ein Grundstück –, das er seinem Sohn zuwenden will. Aufgrund dieses Rechts darf auf einem (fremden) Grundstück ein Bauwerk/Bauwerke errichtet werden. Die Bauwerke des Betriebs sind wesentliche Bestandteile des Erbbaurechts, nicht des Grundstücks. Der Vater des Klägers wollte seinen Betrieb ursprünglich noch zu Lebzeiten an seinen Sohn übergeben, der als gelernter Handwerker den Betrieb auf dem Erbbaugrundstück fortführen sollte. Dies gilt unabhängig davon, dass der Beklagte sich bereits 1998 beruflich umorientiert hat und nicht mehr im Betrieb seines Vaters mitarbeitete. Es war schließlich nicht ausgeschlossen, dass bei einer Änderung der Lebensverhältnisse eine Rückkehr und Übernahme des Betriebs, ggf. auch dessen Verpachtung – soweit zulässig – in Betracht kam. Jedenfalls gehörten rechtlich und tatsächlich das Erbbaurecht und der Betrieb untrennbar zusammen. Die Argumentation, dass der Betrieb auch auf einem anderen Grundstück ausgeübt werden könnte, überzeugt nicht. Da jedenfalls die Werkstattgebäude wesentliche Bestandteile des Erbbaurechts sind, können sie weder rechtlich noch tatsächlich „umgezogen“ werden. Die Möglichkeit, irgendwo einen Betrieb aufzubauen, besteht immer, hat aber letztlich mit einer Zuwendung nichts zu tun. Wie sich aus Ziffer IV. c) der Erbbaurechtsbestellungsurkunde vom 2.10.1956 (...) ergibt, bräuchte der Erbbauberechtigte eine schriftliche Zustimmung des Grundstückseigentümers „zur Errichtung und Ausübung eines Gewerbebetriebes irgendwelcher Art in den Gebäuden und Anlagen des Erbbaurechts“. Auch dies unterstreicht, dass der auf dem Erbbaurechtsgrundstück ausgeübte – und vom Grundstückseigentümer genehmigte – Betrieb nur die zulässige Nutzung des Erbbaurechtsgrundstücks umschreibt, denn eine Änderung würde der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedürfen.

(2) Der Beklagte hat das Schenkungsversprechen seines Vaters nicht formwirksam angenommen, denn die Annahme eines notariell beurkundeten schenkweise angebotenen Erbbaurechts bedarf ebenfalls der notariellen Beurkundung, § 311b Abs. 1 BGB, § 11 ErbbauRG. Diese notarielle Beurkundung hat nicht stattgefunden. Wie bereits ausgeführt, findet eine Trennung zwischen Erbbaurecht und Betrieb nicht statt. Die jedenfalls zeitweise Fortführung des Betriebs führt nicht dazu, dass der Beklagte Inhaber des Betriebs geworden wäre. Denn er hat den Betrieb – und dies ist zwischen den Parteien unstreitig – nur in Ausübung seiner vermeintlichen Rechtsstellung als Begünstigter aus dem notariellen Schenkungsversprechen fortgeführt, was sich auch aus dem Wortlaut der Vereinbarung vom 25.3.2019 ergibt: „gemäß der Übergabeverpflichtung aus der Urkunde vom 11.7.1996 (...)“ Deren Formwirksamkeit führt dazu, dass der Beklagte nicht Inhaber des Betriebs geworden ist. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) liegt nicht darin, dass der Beklagte sich auf die Beachtung gesetzlicher Formvorschriften beruft.

2. Im Übrigen bleibt die Berufung erfolglos.

Der Beklagte hat keinen Anspruch auf lastenfreie (also ohne den Nießbrauch) Auflassung und Eintragung des Erbbaurechts im Grundbuch.

Eine notarielle Beurkundung der Annahmeerklärung liegt nicht vor, sodass ein Anspruch aus § 523 BGB von vorneherein ausscheidet. Der Beklagte hat auch deutlich gemacht, dass er das Erbbaurecht nur lastenfrei oder gar nicht haben möchte und er die beiden Widerklageanträge als Einheit ansieht. Die Belastung des Erbbaurechts mit einem Nießbrauch war nach Ziffer 2.3.2 der Scheidungsvereinbarung vom 11.7.1996 (...) zulässig. Soweit der Beklagte einwendet, dass sich aus Ziffer IV. der Erbbaurechtsbestellungsurkunde ergäbe, dass die Belastung mit einem Nießbrauch nur mit Zustimmung des Grundstückseigentümers zulässig sein soll und dies daraus folge, dass auch die Belastung mit einer Reallast oder Rentenschuld zustimmungspflichtig seien und ein Nießbrauch noch weiter gehen würde, überzeugt dies nicht. Ziffer IV. der Erbbaurechtsbestellungsurkunde enthält eine enumerative Aufzählung von genau bezeichneten Rechten. Nießbrauch ist nicht dabei. Im Übrigen wäre nach Ziffer IV. d) auch die Veräußerung des Erbbaurechts außer an Familienmitglieder zustimmungspflichtig. Wenn aber der Erbbauberechtigte das Erbbaurecht zustimmungsfrei an seine Ehefrau (oder seinen Sohn) übertragen könnte, dann kann er erst recht diesem begünstigten Personenkreis (hier seiner Ehefrau) einen Nießbrauch einräumen, denn eine Nießbrauchsbestellung ist ein weniger im Vergleich zur Übertragung des Erbbaurechts.

Es ist zwar richtig, dass die – hier nachträgliche – Belastung des Erbbaurechts mit einem Nießbrauch den Wert des Geschenks mindert und der Beklagte „benachteiligt“ ist. Das kann er aber nicht verhindern. Er kann die Größe seines Geschenks nicht selbst bestimmen. Er kann es nur annehmen oder nicht. Es ist ein Vertrag zugunsten Dritter, nicht zulasten Dritter.

Im Übrigen liegen weder ein Wegfall der Geschäftsgrundlage noch ein Verstoß gegen Treu und Glauben vor.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91, 92 Abs. 1, § 97 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

Die Revision gegen dieses Urteil war nicht zuzulassen. Zulassungsgründe im Sinne des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO liegen nicht vor.

ANMERKUNG:

Von Notar **Johannes Attenberger, Vilseck**

Ausgangspunkt der Entscheidung ist eine Scheidungsvereinbarung zwischen dem mittlerweile verstorbenen Vater des Beklagten und dessen damaliger Ehefrau aus dem Jahre 1996, in der der Vater des Beklagten sich im Wege eines echten Vertrags zugunsten Dritter, also zugunsten des Beklagten, verpflichtete, sein Erbbaurecht samt Steinmetzbetrieb an den gemeinsamen Sohn zu angemessenen und ortsüblichen Bedingungen zu Lebzeiten zu übergeben.

Diese Übergabeverpflichtung war bis zum Tod des Vaters am 27.2.2019 nicht erfüllt worden, wobei sie in diesem Fall nach den Vereinbarungen unverzüglich durch die Erben zu erfüllen ist. Diese Übergabeverpflichtung ist nunmehr Streitgegenstand zwischen dem Beklagten und der Klägerin als Erbin des Vaters. Nach dem Tod des Vaters wurde am 25.3.2019 eine privatschriftliche Vereinbarung zwischen den Parteien geschlossen, wonach der Beklagte den Betrieb „gemäß der Übergabeverpflichtung“ fortführt.

Das OLG führt hierzu in seiner Urteilsbegründung insbesondere aus (Abschnitt II. 1. c) (2) – richtig wohl II. 1. c) (3)):

„Der Beklagte hat das Schenkungsversprechen seines Vaters nicht formwirksam angenommen, denn die Annahme eines notariell beurkundeten schenkweise angebotenen Erbbaurechts bedarf ebenfalls der notariellen Beurkundung, § 311b Abs. 1 BGB, § 11 ErbbauRG. Diese notarielle Beurkundung hat nicht stattgefunden. Wie bereits ausgeführt, findet eine Trennung zwischen Erbbaurecht und Betrieb nicht statt. Die jedenfalls zeitweise Fortführung des Betriebs führt nicht dazu, dass der Beklagte Inhaber des Betriebs geworden wäre. Denn er hat den Betrieb – und dies ist zwischen den Parteien unstrittig – nur in Ausübung seiner vermeintlichen Rechtsstellung als Begünstigter aus dem notariellen Schenkungsversprechen fortgeführt, was sich auch aus dem Wortlaut der Vereinbarung vom 25.3.2019 ergibt: gemäß der Übergabeverpflichtung aus der Urkunde vom 11.7.1996 (...). Deren Formunwirksamkeit führt dazu, dass der Beklagte nicht Inhaber des Betriebs geworden ist. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) liegt nicht darin, dass der Beklagte sich auf die Beachtung gesetzlicher Formvorschriften beruft.“

Diesen Rechtsausführungen kann nicht zugestimmt werden. Zwar stellt das OLG zunächst unter Abschnitt II. 1. b. zutreffend fest, dass es sich vorliegend um einen Vertrag zugunsten Dritter handelt. Die Grundsätze des Vertrags zugunsten Dritter werden im Folgenden dann aber nicht berücksichtigt, insbesondere auch im Hinblick auf die Frage, ob und welche Formvorschriften bei einem Vertrag zugunsten Dritter in welchem Rechtsverhältnis einzuhalten sind. Bei einem Vertrag zugunsten Dritter – wie hier der Übergabeverpflichtung in der Scheidungsvereinbarung – handelt es sich um ein Dreipersonenverhältnis, bei dem drei Rechtsverhältnisse, nämlich Deckungs-, Valuta- und Vollzugsverhältnis, zu unterscheiden sind.

Das Valutaverhältnis, also die Rechtsbeziehung zwischen Versprechensempfänger (hier der ehemaligen Ehefrau des Erblassers als Beteiligte der Scheidungsvereinbarung) und dem Beklagten als Drittem, ist hier nicht weiter von Interesse. Entscheidend sind vorliegend Deckungs- und Vollzugsverhältnis. Als Deckungsverhältnis wird beim Vertrag zugunsten Dritter der Vertrag zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger bezeichnet, hier also die in der Scheidungsvereinbarung vereinbarte Übergabeverpflichtung zwischen dem Erblasser als Versprechendem und dessen damaliger Ehefrau als Versprechensempfängerin. Das Deckungsverhältnis bestimmt sowohl den Inhalt der zu erbringenden Leistung, als auch die Person des Dritten. Und

vor allem: Aus ihm entsteht beim echten Vertrag zugunsten Dritter die Forderung des Dritten ohne sein Zutun. Bei diesem Vollzugsverhältnis, also der Beziehung zwischen dem Versprechenden (hier dem Erblasser) und dem Dritten (hier dem Beklagten) handelt es sich nicht um ein vertragliches Verhältnis.¹ Der Dritte erwirbt die durch das Deckungsverhältnis begründete Forderung sogar auch unabhängig von seiner Geschäftsfähigkeit.² Soweit das OLG ausführt, der Beklagte habe „das Schenkungsversprechen seines Vaters nicht formwirksam angenommen (...)“, ist dies bereits insofern unzutreffend, als das Schenkungsversprechen für das Entstehen des schuldrechtlichen Übergabeanspruchs eben gar nicht angenommen werden muss, sondern der Anspruch ohne sein Zutun, ja sogar unabhängig von seiner Geschäftsfähigkeit, entstanden ist.

Wenn das OLG, den vorstehend zitierten Satz weiter ausführend begründet, „(...) denn die Annahme eines notariell beurkundeten schenkweise angebotenen Erbbaurechts bedarf ebenfalls der notariellen Beurkundung, § 311b Abs. 1 BGB, § 11 ErbbauRG“, ist auch dies so nicht zutreffend. Denn ob der Vertrag zugunsten Dritter einer Form bedarf, richtet sich ausschließlich nach dem Deckungsverhältnis.³ Dagegen sind das Valuta- und das Vollzugsverhältnis für die beim Vertrag zugunsten Dritter einzuhaltende Form ohne Bedeutung.⁴ Die vom OLG angeführten Formvorschriften § 311b Abs. 1 BGB und § 11 ErbbauRG wurden im Deckungsverhältnis (notariell beurkundete Scheidungsvereinbarung) eingehalten; für die Frage der Erfüllung der schuldrechtlichen Übergabeverpflichtung sind sie aufgrund des Trennungsprinzips dagegen nicht relevant. Allein maßgebliche Formvorschriften für die Erfüllung der schuldrechtlichen Übergabeverpflichtung durch dingliche Übertragung des Erbbaurechts sind die § 11 Abs. 1 ErbbauRG, § 873 BGB und §§ 20, 29 GBO: So erfolgt die Übertragung des Erbbaurechts nach § 11 Abs. 1 ErbbauRG durch Einigung und Eintragung, § 873 BGB. Die Einigung ist grundsätzlich formlos möglich, die Auflassungsform des § 925 BGB ist gemäß der ausdrücklichen Regelung des § 11 Abs. 1 ErbbauRG nicht einzuhalten; jedoch ist dem Grundbuchamt die Einigung nach § 20 GBO in der Form des § 29 GBO nachzuweisen. Sofern also im Hinblick auf die vom OLG unzutreffend (siehe dazu sogleich noch) angenommene Untrennbarkeit von Erbbaurecht und Steinmetzbetrieb Formvorschriften auch hinsichtlich der Übertragung des Steinmetzbetriebes zu beachten gewesen wären, würde die ausschließlich privatschriftliche Vereinbarung vom 25.3.2019 lediglich die grundbuchrechtlichen, rein formellen, Formvorschriften der §§ 20, 29 GBO nicht erfüllen und es wäre bzgl. einer eventuellen Einigung über die Übertragung des Erb-

baurechts mangels Beurkundung keine Bindung nach § 873 Abs. 2 BGB eingetreten. Diese Formvorschriften sind vorliegend jedoch hinsichtlich der Vereinbarung vom 25.3.2019 bereits schon nicht einschlägig, da in dieser Vereinbarung – nach den tatbestandlichen Feststellungen der Vorinstanz⁵ – ausdrücklich geregelt wurde, dass „Über das Erbbaurecht [...] eine gesonderte Regelung getroffen [wird].“.

Wenn das OLG aber formuliert, der Beklagte habe den Betrieb „in Ausübung seiner vermeintlichen Rechtsstellung als Begünstigter aus dem notariellen Schenkungsversprechen fortgeführt“ scheint es irrigerweise davon auszugehen, dass bereits kein wirksamer schuldrechtlicher Anspruch besteht. Dies ist, wie vorstehend ausgeführt, nicht zutreffend. Es ist nach dem Trennungsprinzip zu differenzieren zwischen dem schuldrechtlichen Anspruch und dessen Formvorschriften einerseits und der Erfüllung dieses Anspruchs und der hierfür einschlägigen Formvorschriften andererseits.

Das OLG geht schließlich weiter davon aus, dass die „Formunwirksamkeit“ der Vereinbarung vom 25.3.2019 über die Fortführung des Steinmetzbetriebs dazu führe, dass der Beklagte nicht nur nicht Inhaber des Erbbaurechts, sondern auch nicht Inhaber des Steinmetzbetriebs geworden sei. Die zeitweise Fortführung des Betriebs führe nicht dazu, dass der Beklagte Inhaber des Betriebs geworden wäre. Das OLG geht dabei in seiner Urteilsbegründung davon aus, dass „das Erbbaurecht und der Steinmetzbetrieb rechtlich und tatsächlich untrennbar zusammen gehören“ und führt dazu aus:

„Die Auslegung des Schenkungsversprechens in der notariellen Scheidungsvereinbarung ergibt daher, dass der Vater des Beklagten diesem das Erbbaurecht samt dem Betrieb schenkweise zuwenden wollte, wobei diese Zuwendung nur gesamt angenommen oder abgelehnt werden kann.“⁶

Auch an dieser Stelle der Urteilsbegründung scheint keine klare Abgrenzung zwischen dem Anspruch aus der Übergabeverpflichtung, also der schuldrechtlichen Ebene, einerseits und der Erfüllung dieses Anspruchs durch Übertragung des Steinmetzbetriebs und/oder des Erbbaurechts andererseits, erfolgt zu sein. Es mag – je nach Auslegung des schuldrechtlichen Übertragungsanspruchs – durchaus zutreffend sein, dass der Anspruch vom Berechtigten nicht lediglich teilweise geltend gemacht werden kann, sodass es dem Berechtigten möglicherweise verwehrt ist, die Übertragung nur des Erbbaurechts ohne gleichzeitige Übertragung des Betriebs zu verlangen. Es erschließt sich jedoch nicht, warum eine teilweise Erfüllung des Übertragungsanspruchs, wie hier bzgl. des Betriebs aufgrund der Fortführungsvereinbarung vom 25.3.2019 unter gleichzeitiger ausdrücklicher Vereinbarung, dass über das Erbbaurecht noch eine gesonderte Regelung getroffen werden soll, von vorneherein nicht möglich sein soll.

1 BGH, Urteil vom 9.4.1970, KZR 7/69, BGHZ 54, 145, 147 = NJW 1970, 2157; Urteil vom 22.9.2005, III ZR 295/04, NJW 2005, 3778; MünchKomm-BGB/Gottwald, 8. Aufl. 2019, § 328 Rdnr. 30; Palandt/Grüneberg, 78. Aufl. 2019, Vor § 328 Rdnr. 5.

2 MünchKomm-BGB/Gottwald, § 328 Rdnr. 30 m. w. N.

3 BGH, Urteil vom 9.4.1970, KZR 7/69, BGHZ 54, 145, 147 = NJW 1970, 2157; Palandt/Grüneberg, Vor § 328 Rdnr. 7; MünchKomm-BGB/Gottwald, § 328 Rdnr. 27 m. w. N.

4 BeckOK-BGB/Janoschek, Stand: 1.11.2020, § 328 Rdnr. 13.

5 LG Amberg, Urteil vom 23.1.2020, 23 O 437/19.

6 Abschn. II. 1. c) (2).

4. Gutgläubiger lastenfrier Erwerb eines Grundstücks mit Strommasten

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 7.1.2020, 14 W 126/19

BGB § 892 Abs. 1 Satz 1

GBO § 53 Abs. 1 Satz 1

LEITSÄTZE:

- 1. Für die Eintragung eines Amtswiderspruchs genügt es, dass eine Unrichtigkeit des Grundbuchs zum Zeitpunkt der Eintragung des Amtswiderspruchs glaubhaft gemacht ist.**
- 2. Wenn ein auf einem Grundstück lastendes Recht versehentlich gelöscht wurde, ist ein gutgläubiger lastenfrier Erwerb des Grundstücks nur bei positiver Kenntnis des Erwerbers von der Unrichtigkeit des Grundbuchs ausgeschlossen. Wenn dem Erwerber bekannt ist, dass auf dem Grundstück Masten stehen, über die eine Stromleitung geführt wird, genügt dies ohne das Vorliegen weiterer Indizien nicht, um die positive Kenntnis des Erwerbers bezüglich einer diesbezüglichen, auf dem Grundstück lastenden Dienstbarkeit als überwiegend wahrscheinlich anzusehen.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Beteiligte Ziffer 1 wendet sich mit der Beschwerde gegen von Amts wegen eingetragene Widersprüche im Grundbuch.

2 Der Beschwerdeführer ist Eigentümer der etwa 1 Hektar großen Landwirtschaftsfläche W in H, Flst. Nr. (...), die im Grundbuch Nr. (...) von H eingetragen ist. Das Grundstück war zunächst im Grundbuch von H Nr. (...) unter lfd. Nr. 20 als Eigentum der Erbengemeinschaft A eingetragen. In der zweiten Abteilung des Grundbuchs waren zulasten des Grundstücks im Jahr 1959 eine Dienstbarkeit wegen Duldung eines Hochspannungsleitungsmasts und im Jahr 1973 ein Stromleitungs- und Mastenrecht eingetragen worden. Begünstigt war die K AG, aus der nach einem Zusammenschluss die Beteiligte Ziffer 2 hervorgegangen ist. Durch einen Auseinandersetzungsvertrag vom 17.3.2014 wurde das Eigentum an dem Grundstück – neben anderen – dem Miterben H A übertragen. Am 17.9.2014 wurde das Grundstück nach Grundbuchblatt Nr. (...) – dort als lfd. Nr. 2 – übertragen. Dabei wurden die eingetragenen Belastungen versehentlich nicht übernommen bzw. lediglich für eine andere Fläche eingetragen.

3 Der Beschwerdeführer kaufte mit Vertrag vom 13.10.2015 das oben bezeichnete Grundstück, wobei als Belastung lediglich der mittlerweile eingetragene Zwangsversteigerungsvermerk genannt wurde; auf die Urkunde des Notariats S (Nr. ...) wird Bezug genommen. Am 27.1.2016 wurde der Beteiligte Ziffer 1 als Eigentümer, jetzt im Grundbuch Nr. (...), eingetragen. (...)

5 Das Grundbuchamt hat die Beteiligte Ziffer 2 mit Schreiben vom 6.6.2019 darauf hingewiesen, dass nach seiner Auffassung ein gutgläubiger lastenfrier Erwerb erfolgt sei und eine

erneute Eintragung nicht von Amts wegen erfolgen könne. Die Beteiligte Ziffer 2 verwies darauf, dass die Leitung nach wie vor bestehe und regte die Eintragung eines Widerspruchs an (...). Das Grundbuchamt kam dem nach und trug am 11.7.2019 im Grundbuch Nr. (...) in der zweiten Abteilung unter Nr. 1 und 2 zugunsten der Beteiligten Ziffer 2 Widersprüche gemäß § 892 BGB gegen die am 17.9.2014 erfolgte Löschung der oben beschriebenen Dienstbarkeiten ein.

6 Der Beteiligte Ziffer 1 hat gegen die Eintragung Beschwerde eingelegt und beantragt, die Widersprüche zu löschen. Er trägt vor, das Grundbuch sei nicht unrichtig, da er das Grundstück gutgläubig lastenfrier erworben habe (...). Das Grundbuchamt hat der Beschwerde mit Beschluss vom 25.9.2019 nicht abgeholfen und dies damit begründet, dass ein gutgläubiger Erwerb nicht erfolgt sei. Der Beschwerdeführer wohne nämlich vor Ort und habe den Grundbesitz vor dem Erwerb bewirtschaftet; es sei davon auszugehen, dass er aufgrund der weithin sichtbaren Masten die Tatsachen gekannt habe.

7 II. Die Beschwerde ist zulässig und begründet.

8 Die Voraussetzungen für die Eintragung eines Amtswiderspruchs gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO lagen nicht vor.

9 1. Das Grundbuchamt geht zu Recht davon aus, dass eine Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorliegt. Auch eine nicht beabsichtigte Löschung durch die versehentlich unterbliebene Übertragung eines Rechts stellt eine Eintragung im Sinne des § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO dar, die Grundlage für einen Amtswiderspruch sein kann (vgl. BeckOK-GBO/Reetz, § 46 Rdnr. 81 ff.; BeckOK-GBO/Holzer, § 53 Rdnr. 9).

10 2. Durch die fehlerhafte Übertragung wurde das Grundbuch – in Form des Grundbuchblatts Nr. (...) – zunächst unrichtig, weil die Dienstbarkeiten mangels eines dinglichen Rechtsgeschäfts, das sich auf die Wirksamkeit auswirken konnte, materiell fortbestanden.

11 3. Die Unrichtigkeit des Grundbuchs muss jedoch auch noch zum Zeitpunkt der Eintragung des Amtswiderspruchs bestehen (vgl. BeckOK-GBO/Holzer, § 53 Rdnr. 29 m. w. N.). Da der Amtswiderspruch nur ein vorläufiges Sicherungsmittel zur Verhinderung eines gutgläubigen (hier: lastenfrieren) Erwerbs darstellt, genügt es insofern, dass die Unrichtigkeit des Grundbuchs glaubhaft gemacht ist (vgl. BeckOK-GBO/Holzer, § 53 Rdnr. 32; BayObLG, NJW-RR 1986, 380; KG, Beschluss vom 8.8.1972, 1 W 1270/71, juris). Aus den nach den Ermittlungen des Grundbuchamts zugrunde zu legenden Tatsachen ergibt sich aber keine hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür, dass die gelöschten Dienstbarkeiten bei Eintragung der Widersprüche materiellrechtlich weiterhin bestanden.

12 a) Das Grundbuchamt hat zutreffend erkannt, dass es darauf ankommt, ob die Rechte der Beteiligten Ziffer 2 durch den Erwerb des Grundstücks durch den Beteiligten Ziffer 1 gemäß § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB erloschen sind; da der gutgläubige Erwerber das Grundstück so erwirbt, als entspräche die Eintragung der wahren Rechtslage, wird dadurch nämlich das Grundbuch richtig (vgl. Palandt/Herrler, 79. Aufl., § 892 Rdnr. 19).

13 b) Nach dem Wortlaut des § 892 BGB ist von der Gutgläubigkeit des Erwerbers auszugehen. Das Fehlen des guten

Glaubens hat der Gegner des Erwerbers zu beweisen, wobei nur die positive Kenntnis der Unrichtigkeit der Eintragung den gutgläubigen Erwerb verhindert; dabei muss sich die Kenntnis auf die wirkliche dingliche Rechtslage am Grundstück beziehen (vgl. Staudinger/*Picker*, § 892 Rdnr. 145). Eine fahrlässige Unkenntnis genügt nicht, es kommt also nicht darauf an, ob der Erwerber aufgrund bestimmter Tatsachen bei gebotener Sorgfalt einen Schluss auf das Bestehen oder Nichtbestehen von Rechten ziehen musste.

14 c) Auf eine positive Kenntnis – als innere Tatsache – kann regelmäßig nur aufgrund von Indizien geschlossen werden (vgl. Staudinger/*Picker*, § 892 Rdnr. 172; MünchKomm-BGB/*Kohler*, § 892 Rdnr. 49 f.). Wenn feststeht, dass der Erwerber die maßgeblichen Tatsachen kennt und sich die Unrichtigkeit des Grundbuchs geradezu aufdrängt (so OLG Brandenburg, BeckRS 2008, 26216), kann ein Schluss auf die positive Kenntnis gerechtfertigt sein.

15 aa) Im vorliegenden Fall ist zunächst davon auszugehen, dass der Inhalt des Kaufvertrags, der die vorhandene Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks aufführt, aus Sicht des Erwerbers gegen das Vorhandensein weiterer Belastungen spricht. Sonstige Anhaltspunkte dafür, dass die Rechte der Beteiligten Ziffer 2 im Rahmen der Vertragsverhandlungen eine Rolle gespielt hätten, gibt es nicht.

16 bb) Auch der zwischen den Beteiligten nicht streitige Umstand, dass dem Beteiligten Ziffer 1 der tatsächliche Bestand der Masten und Leitungen bekannt war, lässt entgegen der Auffassung des Grundbuchamts nicht den Schluss zu, dass diesem das Vorhandensein einer entsprechenden dinglichen Belastung – entgegen des Schweigens des Grundbuchs – bekannt war. Da es um die tatsächliche Kenntnis des Erwerbers geht, kommt es nicht auf eine objektivierte Betrachtungsweise an, sondern darauf, wie sich die tatsächlichen Umstände dem Beschwerdeführer zum Zeitpunkt des Eintragungsantrags darstellten und welche Schlüsse er auf dieser Grundlage im Hinblick auf die dingliche Rechtslage tatsächlich gezogen hat. Danach kann es aber nicht – im Sinne der notwendigen Glaubhaftmachung – als überwiegend wahrscheinlich angesehen werden, dass der Beteiligte Ziffer 1 aufgrund der Tatsache, dass ihm das Vorhandensein von Masten und Stromleitung bekannt sind, den Schluss zog, dass zugunsten des Stromversorgungsunternehmens eine – nun nicht mehr eingetragene – Dienstbarkeit begründet worden war. Dabei ist zunächst zu sehen, dass es zwar zweckmäßig ist, eine Grundstücksnutzung, wie sie das Aufstellen von Masten bzw. das Überspannen mit Leitungen darstellt, in Form einer dinglichen Belastung zu regeln; rechtlich zwingend ist dies jedoch nicht. So gibt es neben der Möglichkeit einer schuldrechtlichen Vereinbarung der Nutzung auch gesetzliche Nutzungsbeschränkungen, wie zum Beispiel (für den Anschlussnehmer, der Grundstückseigentümer ist) durch §§ 18 Abs. 3 ENWG, 12 Abs. 1 NAV (vgl. BeckOGK-BGB/*Kazele*, § 1018 Rdnr. 105). Für einen rechtlichen Laien drängt es sich nicht ohne Weiteres auf, dass dort, wo Stromleitungen mit Masten über ein Grundstück geführt werden, entsprechende Grunddienstbarkeiten bestehen. Im konkreten Fall liegt es nahe, dass sich der Beschwerdeführer in Bezug auf die dingliche Rechtslage, soweit sie Dienstbarkeiten betrifft, gar keine bewusste Vorstellung

gemacht hat. Bei einem Erwerber, der ein landwirtschaftliches Grundstück bewirtschaften will, spricht viel dafür, dass er das Vorhandensein einer solchen Leitung bzw. der Masten als Eigenschaft der Kaufsache hinnimmt, ohne Erwägungen darüber anzustellen, aus welchen Gründen er zu deren Duldung verpflichtet ist. Nicht zuletzt wird diese Annahme dadurch gestützt, dass der Beteiligte Ziffer 1 nach dem Erwerb des Grundstücks gegenüber der Beteiligten Ziffer 2 das Bestehen des Masts und der Leitung nicht beanstandet hat, sondern erst im Rahmen der Eintragung des Widerspruchs Einwendungen erhoben hat.

17 Daher liegen hinreichende Indizien, die eine positive Kenntnis des Beteiligten zu 1 vom Bestehen der Belastungen glaubhaft machen, nicht vor. Es ist von einem gutgläubigen lastenfreien Erwerb auszugehen.

18 Das Grundbuchamt war daher zur Löschung der Amtswidersprüche anzuweisen.

19 III. Der Geschäftswert war gemäß § 61 Abs. 1, § 36 Abs. 3 GNotkG auf 5.000 € festzusetzen. Anhaltspunkte für einen vom Regelwert abweichenden Betrag haben sich nicht ergeben.

BÜRGERLICHES RECHT – SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

5. Zum Erfordernis einer Eintragung der Bedingung oder Befristung des dinglichen Rechts an einem Grundstück im Grundbuch

BGH, Beschluss vom 1.10.2020, V ZB 51/20 (Vorinstanz: OLG Hamm, Beschluss vom 18.6.2020, I-15 W 277/19*)

BGB § 873 Abs. 1, § 874 Satz 1, § 1105 Abs. 1 Satz 1, § 1111 Abs. 1

GBO § 22 Abs. 1, § 23 Abs. 1, § 29 Abs. 1

LEITSÄTZE:

- 1. Soll ein dingliches Recht an einem Grundstück unter einer Bedingung oder einer Befristung stehen, wird dies nur dann zum Inhalt des Grundbuchs, wenn die Bedingung oder die Befristung in das Grundbuch selbst aufgenommen werden. Die Bezugnahme auf eine Eintragungsbewilligung, in der die Bedingung oder die Befristung enthalten ist, genügt nicht.**
- 2. Das gilt auch, wenn eine Reallast auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt werden soll.**
- 3. Dass der Eigentümer eines Grundstücks die Eintragung einer auf die Lebenszeit des Berechtigten befristeten Reallast bewilligt, begründet in aller Regel keinen Nachweis im Sinne des § 29 Abs. 1 GBO, dass es zu einer entsprechenden Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Berechtigten im Sinne des § 873 Abs. 1 BGB gekommen ist.**

* MittBayNot 2021, 249 (in diesem Heft).

- 4. Einigen sich der Grundstückseigentümer und der Berechtigte einer Reallast lediglich über ein befristetes Recht (hier: Beschränkung der Reallast auf die Lebenszeit des Berechtigten) und wird stattdessen ein unbefristetes Recht eingetragen, so entsteht das Recht in dem Umfang, in dem sich Einigung und Eintragung decken, also nur befristet. Die Eintragung eines unbefristeten Rechts wäre dann unrichtig. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte, eine Kommanditgesellschaft, ist im Grundbuch als Eigentümerin des im Eingang dieses Beschlusses bezeichneten Grundbesitzes eingetragen. In Abteilung II ist unter der laufenden Nr. 1 zugunsten von Frau K L eine Reallast eingetragen. Der Eintragungsvermerk lautet wie folgt:

„Reallast (Geldrente) – mit Wertsicherungsklausel – für K L (...)

Bezug: Bewilligungen vom 29.10. und 23.12.2009 (UR-Nr. 407 und 504/2009 des Notars [...]). Eingetragen am 27.1.2010.“

In der Bewilligung vom 29.10.2009 heißt es unter anderem:

„Die Reallast dient der Sicherung einer Verbindlichkeit des Dr. jur. R L, der Begünstigten, (...), eine monatlich im Voraus fällige Rente von derzeit 3.200 € zu zahlen.

Der Rentenanspruch ergibt sich aus der Urkunde des Notars A B vom 13.6.1980 (dessen UR-Nr. 15/1980 [...]).“

2 Am 23.12.2009 ergänzte die Beteiligte die Bewilligung dahin gehend,

„dass Grundlage für die Eintragung dieser Bewilligung die in Kopie beigefügte Urkunde vom 13.6.1980 (UR-Nr. 15/1980 des Notars A B [...]) ist, jedoch mit der Maßgabe, dass der durch die Reallast besicherte Rentenanspruch derzeit 3.200 € beträgt (...).“

3 Die der notariell beglaubigten Erklärung in Fotokopie beigefügte Urkunde vom 13.6.1980 enthält einen Unterhalts- und Auseinandersetzungsvertrag zwischen Frau L und deren damaligen Ehemann (Herrn Dr. L). Dieser gab in dem Vertrag – im Hinblick auf ein anderes, nicht im Eigentum der Beteiligten stehendes Grundstück – folgende Erklärung ab:

„Ich, (...), bin Eigentümer der Wohnhausgrundbesitzung (...) eingetragen im Grundbuch von D Bl. 2761. Ich bewillige und beantrage, im Grundbuch meines vorgenannten Grundbesitzes für (...), Frau K L, (...), für die Lebensdauer (Unterstreichung durch den Senat) die Eintragung einer Reallast mit folgenden Bestimmungen:

Die Rente beginnt am 1.11.1980. Sie beträgt monatlich 3.400 DM. Die Rente soll wertgesichert sein.“

4 Die Beteiligte hat zuletzt mit Schriftsatz vom 7.1.2019 bei dem Grundbuchamt die Löschung der Reallast beantragt und eine Sterbeurkunde vorgelegt, wonach die Reallastberechtigte Frau L am 5.1.2018 verstorben ist. Das Grundbuchamt hat der Beteiligten durch Zwischenverfügung vom 17.1.2019 aufgegeben, eine Löschungsbewilligung der Erben

der Reallastberechtigten sowie einen Erbennachweis einzureichen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde ist vor dem OLG erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Beteiligte ihren Löschantrag weiter.

5 II. Das Beschwerdegericht meint, die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für den Erlass einer Zwischenverfügung gemäß § 18 GBO lägen vor. Könne der Unrichtigkeitsnachweis nicht oder nicht vollständig geführt werden, bestünden keine Bedenken, dem jeweiligen Antragsteller durch eine Zwischenverfügung Gelegenheit zur Behebung des Hindernisses durch Beibringung der Bewilligung der durch die Eintragung in ihren Rechten Betroffenen zu geben. In der Sache könne die Reallast nur bei Vorliegen einer entsprechenden Bewilligung gemäß § 19 GBO gelöscht werden. Die Voraussetzungen für eine erleichterte Löschungsmöglichkeit gemäß den §§ 23, 24 GBO seien nicht gegeben. Zwar sei die Jahresfrist abgelaufen und kein Widerspruch des Rechtsnachfolgers gegen die Löschung erhoben worden (§ 23 Abs. 1 GBO). Es könne aber nicht davon ausgegangen werden, dass ein auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränktes Recht eingetragen worden sei. Hierfür genüge es nicht, dass sich aus der Eintragungsbewilligung vom 23.12.2009 in Verbindung mit der beigefügten Urkunde vom 13.6.1980 mit hinreichender Deutlichkeit ergebe, dass die Reallast lediglich ein auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränktes Rentenrecht habe sichern sollen. Eine Bezugnahme nach § 874 Satz 1 BGB scheidet nämlich aus, weil Bedingungen oder Befristungen eines Rechts nicht lediglich dessen näheren Inhalt betreffen, sondern hiermit eine wesentliche Eigenschaft des Rechts angesprochen sei. Hieran ändere es nichts, dass lediglich das Stammrecht der Reallast auf den Tod des Berechtigten befristet sei, während eventuelle Ansprüche auf Rückstände nicht durch Fristablauf erloschen seien. Die Löschung sei auch nicht gemäß § 22 GBO vorzunehmen, da sich nicht feststellen lasse, dass die Reallast materiellrechtlich (insgesamt) nur als auf die Lebenszeit beschränkt entstanden sei. Die Eintragung sei lediglich aufgrund einer einseitigen Bewilligung der Beteiligten erfolgt. Der in einfacher Kopie vorgelegte anwaltliche und notarielle Schriftwechsel genüge im Hinblick auf § 29 GBO nicht den im Rahmen des § 22 GBO geltenden Nachweisanforderungen.

6 III. 1. Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und gemäß § 78 Abs. 3 Satz 1 GBO i. V. m. § 71 FamFG auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde hat allein deshalb Erfolg, weil das Grundbuchamt eine Zwischenverfügung mit einem nach § 18 GBO nicht zulässigen Inhalt erlassen hat.

7 a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats bezieht sich § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO nur auf die Beseitigung eines der Eintragung entgegenstehenden Hindernisses und ist nicht anwendbar, wenn der Mangel des Antrags nicht mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann. Vor diesem Hintergrund kann dem Antragsteller mit einer Zwischenverfügung nach § 18 GBO nicht aufgegeben werden, eine erst noch zu erklärende Eintragungsbewilligung eines unmittelbar betroffenen Dritten beizubringen (Senat, Beschluss vom 26.6.2014, V ZB 1/12, FGPrax 2014, 192 Rdnr. 6; Beschluss vom 13.10.2016, V ZB 98/15, FGPrax 2017, 54 Rdnr. 5 f. jew. m. w. N.).

8 b) Danach liegt hier eine unzulässige Zwischenverfügung vor. Nach der Auffassung des Grundbuchamts, auf deren

Grundlage die Zulässigkeit der Zwischenverfügung zu beurteilen ist (Senat, Beschluss vom 26.6.2014, V ZB 1/12, FGPrax 2014, 192 Rdnr. 8), erfordert die Umsetzung des Eintragungsersuchens die Löschungsbewilligung der Erben der Reallastberechtigten. Von seinem Standpunkt aus hätte deshalb das Grundbuchamt keine Zwischenverfügung erlassen dürfen, sondern hätte den Löschantrag der Beteiligten zurückweisen müssen.

9 2. Hat das Beschwerdegericht, wie hier, die Beschwerde gegen eine unzulässige Zwischenverfügung zurückgewiesen, sind auf die Rechtsbeschwerde sein Beschluss und die Zwischenverfügung des Grundbuchamts aufzuheben. Eine Entscheidung in der Sache ist dem Rechtsbeschwerdegericht nicht möglich, weil Gegenstand des Rechtsbeschwerdeverfahrens nur die Zwischenverfügung und nicht der Eintragungsantrag ist (Senat, Beschluss vom 13.10.2016, V ZB 98/15, FGPrax 2017, 54 Rdnr. 8 m. w. N.).

10 IV. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

11 1. Wie das Beschwerdegericht richtig sieht, wäre die Reallast zu löschen, wenn feststünde, dass diese auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt ist. In diesem Fall würde der von der Beteiligten geführte Nachweis, dass die Reallastberechtigte verstorben ist, ausreichen, ohne dass es einer Löschungsbewilligung der Erben der Berechtigten bedürfte.

12 a) Nach dem in § 22 Abs. 1 GBO niedergelegten Grundsatz bedarf es zur Berichtigung des Grundbuchs entweder einer Bewilligung gemäß § 19 GBO oder des Nachweises der Unrichtigkeit des Grundbuchs. Dieser Grundsatz erfährt in den Fällen, in denen ein Recht auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt ist und Rückstände von Leistungen nicht ausgeschlossen sind, in § 23 GBO zum Schutz des Rechtsnachfolgers eine Modifizierung. Ein solches Recht darf gemäß § 23 Abs. 1 GBO – ein Löschungserleichterungsvermerk im Sinne des § 23 Abs. 2 GBO steht hier nicht in Rede – nur mit Bewilligung des Rechtsnachfolgers gelöscht werden, wenn die Löschung vor dem Ablauf eines Jahres nach dem Tod des Berechtigten erfolgen soll oder wenn der Rechtsnachfolger der Löschung bei dem Grundbuchamt widersprochen hat. Ist die Jahresfrist abgelaufen und hat der Erbe der Löschung nicht widersprochen, genügt bei solchen Rechten, wie sich aus einem Umkehrschluss aus § 23 Abs. 1 GBO ergibt, der Nachweis des Todes des Berechtigten (vgl. *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 23 Rdnr. 15; BeckOK-GBO/*Wilsch*, Stand: 1.6.2020, § 23 Rdnr. 54; Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl., §§ 23, 24 Rdnr. 5; Bauer/Schaub/*Schäfer*, GBO, 4. Aufl., §§ 23, 24 Rdnr. 2 m. w. N.).

13 b) Bei subjektiv-persönlichen Reallasten (§ 1105 Abs. 1 Satz 1, § 1111 Abs. 1 BGB) – um eine solche handelt es sich hier – ist der Anwendungsbereich von § 23 GBO eröffnet (vgl. Meikel/Böttcher, GBO, §§ 23, 24 Rdnr. 36 m. w. N.; BeckOK-GBO/*Wilsch*, § 23 Rdnr. 21, 23; Bauer/Schaub/*Schäfer*, GBO, §§ 23, 24 Rdnr. 35). Es ist nämlich zum einen eine Beschränkung auf die Lebenszeit des Berechtigten möglich; zum anderen besteht auch die objektive Möglichkeit von Rückständen (vgl. § 1107 BGB). Ob im konkret zu entscheidenden Einzelfall Rückstände tatsächlich bestehen oder nachgewiesen sind, ist

unerheblich (vgl. Bauer/Schaub/*Schäfer*, GBO, §§ 23, 24 Rdnr. 30; Meikel/Böttcher, GBO, §§ 23, 24 Rdnr. 32).

14 c) Da nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts die in § 23 Abs. 1 GBO angeordnete Sperrfrist von einem Jahr nach dem Tod der Berechtigten abgelaufen ist und ein Widerspruch des Rechtsnachfolgers gegen die Löschung bei dem Grundbuchamt nicht vorliegt, wäre die Reallast auch ohne Bewilligung des Rechtsnachfolgers aufgrund des Nachweises des Todes der Berechtigten zu löschen, wenn die Reallast auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt ist.

15 2. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde steht jedoch nicht fest, dass die Reallast auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt ist.

16 a) Aus dem Grundbuch ergibt sich eine solche Beschränkung nicht. In dem Eintragungsvermerk ist sie nicht aufgeführt.

17 aa) Allerdings kann gemäß § 874 Satz 1 BGB bei der Eintragung eines Rechts, mit dem ein Grundstück belastet ist, „zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts“ auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. Ist die Bezugnahme in diesem Sinne zulässig, hat dies zur Folge, dass die in Bezug genommene Urkunde genauso Inhalt des Grundbuchs ist wie die in ihm vollzogene Eintragung selbst (vgl. Senat, Beschluss vom 22.9.1961, V ZB 16/61, BGHZ 35, 378, 381 f.; Beschluss vom 6.11.2014, V ZB 131/13, NJW-RR 2015, 208 Rdnr. 8 m. w. N.).

18 bb) Hier ist in der Eintragung auf die Eintragungsbewilligungen vom 29.10.2009 und vom 23.12.2009 Bezug genommen worden, die ihrerseits auf die in Kopie beigefügte Urkunde vom 13.6.1980 verweisen. Wie das Beschwerdegericht richtig ausführt, beziehen sich die Eintragungsbewilligungen nur auf ein auf die Lebenszeit befristetes Recht (Reallast).

19 cc) Diese Beschränkung stellt jedoch nicht lediglich eine „nähere Bezeichnung des Inhalts des Rechts“ im Sinne des § 874 Satz 1 BGB dar; deshalb ist die Bezugnahme unzulässig.

20 (1) Soll ein dingliches Recht an einem Grundstück unter einer Bedingung oder einer Befristung stehen, wird dies nur dann zum Inhalt des Grundbuchs, wenn die Bedingung oder die Befristung in das Grundbuch selbst aufgenommen werden. Die Bezugnahme auf eine Eintragungsbewilligung, in der die Bedingung oder die Befristung enthalten ist, genügt nicht. Dies entspricht – soweit ersichtlich – im Ausgangspunkt allgemeiner Auffassung in Rechtsprechung und Literatur (vgl. OLG Düsseldorf, OLGZ 1983, 352, 353; OLG München, ZEV 2012, 428, 429; MittBayNot 2017, 248, 249; OLG Celle, NJW-RR 2014, 785, 786; MünchKomm-BGB/*Kohler*, 8. Aufl., § 874 Rdnr. 6; Staudinger/C. *Heinze*, Neub. 2018, § 874 Rdnr. 21; *Demharter*, GBO, § 44 Rdnr. 20; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 4. Aufl., Rdnr. 266; BeckOK-GBO/*Kral*, § 44 Rdnr. 48; Lemke/*Lemke*, Immobilienrecht, 2. Aufl., § 874 BGB Rdnr. 6). Auch nach Ansicht des Gesetzgebers sind Bedingungen und Befristungen – weil sie nicht zum Inhalt des Rechts zählen – in das Grundbuch selbst einzutragen (vgl. BT-Drucks. 17/12635, S. 19). Der Senat hat die Frage bislang offengelassen (vgl. Urteil vom 29.9.2006, V ZR 25/06, WM 2006, 2226, 2228; Beschluss vom 7.4.2011, V ZB 11/10, NJW-RR 2011, 882 Rdnr. 11 – jeweils zu einer auflösenden

Bedingung) und entscheidet sie nunmehr im Sinne der allgemeinen Auffassung. Bedingungen und Befristungen betreffen den rechtlichen Bestand des eingetragenen Rechts und nicht nur dessen nähere Ausgestaltung. Sie müssen sich wegen der Publizitätsfunktion des Grundbuchs deshalb aus diesem selbst ergeben. Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ist bei bedingten oder befristeten Rechten nur zulässig zur näheren Kennzeichnung des Inhalts der Bedingung oder Zeitbestimmung wie zum Beispiel Beginn und Ende der Frist (vgl. Staudinger/C. Heinze, § 874 Rdnr. 21 m. w. N.; Demharter, GBO, § 44 Rdnr. 20 m. w. N.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 266 m. w. N.).

21 (2) Dies gilt auch, wenn – wie hier – eine Reallast auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt werden soll. Entgegen einer in Rechtsprechung (OLG Köln, OLGR 1994, 62; FGPrax 2018, 157) und Literatur (vgl. MünchKomm-BGB/Mohr, § 1111 Rdnr. 2; Palandt/Herrler, 79. Aufl., § 1111 Rdnr. 2; jurisPK-BGB/Otto, 9. Aufl., § 1111 Rdnr. 12) teilweise vertretenen Auffassung stellt dies eine Befristung der – vererblichen – Reallast dar und betrifft nicht nur deren Inhalt (so auch Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1306a; Bauer/Schaub/Weber, GBO, § 44 Rdnr. 46; Staudinger/C. Heinze, § 874 Rdnr. 21; BeckOGK-BGB/Sikora, Stand: 1.4.2020, § 1105 Rdnr. 35; Lemke/Lemke, Immobilienrecht, § 874 BGB Rdnr. 5; Lange-Parpat, RNotZ 2008, 377, 408). Im Fall des Todes des Berechtigten – eines gewissen Ereignisses – erlischt nämlich das Stammrecht der Reallast mit der Folge, dass keine weitergehenden wiederkehrenden Leistungen geltend gemacht werden können. Der Tod des Berechtigten ist daher Bestimmung des Endtermins des Rechts im Sinne des § 163 BGB und damit eine Befristung (richtig Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1306a Fn. 2224). Hieran ändert sich nichts dadurch, dass trotz des Erlöschens des Stammrechts die Ansprüche auf Einzelleistungen (§ 1107 BGB), die zu Lebenszeiten des Berechtigten bereits entstanden und rückständig sind, auch nach dem Tod des Berechtigten fortbestehen. Dieser Sondersituation wird gerade durch die Bestimmung des § 23 Abs. 1 GBO Rechnung getragen, die für solche auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkten Rechte, bei denen Rückstände möglich sind, besondere Voraussetzungen für die Löschung aufstellt.

22 (3) Selbst wenn aber die Beschränkung der Reallast auf die Lebenszeit wegen der nach dem Tod des Berechtigten fortwirkenden Bedeutung für rückständige Ansprüche auf Einzelleistungen nicht als Befristung, sondern (nur) als Ausschluss der Vererblichkeit angesehen würde (vgl. OLG Köln, OLGR 1994, 62; FGPrax 2018, 57), änderte sich an dem Ergebnis nichts. Eine solche Beschränkung betrifft nämlich den Kernbereich des Rechts, und muss daher in das Grundbuch selbst aufgenommen werden, sodass eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung nicht genügt (vgl. auch Lemke/Lemke, Immobilienrecht, § 874 BGB Rdnr. 5).

23 b) Die Beteiligte hat auch nicht mit sonstigen Beweismitteln im Sinne des § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen, dass die Reallast auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt ist.

24 aa) Hierfür kommt es entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht darauf an, ob das Grundbuchamt verpflichtet gewesen wäre, aufgrund der Eintragungsbewilli-

gungen eine entsprechende Beschränkung in das Grundbuch einzutragen. Tatsächlich ist die Reallast als unbeschränktes Recht eingetragen worden. Unrichtig im Sinne des § 22 GBO wäre das Grundbuch insoweit nur, wenn diese Eintragung der materiellen Rechtslage widerspräche.

25 bb) Entscheidend ist deshalb, ob feststeht, dass die Beteiligte und die Reallastberechtigte sich einig waren, dass die Reallast auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt sein sollte (§ 873 Abs. 1 BGB). Einigen sich nämlich die Beteiligten lediglich über ein befristetes Recht und wird stattdessen ein unbefristetes Recht eingetragen, so entsteht das Recht in dem Umfang, in dem sich Einigung und Eintragung decken, also nur befristet (vgl. Senat, Beschluss vom 7.4.2011, V ZB 11/10, NJW-RR 2011, 882 Rdnr. 11; Beschluss vom 13.10.2016, V ZB 98/15, NJW 2017, 1811 Rdnr. 25 m. w. N.). Die Eintragung eines unbefristeten Rechts wäre dann unrichtig. Die Beteiligte hat jedoch eine entsprechende Einigung zwischen ihr und der Berechtigten im Sinne des § 873 BGB nicht nachgewiesen.

26 (1) Dieser Nachweis wird zunächst nicht durch die Eintragungsbewilligungen vom 29.10.2009 und vom 23.12.2009 nebst der beigefügten Urkunde vom 13.6.1980 geführt. Aus diesen Urkunden lässt sich die Einigung über die Beschränkung der Reallast auf die Lebenszeit der Berechtigten nicht mit der gebotenen Sicherheit entnehmen.

27 (a) Insoweit kann zwar mit der Rechtsbeschwerde davon ausgegangen werden, dass diese Erklärungen konkludent die Behauptung einer entsprechenden dinglichen Einigung im Sinne des § 873 Abs. 1 BGB enthalten. Dass der Eigentümer eines Grundstücks die Eintragung einer auf die Lebenszeit des Berechtigten befristeten Reallast bewilligt, begründet aber in aller Regel keinen Nachweis im Sinne des § 29 Abs. 1 GBO, dass es zu einer entsprechenden Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Berechtigten im Sinne des § 873 Abs. 1 BGB gekommen ist (a. A. KG, NJW-RR 2020, 964 Rdnr. 19). Es ist zwar möglich, in der Bewilligung des Betroffenen zugleich dessen materiellrechtliche Zustimmung im Sinne des § 873 BGB zu sehen (vgl. allgemein Bauer/Schaub/Kössinger, GBO, § 19 Rdnr. 44; siehe auch Senat, Urteil vom 15.12.1972, V ZR 76/71, BGHZ 60, 46, 52 zu der Qualifizierung einer formellrechtlichen Löschungsbewilligung als materiellrechtliche Aufhebungserklärung im Sinne des § 875 BGB). Wird der Eintragungsantrag von dem Berechtigten gestellt, liegt hierin regelmäßig zugleich seine Zustimmung, sodass von einer entsprechenden Einigung im Sinne des § 873 Abs. 1 BGB ausgegangen werden kann (vgl. Bauer/Schaub/Kössinger, GBO, § 19 Rdnr. 44).

28 (b) Hier macht die Beteiligte jedoch nicht geltend, dass der Eintragungsantrag von der Reallastberechtigten gestellt worden sei, vielmehr verweist sie darauf, selbst die Eintragung bewilligt und beantragt zu haben. Damit fehlt es an einer Erklärung der Reallastberechtigten, die zusammen mit der Bewilligung der Beteiligten das Vorliegen einer Einigung mit dem von der Beteiligten behaupteten Inhalt nachweisen könnte. Insoweit muss auch berücksichtigt werden, dass die in der Bewilligung in Bezug genommene Urkunde aus dem Jahr 1980 zwischen dem früheren Ehemann und der Berechtigten zustande gekommen ist. Soweit es um das Rechtsverhältnis

der Beteiligten und der Reallastberechtigten geht, liegt lediglich die – einseitige – Eintragungsbewilligung der Beteiligten vor.

29 (2) Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts hat die Beteiligte auch keine sonstigen den Anforderungen des § 29 GBO entsprechenden Unterlagen vorgelegt, aus denen sich die von ihr geltend gemachte Vereinbarung (§ 873 Abs. 1 BGB) einer Beschränkung der Reallast auf die Lebenszeit der Betroffenen ergibt.

30 3. Bei dieser Sachlage bleibt es dabei, dass das Grundbuchamt die Löschung der Reallast nur bei Vorlage einer entsprechenden Bewilligung (§ 19 GBO) der Rechtsnachfolger der Berechtigten vornehmen darf.

31 V. Einer Kostenentscheidung bedarf es nicht. Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf § 61 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 36 Abs. 1 und 3 GNotKG. Für eine Bemessung nach § 52 GNotKG fehlen hinreichende Anhaltspunkte.

ANMERKUNG:

Von Notar Prof. Dr. **Christoph Reymann**, LL.M.
Eur., Neustadt bei Coburg

Für die Grundbuchpraxis enthält der vorstehende Beschluss des BGH vom 1.10.2020 wichtige Leitlinien zur Eintragung und Löschung von Reallasten, die für beschränkte dingliche Rechte generell von Bedeutung sind. Erstens stellt der V. Zivilsenat klar, dass Bedingungen und Befristungen bei beschränkten dinglichen Rechten konstitutiv ins Grundbuch einzutragen sind (nachfolgend Ziffer 1.), zweitens spricht er sich dafür aus, dass die Beschränkung einer Reallast auf die Lebenszeit des Berechtigten als entsprechende Befristung zu vereinbaren und einzutragen ist (nachfolgend Ziffer 2.), und drittens trifft er Aussagen zur Löschung von Rechten nach dem Tod bei versehentlich nicht eingetragener Befristung (nachfolgend Ziffer 3.).

1. Explizite Grundbucheintragung statt Bezugnahme

Seit Langem besteht Einigkeit, dass eine Bedingung (§ 158 BGB) oder Befristung (§ 163 BGB), unter die ein beschränktes dingliches Recht gestellt wird, ausdrücklich im Grundbuch verlautbart sein muss, damit das Recht als bedingtes bzw. befristetes entsteht. Eine bloße Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung im Sinne des § 874 BGB ist nicht ausreichend.² Dies wurde zwar in der Vergangenheit bereits in der obergerichtlichen Rechtsprechung so gesehen.³ Mit dem vorliegenden Beschluss bestätigt dies jedoch auch der BGH nun höchstrichterlich. Praktisch wirkt sich dies vor allem auf solche Befristungen aus, die – wie im vorliegenden Fall – das betreffende Recht auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränken. Während sich bei einem Nießbrauch (§ 1061 Satz 1 BGB), bei einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1092 Abs. 2 i. V. m. § 1061 Satz 1 BGB)

und bei einem auf unbestimmte Zeit bestellten subjektiv-persönlichen Vorkaufsrecht (§ 1098 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 473 BGB) die Beschränkung auf die Lebenszeit jeweils aus dem Gesetz selbst ergibt, muss bei der Reallast eine derartige Beschränkung – ähnlich wie bei Grundpfandrechten – im Einzelfall vereinbart werden.⁴

2. Befristungserfordernis bei auf Lebenszeit bestellten Reallasten

Der BGH spricht sich dafür aus, dass die Beschränkung auf die Lebenszeit des Berechtigten auch bei einer Reallast in jedem Fall als auflösende Befristung (§ 163 BGB) zu vereinbaren und im Grundbuch explizit einzutragen ist. Damit erteilt er einer bisher vorherrschenden Ansicht in Literatur und Rechtsprechung eine Absage, wonach sich bei Reallasten die Beschränkung auf die Lebenszeit im Einzelfall auch aus dem Inhalt der Reallast ergibt und dann ausnahmsweise durch Bezugnahme im Grundbuch verlautbart werden könne.⁵

Diese Ansicht wird vor allem mit Blick auf Reallasten vertreten, die Wart- und Pflegeverpflichtungen naher Angehöriger im Grundbuch absichern und notgedrungen mit dem Ableben der zu pflegenden berechtigten Person untergehen müssen.⁶ Obwohl die Unvererblichkeit der Reallast auch für diese Sonderfälle nicht explizit im Gesetz geregelt ist, ergibt sich der diesbezügliche Befristungstatbestand schon aus dem Inhalt der Vereinbarung und andeutungsweise auch aus dem Gesetz. So gelangt in dem in § 1111 Abs. 2 BGB geregelten Veräußerungs- und Belastungsausschluss etwa zum Ausdruck, dass Reallasten – anders als Grundpfandrechte, die lediglich neutral auf eine bestimmte Geldsumme lauten müssen – nicht völlig abstrakt und losgelöst von der Art der einzelnen Reallastleistungen vereinbart werden können. Ist die einzelne Leistung aus einer Wart und Pflege absichernden Reallast kraft Gesetzes nicht übertragbar (vgl. § 1111 Abs. 2 BGB), kann sie kraft ihres Inhalts auch nicht vererblich sein (auch wenn Letzteres nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt ist).⁷

Anders ist dies freilich bei Reallasten zur Absicherung einer (Leib-)Rentenzahlungsverpflichtung. Obwohl die Verpflichtung zur Zahlung einer Leibrente ebenfalls kraft Gesetzes auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt ist (§ 761

² Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 1306.

³ BayObLG, Beschluss vom 26.3.1998, 2 Z BR 46-98, NJW-RR 1998, 1025; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 19.6.1974, 20 W 331/74, MittBayNot 1974, 266.

⁴ BeckOGK-BGB/Sikora, Stand: 1.1.2021, § 1105 Rdnr. 35.

⁵ OLG Köln, Beschluss vom 6.12.1993, 2 Wx 44/93, MittRhNotK 1994, 149; Beschluss vom 16.4.2018, 2 Wx 168/18, RNotZ 2018, 623, 625 f.; Palandt/Herrler, 80. Aufl. 2021, § 1111 Rdnr. 2; Erman/Grzivotz, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1111 Rdnr. 4; MünchKomm-BGB/Mohr, 8. Aufl. 2020, § 1111 Rdnr. 2; jurisPK-BGB/Otto, 9. Aufl. 2020, § 1111 Rdnr. 12; vormalig ähnlich, jetzt aber dem BGH folgend BeckOK-BGB/Reischl, Stand: 1.2.2021, § 1111 Rdnr. 5.

⁶ LG Aachen, Beschluss vom 16.10.1985, 3 T 515/84, Rpfleger 1986, 211; BeckOGK-BGB/Sikora, § 1105 Rdnr. 28; Staudinger/Reymann, Neub. 2017, § 1105 Rdnr. 20.

⁷ RGRK/Rothe, BGB, 12. Aufl. 1996, § 1111 Rdnr. 2; Staudinger/Reymann, § 1111 Rdnr. 7; Soergel/Stürmer, BGB, 13. Aufl. 2001, § 1111 Rdnr. 1; gegen eine Konnexität zwischen Unübertragbarkeit und Nichtvererblichkeit: MünchKomm-BGB/Mohr, § 1111 Rdnr. 2.

Abs. 1 BGB), strahlt dies nicht ohne Weiteres auch auf Reallasten aus, die derart befristete Zahlungsverpflichtungen absichern. Denn anders als eine personalisierte Wart- und Pflegeverpflichtung könnte eine Geldzahlung auch noch nach dem Ableben des Berechtigten theoretisch fortzuführen sein. Dementsprechend kann eine Sicherungsreallast nach dem Ableben des Zahlungsempfängers ohne Weiteres fortbestehen, obwohl die gesicherte Zahlungsverpflichtung mittlerweile untergegangen ist. Aus der Sicherungsvereinbarung hat der Grundstückseigentümer dann einen Lösungs- bzw. Rückgewähranspruch. Vor diesem Hintergrund ist dem BGH bei Geldzahlungsreallasten jedenfalls beizupflichten: Ohne Vereinbarung einer auflösenden Befristung (und deren expliziter Eintragung im Grundbuch) bestehen jedenfalls solche Reallasten trotz Ablebens des Berechtigten grundsätzlich fort.⁸

Abzugrenzen sind hiervon – wie bereits ausgeführt – jedoch Reallasten, die wie Wart- und Pflegereallasten ihrem Inhalt nach an die Existenz des Berechtigten anknüpfen. Bei ihnen erscheint es nur schwer vorstellbar, wie und mit welchem Inhalt sie ohne (deklaratorische) Befristungsvereinbarung überhaupt fortbestehen sollten. Denn nach seinem Ableben kann ein Berechtigter nicht mehr weitergepflegt werden. Wären ab dann also die Erben weiterzupflegen? Die Frage zu stellen heißt, sie zu verneinen, sodass äußerst zweifelhaft erscheint, ob der BGH auch in Konstellationen wie dieser die explizite Eintragung der Beschränkung auf die Lebenszeit fordern oder nicht vielleicht doch eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ausnahmsweise ausreichen lassen würde (§ 874 BGB). Die Beschlussgründe der BGH-Entscheidung lassen Rückschlüsse für eine derartige Ausnahme nicht erkennen, sodass aus Sicht der Praxis die Einhaltung der vom BGH aufgestellten Grundsätze (ausdrückliche Befristungsvereinbarung mit expliziter Grundbucheintragung) auch in diesen Sonderkonstellationen in Zukunft empfehlenswert ist.

Eine echte Sonderrolle bei der Grundbucheintragung belegen somit nur noch Reallasten, die Bestandteil eines Leibgedings sind. Denn hier lässt § 49 GBO eben nicht nur wegen des Inhalts des jeweiligen Rechts (Reallast, Wohnungsrecht etc.) sondern auch wegen seines (Fort-)Bestandes (und somit auch wegen einer vereinbarten Lebenszeitbefristung) eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ausreichen. Die von § 49 GBO ausgehende Erleichterung genießt daher auch in den vom BGH entschiedenen Fällen Vorrang, sodass eine Bezugnahme auf Befristungen beim Leibgeding wegen der besonderen Regelung nach § 49 GBO nach wie vor möglich bleibt.⁹

3. Löschung der Reallast durch Unrichtigkeitsnachweis

Gegen Ende seines Beschlusses führt der BGH zutreffend aus, dass bei nicht expliziter Eintragung der Befristung – obwohl sie sachenrechtlich vereinbart wurde (§ 873 Abs. 1 BGB) – die Reallast nur als befristete entsteht (weil nur insoweit Deckungsgleichheit zwischen Einigung und Eintragung hergestellt wurde).¹⁰

Eine Löschung der Reallast nach dem Ableben kommt in einem solchen Divergenzfall aber nur dann in Betracht, wenn die Erben des Reallastberechtigten mit entsprechendem Erbnachweis (§ 35 GBO) die Grundbuchberichtigung bewilligen oder – soweit §§ 23, 24 GBO nicht entgegenstehen – die Lebenszeitbefristung der sachenrechtlichen Einigung (§ 873 Abs. 1 BGB) in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen werden kann (Berichtigung durch Unrichtigkeitsnachweis). Vorliegend kam nur eine Berichtigung durch Unrichtigkeitsnachweis im Sinne des § 22 Abs. 1 GBO in Betracht, den der BGH aber als nicht erbracht ansah. Denn aus der in der Form des § 29 Abs. 1 BGB erteilten ursprünglichen Eintragungsbewilligung ergab sich nur die Erklärung der auflösenden Befristung durch den sichernden Eigentümer, nicht aber diejenige des betroffenen Reallastberechtigten. Damit war die Eintragungsbewilligung zwar ein Indiz für die vereinbarte auflösende Befristung, aber als grundbuchtauglicher Nachweis nicht ausreichend, weil gerade hinsichtlich der vom Betroffenen (Reallastberechtigten) herführenden Erklärung eine Nachweislücke bestand.

Mit vergleichbar gelagerten Fällen, dass eine auflösende Befristung der bestellten Reallast zwar gewollt, aber nicht eingetragen wurde, könnten die Grundbuchämter in Zukunft häufiger konfrontiert sein. Aus der Entscheidung des BGH sollte man dabei nicht ohne Weiteres die Schlussfolgerung ziehen, dass eine Löschung der Reallast durch Unrichtigkeitsnachweis (§ 22 Abs. 1 GBO) in jedem Fall ausgeschlossen ist. Denn zumindest bei Absicherung einer Leibrente dürfte die in der notariellen Urkunde enthaltene dingliche Einigung über den Rechtsinhalt der eingetragenen Reallast (§ 873 Abs. 1 BGB) in der Regel gemäß §§ 133, 157 BGB dahin gehend zu verstehen sein, dass die zur Sicherung bestellte Reallast – wie die vereinbarte Leibrente auch (§ 761 Abs. 1 BGB) – lediglich auf die Dauer der Geldrente, d. h. auf die Lebenszeit des Berechtigten, befristet sein soll.¹¹ Maßgebliche Bedeutung dürfte dabei regelmäßig dem Umstand zukommen, dass bei anderem Verständnis die Reallast einen Sicherungsumfang erhalten würde, der weit über das materielle Sicherungsinteresse des Rentenempfängers hinausginge. Eine Löschung durch Unrichtigkeitsnachweis (§ 22 Abs. 1 GBO) sollte dann anhand der notariellen Bestellungsurkunde in der Regel möglich sein. Wie der BGH-Beschluss letztlich zeigt, hängt das Ergebnis einer solchen Auslegung aber stets von den Umständen des Einzelfalls ab.

8 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.6.2002, 3 Wx 168/02, RNotZ 2002, 454 f.

9 Meikel/Böhringer, GBO, 12. Aufl. 2021, § 49 Rdnr. 129; BeckOK-GBO/Reetz, Stand: 1.10.2020, § 49 Rdnr. 40.

10 BeckOGK-BGB/Enders, Stand: 1.2.2021, § 873 Rdnr. 193.

11 Ähnlich KG, Beschluss vom 17.4.2020, 1 W 262/19, NJW-RR 2020, 964, 965.

6. Zur Erforderlichkeit einer Voreintragung des Erben bei Belastung des Grundstücks ohne gleichzeitige Auflassung

KG, Beschluss vom 22.10.2020, 1 W 1357/20, mitgeteilt von **Constanze Muratori**, Richterin am KG

BGB §§ 891, 1821, 1822

GBO §§ 35, 39, 40, 40 Abs. 1, § 71

LEITSÄTZE:

1. Die Voreintragung des Berechtigten ist nicht gemäß § 40 GBO entbehrlich, wenn der Erbe ohne gleichzeitigen Eigentumsübergang eine Belastung des Grundstücks eintragen lassen will.
2. Anderes gilt, wenn nicht der Erbe, sondern ein Bevollmächtigter aufgrund einer von dem noch als Eigentümer eingetragenen Erblasser erteilten transmittalen Vollmacht über das Grundstück verfügt (Fortführung von Senat, Beschluss vom 2.8.2011, 1 W 243/11, FGPrax 2011, 270).

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die eingetragene Eigentümerin des im Beschlusseingang bezeichneten Wohnungseigentums ist am 29.12.2019 verstorben. Sie hatte zu notarieller Urkunde vom 16.5.2014 (UR-Nr. X/2014 des Notars W) ihrer Schwiegertochter B G umfassende Vollmacht erteilt, sie in allen vermögensrechtlichen Angelegenheiten zu vertreten. Die Vollmacht sollte nach Ziffer I der Urkunde nicht durch den Tod der Vollmachtgeberin erlöschen.

2 B G verkaufte mit notariell beurkundetem Vertrag vom 22.5.2020 (UR-Nr. X/2020 des Notars W) unter Bezugnahme auf die Vollmacht vom 16.5.2014 das Wohnungseigentum an den Beteiligten zu 2. Sie bewilligte die Eintragung einer Eigentumsvormerkung zugunsten des Beteiligten zu 2 und erteilte diesem die Vollmacht, das Wohnungseigentum schon vor seiner Eintragung als Eigentümer mit Grundpfandrechten zu belasten. Zu notarieller Urkunde desselben Tages (UR-Nr. X2/2020 des Notars W bewilligte der Beteiligte zu 2 unter Bezugnahme auf die Belastungsvollmacht die Eintragung einer Grundsuld zugunsten der Beteiligten zu 3. Die Eigentumsvormerkung ist am 9.6.2020 im Grundbuch eingetragen worden. Nunmehr beantragen die Beteiligten die Eintragung der Grundsuld.

3 Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 13.7.2020 darauf hingewiesen, dass vor der Eintragung der Grundsuld zunächst die Erben nach der eingetragenen Eigentümerin im Grundbuch eingetragen werden müssten, wofür es eines entsprechenden Antrags der Erben und des Nachweises der Erbfolge bedürfe.

4 Die Beteiligten sind unter Bezugnahme auf die Entscheidungen des OLG Celle vom 16.8.2019 (FamRZ 2020, 131) und des OLG Stuttgart vom 2.11.2018 (Rpfler 2019, 189) der Ansicht, die Erben müssten nicht voreingetragen werden. Ihrer Beschwerde vom 30.7.2020 hat das Grundbuchamt nicht abgeholfen.

5 II. Das Rechtsmittel ist zulässig (§§ 71 ff. GBO) und begründet. Für den Vollzug der beantragten Eintragung ist die Voreintragung der Erben nicht erforderlich.

6 Gemäß § 39 GBO soll eine Eintragung nur erfolgen, wenn die Person, deren Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. Die Vorschrift soll einerseits dem Grundbuchamt die Legitimationsprüfung erleichtern, andererseits den eingetragenen Berechtigten dagegen sichern, dass ungeachtet der Vermutungswirkung des § 891 BGB ein anderer unbefugt über das Recht verfügt (Hahn/Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 5, S. 163). Gemäß § 40 Abs. 1 GBO ist § 39 GBO nicht anzuwenden, wenn die Person, deren Recht durch eine Eintragung betroffen wird, Erbe des eingetragenen Berechtigten ist und die Übertragung oder die Aufhebung des Rechts eingetragen werden soll oder wenn der Eintragungsantrag durch die Bewilligung des Erblassers oder eines Nachlasspflegers begründet wird. Das gleiche gilt gemäß § 40 Abs. 2 GBO für eine Eintragung auf Grund der Bewilligung eines Testamentsvollstreckers, sofern die Bewilligung gegen den Erben wirksam ist.

7 1. Zutreffend ist das Grundbuchamt davon ausgegangen, dass keiner der gesetzlich ausdrücklich geregelten Fälle des § 40 GBO erfüllt ist. § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO ist auch nicht deshalb entsprechend anwendbar, weil es sich bei der einzutragenden Grundsuld augenscheinlich um eine Finanzierungsgrundsuld handelt. Allerdings ist nach nahezu allgemeiner Ansicht eine Voreintragung der Erben analog § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO entbehrlich, wenn statt der Übertragung des Rechts zunächst nur eine Eigentumsvormerkung eingetragen werden soll (BGH, NJW 2018, 3310; Senat, JFG 7, 328, FGPrax 2011, 270; Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl., § 40 Rdnr. 26; Demharter, GBO, 31. Aufl., § 40 Rdnr. 17; Hügel/Zeiser, GBO, 4. Aufl., § 40 Rdnr. 20; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 142c). Diese Analogie rechtfertigt sich daraus, dass die Vormerkung allein dazu dient, die endgültige Übertragung vorzubereiten und zu sichern, und sie in ihrem rechtlichen Bestand von dem Bestand des gesicherten Übertragungsanspruchs abhängig ist (Senat, FGPrax 2011, 270). Der historische Gesetzgeber hat befunden, im Falle der Übertragung oder Aufhebung des ererbten Rechts sei die Voreintragung der Erben weder zur Vereinfachung der Buchführung noch durch die Interessen Dritter geboten, weshalb die dem Erben entstehenden Eintragungskosten ohne Zweck seien (Hahn/Mugdan, a. a. O., S. 164 zum damaligen § 39 GBO). Dies ist bei der Eigentumsvormerkung ebenso zu bewerten, weil sich deren Bedeutung in der Sicherung des Übertragungsanspruchs erschöpft und sie sowohl nach Durchführung der Eigentumsübertragung als auch bei Scheitern des darauf gerichteten Vertrages bei entsprechendem Nachweis im Grundbuch im Wege der Berichtigung zu löschen ist.

8 Bei einem Antrag auf Eintragung einer Finanzierungsgrundsuld besteht keine vergleichbare Rechts- und Interessenlage (Senat, FGPrax 2011, 270; OLG Stuttgart, Rpfler 2019, 189; Ott, notar 2018, 189, a. A. OLG Frankfurt a. M., ZfIR 2017, 833; OLG Köln, FGPrax 2018, 106; OLG Celle, FamRZ 2020, 131; Meikel/Böttcher, GBO, a. a. O. Rdnr. 28). Die Finanzierungsgrundsuld wird zwar ebenfalls im sach-

lichen Zusammenhang mit der (beabsichtigten) Übertragung eines Grundstücks eingetragen; jedoch ist hier die Eintragung des Berechtigten nicht zwecklos, sondern durch Interessen Dritter geboten. Ebenso wenig wie bei der Eigentumsvormerkung steht bei der Finanzierungsgrundschuld fest, dass die Eintragung des Käufers im Grundbuch überhaupt oder gar „innerhalb verhältnismäßig kurzer Zeit“ nachfolgen wird. Anders als die Eigentumsvormerkung wäre die Grundschuld allerdings weder bei Erfüllung noch bei Scheitern des Übertragungsanspruchs als unrichtig zu löschen. Sie bleibt eingetragen, ohne dass die Berechtigung des Bewilligenden aus dem Grundbuch nachvollzogen werden kann.

9 2. Handelt der Verfügende nicht aufgrund einer – vermeintlichen oder nachgewiesenen – Erbenstellung (so der Sachverhalt zu der Entscheidung des Senats in FGPrax 2011, 270), sondern als Inhaber einer von dem eingetragenen Eigentümer ausgestellten transmortalen Vollmacht, so ist eine Ausnahme von dem Voreintragungsgebot des § 39 GBO jedoch entsprechend § 40 Abs. 1 2. Alt, Abs. 2 GBO geboten. Diese Analogie knüpft nicht an den Inhalt der einzutragenden Verfügung, sondern an die Person des – wirksam – Verfügenden an (zutr. Ott, a. a. O.).

10 Die für eine Analogie erforderliche Regelungslücke im Gesetz liegt offensichtlich vor. Der Gesetzgeber wollte mit den Regelungen in § 40 GBO, die nicht die Übertragung oder Aufhebung des Rechts (§ 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO) betreffen, Fälle erfassen, in denen aus irgendeinem Grunde die Person des Erben noch nicht feststeht, aber die Erklärung des Verfügenden (Erblasser, Nachlasspfleger, Testamentsvollstrecker) für und gegen die Erben bindend ist (Hahn/Mugdan, a. a. O., S. 164, 165). Für diese Fälle sollte die Lage desjenigen, der eine Eintragung verlangen kann, erleichtert werden (Hahn/Mugdan, a. a. O.). Dabei hat der Gesetzgeber die gesetzliche Regelung nicht auf den Fall beschränkt, dass tatsächlich die Person des oder der Erben noch nicht bekannt ist, sondern im gesetzlichen Tatbestand solche Fälle aufgeführt, in denen ein anderer als der zur Zeit der Eintragung berechtigte Erbe die Bewilligung mit Wirkung für und gegen die Erben unabhängig von deren Ermittlung und deren Willen abgeben konnte. Eine entsprechende Situation liegt aber auch vor, wenn der Erblasser zwar nicht selbst bereits verfügt hat, jedoch transmortal einen Dritten zur Verfügung über sein Vermögen oder – nach seinem Tod seinen Nachlass mit Wirkung für und gegen die Erben bevollmächtigt hat. Dafür, dass der Gesetzgeber diese Konstellation bedacht hat und nicht in gleicher Weise regeln wollte, sind keine Anhaltspunkte ersichtlich.

11 Die gesetzlich geregelten Fälle und der unregelte Fall sind so vergleichbar, dass eine unterschiedliche Behandlung nicht sachgemäß wäre (a. A. Dressler-Berlin, FGPrax 2020, 12 f.). Auch der Erwerber eines Grundstücks oder Rechts an einem Grundstück, der dieses im Vertrauen auf eine notariell beurkundete transmortale Vollmacht des eingetragenen Eigentümers erwerben will, hat ein berechtigtes Interesse daran, den Vollzug des Vertrages betreiben zu können, ohne zuvor die Erben ermitteln und eintragen lassen zu müssen. Eine solche einfache und zügige Abwicklung wird häufig aus der Sicht des Erblassers gerade der Sinn der Erteilung einer transmortalen Vollmacht sein.

12 Dem ist nicht entgegenzuhalten, dass im Falle einer transmortalen Vollmacht die Person des Erben ohnehin ermittelt werden müsse, um ausschließen zu können, dass der Bevollmächtigte Alleinerbe geworden und die Vollmacht durch Konfusion erloschen sein könnte (vgl. OLG Hamm, FGPrax 2013, 148, das Konfusion bei Alleinerbenstellung des Bevollmächtigten annimmt, aber eine generelle Nachweispflicht für deren Nichteintritt ablehnt). Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Vollmacht dem Alleinerben auch nach dem Erbfall noch eine über die Erbenstellung hinausgehende Rechtsmacht verleiht, die nicht erlischt (so Wendt, ErbR 2017, 19, 23; a. A. Bestelmeyer, FGPrax 2018, 107 f.). Denn jedenfalls für die Prüfung der Wirksamkeit der Bewilligung bedarf es keiner Aufklärung der Erbfolge, weil gerade im Falle des Nachweises der Alleinerbenstellung der Erbe als solcher ebenfalls zur Bewilligung der Eintragung berechtigt wäre (Böttcher, NJW 2018, 831, 835; argumentierend mit dem Fortbestand der Legitimationswirkung der Vollmacht: OLG München, Rpfleger 2017, 140).

13 Die Person des Erben muss bei Verwendung einer transmortalen Vollmacht auch nicht deshalb ermittelt werden, weil ausgeschlossen werden müsste, dass der Erbe minderjährig ist und zu der Verfügung über das Grundstück eine Genehmigung nach §§ 1821, 1822 BGB erforderlich ist. Die familiengerichtliche Genehmigung ist in diesen Fällen nicht erforderlich (RGZ 106, 185, 186). Der Schutz des minderjährigen Erben vor den vom Erblasser ermöglichten Verfügungen über das ererbte Grundvermögen ist auch nicht geboten. Die Vertretungsmacht aus der transmortalen Vollmacht beschränkt sich auf den Nachlass. Dieser ist dem Erben von vornherein nur mit der Beschränkung angefallen, dass der Bevollmächtigte darüber bis zu einem etwaigen Widerruf der Vollmacht noch verfügen kann. Für den Erben verhält es sich nicht anders, als wenn der Erblasser selbst noch zu Lebzeiten die Eintragung einer Verfügung über das Grundstück bewilligt hätte.

14 3. Die Analogie zu § 40 Abs. 1 Alt. 2, Abs. 2 GBO führt dazu, dass bei einer Belastung des Grundstücks ohne gleichzeitige Auflassung der Erbe voreingetragen werden muss, wenn er (aufgrund seiner Erbenstellung) selbst verfügt, während der im Namen des Erben handelnde Vertreter, der seine Vollmacht von dem Erblasser erhalten hat, ohne eine solche Voreintragung des Erben verfügen kann. Dieser Unterschied ist jedoch durch Sinn und Zweck des Voreintragungsgrundsatzes sachlich gerechtfertigt (a. A. Meikel/Böttcher, GBO, § 40 Rdnr. 28; Cramer, ZfIR 2017, 834, 835 f.). Der Erbe wird – außer in den Fällen des § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO – gemäß § 39 GBO voreintragen, um seine Legitimation als neuer Berechtigter grundbuchlich zu dokumentieren und damit das Verfahren des Grundbuchamts zu erleichtern und die Interessen Dritter zu schützen. Die Legitimation eines transmortal Bevollmächtigten leitet sich hingegen gerade nicht von dem noch nicht eingetragenen Erben ab. Sie kann nicht durch die Eintragung des Erben, sondern nur durch die Vollmachtsurkunde nachgewiesen werden. Letztere wird weder für das Grundbuchamt noch für Dritte durch eine Eintragung der Erben besser nachvollziehbar oder sicherer dokumentiert.

15 Die unterschiedliche grundbuchliche Behandlung einer Bewilligung des Erben einerseits und einer Bewilligung des

Bevollmächtigten andererseits zwingt auch nicht dazu, für die Frage der Voreintragung Nachweise zu erfordern, dass die Vollmacht nicht durch Konfusion erloschen ist. Die transmortale Vollmacht wird gerade ausgestellt, um dem Bevollmächtigten das Handeln ohne Nachweis der Erbfolge zu ermöglichen. Sie bleibt Eintragungsgrundlage, wenn der Bevollmächtigte sie als solche verwendet, jedenfalls solange nicht der Nachweis, dass er Alleinerbe des eingetragenen Eigentümers geworden ist, in der Form des § 35 GBO bereits vorliegt.

16 Im Hinblick auf den Erfolg der Beschwerde besteht kein Anlass für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde.

ANMERKUNG:

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

1. Was bisher geschah

Die Rechtsprechung der OLG der letzten zehn Jahre zum Voreintragungsgrundsatz (§ 39 GBO) und dessen Ausnahmen (vor allem § 40 GBO) beginnt im Jahre 2011 mit einer Entscheidung des KG.¹ In dieser hat es entschieden, dass die Voreintragung des Berechtigten nicht entsprechend § 40 Abs. 1 GBO entbehrlich ist, wenn der Erbe nicht die Übertragung des Grundstücks, sondern zunächst nur eine Auflassungsvormerkung zugunsten des Erwerbers verbunden mit (vgl. § 16 Abs. 2 GBO) einer Belastung des Grundstücks eintragen lassen will. Die Eintragung der Finanzierungsgrundschild setze zwingend die Voreintragung voraus.

Im Jahre 2017 hat sodann das OLG Frankfurt a. M.² zur Geltung des Voreintragungsgrundsatzes bei Mitwirkung eines transmortal Bevollmächtigten Stellung genommen. Eine Voreintragung der Erben im Grundbuch ist nach dessen Auffassung nicht erforderlich, wenn der transmortal Bevollmächtigte im Rahmen des Verkaufs eines nachlasszugehörigen Grundstücks im Namen der Erben an der Bestellung eines Finanzierungsgrundpfandrechts mitwirkt. Die Rechtshandlungen des transmortal Bevollmächtigten seien rechtskonstruktiv mit denen eines Nachlasspflegers vergleichbar (§ 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO analog). Dem hat sich das OLG Köln³ im Jahre 2018 angeschlossen und entschieden, dass für die Eintragung einer Finanzierungsgrundschild keine Voreintragung der Erben erforderlich sei, wenn die entsprechende Bewilligung für die Erben bindend geworden ist. Auch das OLG Stuttgart⁴ hat im gleichen Jahr diesen Trend der Rechtsprechung aufgegriffen und für seinen OLG-Bezirk klargestellt, dass die Eintragung einer von einem transmortal Bevollmächtigten nach dem Ableben des Voll-

machtgebers und ohne Namhaftmachung der Erben bewilligten Finanzierungsgrundschild nicht die Voreintragung der Erben voraussetze. Dies hat der gleiche Senat nur knapp zweieinhalb Wochen später bekräftigt und zugleich entschieden, dass der im Grundbuchverfahren der transmortalen Vollmacht innewohnende Rechtsschein nicht dadurch zerstört werde, dass der Bevollmächtigte in der Urkunde erkläre, gesetzlicher (Mit-)Erbe des Vollmachtgebers geworden zu sein.⁵

Das OLG München⁶ hat im Jahr 2019 zum unmittelbaren Anwendungsbereich des § 40 Abs. 2 GBO ausgeführt, dass bei einer Bewilligung des Testamentsvollstreckers über den Nachlass eines Erblassers, der im Grundbuch noch als Berechtigter eingetragen ist, eine Voreintragung der Erben zur Grundbucheintragung der Auflassungsvormerkung und Finanzierungsgrundschild nicht erforderlich sei, wenn dieser in den Grenzen seiner Verfügungsbefugnis handele.

In Abgrenzung zu seiner früheren Rechtsprechung hat das OLG Köln⁷ im gleichen Jahr entschieden, dass für eine isolierte Grundschuldbestellung aufgrund transmortaler Vollmacht die Voreintragung der Erben erforderlich sei. Ebenfalls im Jahre 2019 hat sich sodann auch das OLG Celle⁸ zur Geltung des Voreintragungsgrundsatzes beim Verkauf eines Grundstücks mittels transmortaler Vollmacht und Eintragung der Finanzierungsgrundschild positioniert und in Gefolgschaft der obigen OLG-Rechtsprechung eine Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz bejaht. Erneut das OLG Köln⁹ hat im Jahre 2019 bei der Eintragung eines Nießbrauchs an einem Grundstück mittels postmortaler Vollmacht zur Vermächtniserfüllung die Voreintragung der Erben im Grundbuch gefordert. Daraus ergibt sich das folgende Meinungsbild in der Rechtsprechung:

1 KG, Beschluss vom 2.8.2011, 1 W 243/11, FGPrax 2011, 270 = NJOZ 2011, 2012 = FamRZ 2012, 742.

2 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.6.2017, 20 W 179/17, MittBayNot 2018, 247 (m. Anm. *Milzer*) = notar 2018, 189 (m. Anm. *Ott*) = FamRZ 2018, 787.

3 OLG Köln, Beschluss vom 16.3.2018, I-2 Wx 123/18, FGPrax 2018, 106 (m. Anm. *Bestelmeyer*) = RNotZ 2018, 401 = MittBayNot 2018, 538 = FamRZ 2019, 320.

4 OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.10.2018, 8 W 311/18, FGPrax 2019, 13 = NJOZ 2019, 947 = MittBayNot 2019, 343 (m. Anm. *Böttcher*) = FamRZ 2019, 318.

5 OLG Stuttgart, Beschluss vom 2.11.2018, 8 W 312/18, FamRZ 2019, 568 = MittBayNot 2019, 578 (m. Anm. *Becker*) = BWNotZ 2018, 147.

6 OLG München, Beschluss vom 15.1.2019, 34 Wx 400/18, MittBayNot 2020, 59 = DNotZ 2019, 535 = FamRZ 2019, 1958.

7 OLG Köln, Beschluss vom 11.3.2019, 2 Wx 82/19, RNotZ 2020, 58 = MittBayNot 2020, 51 (m. Anm. *Ott*) = FamRZ 2019, 1964.

8 OLG Celle, Beschluss vom 16.8.2019, 18 W 33/19, MittBayNot 2020, 137 (m. Anm. *Becker*) = DNotZ 2020, 672 (m. Anm. *Weigl*) = FamRZ 2020, 131.

9 OLG Köln, Beschluss vom 19.12.2019, I-2 Wx 343/19, FGPrax 2020, 60 = MittBayNot 2020, 437 (m. Anm. *Becker*) = FamRZ 2020, 958 = BWNotZ 2019, 423.

Sachverhalt	Voreintragung des Erben erforderlich?
Finanzierungsgrundschuld bei Verkauf durch den Erben	Ja (KG)
Isolierte Grundschuldbestellung durch den Erben	Ja (KG)
Finanzierungsgrundschuld bei Verkauf durch den transmortal Bevollmächtigten	Nein gemäß § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO analog (OLG Frankfurt a. M., OLG Köln, OLG Stuttgart, OLG Celle)
Isolierte Grundschuldbestellung durch den transmortal Bevollmächtigten	Ja (OLG Köln)
Bewilligung des Testamentsvollstreckers	Nein gemäß § 40 Abs. 2 GBO direkt (OLG München)
Bewilligung zum Beispiel eines Nießbrauchs durch den postmortal Bevollmächtigten	Ja (OLG Köln)

2. Die Entscheidung des KG

In dieses Meinungsbild reiht sich die Entscheidung des KG ein und bekräftigt den Trend in der Rechtsprechung der OLG, bei der Eintragung einer „Finanzierungsgrundschuld bei Verkauf durch den transmortal Bevollmächtigten“ (siehe oben) keine Voreintragung der Erben zu verlangen. Die vorgetragene Argumente des KG sind dabei nicht neu. Zunächst stellt der Senat klar, dass kein gesetzlich geregelter Ausnahmefall eingreift. Auch sei die für die Eintragung der (akzessorischen) Erwerbsvormerkung gemachte (ungeschriebene) Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz aufgrund der unterschiedlichen Interessenlage nicht auf die Finanzierungsgrundschuld anzuwenden. Es seien jedoch § 40 Abs. 1 Alt. 2 (und Abs. 2) GBO analog anzuwenden. Die hierfür erforderliche Regelungslücke sei „offensichtlich“ gegeben. Auch die Lebenssachverhalte seien vergleichbar. Das KG begreift als gemeinsames Merkmal der im Gesetz genannten Fälle (Erblasser, Nachlasspfleger, Testamentsvollstrecker) und den hier unregelmäßig Sachverhalt (transmortal Bevollmächtigter) die Wirkung bzw. Bindung für und gegen den bzw. die Erben.

Mit erfreulicher Deutlichkeit erteilt das KG auch Stimmen in der Literatur¹⁰ eine Absage, die die Klärung der Erbenstellung fordern, um ausschließen zu können, dass der Bevollmächtigte Alleinerbe geworden ist. Das KG erkennt in diesem Fall zu Recht, dass der bevollmächtigte Alleinerbe

„sowieso“ berechtigt wäre.¹¹ Auch der Minderjährigenschutz erfordere keine Erbenermittlung und Voreintragung, weil eine Verpflichtung des Eigenvermögens des Minderjährigen aufgrund der Vollmacht nicht möglich sei und auch die Genehmigungserfordernisse (§ 1643 BGB)¹² bei Handeln eines transmortal Bevollmächtigten nicht eingreifen. Einen Wertungswiderspruch zur erforderlichen Voreintragung in der Konstellation der „Finanzierungsgrundschuld bei Verkauf durch den Erben“ (siehe oben) verneint das KG unter Hinweis darauf, dass der Bevollmächtigte seine Legitimation vom Erblasser ableite, während der Erbe sie von sich, mithin aus seiner Erbenstellung erhalte. Schließlich bestätigt das KG auch die bereits in den Entscheidungen des OLG Stuttgart zum Ausdruck gekommene Auffassung, dass die Vollmacht solange als Legitimationsmittel diene, solange kein Nachweis der Alleinerbenstellung in der Form des § 35 GBO vorliege.

3. Fazit

Die Entscheidung des KG zeigt ganz deutlich, dass sich für den Sachverhalt „Finanzierungsgrundschuld bei Verkauf durch den transmortal Bevollmächtigten“ in der Rechtsprechung der OLG die Meinung etabliert hat, eine Voreintragung sei in diesem Fall entbehrlich. Ob von dieser Möglichkeit stets Gebrauch gemacht werden sollte, steht natürlich auf einem anderen Blatt.¹³ Höchstrichterliche Rechtsprechung gibt es hierzu bislang nicht. Auch die vorgetragene Argumentation ist stimmig. Insbesondere bestätigt der Senat (indirekt) die Möglichkeit, gestufte Legitimationsgründe in das Grundbuchverfahren einzuführen.¹⁴ Der Vergleich mit der Behandlung des Sachverhalts „Finanzierungsgrundschuld bei Verkauf durch den Erben“ (siehe oben) hinterlässt allerdings zunächst ein störendes Gefühl, verlangt man dort doch zwingend die Voreintragung der Erben. Das KG sieht die Rechtfertigung für diesen Unterschied in Sinn und Zweck des Voreintragungsgrundsatzes. Die Ungleichbehandlung dieser Lebenssachverhalte ist darüber hinaus auch bereits im Wortlaut angelegt, wenn dort vor allem das Handeln des Erblassers (postmortale Eintragungsbewilligung), des Nachlasspflegers und des Testamentsvollstreckers privilegiert wird. Bei Handeln des Erben muss es demgemäß bei der Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO (Übertragung oder Aufhebung des Rechts) verbleiben.

¹¹ Vgl. *Herrler*, DNotZ 2017, 508, 518.

¹² Zur Reform des § 1643 BGB siehe *Becker*, FamRB 2020, 36.

¹³ *Becker*, MittBayNot 2019, 315.

¹⁴ Vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 2.11.2018, 8 W 312/18, MittBayNot 2019, 578 (m. Anm. *Becker*, 582).

¹⁰ Z. B. *Bestelmeyer*, FGPrax 2018, 107 f.

7. Zur Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung nach § 874 BGB für Bestandsvoraussetzungen des einzutragenden Rechts

OLG Hamm, Beschluss vom 18.6.2020, I-15 W 277/19*, mitgeteilt von **Stefan Tegenthoff**, Richter am OLG Hamm

BGB §§ 873, 874 Satz 1

GBO § 18 Abs. 1, § 22 Abs. 1, § 23 Abs. 1 und 2, §§ 24, 29

LEITSÄTZE:

1. **Zur (hier: bejahten) Zulässigkeit einer Zwischenverfügung bei einer Berichtigungsbewilligung.**
2. **Zur (hier: verneinten) Zulässigkeit der Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung in dem Fall, dass es um die Bestandsvoraussetzungen des einzutragenden Rechts (hier: lebenslängliche Reallast) geht (Abweichung zu OLG Köln, FGPrax 2018, 157).**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Löschung einer Reallast wegen Unrichtigkeit wegen des überjährigen Ablebens der Berechtigten.

2 Die Beteiligte ist als Eigentümerin des im Rubrum näher bezeichneten Grundstücks eingetragen. In Abteilung II ist unter lfd. Nr. 1 eine Reallast zugunsten Frau L M eingetragen. Der Eintragungsvermerk lautet wie folgt:

„Reallast (Geldrente) – mit Wertsicherungsklausel – für L M geb. I, geb. am (...). Bezug: Bewilligungen vom 29.10. und 23.12.2009 (URNr. 007 und 004/2009 des Notars [...]). Eingetragen am 27.1.2010.“

3 Mit der Bewilligung vom 29.10.2009 hatte die Beteiligte die Eintragung einer Reallast zugunsten von Frau M an dem genannten Grundstück bewilligt. Weiter heißt es in der Bewilligung:

„Die Reallast dient der Sicherung einer Verbindlichkeit des S M, der Begünstigten, (...), eine monatlich im Voraus fällige Rente von derzeit 3.200 € zu zahlen. Der Rentenanspruch ergibt sich aus der Urkunde des Notars C vom (...).6.1980 (dessen UR-Nr. 05/1980), zuletzt angepasst durch vom Schuldner bestätigtes Schreiben der Rechtsanwälte (...) vom (...), in dem ebenfalls vereinbart ist, dass Maßstab der künftigen Abänderung im Sinne der vorgenannten notariellen Urkunde der Verbraucherpreisindex für Deutschland, Basisjahr 2000 = 100, ist, (...).“

4 Die Bewilligung vom 23.12.2009 „ergänzt“ die vorhergehende

„dahin gehend, dass Grundlage für die Eintragung dieser Bewilligung die in Kopie beigelegte Urkunde vom 00.6.1980 (UR-Nr. 05/1980 des Notars C [...]) ist, jedoch mit der Maßgabe, dass der durch die Reallast besicherte Rentenanspruch derzeit 3.200 € beträgt. (...).“

* Der Beschluss des BGH als Nachinstanz vom 1.10.2020, V ZB 51/20, ist abgedruckt in der MittBayNot 2021, 239 m. Anm. *Reymann* (in diesem Heft).

5 Die der notariell beglaubigten Erklärung in Fotokopie beigelegte Urkunde des Notars C enthält einen Unterhalts- und Auseinandersetzungsvertrag. In dessen Rahmen erklärte der damalige Ehemann der Frau M Folgendes:

„Ich, (...), bin Eigentümer der Wohnhausgrundbesitzung (...) eingetragen im Grundbuch von E Blatt 0001. Ich bewillige und beantrage, im Grundbuch meines vorgenannten Grundbesitzes für (...), Frau L M, (...), für die Lebensdauer (Unterstreichung durch den Senat) die Eintragung einer Reallast mit folgenden Bestimmungen:

Die Rente beginnt am 1.11.1980. Sie beträgt monatlich 3.400 DM. Die Rente soll wertgesichert sein.“

Es folgen sodann weitere Maßgaben für die Wertsicherung. Abschließend heißt es hierzu:

„Zur Löschung des Rechts soll der Nachweis des Todes der Berechtigten genügen.“

Im vorliegenden Verfahren hat die Beteiligte am 23.4.2018 unter Vorlage einer Sterbeurkunde der Reallastberechtigten die Löschung der Reallast beantragt. Ausweislich der Sterbeurkunde ist Frau M am (...).1.2018 verstorben. Das Grundbuchamt hat den Antrag durch Zwischenverfügung beanstandet. Erforderlich sei der Erbennachweis nach Frau M und die Löschungsbewilligung der Erben, da weder eine Vorlöschungsklausel im Sinne des § 23 GBO eingetragen sei noch eine auf die Lebenszeit befristete Reallast. Nach längerer Korrespondenz hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten mit Schriftsatz vom 7.1.2019 unter Hinweis darauf, dass die Jahresfrist des § 23 Abs. 1 GBO zwischenzeitlich abgelaufen sei, erneut auf die Löschung gedrungen. Das Grundbuchamt hat daraufhin am 17.1.2019 eine weitere Zwischenverfügung erlassen, mit der es seinen bisherigen Standpunkt bekräftigt und vertiefend ausgeführt hat, dass eine Beschränkung des Rechts auf die Lebenszeit sich schon der Bewilligung nicht entnehmen lasse, jedenfalls aber nicht der Eintragung, was jedoch notwendig sei. Gegen diese Zwischenverfügung richtet sich die vorliegende Beschwerde, der das Grundbuchamt nicht abgeholfen hat.

6 II. Die zulässige Beschwerde ist unbegründet. Das AG hat den Antrag, die in dem o. a. Grundbuch unter II Nr. 1 eingetragene Reallast im Wege der Berichtigung zu löschen, zu Recht beanstandet und die Vorlage einer Löschungsbewilligung des oder der Rechtsnachfolger nebst Nachweis der Erbfolge verlangt.

7 Die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für den Erlass einer Zwischenverfügung gemäß § 18 Abs. 1 GBO liegen vor. Die erhobene Beanstandung bezeichnet ein behebbares Eintragungshindernis. Gegenstand des Verfahrens ist hier der nach § 22 Abs. 1 GBO zu behandelnde Antrag der Beteiligten auf eine Grundbuchberichtigung nach Erlöschen der Reallast infolge nachgewiesener Unrichtigkeit. Im Rahmen des dem Antragsteller zustehenden Wahlrechts kann die Berichtigung auch aufgrund einer Bewilligung derjenigen durchgeführt werden, die durch die Eintragung der Löschung der Vormerkung in ihren Rechten betroffen würden (§ 19 GBO). Kann der Unrichtigkeitsnachweis nicht oder nicht vollständig geführt werden, bestehen keine Bedenken, dem jeweiligen Antragsteller

durch eine Zwischenverfügung Gelegenheit zur Behebung des Hindernisses durch Beibringung der Bewilligung der durch die Eintragung in ihren Rechten Betroffenen zu geben, zumal eine Rangwahrung der Antragstellung hier nicht in Betracht kommt (Senat, FGPrax 2007, 209 = Rpfleger 2007, 541; FGPrax 2010, 226; im Ergebnis ebenso OLG Köln, FGPrax 2010, 14; a. A. BayObLG, BeckRS 1994, 06060; OLG Schleswig, FGPrax 2010, 282).

8 Das Grundbuch ist unrichtig, wenn sein Inhalt nicht mit der materiellen Rechtslage übereinstimmt (vgl. § 894 BGB). Es kann berichtigt werden, wenn der Betroffene die Eintragung bewilligt (§ 22 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 19 GBO). Liegt dessen Bewilligung nicht vor, kann das Grundbuch nur berichtigt werden, wenn die Unrichtigkeit mit öffentlichen Urkunden (§ 29 Abs. 1 Satz 2 GBO) nachgewiesen ist (§ 22 Abs. 1 Satz 1 GBO). An den Nachweis sind strenge Anforderungen zu stellen. Der Antragsteller muss grundsätzlich lückenlos alle Möglichkeiten ausräumen, die der begehrten berichtigenden Eintragung entgegenstehen könnten. Lediglich ganz entfernt liegende, nur theoretische Überlegungen müssen nicht widerlegt werden (OLG München, NZG 2016, 945; BayObLGZ 1988, 102 ff.; 1995, 413 ff.).

9 Vor diesem Hintergrund ist zunächst festzuhalten, dass sich eine erleichterte Löschungsmöglichkeit hier nicht aus den §§ 24, 23 GBO ergibt. Eine Löschungserleichterungsklausel im Sinne des § 23 Abs. 2 GBO ist vorliegend nicht Bestandteil des Eintragungsvermerks. Dies ist jedoch nach dem insoweit eindeutigen Gesetzeswortlaut Voraussetzung der erleichterten Löschung, eine Bezugnahme nach § 874 BGB ist unzureichend (Bauer/Schaub/Schäfer, GBO, 4. Aufl., § 23 Rdnr. 62; Demharter, GBO, 31. Aufl., § 23. Rdnr. 25).

10 Die Antwort auf die sich daran anschließende Frage, ob eine erleichterte Löschung nach § 23 Abs. 1 GBO in Betracht kommt, weil die Jahresfrist abgelaufen ist und kein Widerspruch vorliegt, ist wesentlich davon abhängig, ob man unter den hier gegebenen Umständen von der Eintragung eines auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkten Rechts ausgehen kann. Diese ist wiederum davon abhängig, ob man insoweit eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (§ 874 BGB) für zulässig hält. Verneint man diese Frage, dann ist eine erleichterte Löschung über § 23 GBO hier ausgeschlossen. Bejaht man sie hingegen, dann wäre von der Eintragung auch eine Beschränkung auf die Lebenszeit erfasst. Denn – insoweit entgegen der Auffassung des Grundbuchamtes – erfasst eine zulässige Bezugnahme nicht nur den primären Text der Bewilligungserklärung, sondern auch den Verweis derselben auf weitere beigelegte Schriftstücke (MünchKomm-BGB/Kohler, 7. Aufl., § 874 Rdnr. 13 m. w. N.; Staudinger/Heinze, Neub. 2018, § 874 Rdnr. 6). Da der ergänzenden Bewilligungserklärung vom 23.12.2009 die Urkunde des Notars C beigelegt war, aus der sich mit hinreichender Deutlichkeit ergibt, dass die Reallast lediglich ein auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränktes Rentenrecht besichern sollte, wäre bei der Zulässigkeit einer Bezugnahme daher der Anwendungsbereich des § 23 Abs. 1 GBO eröffnet.

11 Eine Bezugnahme nach § 874 Satz1 BGB kommt nur bei der näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts in Betracht, scheidet also aus, wenn es um die Bestandsvoraussetzungen

des Rechts oder den wesentlichen Rechtsinhalt geht. Die Frage, ob die Beschränkung eines Rechts auf die Lebenszeit des Berechtigten, sei sie Bedingung oder Befristung, lediglich den Inhalt des Rechts betrifft und somit einer Bezugnahme nach § 874 BGB zugänglich ist, wird in Rechtsprechung und Literatur – bezogen auf die Reallast – nicht einheitlich beurteilt. Allgemein wird die Beschränkung eines Rechts auf die Lebenszeit des Berechtigten in der Regel als Befristung verstanden (Palandt/Ellenberger, § 163 Rdnr. 1). Soll der Bestand eines Rechts von einem künftigen Ereignis abhängen, das nach dem normalen Lauf der Dinge nur seinem Zeitpunkt nach ungewiss ist, so kommt es für Abgrenzung zwischen Bedingung und Befristung vorrangig darauf an, wie sicher der Eintritt des Ereignisses aus der Sicht des oder der Erklärenden ist (BGH, NJW 2004, 284).

12 Nach ganz überwiegender Auffassung betreffen Bedingungen oder Befristungen eines Rechts dessen Bestand und nicht lediglich dessen näheren Inhalt, mit der Folge, dass allenfalls wegen der näheren Ausgestaltung der Bedingung/Befristung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden kann, während die Bedingtheit/Befristung in den Eintragungsvermerk selbst aufgenommen werden muss (OLG München, MittBayNot 2017, 248 f.; OLG Celle, FGPrax 2014, 150; Senat, NZM 2012, 318 f.; MünchKomm-BGB/Kohler, § 874 Rdnr. 6; Staudinger/Heinze, § 874 Rdnr. 21; Palandt/Herrler, 79. Aufl., § 874 Rdnr. 5; BeckOK-BGB/Eckert, Stand: 2020, § 874 Rdnr. 16; Bauer/Schaub/Weber, GBO, 4. Aufl., § 44 Rdnr. 46; Demharter, GBO, 31. Aufl., § 44 Rdnr. 20). Soweit das Problem angesprochen wird, wird diese Sichtweise auch bei der Reallast vertreten (Bauer/Schaub/Weber, a. a. O.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 1306a; Staudinger/Heinze, § 874 Rdnr. 21; Staudinger/Reymann, Neub. 2017, § 1105 Rdnr. 59).

13 Nach einer abweichenden Ansicht, stellt bei der subjektivpersönlichen Reallast die Beschränkung auf die Lebenszeit hingegen keine (auflösende) Befristung oder Bedingung dar, weil die Beschränkung nur das Stammrecht erfasse, die Reallast aber nicht als solche zum Erlöschen bringe (OLG Köln, FGPrax 2018, 157 f.; Rpfleger 1994, 292; dem folgend u. a. juris-PK-BGB/Otto, Stand: 2019, § 1111 Rdnr. 12.1; MünchKomm-BGB/Mohr, § 1111 Rdnr. 2; Palandt/Herrler, § 1111 Rdnr. 2). Hieraus soll folgen, dass eine Bezugnahme nach § 874 Satz1 BGB zulässig ist (OLG Köln, a. a. O.).

14 Letzterem kann sich der Senat nicht anschließen. Zweck des § 874 BGB ist es, bei voller Wahrung der Publizität und Aussagekraft des Grundbuchs, die Übersichtlichkeit der Eintragungen zu eben diesem Zweck zu ermöglichen. Eingetragen werden muss danach alles, was zur wesentlichen Charakterisierung der materiellen Rechtslage erforderlich ist (BayObLG, DNotZ 1956, 552; MünchKomm-BGB/Kohler, § 874 Rdnr. 1). Auch wenn man vor diesem Hintergrund mit dem OLG Köln davon ausgeht, dass lediglich das Stammrecht der Reallast auf den Tod des Berechtigten befristet, eventuelle Ansprüche auf Rückstände und damit auch die grundsätzlich einheitlich zu sehende Reallast nicht durch Fristablauf erloschen sind, fragt es sich, ob es sich hierbei lediglich um eine nähere Ausgestaltung des Rechtsinhalts handelt, oder ob nicht vielmehr eine wesentliche Eigenschaft des Rechts be-

troffen ist, die sich sachlich den Bestandsvoraussetzungen annähert. Der Senat beantwortet diese Frage im letztgenannten Sinne. Denn im Hinblick auf den Zweck des § 874 BGB, eine bestmögliche Aussagekraft des Grundbuchs hinsichtlich der materiellen Rechtslage zu ermöglichen, ist es kaum begründbar, einen Interessenten hinsichtlich einer im Eintragungsvermerk nicht einmal angedeuteten zeitlichen Beschränkung des Stammrechts auf die in Bezug genommene Eintragungsbewilligung zu verweisen, nur weil konstruktiv das Gesamtrecht im Hinblick auf mögliche Rückstände noch nicht erloschen ist.

15 Ist der Anwendungsbereich des § 23 GBO nach alledem nicht eröffnet, weil keine zulässige Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligungen vorliegt, könnte die Löschung der Reallast nur erfolgen, wenn sich im Rahmen des § 22 GBO feststellen ließe, dass die Reallast materiellrechtlich (insgesamt) nur als auf die Lebenszeit beschränkt entstanden ist. Einigen sich die Beteiligten (§ 873 BGB) nämlich lediglich über ein befristetes Recht, wird jedoch ein unbefristetes Recht eingetragen, so entsteht das Recht nur, soweit sich Einigung und Eintragung decken, also nur befristet (BGH, Beschluss vom 7.4.2011, V ZB 11/10, NJW-RR 2011, 882 f.).

16 Diese Feststellung ist hier nicht möglich. Die formlos mögliche Einigung zwischen der Berechtigten und der Beteiligten im Sinne des § 873 BGB ist nicht nachgewiesen. Die Eintragung ist aufgrund einer einseitigen Bewilligung der Beteiligten erfolgt. Der auf den Hinweis des Senats in einfacher Kopie vorgelegte anwaltlich/notarielle Schriftwechsel genügt im Hinblick auf § 29 GBO nicht den im Rahmen des § 22 GBO geltenden Nachweisanforderungen.

17 Die Festsetzung eines Gegenstandswertes ist entbehrlich.

18 Der Senat lässt die Rechtsbeschwerde zu, da er mit der vorliegenden Entscheidung von der Rechtsprechung des OLG Köln abweicht (§ 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GBO).

•

8. Nachweis des Erlöschens einer Reallast

KG, Beschluss vom 17.4.2020, 1 W 262/19, mitgeteilt von **Ronny Müller**, Richter am KG

BGB §§ 133, 759, 873 Abs. 1, §§ 874, 973, 1105, 1111
GBO § 13 Abs. 1 Satz 2, §§ 19, 22 Abs. 1 Satz 1, §§ 29, 35 Abs. 1 Satz 1, § 71 Abs. 1

LEITSATZ:

Zum Nachweis des Erlöschens einer subjektiv-persönlichen Reallast kann die Vorlage der Sterbeurkunde des Berechtigten genügen, wenn eine Befristung der Belastung – auf die Lebenszeit des Berechtigten – im Grundbuch zwar selbst nicht vermerkt ist, sich durch Auslegung der Eintragungsbewilligung aber ergibt, dass die Reallast ein Leibrentenversprechen dinglich sichern sollte.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Ursprünglich war – soweit hier von Interesse – die am 25.9.1901 geborene A H als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Sie veräußerte am 20.12.1965 einen hälftigen Miteigentumsanteil an ihren Ehemann F H, den sie am 8.7.1965 geheiratet hatte. Die zur UR-Nr. 2(...)/1(...) des Notars G A in B erklärte Auflassung wurde am 26.4.1966 im Grundbuch vollzogen. Die Eheleute bewilligten zugleich für den jeweils anderen einen Nießbrauch an ihrem hälftigen Miteigentumsanteil, was in Abt. II lfd. Nr. 4 und 5 gebucht wurde.

2 Am 20.3.1972 erwarb F H auch den seiner Ehefrau verbliebenen hälftigen Miteigentumsanteil – UR-Nr. 4(...) 1(...) des Notars A P in B. U. a. heißt es in der Urkunde wörtlich:

„§ 2

Als Kaufpreis verpflichtet sich der Erschienenene zu 1 an die Erschienenene zu 2, die jetzt 71 Jahre alt ist, ab 1.4.1972 eine monatliche Rente von 400 DM (in Worten: Vierhundert Deutsche Mark) zu zahlen.

Die Rente ist für den Unterhalt der Verkäuferin bestimmt. Zugrunde gelegt ist der jetzige Stand der Lebenshaltungskosten, für die der Preisindex für die Lebenshaltung maßgebend ist, der vom statistischen Bundesamt jeweils festgesetzt wird.

(...)

§ 3

Die Genehmigung der Landeszentralbank nach § 3 des Währungsgesetzes wird von beiden Vertragsschließenden hiermit beantragt.

Der Käufer unterwirft sich wegen der Rente von monatlich 400 DM der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen. Der Erschienenene zu 1 beantragt die Eintragung der Rente als Reallast auf den Gesamtgrundstück zugunsten der Erschienenenen zu 2.“

3 Am 30.8.1972 wurde die zur UR-Nr. 4(...) /1(...) erklärte Auflassung im Grundbuch vollzogen und zugleich zugunsten der Veräußerin in Abt. II lfd. Nr. 6 eine Reallast sowie unter lfd. Nr. 7 ein unter § 7 der Urkunde bewilligter Nießbrauch eingetragen.

4 A H verstarb am 5.2.1975. Auf Antrag des F H wurden die in Abt. II lfd. Nr. 4, 5 und 7 gebuchten Nießbrauchsrechte am 12.5.1975 gelöscht.

5 Am 19.1.1976 wurde die Beteiligte anstelle ihres am 11.10.1975 verstorbenen Vaters F H als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen.

6 Zur UR-Nr. 3(...)/2(...) des Notars C K in B hat die Beteiligte u. a. die Löschung der in Abt. II lfd. Nr. 6 des Grundbuchs eingetragenen Reallast bewilligt und beantragt. Der Urkundennotar hat die Urkunde mit Schriftsatz vom 25.7.2019 zum Vollzug bei dem Grundbuchamt eingereicht. Das Grundbuchamt hat mit Verfügung vom 29.7.2019 unter Fristsetzung darauf hingewiesen, dass es zur Löschung der Reallast der Vorlage einer Löschungsbewilligung der Erben der Berechtigten unter Nachweis der Erbfolge bedürfe. Hiergegen richtet sich die Be-

schwerde vom 14.10.2019, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 16.10.2019 nicht abgeholfen hat.

7 II. 1. Die Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO. Insbesondere ist die Beteiligte beschwerdeberechtigt. Die Löschung eines eingetragenen Rechts setzt regelmäßig einen darauf gerichteten Antrag voraus, § 13 Abs. 1 Satz 1 GBO (*Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 46 Rdnr. 6). Im Antragsverfahren deckt sich die Beschwerdeberechtigung mit dem Antragsrecht (*Demharter*, GBO, § 71 Rdnr. 63). Bei Erlass einer Zwischenverfügung ist deshalb derjenige beschwerdeberechtigt, der den Antrag hätte stellen können. Antragsberechtigt ist jeder, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird oder zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll, § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO. Das ist hier die Beteiligte, deren Eigentum an dem Grundstück durch die in Abt. II lfd. Nr. 6 gebuchte Reallast beschränkt wird.

8 2. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Die angefochtene Zwischenverfügung ist nicht nach § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO veranlasst, weil das von dem Grundbuchamt aufgezeigte Eintragungshindernis nicht besteht.

9 a) Die Eintragung eines Lösungsvermerks erfordert neben einem darauf gerichteten Antrag, § 13 GBO, die Bewilligung desjenigen, dessen Recht von der Löschung betroffen ist, § 19 GBO. Da die Berechtigte der zur Löschung beantragten Reallast verstorben ist, müsste die Lösungsbewilligung von ihren Rechtsnachfolgern erklärt worden sein. Hier hat die Beteiligte die Bewilligung erklärt, hingegen nicht in genügender Form nachgewiesen, Rechtsnachfolgerin der Berechtigten zu sein. Das wäre dann der Fall, wenn ihr Vater alleiniger Erbe seiner Ehefrau geworden war. Zwar hat die Beteiligte dies so vortragen lassen, hingegen kann diese – gesetzliche – Erbfolge nur durch einen Erbschein nachgewiesen werden, § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO. Ein solcher Erbschein liegt nicht vor.

10 b) Zur Berichtigung des Grundbuchs bedarf es der (Löschungs-)Bewilligung hingegen nicht, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen wird, § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO. Dieser Nachweis, für den die Form des § 29 GBO gilt, liegt in Bezug auf das Erlöschen der in Abt. III lfd. Nr. 6 des Grundbuchs eingetragenen Reallast vor.

11 aa) Zur Belastung eines Grundstücks mit einer Reallast, § 1105 BGB, ist die Einigung des Eigentümers und des anderen Teils über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, § 873 Abs. 1 BGB. Bei der Eintragung kann zur näheren Bezeichnung des Inhalts der Reallast auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden, § 874 BGB.

12 Nach weit verbreiteter Meinung muss die Tatsache, dass ein Recht befristet oder bedingt ist, als solche aus dem Grundbuch selbst ersichtlich sein, weil die Befristung oder Bedingung nicht zum Inhalt des Rechts gehört (OLG München, FamRZ 2013, 733; OLG Hamm, NZM 2012, 318, 319; FGPrax 2011, 10, 11; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 266, 1306a; *Demharter*, GBO, § 44 Rdnr. 20; Palandt/*Bassenge*, 79. Aufl., § 874 Rdnr. 5). Der Eintragungsvermerk in Abt. III lfd. Nr. 6 des Grundbuchs verhält sich weder zu einer Befristung noch zu einer Bedingung. Dort ist lediglich die Reallast als solche mit dem Hinweis „Geldrente“ sowie die Berechtigte bezeichnet. Ein Hinweis, dass die Reallast ledig-

lich auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt sein sollte, ist dem Eintragungsvermerk selbst nicht zu entnehmen. Ansonsten wird dort auf die Eintragungsbewilligung vom 20.3.1972 verwiesen.

13 bb) Ein fehlender Hinweis auf eine Befristung oder Bedingung des Rechts im Eintragungsvermerk schließt hingegen nicht aus, dass materiellrechtlich doch nur ein solch beschränktes Recht entstanden ist (BGH, FGPrax 2011, 163, 164; OLG München, MittBayNot 2017, 248, 249; Staudinger/*C. Heinze*, Neub. 2018, § 874 Rdnr. 27). Im Verfahren auf Löschung der Reallast gemäß § 22 Abs. 1 GBO muss sich die Befristung dann aber wenigstens aus der im Eintragungsvermerk in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ergeben (OLG Hamm, NZM 2012, 318, 319). Das ist hier der Fall.

14 Die Bewilligung ist vorliegend zu § 3 der UR-Nr. 4(...)/1(...) erklärt worden. Von einer Befristung der Reallast ist dort nicht ausdrücklich die Rede. Gleichwohl ist der Erklärung mit der im Grundbuchverfahren erforderlichen Sicherheit durch Auslegung, § 133 BGB, ein auf die Lebenszeit der Gläubigerin beschränktes Recht zu entnehmen.

15 Im Grundbuchverfahren kann im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz und das Erfordernis urkundlich belegter Eintragungsgrundlagen eine Auslegung nur erfolgen, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt. Dabei ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt. Außerhalb der Urkunde liegende Umstände dürfen nur insoweit herangezogen werden, als sie für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (BGH, NJW-RR 2015, 645, 646; NJW 1995, 1081, 1082, Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 172; *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 28). Ist die in dem Eintragungsvermerk im Grundbuch in Bezug genommene Eintragungsbewilligung in einer notariellen Urkunde enthalten, können zur Auslegung der Eintragung nur die in der Urkunde enthaltenen Erklärungen herangezogen werden, die durch zulässige Bezugnahme zum Grundbuchinhalt geworden sind (*Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 28 m. w. N.).

16 Im Grundbuch eingetragen ist eine subjektiv-persönliche Reallast, § 1111 BGB, denn die Berechtigung hieraus hängt nicht von dem Eigentum an einem Grundstück ab, vgl. § 1110 BGB. Berechtigte war die verstorbene A H. Die subjektiv-persönliche Reallast ist grundsätzlich vererblich (Erman/*Grziwotz*, BGB, 15. Aufl., § 1111 Rdnr. 4), sie kann aber auch auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt werden (OLG Düsseldorf, OLGreport 2003, 1; Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl., §§ 23, 24 Rdnr. 9; Hügel/*Wilsch*, GBO, 4. Aufl., § 23 Rdnr. 21). Das ist etwa der Fall, wenn die Reallast – ausschließlich – eine Leibrente, § 759 BGB, sichern soll. Die Leibrente ist ein einheitlich nutzbares Recht, das dem Berechtigten für die Lebensdauer eines Menschen eingeräumt ist und dessen Erträge aus fortlaufend wiederkehrenden gleichmäßigen Leistungen in Geld oder vertretbaren Sachen bestehen (BGH, Urteil vom 13.3.1980, III ZR 179/78, juris; Urteil vom 16.12.1965, II ZR 274/63, juris; RGZ 67, 204, 208).

17 Eine solche Leibrente ist der Berechtigten der Reallast Abt. II lfd. Nr. 6 zur UR-Nr. 48/1972 als Gegenleistung für die Übertragung des hälftigen Miteigentumsanteils an dem Grund-

stück versprochen worden. Dagegen spricht nicht, dass in der Bewilligung in § 3 Abs. 2 Satz 2 der UR-Nr. 4/1 lediglich von „der Rente“ die Rede ist. Dieser Begriff wird in der Bewilligung vorausgesetzt und knüpft an die im vorherigen Satz behandelte „Rente von monatlich 400 DM“ an, die ihrerseits in § 2 der Urkunde inhaltlich bestimmt worden ist. Danach verpflichtete sich der Erwerber des Miteigentumsanteils, der Verkäuferin als Kaufpreis eine monatliche Rente von 400 DM zu zahlen, die für deren Unterhalt bestimmt und wertgesichert sein sollte.

18 Nach der Verkehrsauffassung (hierzu: BGH, Urteil vom 13.3.1980, III ZR 179/78, juris) ist dies als Leibrentenversprechen zu werden. Die Veräußerung eines Grundstücks zur Sicherung einer lebenslangen Versorgung bildet gerade einen Hauptanwendungsfall eines Leibrentenversprechens (vgl. OLG Düsseldorf, a. a. O.; *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl., Rdnr. 1481; Würzburger Notarhandbuch/*Holland*, 5. Aufl., Teil 2 Kap. 6 Rdnr. 75 ff.; Beck'sches Notarhandbuch/*Herrler*, 7. Aufl., Kapitel 1 § 5 Rdnr. 413 ff.).

19 Bei der Regelung, dass die Rente für den Unterhalt der Verkäuferin bestimmt sei, handelt es sich entgegen dem Grundbuchamt nicht lediglich um ein Motiv der Vertragsparteien, sondern dies bildet ein Element des Leibrentenversprechens, mit dem die Beschränkung des Bezugs auf die Lebenszeit der Berechtigten zum Ausdruck kommt. Daran ändert die Bestimmung der Rente als „Unterhalt“ nichts. Dass die Eheleute damit einen – familienrechtlichen – Unterhaltsanspruch der Berechtigten gegenüber ihrem Ehemann hätten regeln wollen, ist nicht ersichtlich. Es fehlt bereits jeder Bezug zu den tatsächlichen Verhältnissen der Eheleute (hierzu: OLG Koblenz, OLGZ 1978, 245, 247). Im Gegenteil sollte „die Rente“ von ihren Verhältnissen gerade nicht abhängig, sondern pauschal indiziert sein.

20 cc) Entgegen der angefochtenen Zwischenverfügung ist eine Bewilligung der Rechtsnachfolger der Berechtigten auch nicht im Hinblick auf § 23 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 GBO erforderlich. Danach darf ein Recht, das auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt ist und bei dem Rückstände von Leistungen nicht ausgeschlossen sind, nach dessen Tod nur mit Bewilligung des Rechtsnachfolgers gelöscht werden, wenn die Löschung vor dem Ablauf eines Jahres nach dem Tod des Berechtigten erfolgen soll oder wenn der Rechtsnachfolger der Löschung bei dem Grundbuchamt widersprochen hat.

21 Die Berechtigte ist vor mehr als einem Jahr verstorben und Rechtsnachfolger haben der Löschung gegenüber dem Grundbuchamt nicht widersprochen. In den Grundakten befindet sich keine Urkunde (zur Form vgl. *Demharter*, GBO, § 23 Rdnr. 21), die einen solchen Widerspruch enthielte, das Grundbuch enthält keine entsprechende Eintragung, vgl. § 23 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 GBO. Dann aber genügt zur Löschung der Nachweis des Todes des Berechtigten (*Demharter*, GBO, § 23 Rdnr. 15). In der Grundakte befindet sich die beglaubigte Abschrift der Sterbeurkunde des Standesamts Zehlendorf von Berlin vom 7.2.1975, wonach die Berechtigte am 5.2.1975 verstorben ist.

9. Keine isolierte Eintragung des Erwerbs eines weiteren Miteigentumsanteils – Erforderlichkeit von Klarstellungen im Grundbuch bei unterschiedlicher Belastung von Miteigentumsanteilen

KG, Beschluss vom 8.4.2020, 1 W 257/19

GBO §§ 47, 53, 71

LEITSATZ:

Die unterschiedliche Belastung von Miteigentumsanteilen an einem Grundstück rechtfertigt die isolierte Eintragung eines Erwerbers nur mit dem erworbenen Miteigentumsanteil nicht, wenn er bereits Eigentümer eines anderen Miteigentumsanteils ist. Durch den Erwerb entsteht ein einheitlicher, sich aus den Bruchteilen der bisherigen Anteile zusammensetzender Miteigentumsanteil; entsprechend ist der Erwerber als Eigentümer – nur – dieses Miteigentumsanteils im Grundbuch einzutragen.

10. Antrag auf Vollzug von Auflassung

OLG München, Beschluss vom 7.1.2020, 34 Wx 425/17

BGB §§ 133, 925

GBO § 2 Abs. 2, §§ 19, 20, 28

GBV § 6 Abs. 3, 4 und 5

WEG § 8

ZPO § 894 Satz 1

LEITSÄTZE:

- Zur Auslegung eines eine Auflassungs- und Bewilligungserklärung ersetzenden Titels.**
- Sind in einer Auflassungserklärung und Eintragungsbewilligung das Grundbuchblatt und die Größe des Miteigentumsanteils falsch bezeichnet, ist die Auflassung nach § 133 BGB dahin gehend auszulegen, ob darin das richtige Grundbuchblatt sowie der tatsächlich gebildete Miteigentumsanteil übereinstimmend gemeint waren. Es finden die allgemeinen Regeln zur rechtlichen Behandlung einer Falschbezeichnung Anwendung (falsa demonstratio non nocet). (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Im Grundbuch ist noch die (...), eine Bauträgerin, als Eigentümerin von Wohnungseigentum eingetragen. Mit notariellem Bauträgervertrag vom 17.8.2012 hatte der Beteiligte die damals noch zu errichtende Wohnung Nr. 14 erworben. Die Wohnung war in dem Vertrag beschrieben als im Grundbuch Blatt x eingetragen und verbunden mit einem 68,80/1000 Miteigentumsanteil. Dem Beteiligten war insofern eine Eigentumsvormerkung bewilligt. Zudem hatte er am 25.9.2012 im eigenen Namen und in Vollmacht der Bauträgerin eine

Grundschild an dem ebenso beschriebenen Grundbesitz bewilligt. Den Urkunden war jeweils eine Feststellung des Notars vom 15.1.2013 beigeheftet, wonach der Miteigentumsanteil 87,81/1000 betrage. Die Aufassungsvormerkung und die Grundschild wurden vom Grundbuchamt in dem nach Aufteilung gebildeten Grundbuchblatt y am 28.1.2013 eingetragen.

2 Im Jahr 2015 erhob der Beteiligte Klage gegen die Bauträgerin. Im Endurteil vom 29.6.2016 wurde die Bauträgerin wie folgt verurteilt: (...)

„(...), einen Miteigentumsanteil von 68,80/1000 (in Worten: achtundsechzig Komma achtzig Tausendstel) an dem Grundstück Gemarkung (...), Flurstück Nummer (...)/(...), eingetragen im Grundbuch des AG (...), Blatt x, (...) (...) Gebäude- und Freifläche, Größe 365 m², verbunden mit dem Sondereigentum an sämtlichen Räumen an der im Aufteilungsplan mit Nummer 14 bezeichneten Wohnung samt Keller, sowie einen Miteigentumsanteil von (...) an den Kläger aufzulassen und die Eintragung des Klägers als Eigentümer im Grundbuch zu bewilligen.“

3 Der Beteiligte hat zu notarieller Urkunde vom 25.7.2017 als Erwerber für sich selbst im eigenen Namen und zugleich aufgrund des in vollstreckbarer Ausfertigung vorgelegten und der Urkunde in beglaubigter Abschrift beigelegten Urteils für die (...) die Aufassung erklärt, die Eintragung der Aufassung im Grundbuch bewilligt und im Namen des Erwerbers beantragt. Der verkaufte Vertragsgegenstand ist in Ziffer I. Vorbemerkung – soweit hier noch von Bedeutung – wie folgt beschrieben:

a) Wohnung

Im Grundbuch des AG (...) für (...) Blatt y ist eingetragen Gemarkung (...)

lfd. Nr. 1 87,81/1000 Miteigentumsanteil an dem Grundstück

Flst. Nr. (...)/(...) (...)

365 m² Gebäude- und Freifläche verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung mit Keller und Balkon

Nr. 14 lt. Aufteilungsplan.

(...)

4 Unter dem 26.7.2017 hat der beurkundende Notar namens des Beteiligten

den Vollzug der Aufassung beantragt.

5 Mit fristsetzender Zwischenverfügung vom 28.7.2017 hat das Grundbuchamt mitgeteilt, es seien in dem vorgelegten Endurteil des LG sowohl die Miteigentumsanteile wie auch die Blattstelle der gegenständlichen Wohnung Nr. 14 falsch bezeichnet. Richtig sei ein Miteigentumsanteil von 87,81/1000 und die richtige Blattstelle sei Blatt y. Es sei somit ein entsprechendes berichtigtes Endurteil vorzulegen. Als weiteres Hindernis wurde eine Falschbezeichnung einer Flurnummer betreffend die Tiefgarageneinheit aufgezeigt.

6 Mit Schriftsatz vom 2.8.2017 hat der anwaltlich vertretene Beteiligte vorgetragen, zwischen den Parteien sei völlig unstrittig, dass es sich sowohl bei der titulierte Eigentumswohnung als auch bei dem titulierten Tiefgaragenstellplatz um die-

jenigen handle, welche der Beteiligte von der (...) erworben habe und hinsichtlich derer die (...) rechtskräftig verurteilt sei, die entsprechende Aufassung zu erklären und die entsprechenden Eintragungen zu bewilligen. Gemäß § 894 ZPO gelte die Willenserklärung durch das rechtskräftige Urteil als abgegeben. Bei Willenserklärungen gelte das Prinzip „Falsa demonstratio non nocet“. Dies bedeute, dass – eine hier ohnehin äußerst geringfügige – Falschbezeichnung bei Willenserklärungen bzw. deren Auslegung nicht schade, sondern entscheidend sei, was tatsächlich erklärt und damit gewollt sei. Das sei eindeutig die titulierte – und damit eben entsprechend erklärte – Aufassung der an den Beteiligten verkauften Wohnung sowie des Tiefgaragenstellplatzes. Aus dem notariellen Kaufvertrag ergebe sich die Kongruenz zum landgerichtlichen Urteil in aller Deutlichkeit. Die nachträgliche Änderung des Miteigentumsanteils, welche auf einer nachträglichen Änderung der Teilungserklärung beruhe, habe an der verkauften Wohnung bzw. an der entsprechend titulierten Aufassungspflicht nichts geändert. Eine mit Schriftsatz vom 17.5.2017 beantragte entsprechende Tenorberichtigung beim LG sei telefonisch dahin gehend beantwortet worden, dass hier keine Fallkonstellation zu sehen sei, die eine solche Berichtigung rechtfertigen würde.

7 Mit Schreiben vom 3.8.2017 hat das Grundbuchamt mitgeteilt, dass an der Zwischenverfügung festgehalten werde. Bereits bei Eintragung der Vormerkung für den Beteiligten seien die Miteigentumsanteile im Grundbuch Blatt y mit 87,81/1000 bezeichnet. Warum Jahre später bei Klageerhebung vor dem LG sowohl die falschen Miteigentumsanteile als auch die falsche Blattnummer angegeben worden seien, könne vom Grundbuchamt nicht nachvollzogen werden. Es sei für das Grundbuchamt kein Grund ersichtlich, warum das landgerichtliche Urteil insoweit nicht berichtigt werden könne. Da die korrekte Bezeichnung für den Vollzug der Aufassung unerlässlich sei, werde auf Berichtigung des Urteils bestanden, ansonsten der Antrag zurückgewiesen werde.

8 Nach weiterem Schriftverkehr zwischen dem Grundbuchamt und dem Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten erfolgte, nach Berichtigung der in der Aufassungsurkunde falsch bezeichneten Flst. Nr. betreffend den Tiefgaragenstellplatz gemäß § 44a Abs. 2 Satz 1 BeurkG durch den Notar, am 15.11.2017 die Eintragung der Aufassung diesbezüglich.

9 Mit Beschluss vom selben Tag hat das Grundbuchamt den Eintragungsantrag zurückgewiesen, da die mit der Zwischenverfügung aufgezeigten Hindernisse im Übrigen nicht beseitigt worden seien.

10 Mit Schriftsatz vom 4.12.2017 hat der Beteiligte über seine Verfahrensbevollmächtigten Beschwerde gegen den Beschluss des Grundbuchamts eingelegt mit dem Antrag, das Grundbuchamt anzuweisen, den Eintragungsantrag nicht wegen falscher Bezeichnung des aufgelassenen Wohnungseigentums zurückzuweisen. Zur Begründung werden im Wesentlichen die bereits im Eintragungsverfahren vor dem Grundbuchamt vorgebrachten Argumente wiederholt. Zudem hat er u. a. eine Nachtragsurkunde vom 5.11.2012 mit Anlage vorgelegt, aus der sich ergibt, dass Wohnungseigentum mit einem 68,80/1000 Miteigentumsanteil in dem gesamten Wohnungseigentum nicht gebildet wurde.

11 Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.

12 II. Die nach § 11 Abs. 1 RPfLG mit § 71 Abs. 1 GBO statt-
hafte unbeschränkte Beschwerde ist nach § 73 GBO i. V. m.
§ 10 Abs. 2 Satz 1 FamFG vom Verfahrensbevollmächtigten
für den Beteiligten in zulässiger Weise eingelegt.

13 In der Sache hat die Beschwerde Erfolg, da die nach § 894
ZPO fingierte Auffassungs- und Bewilligungserklärung der (...) nach
entsprechender Auslegung das streitgegenständliche
Wohnungseigentum erfasst.

14 1. Beantragt hat der Notar in Ausübung der Vollzugsvoll-
macht unter Bezugnahme auf die Urkunde vom 25.7.2016,
soweit hier noch von Belang – den Vollzug der Auffassung von
einem 87,81/1000 Miteigentumsanteil an dem Grundstück
Flst. Nr. (...)/(...), eingetragen auf Blatt y verbunden mit dem
Sondereigentum an der Wohnung mit Keller und Balkon Nr. 14
lt. Aufteilungsplan. Der die Willenserklärung der (...) erset-
zende Titel benennt einen Miteigentumsanteil von 68,80/1000
an dem Grundstück Flst. Nr. (...)/(...), eingetragen auf Blatt x
verbunden mit dem Sondereigentum an sämtlichen Räumen
an der im Aufteilungsplan mit Nr. 14 bezeichneten Wohnung

15 2. Die entsprechenden Auffassungen sowie eine wirksame
Eintragungsbewilligung liegen in der grundbuchrechtlich not-
wendigen Eindeutigkeit vor.

16 Das Grundbuchamt prüft nur, ob die Voraussetzungen
des Eigentumsübergangs, nämlich die Auffassung und die
sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen mit
dem zweifelsfrei bezeichneten Vertragsgegenstand (vgl. § 28
GBO), durch – formell wirksame – öffentliche oder öffentlich
beglaubigte Urkunden nachgewiesen sind (§ 29 Abs. 1 GBO;
Palandt/*Herler*, 78. Aufl. § 925 Rdnr. 30).

17 a) Im Falle der Auffassung von Wohnungseigentum darf
die Grundbucheintragung nur vorgenommen werden, wenn
die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen
Teils erklärt ist (§ 20 GBO). Ist, wie im vorliegenden Fall, der
Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, gilt
diese als abgegeben, sobald das Urteil Rechtskraft erlangt hat
(§ 894 Satz 1 ZPO). Der andere Teil hat nur noch seinerseits
unter Vorlage der Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils vor
einem Notar die Erklärung abzugeben (*Demharter*, GBO,
31. Aufl., § 20 Rdnr. 24; *Hügel/Hügel*, GBO, 3. Aufl., § 20
Rdnr. 44), sodass die nach § 925 BGB und nach § 20 GBO
zur Eigentumsumschreibung erforderliche Einigung zustande
kommt, sobald der andere Teil unter Vorlegung des Urteils
seine Erklärung formgerecht abgibt (RGZ 76, 409). Die Ein-
igung erfordert übereinstimmende, unmittelbar auf Rechts-
änderung gerichtete Erklärungen beider Seiten, ohne dass
es bestimmter Ausdrücke bedarf (*Demharter*, GBO, § 20
Rdnr. 31). Die jeweiligen Erklärungen sind auslegungsfähig
(vgl. § 133 BGB); dem sind aber, bedingt durch den das
Grundbuchverfahren beherrschenden Bestimmtheitsgrund-
satz und das grundsätzliche Erfordernis urkundlich belegter
Eintragungsunterlagen, Grenzen gesetzt (vgl. BayObLGZ
1974, 112; BayObLG, *Rpfleger* 1980, 293; 1994, 344). Nach
§ 28 GBO, der universal für alle Grundbucheintragungen
und daher auch für den verfahrensrechtlichen Nachweis
der Einigung gemäß § 20 GBO gilt (Senat vom 18.10.2011,
34 Wx 341/11, NJOZ 2012, 608 m. w. N.), ist dabei das

Grundstück übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch
Hinweis auf das Grundbuchblatt zu bezeichnen. Andere
als diese beiden Arten der Bezeichnung lässt § 28 GBO nicht
zu (*Bauer/Schaub/Kössinger*, GBO, 4. Aufl., § 28 Rdnr. 34).
Für eine Bezeichnung des Grundstücks übereinstimmend
mit dem Grundbuch ist nicht die Angabe aller in § 2 Abs. 2
GBO i. V. m. § 6 Abs. 3-5 GBV genannten Kennzeichen
notwendig; es genügt die Angabe von Gemarkung, Karten-
blatt und Flurstücknummer (*Hügel/Wilsch*, GBO, § 28
Rdnr. 17; *Demharter*, GBO, § 28 Rdnr. 12). Die zusätzliche
Angabe einer unrichtigen Grundstücksgröße ist unschädlich,
sofern Zweifel an der Grundstücksidentität ausgeschlossen
sind (*Demharter*, GBO, § 28 Rdnr. 12). Beim Wohnungs- und
Teileigentum ist grundsätzlich Voraussetzung, dass der Mitei-
gentumsanteil, das Grundstück (Flurnummer und Beschreibung)
und das mit dem Miteigentumsanteil verbundene Sonderei-
gentum an bestimmten Räumen angegeben wird (*Hügel/
Wilsch*, GBO, § 28 Rdnr. 42). In dem Hinweis auf das Grund-
buchblatt sind anzugeben das Grundbuch führende AG, der
Grundbuchbezirk sowie die Blattnummer. Zudem ist ggf. die
laufende Nummer des Grundstücks im Bestandsverzeichnis
mit aufzunehmen oder es ist durch Angabe seiner Kenn-
zeichen gemäß § 6 GBV zu bezeichnen (*Demharter*, GBO,
§ 28 Rdnr. 13).

18 aa) Ist das Grundbuchblatt falsch bezeichnet ist die Auf-
fassung nach § 133 BGB dahin gehend auszulegen, ob darin
das richtige Grundbuchblatt übereinstimmend gemeint war.
Es finden nämlich die allgemeinen Regeln zur rechtlichen Be-
handlung einer Falschbezeichnung (falsa demonstratio) auch
dann Anwendung, wenn die Beteiligten den Gegenstand der
Auffassung versehentlich falsch bezeichnen. Die Auffassung
ist dann hinsichtlich des Objekts erklärt worden, auf das sich
der übereinstimmende Wille erstreckte, während für den durch
die Erklärungen äußerlich umschriebenen Gegenstand nur
scheinbar eine Einigung vorliegt, es insoweit aber in Wirklich-
keit an einer Auffassung fehlt (RGZ 46, 225; BGH, DNotZ
1966, 172; WM 1978, 194; OLG Nürnberg, DNotZ 1966, 542;
OLG Hamm, NJW-RR 1992, 152; MünchKomm-BGB/
Ruhwinkel, 8. Aufl., § 925 Rdnr. 23). Nach § 133 BGB ist der
wirkliche – möglicherweise ungenau oder sogar unzutreffend
geäußerte – Wille des Erklärenden als eine sog. innere Tatsa-
che zu ermitteln (BGH, NJW 1984, 721). Wird der tatsächliche
Wille des Erklärenden bei Abgabe einer empfangsbedürftigen
Willenserklärung festgestellt und hat der andere Teil die Erklä-
rung ebenfalls in diesem Sinne verstanden, dann bestimmt
dieser Wille den Inhalt des Rechtsgeschäfts, ohne dass es auf
Weiteres ankommt (BGH, NJW 1984, 721). Haben die Betei-
ligten eine Erklärung übereinstimmend in demselben Sinn ver-
standen, so geht der wirkliche Wille des Erklärenden dem
Wortlaut vor (BGH, NJW-RR 1988, 265; NJW 1984, 721;
MünchKomm-BGB/*Busche*, § 133 Rdnr. 14). Dies gilt ebenso,
wenn die Auffassungserklärung einer Vertragspartei durch ein
Urteil ersetzt wird. Denn auch der Inhalt einer durch Urteil ab-
zugebenden Willenserklärung ist durch Auslegung zu ermitteln
(BGH, MDR 2011, 1008; *Zöller/Seibel*, ZPO, 33. Aufl., § 894
Rdnr. 2). Insoweit kann nichts anderes gelten als bei einer
durch einen Beteiligten selbst abgegebenen ungenauen oder
unzutreffenden Erklärung. In diesem Fall ist von einer überei-
stimmenden Erklärung dann auszugehen, wenn das im Urteil

bezeichnete Grundstück trotz der falschen Bezeichnung eindeutig zuordenbar ist.

19 bb) Das ist hier der Fall. Übereinstimmend ist in dem die Auflassungserklärung der (...) ersetzenden Titel und in der notariellen Urkunde die FINr. (...)/(...) richtig benannt. Zwar ist die Größe des Miteigentumsanteils – wie schon ursprünglich im notariellen Kaufvertrag – unzutreffend angegeben. Dies ist jedoch unschädlich, weil es eine eindeutige Zuordnung des Wohnungseigentums nicht hindert. Denn mit notarieller Feststellung vom 15.1.2012, die sich in den Grundakten befindet, wurde die Größe des Miteigentumsanteils berichtigt und es erfolgten die Eintragung der Auflassungsvormerkung und der Grundschuldbestellung. Zudem ist, was sich aus der vom Beteiligten vorgelegten Nachtragsurkunde vom 5.11.2012 ergibt, ein Miteigentumsanteil von 68,80/1000 nicht vorhanden. Was die Angabe der falschen Blattnummer betrifft, ist festzustellen, dass von Blatt x nach Teilung gemäß § 8 WEG die im Urteil bezeichnete FINr. auf Blatt y übertragen wurde. Im Grundbuch Blatt x ist folglich das beschriebene Wohnungseigentum nicht mehr vermerkt. Dies ergibt sich auch eindeutig aus der Grundakte Blatt y, in der der Kaufvertrag und die darin bewilligte Vormerkung sich zunächst auf Blatt x bezog. Selbst wenn noch Zweifel wären, ist auf Blatt y die Wohnung Nr. 14 eingetragen, auf die sich das Urteil und der zugrundeliegende Kaufvertrag beziehen.

20 b) Auch die sonstigen zur Eintragung erforderlichen Erklärungen – relevant ist insoweit nur der Nachweis der Eintragungsbewilligung – liegen vor. Gemäß § 19 GBO kann die Eintragung nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht betroffen ist, sie bewilligt. Denn nach allgemeiner Meinung ersetzt die Auflassung nicht die Bewilligung (Hügel/Holzer, GBO, § 19 Rdnr. 12). Bewilligen muss derjenige, der im Zeitpunkt der Eintragung Inhaber des betroffenen Rechts ist. Ist, wie vorliegend, der Schuldner durch Urteil verpflichtet, die Eintragung zu bewilligen, tritt das Urteil mit Rechtskraft an die Stelle der Bewilligung (BGH, FGPrax 2012, 50; NJW-RR 1992, 840; Hügel/Holzer, GBO, § 19 Rdnr. 35; Demharter, GBO, § 28 Rdnr. 3). Das Urteil muss dieselben Anforderungen erfüllen wie die Eintragungsbewilligung, die gemäß § 133 BGB auslegungsfähig ist (Demharter, GBO, § 19 Rdnr. 28; Hügel/Holzer, GBO, § 19 Rdnr. 48). Zwar wird nach dem Wortlaut des Titels die Eintragung eines Miteigentumsanteils von 68,80/1000 an dem Flurstück Nr. (...) /(...), eingetragen auf Blatt x, bewilligt. Insoweit gelten jedoch die gleichen Auslegungsgrundsätze wie oben unter 2. a) aa) dargelegt. Die Eintragungsbewilligung genügt demzufolge nach entsprechender Auslegung ebenfalls den Vorgaben des § 28 GBO, der als Ordnungsvorschrift den Zweck verfolgt, durch Vermeidung unrichtiger Eintragungen die Sicherheit im Grundstücksverkehr zu gewährleisten und die Eintragung bei dem richtigen Grundstück zu sichern.

21 III. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Nach § 25 Abs. 1 GNotKG erlischt die Kostenhaftung grundsätzlich, wenn das Rechtsmittel mit Erfolg eingelegt ist.

BÜRGERLICHES RECHT – FAMILIENRECHT

11. Ausschluss des Versorgungsausgleichs in einer Scheidungsfolgenvereinbarung

BGH, Beschluss vom 27.5.2020, XII ZB 447/19 (Vorinstanz: OLG Stuttgart, Beschluss vom 5.9.2019, 17 UF 54/18)

BGB § 138 Abs. 1, §§ 139, 313

VersAusglG § 3 Abs. 1, § 9 Abs. 1

LEITSÄTZE:

- Zur Inhaltskontrolle von Scheidungsfolgenvereinbarungen.**
- Ein vollständiger Ausschluss des Versorgungsausgleichs kann bei den in einer Ehekrise oder im Zusammenhang mit einer bereits beabsichtigten Scheidung geschlossenen Eheverträgen nicht dem Verdikt der Sittenwidrigkeit unterworfen werden, wenn ein nach der gesetzlichen Regelung stattfindender Versorgungsausgleich von beiden Ehegatten nicht gewünscht wird, soweit dies mit dem Grundgedanken des Versorgungsausgleichs vereinbar ist. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- Ein unausgewogener Vertragsinhalt mag zwar ein gewisses Indiz für eine unterlegene Verhandlungsposition des belasteten Ehegatten sein. Gleichwohl wird das Verdikt der Sittenwidrigkeit in der Regel nicht gerechtfertigt sein, wenn sonst außerhalb der Vertragsurkunde keine verstärkenden Umstände zu erkennen sind, die auf eine subjektive Imparität, insbesondere infolge der Ausnutzung einer Zwangslage, sozialer oder wirtschaftlicher Abhängigkeit oder intellektueller Unterlegenheit, hindeuten könnten. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- Jedenfalls bei Vereinbarungen, bei denen der Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit demjenigen des Scheiterns der Ehe praktisch identisch ist, ist in der Regel kein Raum für eine Ausübungskontrolle. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 A. Die Beteiligten sind geschiedene Ehegatten. Sie streiten in einem isolierten Verfahren zum Versorgungsausgleich darüber, ob dieser wirksam durch eine Scheidungsfolgenvereinbarung ausgeschlossen worden ist.

2 Die 1960 geborene Antragstellerin und der 1939 geborene Antragsgegner heirateten am 23.10.1981. Aus ihrer Ehe sind drei (in den Jahren 1981, 1982 und 1985 geborene) Kinder hervorgegangen. Als sie sich schon in der Trennungsphase befanden, schlossen die Beteiligten am 19.7.1994 eine notarielle Vereinbarung. In Teil A dieser Urkunde übertrug die Antragstellerin ihre ideelle Miteigentumshälfte am gemeinsamen Hausgrundstück – gegen Übernahme der darauf lastenden Verbindlichkeiten – auf den Antragsgegner. Diese Übertra-

gung erfolgte vor dem Hintergrund, dass der Kaufpreis für das Hausgrundstück aus dem Erlös gezahlt wurde, den der Antragsgegner durch den Verkauf seiner ererbten Immobilie erzielt hatte. Teil B der notariellen Urkunde enthielt einen Erbvertrag, in welchem der Antragsgegner als Erblasser im Wege des (Voraus-)Vermächtnisses den drei gemeinsamen Kindern der Beteiligten das Hausgrundstück zu jeweils einem Drittel zuwandte. Das lebzeitige Verfügungsrecht des Antragsgegners nach § 2286 BGB wurde ausdrücklich nicht eingeschränkt. Neben einem wechselseitigen Pflichtteilsverzicht (Teil C der Urkunde) trafen die Beteiligten ferner eine Scheidungsfolgenvereinbarung, durch die sie für den Fall der Scheidung wechselseitig auf Zugewinn- und Versorgungsausgleichsansprüche sowie auf jegliche nacheheliche Unterhaltsansprüche verzichteten (Teil D der Urkunde).

3 Nach der Geburt ihres dritten Kindes nahm die Antragstellerin im Jahr 1987 ihre frühere Tätigkeit in einer Kurklinik wieder auf, zunächst in Teilzeit und später (auch zum Zeitpunkt der Trennung) in Vollzeit. Zwei Jahre nach der Trennung reduzierte sie ihre Tätigkeit wegen der Betreuung der drei gemeinsamen Kinder auf sechs bis sechseinhalb Stunden täglich, bevor sie diese (als Abteilungsleiterin des Bereichs „Sport und Gymnastik“) wegen finanzieller Schwierigkeiten des Arbeitgebers im Jahr 2000 aufgab. Nach einer einjährigen Phase der Arbeitslosigkeit absolvierte sie eine Ausbildung zur Fußpflegerin und Podologin. Diesen Beruf übte sie zunächst halbschichtig als Angestellte und seit dem Jahr 2006 vollschichtig in selbstständiger Tätigkeit aus.

4 Auf den am 27.10.1995 zugestellten Scheidungsantrag wurde die Ehe der Beteiligten durch Urteil des AG vom 1.3.1996 rechtskräftig geschieden. Im Verhandlungsprotokoll stellte das AG fest:

„Der Versorgungsausgleich ist durch notariellen Vertrag vom 19.7.1994 ausgeschlossen.“

Das Scheidungsurteil enthält weder im Tenor noch in den Gründen Ausführungen zum Versorgungsausgleich. Während der gesetzlichen Ehezeit vom 1.10.1981 bis zum 30.9.1995 (§ 3 Abs. 1 VersAusglG) hat die Antragstellerin ein Anrecht in der gesetzlichen Rentenversicherung mit einem Ausgleichswert von 4,4738 Entgeltpunkten (zum Ende der Ehezeit entsprechend einer Monatsrente von 105,75 €) sowie einem korrespondierenden Kapitalwert von 21.686,53 € und der Antragsgegner ein solches mit einem Ausgleichswert von 11,3730 Entgeltpunkten (zum Ende der Ehezeit entsprechend einer Monatsrente von 268,82 €) sowie einem korrespondierenden Kapitalwert von 55.130,07 € erworben. Eine als betriebliche Altersvorsorge abgeschlossene Direktversicherung (bei der Beteiligten zu 3) wurde dem Antragsgegner in einer Größenordnung von 32.000 € vertragsgemäß zum 1.6.2004 ausgezahlt.

5 Nach der Ehescheidung teilte der Antragsgegner sein Hausgrundstück in zwei Wohneinheiten auf. Eine Wohnung veräußerte er an den Ehemann seiner Tochter aus seiner früheren Ehe; die andere Wohnung veräußerte er an seine jetzige Ehefrau. Seit dem 1.8.2004 bezieht der Antragsgegner eine Regelaltersrente, die sich inzwischen auf rund 1.500 € monatlich beläuft.

6 Das AG hat festgestellt, dass ein Versorgungsausgleich bei der Scheidung nicht stattfindet. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Antragstellerin hat das OLG zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Antragstellerin ihr Begehren weiter.

7 B. Die Rechtsbeschwerde, an deren Zulassung durch das OLG der Senat nach § 70 Abs. 2 Satz 2 FamFG gebunden ist, hat keinen Erfolg.

8 I. Zutreffend hat das OLG angenommen, dass die Rechtskraft des Scheidungsurteils vom 1.3.1996 der Zulässigkeit des Antrags auf Durchführung des Versorgungsausgleichs nicht entgegensteht. Das AG hat in seinem Scheidungsurteil nicht festgestellt, dass ein Versorgungsausgleich nicht stattfindet. Nur eine solche – auf einer materiellrechtlichen Prüfung beruhende – Feststellung hätte in Rechtskraft erwachsen (vgl. Senatsbeschluss vom 22.10.2008, XII ZB 110/06, FamRZ 2009, 215 Rdnr. 9 ff.) und das vorliegende Verfahren hindern können.

9 II. Das OLG ist ferner mit Recht davon ausgegangen, dass die Scheidungsfolgenvereinbarung der Beteiligten einer Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle standhält und eine Anpassung nach den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage nicht in Betracht kommt.

10 1. Insoweit hat das OLG zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, dass von einer Wirksamkeit des Vertrags zum Zeitpunkt seines Abschlusses auszugehen sei. Ob der Vertrag auf der objektiven Seite – entweder infolge einer Prüfung der Einzelregelungen oder aufgrund einer Gesamtwürdigung – zu beanstanden sei, könne dahinstehen. Denn zusätzlich müsse auch die Überprüfung der subjektiven Seite zu einer massiven Beanstandung des Vertrags führen. Eine objektiv einseitige Lastenverteilung allein sei noch nicht geeignet, eine tatsächliche Vermutung für die subjektive Seite der Sittenwidrigkeit zu begründen.

11 Außerhalb der Vertragsurkunde liegende Umstände, die eine subjektive Imparität hätten nahelegen können, seien nicht zu erkennen. Die Antragstellerin sei bei Abschluss des Vertrags 34 Jahre alt gewesen und habe eine vollschichtige Tätigkeit als ausgebildete Sport- und Gymnastiklehrerin ausgeübt. Zuvor habe sie mehrere Jahre zusammen mit dem Antragsgegner eine Pension betrieben. Ferner habe sie zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses über ein Vermögen von mindestens 80.000 DM verfügt. Der pauschale Hinweis darauf, dass der Antragsgegner die Trennungssituation und die Unerfahrenheit der Antragstellerin, die ihrem älteren Ehemann „hörig“ gewesen sei, ausgenutzt habe, reiche für die Annahme einer einseitigen Dominanz des Antragsgegners nicht aus. Der Vertragsschluss sei in Ansehung der sich vollziehenden Trennung und auf Initiative beider Ehegatten erfolgt. Aus dem Vertragstext gehe hervor, dass der Notar eingehend über die Folgen der Vereinbarung belehrt habe und die Beteiligten sie angesichts ihrer beiderseitigen persönlichen Verhältnisse für angemessen erachtet hätten. Der Ausschluss des Versorgungsausgleichs sei im Vertrag eindeutig festgehalten und zu § 2286 BGB habe der Notar den Beteiligten eine nähere Erläuterung vorgelesen. Sollte die Antragstellerin der Belehrung und dem Vertragstext keine ausreichende Aufmerksamkeit geschenkt haben, wozu

sie intellektuell zweifelsfrei in der Lage gewesen wäre, wirke dies nicht zulasten des Antragsgegners.

12 Schließlich sei der Vertrag auch im Rahmen der Ausübungskontrolle nicht zu beanstanden, nachdem der Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit demjenigen des Scheiterns der Ehe zusammenfalle. Auch wenn man auf den Zeitpunkt der Scheidung abstelle, seien von der Antragstellerin keine Umstände vorgetragen, die eine Ausübungskontrolle veranlassen könnten. Selbst wenn man die Durchführung einer solchen Kontrolle ohne jegliche zeitliche Begrenzung für denkbar hielte, wäre es dem Antragsgegner nicht verwehrt, sich auf den Ausschluss des Versorgungsausgleichs zu berufen. Die Antragstellerin habe schon nicht darlegen können, dass die tatsächliche einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen, dem Vertrag zugrunde liegenden Lebensplanung grundlegend abgewichen sei. Der Antragsgegner sei bei Abschluss des Vertrags bereits 55 Jahre alt gewesen und beziehe seit dem Jahr 2004 eine Regelaltersrente, während die Antragstellerin noch 20 Jahre länger eine Alterssicherung hätte aufbauen können. Der Umstand, dass sie seit dem Jahr 2006 aufgrund ihrer Selbstständigkeit keine gesetzlichen Rentenanwartschaften mehr erwerbe, beruhe auf ihrer persönlichen Entscheidung. Als die Antragstellerin ihre angestellte Tätigkeit im Jahr 2000 wegen wirtschaftlicher Probleme der Kurklinik aufgegeben habe, sei nur noch eines der gemeinsamen Kinder minderjährig (15 Jahre alt) gewesen. Im Übrigen sei auch mit Blick auf die Vermögensverhältnisse der Antragstellerin und ihre damit verbundene Alterssicherung eine Ausübungskontrolle nicht veranlasst.

13 Auch die Anwendung der Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage sei auf den Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe zu beziehen und für jenen Zeitpunkt bzw. auch noch für den Zeitpunkt der Scheidung im Jahr 1996 lägen keinerlei Anhaltspunkte für einen Wegfall der Geschäftsgrundlage vor.

14 Selbst wenn man vorliegend den Verkauf der Wohneinheiten in den Jahren 1998 und 2002 zum Anlass für eine Prüfung der Störung der Geschäftsgrundlage nähme, ließe dies den Ausschluss des Versorgungsausgleichs unberührt. Die Antragstellerin berufe sich insoweit darauf, dass durch die Veräußerung des Hausgrundstücks an Dritte der Erbvertrag nicht mehr habe realisiert werden können. Dass die Kinder das Hausgrundstück infolge des darin vorgesehenen (Voraus-)Vermächtnisses hätten erhalten sollen, sei jedoch gerade nicht Geschäftsgrundlage für den Abschluss der Scheidungsfolgenvereinbarung gewesen. Eine untrennbare Verknüpfung zwischen der Miteigentumsübertragung und dem Globalverzicht der Antragstellerin einerseits und der Absicherung der gemeinsamen Kinder andererseits dahin gehend, dass die eine Regelung nicht ohne die andere habe gelten sollen, sei jedoch nicht erkennbar.

15 Das Verfügungsrecht des Antragsgegners nach § 2286 BGB sei im Vertragstext erwähnt, sodass das vereinbarte (Voraus-)Vermächtnis allenfalls mit dieser Einschränkung Geschäftsgrundlage der Scheidungsfolgenvereinbarung der Beteiligten habe werden können. Die – letztlich enttäuschte – Erwartung der Antragstellerin sei aber nicht in den dem Vertrag zugrunde liegenden gemeinschaftlichen Willen der Beteiligten aufgenommen worden. Der Erbvertrag sei auch nicht

Geschäftsgrundlage für die Grundstücksübertragung gewesen. Die Übertragung der Miteigentums Hälfte sei ausweislich des Wortlauts der notariellen Vereinbarung deshalb erfolgt, weil die zuvor aufgewendeten finanziellen Mittel für den Erwerb des Hauses allein aus dem Vermögen des Antragsgegners gestammt hätten.

16 Auch der Vertrag vom 4.2.2015 könne nicht über § 139 BGB zu einer (Gesamt-)Nichtigkeit der notariellen Vereinbarung vom 19.7.1994 führen. In diesem hätten die Beteiligten den in Teil B der notariellen Urkunde vom 19.7.1994 geschlossenen Erbvertrag aufgehoben und dabei nochmals ausdrücklich bestätigt, dass die übrigen Regelungen dieser Urkunde unabhängig vom Schicksal des nunmehr aufgehobenen Erbvertrags sein sollten.

17 2. Das OLG ist auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass die in der Scheidungsfolgenvereinbarung vom 19.7.1994 enthaltene Abrede zum Versorgungsausgleich sowohl für sich genommen als auch im Rahmen einer Gesamtwürdigung einer Wirksamkeitskontrolle am Maßstab des § 138 Abs. 1 BGB standhält.

18 a) Die gesetzlichen Regelungen über nahehehlichen Unterhalt, Zugewinn- und Versorgungsausgleich unterliegen grundsätzlich der vertraglichen Disposition der Ehegatten. Diese darf allerdings nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden kann. Das wäre der Fall, wenn dadurch eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten – unter angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint. Die Belastungen des einen Ehegatten werden dabei umso schwerer wiegen und die Belange des anderen Ehegatten umso genauerer Prüfung bedürfen, je unmittelbarer die vertragliche Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift (Senatsbeschluss vom 17.1.2018, XII ZB 20/17, FamRZ 2018, 577 Rdnr. 12 m. w. N.).

19 Das Verdikt der Sittenwidrigkeit wird dabei regelmäßig nur in Betracht kommen, wenn durch den Vertrag Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts ganz oder jedenfalls zu erheblichen Teilen abbedungen werden, ohne dass dieser Nachteil für den anderen Ehegatten durch anderweitige Vorteile gemildert oder durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten, den von ihnen angestrebten oder gelebten Ehe Typ oder durch sonstige gewichtige Belange des begünstigten Ehegatten gerechtfertigt wird (vgl. Senatsbeschluss vom 29.1.2014, XII ZB 303/13, FamRZ 2014, 692 Rdnr. 17 m. w. N.).

20 Diese Grundsätze gelten auch für Scheidungsfolgenvereinbarungen, die die Ehegatten im Hinblick auf eine Ehekrise oder eine bevorstehende Scheidung getroffen haben (vgl. Senatsbeschluss vom 29.1.2014, XII ZB 303/13, FamRZ 2014, 629 Rdnr. 15 ff.; siehe auch Senatsbeschluss vom 3.11.1993, XII ZB 33/92, FamRZ 1994, 234, 235).

21 b) Der vereinbarte Verzicht auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs stellt sich für die Antragstellerin zwar als nachteilig dar, führt jedoch für sich genommen noch nicht zur Sittenwidrigkeit der insoweit getroffenen Abrede.

22 aa) Allerdings hat der Senat den Versorgungsausgleich dem Kernbereich der Scheidungsfolgen zugeordnet und ausgesprochen, dass der Versorgungsausgleich als vorweggenommener Altersunterhalt einer vertraglichen Gestaltung nur begrenzt offensteht (Senatsbeschluss vom 29.1.2014, XII ZB 303/13, FamRZ 2014, 629 Rdnr. 19 m. w. N.).

23 Ein Ausschluss des Versorgungsausgleichs ist nach § 138 Abs. 1 BGB schon für sich genommen unwirksam, wenn er dazu führt, dass ein Ehegatte aufgrund des bereits beim Vertragsschluss geplanten (oder zu diesem Zeitpunkt schon verwirklichten) Zuschnitts der Ehe über keine hinreichende Alterssicherung verfügt und dieses Ergebnis mit dem Gebot ehelicher Solidarität schlechthin unvereinbar erscheint (Senatsbeschluss vom 29.1.2014, XII ZB 303/13, FamRZ 2014, 629 Rdnr. 20 m. w. N.).

24 Die richterliche Wirksamkeitskontrolle ist aber selbst im Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts keine Halbteilungskontrolle (vgl. auch §§ 3 Abs. 3, 18 VersAusglG). So kann ein vollständiger Ausschluss des Versorgungsausgleichs auch bei den in einer Ehekrise oder im Zusammenhang mit einer bereits beabsichtigten Scheidung geschlossenen Eheverträgen nicht dem Verdikt der Sittenwidrigkeit unterworfen werden, wenn ein nach der gesetzlichen Regelung stattfindender Versorgungsausgleich von beiden Ehegatten nicht gewünscht wird, soweit dies mit dem Grundgedanken des Versorgungsausgleichs vereinbar ist. Dies ist etwa dann der Fall, wenn beide Ehegatten während der Ehezeit vollschichtig und von der Ehe unbeeinflusst berufstätig waren und jeder seine eigene Altersversorgung aufgebaut oder aufgestockt hat, wobei aber der eine Ehegatte aus nicht ehebedingten Gründen mehr Versorgungsrechte erworben hat als der andere (Senatsbeschluss vom 29.1.2014, XII ZB 303/13, FamRZ 2014, 629 Rdnr. 28 f.).

25 bb) Nach diesen Maßstäben erscheint hier der Ausschluss des Versorgungsausgleichs nicht als mit dem Gebot der ehelichen Solidarität schlechthin unvereinbar.

26 Die Antragstellerin war bis zur Geburt ihres ersten Kindes im Jahr 1981 in ihrem erlernten Beruf tätig. Diese sozialversicherungspflichtige Tätigkeit nahm sie im Jahr 1987 zunächst in Teilzeit wieder auf und übte sie später (auch zum Trennungzeitpunkt) vollschichtig aus. In den 14 Jahren der gesetzlichen Ehezeit (1.10.1981 bis 30.9.1995) war die Antragstellerin somit wegen der Kinderbetreuung rund sechs Jahre gar nicht und für einen weiteren Zeitraum von maximal sieben Jahren nur in Teilzeit beschäftigt.

27 Es ist zwar nicht auszuschließen, dass die – während der Ehezeit zeitweise erwerbstätige – Antragstellerin infolge der Ehe und Kinderbetreuung einen geringen ehebedingten Nachteil erlitten hat. Dieser ist allerdings aufgrund der Höherbewertung der Kindererziehungszeiten inzwischen nahezu kompensiert (vgl. § 70 Abs. 2, § 249 Abs. 1 SGB VI). Vor diesem Hintergrund stehen betreuungsbedingte Versorgungsnachteile der Antragstellerin allenfalls in geringem Umfang im Raum, die jedenfalls keine solchen Dimensionen erreichen, dass sich

der Versorgungsausgleichsverzicht als mit dem Gebot ehelicher Solidarität schlechthin unvereinbar und damit sittenwidrig darstellen würde. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin zum Zeitpunkt des Abschlusses der Scheidungsfolgenvereinbarung erst 34 Jahre alt war und trotz der drei gemeinsamen Kinder ihren erlernten Beruf bereits wieder vollschichtig ausübte, während der – zuvor bereits mehrfach geschiedene – Antragsgegner mit 55 Jahren in der letzten Phase seines Erwerbslebens stand. Die Beteiligten konnten somit davon ausgehen, dass die Antragstellerin noch ausreichend Zeit und Gelegenheit zum weiteren Ausbau ihrer Altersvorsorge haben würde.

28 c) Selbst wenn die Einzelregelung zu der betroffenen Scheidungsfolge (hier: Versorgungsausgleich) für sich genommen den Vorwurf der objektiven Sittenwidrigkeit nicht zu rechtfertigen vermag, kann sich ein Vertrag nach ständiger Rechtsprechung des Senats im Rahmen einer Gesamtwürdigung als insgesamt sittenwidrig erweisen, wenn das Zusammenwirken aller darin enthaltenen Regelungen erkennbar auf die einseitige Benachteiligung eines Ehegatten abzielt (Senatsbeschluss, BGHZ 221, 308 = FamRZ 2019, 953 Rdnr. 35 m. w. N.). Das kann hier aber schon deswegen dahinstehen, weil es jedenfalls an der subjektiven Seite der Sittenwidrigkeit fehlt.

29 aa) Das Gesetz kennt keinen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen zugunsten des berechtigten Ehegatten (vgl. Senatsurteile vom 28.3.2007, XII ZR 130/04, FamRZ 2007, 1310, 1311 und BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601, 604), sodass auch aus dem objektiven Zusammenspiel einseitig belastender Regelungen nur dann auf die weiter erforderliche verwerfliche Gesinnung des begünstigten Ehegatten geschlossen werden kann, wenn die Annahme gerechtfertigt ist, dass sich in dem unausgewogenen Vertragsinhalt eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz dieses Ehegatten und damit eine Störung der subjektiven Vertragsparität widerspiegelt. Eine lediglich auf die Einseitigkeit der Lastenverteilung gegründete tatsächliche Vermutung für die subjektive Seite der Sittenwidrigkeit lässt sich bei familienrechtlichen Verträgen nicht aufstellen (Senatsurteil, BGHZ 178, 322 = FamRZ 2009, 198 Rdnr. 32 f.). Ein unausgewogener Vertragsinhalt mag zwar ein gewisses Indiz für eine unterlegene Verhandlungsposition des belasteten Ehegatten sein. Gleichwohl wird das Verdikt der Sittenwidrigkeit in der Regel nicht gerechtfertigt sein, wenn sonst außerhalb der Vertragsurkunde keine verstärkenden Umstände zu erkennen sind, die auf eine subjektive Imparität, insbesondere infolge der Ausnutzung einer Zwangslage, sozialer oder wirtschaftlicher Abhängigkeit oder intellektueller Unterlegenheit, hindeuten könnten (Senatsbeschluss vom 17.1.2018, XII ZB 20/17, FamRZ 2018, 577 Rdnr. 19 m. w. N.).

30 bb) In Übereinstimmung mit diesen Maßstäben hat das OLG zutreffend keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine subjektive Imparität zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu erkennen vermocht. Seine diesbezüglichen Ausführungen halten den Angriffen der Rechtsbeschwerde stand.

31 (1) Mit Recht hat das OLG das Vorliegen einer strukturellen Unterlegenheit der Antragstellerin verneint. Diese war bei Abschluss der Scheidungsfolgenvereinbarung 34 Jahre alt und

arbeitete nach der Geburt der drei Kinder wieder vollschichtig in ihrem Beruf als ausgebildete Sport- und Gymnastiklehrerin. Zuvor hatte sie mit dem Antragsgegner eine Pension betrieben. Bei Vertragsschluss verfügte sie somit bereits über vielfältige Erfahrungen im Berufsleben und war dem Antragsgegner nach den getroffenen Feststellungen auch nicht intellektuell unterlegen. Die Annahme des OLG, die Antragstellerin habe die vertraglichen Regelungen in ihrer Bedeutung und ihren Auswirkungen intellektuell erfassen können, ist ebenfalls nicht zu beanstanden und wird als solche von der Rechtsbeschwerde auch nicht in Zweifel gezogen.

32 (2) Auch wenn die Antragstellerin – anders als der Antragsgegner – sich erstmals in einer Trennungssituation befunden haben mag, lässt das nicht darauf schließen, dass sie nicht in der Lage war, sich mit etwaigen, ihr nach einer Scheidung zustehenden Ansprüchen vertraut zu machen und auf den Inhalt der Scheidungsfolgenvereinbarung Einfluss zu nehmen. Insbesondere sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Antragstellerin gehindert war, sich (erforderlichenfalls anwaltlich) beraten zu lassen, sollte sie – wie die Rechtsbeschwerde behauptet – ihre Ansprüche auf Unterhalt, Versorgungs- und Zugewinnausgleich tatsächlich zunächst nicht gekannt haben.

33 (3) Zutreffend und von der Rechtsbeschwerde unbeanstandet hat das OLG auch keine Benachteiligung der Antragstellerin durch die konkrete Gestaltung des Beurkundungsverfahrens ausmachen können. Nach den getroffenen Feststellungen gingen sowohl die Initiative als auch die Entscheidung, wie der Vertrag „aussehen solle“, von beiden Ehegatten aus.

34 (4) Soweit die Antragstellerin den Vertragstext vor der Beurkundung nicht gelesen und daher den Verzicht auf den Versorgungsausgleich übersehen haben will, ist das OLG rechtlich bedenkenfrei davon ausgegangen, dass sich die Antragstellerin nicht zulasten des Antragsgegners darauf berufen kann. Zudem ergibt sich aus dem Vertragstext, dass die Beteiligten vom Notar eingehend über die Folgen der Vereinbarung belehrt wurden und sie diese angesichts ihrer beiderseitigen persönlichen Verhältnisse für sachgerecht, ausgewogen und angemessen hielten.

35 Gleiches gilt für die Behauptung der Antragstellerin, sie habe nicht erkennen können, dass das (Voraus-)Vermächtnis wegen des lebzeitigen Verfügungsrechts des Antragsgegners letztlich keinen Ausgleich für ihre Verzichte darstellte. Ausweislich des Vertragstextes hat der Notar die Beteiligten insbesondere über die Vorschrift des § 2286 BGB belehrt. Gleichwohl sollte das danach bestehende – und ausdrücklich thematisierte – Verfügungsrecht des Antragsgegners nicht eingeschränkt werden.

36 (5) Schließlich war die Antragstellerin auch nicht wirtschaftlich vom Antragsgegner abhängig. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses übte sie dieselbe vollschichtige Tätigkeit wie vor der Geburt ihres ersten Kindes aus und verfügte über ein Vermögen von mindestens 80.000 DM, sodass sie auch ohne den ökonomischen Rückhalt der Ehe einer gesicherten wirtschaftlichen Zukunft entgegensehen konnte und genügend wirtschaftliche Unabhängigkeit besaß, um auf die Gestaltung

der Scheidungsfolgenvereinbarung Einfluss nehmen zu können.

37 d) An der Wirksamkeit der Vereinbarung zum Ausschluss des Versorgungsausgleichs würde angesichts der zu den Scheidungsfolgenvereinbarungen getroffenen Erhaltungsabrede (...) auch im Fall der Nichtigkeit anderer hier getroffener Scheidungsfolgenvereinbarungen die Regelung des § 139 BGB nichts ändern.

38 Der Senat hat bereits darauf hingewiesen, dass für die Beurteilung der Frage, ob ein Ehevertrag auch ohne einzelne sittenwidrige und daher nichtige Vertragsbestandteile geschlossen worden wäre, eine in den Vertrag aufgenommene salvatorische Klausel nicht von vornherein unbeachtlich sein muss. Andererseits hat der Senat auch ausgesprochen, dass dann, wenn sich das Verdikt der Sittenwidrigkeit aus der Gesamtwürdigung eines einseitig belastenden Ehevertrages ergibt, die Nichtigkeitsfolge notwendig den gesamten Vertrag erfasst, ohne dass eine Erhaltungsklausel hieran etwas zu ändern vermag. Denn dann erfüllt die salvatorische Klausel im Interesse des begünstigten Ehegatten die Funktion, den Restbestand eines dem benachteiligten Ehegatten aufgedrängten Vertragswerkes so weit wie möglich gegenüber der etwaigen Unwirksamkeit einzelner Vertragsbestimmungen rechtlich abzusichern; in diesem Falle spiegelt sich auch in der Vereinbarung der Erhaltungsklausel selbst die auf ungleichen Verhandlungspositionen beruhende Störung der Vertragsparität zwischen den Ehegatten wider. Lassen sich indessen – wie hier – ungleiche Verhandlungspositionen nicht feststellen, ist aus Rechtsgründen im Hinblick auf das Vorhandensein einer salvatorischen Klausel nichts gegen die Beurteilung zu erinnern, ein teilweise nichtiger Ehevertrag wäre auch ohne seine unwirksamen Bestimmungen geschlossen worden (vgl. Senatsurteil vom 21.11.2012, XII ZR 48/11, FamRZ 2013, 269 Rdnr. 31 m. w. N.).

39 3. Die Erwägungen des OLG zur Ausübungskontrolle sind nicht zu beanstanden.

40 Soweit die Regelungen eines Ehevertrags – wie hier – der Wirksamkeitskontrolle standhalten, muss der Richter im Rahmen einer Ausübungskontrolle prüfen, ob und inwieweit es einem Ehegatten nach Treu und Glauben unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) verwehrt ist, sich auf eine ihn begünstigende Regelung zu berufen. Entscheidend ist insofern, ob sich im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolge eine evident einseitige, unzumutbare Lastenverteilung ergibt (Senatsbeschluss vom 20.6.2018, XII ZB 84/17, FamRZ 2018, 1415 Rdnr. 20 m. w. N.).

41 Ob diese Grundsätze auch auf Scheidungsfolgenvereinbarungen anzuwenden sind, bedarf vorliegend keiner abschließenden Entscheidung (vgl. zum Meinungsstand Göppinger/Rakete-Dombek/Kilger/Pfeil, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 11. Aufl., 5. Teil Rdnr. 116). Jedenfalls bei Vereinbarungen wie der vorliegenden, bei denen der Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit demjenigen des Scheiterns der Ehe praktisch identisch ist, ist in der Regel kein Raum für eine Ausübungskontrolle, wie das OLG richtig erkannt hat. Da sich die Beteiligten bei Abschluss der Scheidungsfolgenvereinbarung

bereits in der Trennungsphase befanden, konnten sich die ehelichen Lebensverhältnisse hier nicht mehr nach Vertragsschluss bis zum Scheitern der Ehe ändern und dadurch Anlass zu einer Ausübungskontrolle geben. Ein Rechtsmissbrauch ist insoweit nicht ersichtlich. Im Übrigen setzt die Anwendung der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB voraus, dass die einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse durch die beiden Eheleute von der ursprünglichen, dem Vertrag zugrunde liegenden Lebensplanung grundlegend abweicht (Senatsbeschluss vom 20.6.2018, XII ZB 84/17, FamRZ 2018, 1415 Rdnr. 20 unter Hinweis auf Senatsbeschluss vom 8.10.2014, XII ZB 318/11, FamRZ 2014, 1978 Rdnr. 24 m. w. N.).

42 4. Ebenfalls zutreffend hat das OLG eine Vertragsanpassung nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage abgelehnt.

43 a) Die Rechtsprechung des Senats, wonach die Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) auch auf Eheverträge Anwendung finden können, wenn und soweit die tatsächliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen, im Ehevertrag zugrunde gelegten Lebensplanung abweicht (Senatsbeschluss vom 20.6.2018, XII ZB 84/17, FamRZ 2018, 1415 Rdnr. 20 m. w. N.), erfasst den vorliegenden Fall nicht, wie das OLG richtig gesehen hat. Denn genau wie bei der Ausübungskontrolle ist insoweit Anknüpfungspunkt, ob sich die Lebensverhältnisse der Ehegatten vor dem Scheitern ihrer Ehe gegenüber der ursprünglichen Planung abweichend entwickelt haben. Eine solche Entwicklung liegt hier gerade nicht vor, weil bei Vertragsschluss keine ehelichen Lebensverhältnisse mehr bestanden haben, die sich danach noch hätten ändern können.

44 b) Auch auf Entwicklungen nach dem Scheitern der Ehe sind die allgemeinen Grundsätze des § 313 BGB anwendbar. Denn wie bei jedem anderen Vertrag können sich auch bei einer Scheidungsfolgenvereinbarung Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändern, sodass eine Vertragsanpassung verlangt werden kann, wenn die Vertragsparteien – hätten sie die Veränderung vorausgesehen – den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten. So liegt der Fall hier aber nicht.

45 aa) Das OLG ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Realisierung des (Voraus-)Vermächtnisses nicht Geschäftsgrundlage für die Scheidungsfolgenvereinbarung gewesen ist. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde hat es in seine diesbezüglichen Überlegungen alle wesentlichen Gesichtspunkte einbezogen, diese zutreffend gewürdigt und den relevanten Sachvortrag der Antragstellerin hinreichend berücksichtigt.

46 (1) Geschäftsgrundlage sind nach ständiger Rechtsprechung die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen, bei Vertragsschluss aber zutage getretenen gemeinsamen Vorstellungen beider Vertragsparteien sowie die der einen Vertragspartei erkennbaren und von ihr nicht beanstandeten Vorstellungen der anderen vom Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der

Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut (Senatsbeschluss vom 11.2.2015, XII ZB 66/14, FamRZ 2015, 734 Rdnr. 17 m. w. N.). Voraussetzung dafür, dass bestimmte Vorstellungen der Parteien zur Geschäftsgrundlage erhoben werden, ist allerdings, dass diese in den gemeinsamen Geschäftswillen der Parteien aufgenommen werden und nicht bloß einseitige Erwartungen einer Partei darstellen (Senatsurteil vom 27.6.2012, XII ZR 47/09, FamRZ 2012, 1363 Rdnr. 20). Ein gemeinsamer Geschäftswille der Parteien kann auch dann vorliegen, wenn eine einseitige Vorstellung von der Geschäftsgrundlage der anderen Partei erkennbar geworden und von ihr nicht beanstandet worden ist (BGH, Urteil vom 11.5.2001, V ZR 492/99, NJW 2001, 2464, 2465 m. w. N.).

47 (2) Gemessen hieran ist die Erwartung der Antragstellerin, die drei gemeinsamen Kinder würden in Erfüllung des (Voraus-)Vermächtnisses Miteigentümer des Hausgrundstücks werden, nicht zur Geschäftsgrundlage für die Scheidungsfolgenvereinbarung erhoben worden.

48 Zutreffend hat das OLG insoweit darauf abgestellt, dass nichts darauf hindeutet, die eine Regelung habe nicht ohne die andere gelten sollen. Im Gegenteil sieht der Text der Urkunde (ebenso wie der Vertrag vom 4.2.2015) ausdrücklich vor, dass die darin getroffenen Regelungen in ihrer Wirksamkeit voneinander unabhängig sein sollten. Gleichzeitig ist im Erbvertrag das lebzeitige Verfügungsrecht des Antragsgegners nach § 2286 BGB nicht nur erwähnt, sondern es sollte ausdrücklich nicht eingeschränkt werden.

49 Sollte die Antragstellerin die einseitige Erwartung gehegt haben, der Antragsgegner werde von seinem Verfügungsrecht gleichwohl keinen Gebrauch machen, konnte sie angesichts des Vertragsinhalts redlicherweise nicht davon ausgehen, dass der Antragsgegner diese Erwartung – dem Vertragswortlaut zuwiderlaufend – in seinen Geschäftswillen aufgenommen hat.

50 (3) Mit ihrer hiergegen erhobenen Rüge einer Verletzung des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) dringt die Rechtsbeschwerde nicht durch.

51 Das OLG hat sich mit dem Schreiben des Antragsgegners vom 2.5.2013 auseinandergesetzt und ausgeführt, dass sich aus der Äußerung des Antragsgegners, es sei zunächst nicht seine Absicht gewesen, „die Vereinbarung nicht einzuhalten“, nicht darauf schließen lasse, dass der Erbvertrag Geschäftsgrundlage für die Scheidungsfolgenvereinbarung gewesen sei. Die Rechtsbeschwerde verkennt, dass der Antragsgegner mit diesen Ausführungen lediglich der Antragstellerin zu erklären versucht hat, weshalb er sich später gleichwohl veranlasst sah, von seinem lebzeitigen Verfügungsrecht Gebrauch zu machen. Er hat dies mit seiner damals angespannten finanziellen Situation und der Notwendigkeit begründet, seine eigene Altersversorgung zu sichern. Es mag sein, dass die Antragstellerin als Ausgleich für ihren Globalverzicht die gemeinsamen Kinder gegenüber den anderen Kindern des Antragsgegners bevorzugen wollte. Diese einseitige Vorstellung hat jedoch weder Eingang in den Vertragsinhalt gefunden noch wurde sie in den gemeinsamen Geschäftswillen der Beteiligten aufgenommen.

52 bb) Auch die zwei Jahre nach der Trennung eingetretene Änderung der Betreuungssituation gibt keine Veranlassung zur

Vertragsanpassung. Zum einen würde die von der Antragstellerin erstrebte Rechtsfolge des Ausgleichs der ehezeitlich erworbenen Versorgungsrechte zu einer systemwidrigen Kompensation ihrer nahehezeitlichen Versorgungs Nachteile führen. Zum anderen ist der Umstand, dass die Antragstellerin ihre Tätigkeit für eine gewisse Zeit auf sechs bis sechseinhalb Stunden täglich reduziert hat, nicht derartig schwerwiegend, dass ihr ein Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden könnte.

ANMERKUNG:

Von Notarin **Nicola Struck**, Pfaffenhofen a. d. Iilm

Das Urteil reiht sich in die Rechtsprechung des BGH zur Inhalts- und Ausübungskontrolle von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen ein, welche im Jahr 2004 ihren Anfang nahm.¹ War dieses Urteil doch zunächst insbesondere für den Vertragsgestalter eine Herausforderung, da dadurch die Vertragsfreiheit der Parteien eingeschränkt wurde, so hat die Rechtsprechung in den vergangenen 16 Jahren diese Grundsätze so fortentwickelt und konkretisiert, dass sie nunmehr in der Praxis gut handhabbar ist. Somit enthält das zu besprechende Urteil keine Überraschungen, sondern bestätigt die ausgearbeiteten Grundsätze und bietet einige wichtige Hinweise, insbesondere für die notarielle Praxis.

1. Zur Entscheidung

a) Sachverhalt

Die Eheleute haben im Jahr 1994 in der Trennungsphase eine Scheidungsvereinbarung abgeschlossen. In dieser übertrug die Ehefrau (Antragstellerin) ihren Miteigentumsanteil am Hausgrundstück an ihren Ehemann (Antragsgegner), welcher diesen Grundbesitz erbvertraglich den gemeinsamen Kindern (voraus) vermächtnisweise zuwandte, jedoch ausdrücklich ohne Einschränkung des lebzeitigen Verfügungsrechts. Der Vertrag enthielt zudem u. a. auch noch einen Verzicht auf Versorgungsausgleichsansprüche. Zu diesem Zeitpunkt war die Ehefrau in Vollzeit in ihrem Beruf tätig. Die Ehe wurde im Jahr 1996 rechtskräftig geschieden. Nach der Scheidung teilte der Antragsgegner das Hausgrundstück in zwei Einheiten auf und veräußerte eine an seine Tochter aus einer früheren Ehe und die zweite an seine jetzige Ehefrau.

b) Entscheidung

Die Antragstellerin begehrt die Feststellung der Unwirksamkeit des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs in der notariellen Urkunde aus dem Jahr 1994. Hierzu stellte der BGH zunächst fest, dass in dem Scheidungsurteil hierzu keine in Rechtskraft erwachsene Feststellung enthalten war, wonach kein Versorgungsausgleich stattfindet. Aus diesem Grund ist der Antrag zulässig. Jedoch hält der Ausschluss des Versorgungsausgleichs der Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle stand.

Hierbei waren folgende Aspekte wichtig:

Bestätigt wurde der Grundsatz, dass die Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle bei Eheverträgen auch auf Scheidungsvereinbarungen Anwendung findet, jedoch mit der Besonderheit, dass für eine Ausübungskontrolle in der Regel kein Raum ist, wenn der Vertrag zu einem Zeitpunkt geschlossen wird, in dem die Ehe bereits gescheitert ist. Es fehlt dann nämlich an der für eine Ausübungskontrolle notwendigen Abweichung der tatsächlichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen, dem Ehevertrag zu Grunde liegenden Lebensplanung.²

Im Rahmen der Inhaltskontrolle zum Versorgungsausgleich hat der BGH klargestellt, dass der Versorgungsausgleich zwar dem Kernbereich der Scheidungsfolgen zuzuordnen ist, jedoch keine Halbteilungskontrolle stattfindet. Hierzu war auch zuvor bereits entschieden worden, dass ein Ausschluss des Versorgungsausgleichs nicht sittenwidrig ist, wenn zum Beispiel die Ehegatten aus nicht ehebedingten Gründen unterschiedlich hohe Versorgungsrechte erworben haben.³ In der vorliegenden Entscheidung war insbesondere maßgeblich, dass die Ehefrau bereits während der Ehe in Teilzeit berufstätig war und ihr aufgrund der Höherbewertung der Kindererziehungszeiten in der Altersversorgung⁴ allenfalls ein geringer Nachteil entstand. Zudem wurde berücksichtigt, dass sie im Zeitpunkt des Abschlusses der Scheidungsvereinbarung bereits wieder ihren Beruf in Vollzeit ausübte, deutlich jünger als ihr Ehemann war und so auch nach der Ehescheidung noch ausreichend Zeit und Gelegenheit zum Aufbau einer eigenen Altersversorgung hatte.

Auch in einer Gesamtwürdigung des Vertrags ergab sich für den BGH keine Sittenwidrigkeit. Ein unausgewogener Vertrag allein reicht hierfür nämlich nicht; vielmehr müssen weitere Umstände außerhalb der Urkunde hinzutreten, wie zum Beispiel die Ausnutzung einer Zwangslage, Abhängigkeit oder intellektuelle Unterlegenheit. Ist – wie hier – keine Sittenwidrigkeit aus der Gesamtwürdigung des Vertrags zu folgern, ist auch eine salvatorische Klausel nicht unbeachtlich.⁵ Vielmehr kann dann ein teilweise nichtiger Ehevertrag im Übrigen wirksam bleiben, wenn er auch ohne diese unwirksame Bestimmung geschlossen worden wäre.

Letztlich führen auch die Grundsätze zum Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) zu keinem anderen Ergebnis. Die Antragstellerin trug hierzu vor, die Nichtrealisierung des Vorausvermächtnisses zugunsten ihrer Kinder aufgrund zwischenzeitlichen Verkaufs der Immobilie hätte zur Unwirksamkeit der Scheidungsvereinbarung geführt. Hier betonte der BGH, dass dieses Vorausvermächtnis deswegen nicht Geschäftsgrundlage der Scheidungsvereinbarung sein

¹ BGH, Urteil vom 11.2.2004, XII ZR 265/02, DNotZ 2004, 550.

² BGH, Beschluss vom 8.10.2014, XII ZB 318/11, DNotZ 2015, 131

³ BGH, Beschluss vom 29.1.2014, XII ZB 303/13, DNotZ 2014, 361.

⁴ MünchKomm-BGB/Weber, 8. Aufl. 2019, § 43 Rdnr. 46 VersAusglG.

⁵ Grziwotz, NZFam 2020, 650.

konnte, weil das lebzeitige Verfügungsrecht des Ehemannes gerade nicht ausgeschlossen wurde.

2. Folgerungen für die Praxis

Das Urteil enthält für den Notar als Vertragsgestalter zahlreiche Hinweise und Hilfestellungen.

So begründet der BGH seine Entscheidung, dass der Ausschluss des Versorgungsausgleichs der Inhaltskontrolle standhält, insbesondere auch mit Argumenten, die sich unmittelbar aus der Vertragsgestaltung bzw. dem Vertragsinhalt ergaben.

Es wird zum Beispiel betont, dass unter anderem deswegen keine Sittenwidrigkeit vorliegt, weil beide Vertragsteile nachweislich Einfluss auf den Vertragsinhalt genommen haben. Auch dringt die Antragstellerin mit ihrem Argument nicht durch, sie habe den Entwurf vor Beurkundung nicht gelesen.

Dies zeigt umso mehr, dass ein Ehevertrag bzw. eine Scheidungsvereinbarung sinnvollerweise eine Beteiligung beider Ehegatten im Vorfeld vorsehen muss und die Versendung eines Entwurfs an beide Beteiligten mit entsprechendem Vorlauf vor Beurkundung unabdingbar ist. Hier empfiehlt sich auch eine entsprechende Dokumentation über den rechtzeitigen Erhalt eines Vertragsentwurfs in der Urkunde. Wenn ein Vertragsteil diesen dann nicht gelesen hat und sich somit auf eine Unterlegenheit beruft, so kann er sich darauf nicht zulasten des anderen Vertragsteils berufen.

Auch im Vertragstext enthaltenen Hinweisen und Feststellungen misst der BGH eine hohe Bedeutung zu. So betont er, dass in der Urkunde schließlich festgestellt wurde, der Notar habe über den Inhalt belehrt und die Beteiligten hielten diese Vereinbarung für ausgewogen. Vor allem aufgrund der enthaltenen Belehrung über das Verfügungsrecht des Erblassers zu Lebzeiten nach § 2268 BGB im Zusammenhang mit dem erbvertraglichen Vorausvermächtnis zugunsten der gemeinschaftlichen Kinder drang die Antragstellerin mit ihrem Argument nicht durch, sie habe dieses Verfügungsrecht nicht erkennen können.

Auch die tatsächliche und wirtschaftliche Situation der Antragstellerin zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses spielte für die Entscheidung eine Rolle, insbesondere dass sie in Vollzeit tätig war und über so viel Vermögen verfügte, dass sie nicht von ihrem Ehemann abhängig war. Ist es im Rahmen vorsorgender Eheverträge bereits einhellige Meinung, im Rahmen einer Präambel die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Ehegatten und die Motive des Vertrags zu dokumentieren,⁶ sollte dies nun auch für Scheidungsvereinbarungen gelten.

Zusammenfassend bleibt anzumerken, dass der BGH immer mehr herausstellt, dass ein Ehevertrag nicht allein deshalb unwirksam ist, weil er objektiv nachteilig für einen Ehegatten ist. Hinzukommen muss auch die subjektive Komponente, wie zum Beispiel Überrumpelung, Ausnut-

zung einer Zwangslage oder einseitige Unterlegenheit.⁷ Hier kann der Notar durch ausgewogene Gestaltung bereits im Vorfeld der Beurkundung (zum Beispiel Durchführung eines Besprechungstermins mit beiden Ehegatten vor Erstellung des Vertragsentwurfs) eingreifen, um ein solches Ungleichgewicht zu verhindern.

⁷ Born, NJW 2014, 1484.

12. Ehwirkung: Trennungsunterhalt bei bloß beabsichtigter Lebensgemeinschaft und eigenen Erwerbseinkünften beider Ehegatten

BGH, Beschluss vom 19.2.2020, XII ZB 358/19 (Vorinstanz: OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 12.7.2019, 4 UF 123/19)

BGB § 1361 Abs. 1 Satz 1, § 1578 Abs. 1

EuUnthVO Art. 15

HUP Art. 1, Art. 2, Art. 3 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Der Anspruch auf Trennungsunterhalt setzt nicht voraus, dass die Ehegatten zusammengelebt oder gemeinsam gewirtschaftet haben (im Anschluss an Senatsurteil vom 9.2.1994, XII ZR 220/92, FamRZ 1994, 558).
2. Ein Getrenntleben nach § 1567 Abs. 1 BGB setzt weder ein vorheriges Zusammenleben der Ehegatten noch die Verwirklichung einer Lebensgemeinschaft mit Verflechtung und Abhängigkeit der Lebensdispositionen noch eine Unterhaltsbedürftigkeit aufgrund einer ehelichen Lebensgemeinschaft und auch kein vorheriges gemeinsames Wirtschaften voraus. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs ist auf einen objektiven Maßstab abzustellen. Entscheidend ist derjenige Lebensstandard, der nach den ehelichen Lebensverhältnissen vom Standpunkt eines vernünftigen Betrachters aus angemessen erscheint (vgl. Senatsbeschluss vom 11.11.2015, XII ZB 7/15, BeckRS 2015, 20798 und Senatsurteil vom 24.6.1987, IVb ZR 73/86, BeckRS 9998, 75249). (Leitsatz der Schriftleitung)
4. Dies gilt auch dann, wenn beide Ehegatten getrennt gewirtschaftet haben und der Ehegatte, der das höhere Einkommen erzielt, nichts zum Lebensunterhalt des anderen Teils entsprechend den Lebensverhältnissen beider Eheleute beigesteuert hat (vgl. BGH, BeckRS 9998, 75249). (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligten streiten über die Zahlung von Trennungsunterhalt ab Dezember 2018.

⁶ Szalai, Jung, NZFam 2020, 654.

2 Die Antragstellerin besitzt die deutsche Staatsangehörigkeit, während der Antragsgegner britischer Staatsbürger ist. Beide haben einen indischen kulturellen Hintergrund. Am 23.8.2017 schlossen sie die Ehe, die von ihren Eltern arrangiert worden war. Spätestens seit einer Aussprache im August 2018 leben sie getrennt.

3 Zum Zeitpunkt der Eheschließung arbeitete die Antragstellerin bei einer Bank mit einem Nettoeinkommen von monatlich 2.670 € und lebte im Haushalt ihrer Eltern in Frankfurt a. M. Der Antragsgegner lebte in Paris, wo er als Trader Nettoeinkünfte in Höhe von monatlich 4.000 € erzielte, außerdem Mieteinnahmen in Höhe von monatlich 1.000 €. Er bewohnte eine Eigentumswohnung, deren Wohnwert mit 500 € anzusetzen ist.

4 Auch nach der Eheschließung lebte und arbeitete die Antragstellerin weiterhin in Frankfurt a. M., der Antragsgegner in Paris. Es war geplant, dass die Antragstellerin sich nach Paris versetzen lässt und man dort gemeinsam lebt. In der Zeit von Ende Dezember 2017 bis Anfang August 2018 gab es wiederholt Übernachtungskontakte an den Wochenenden, entweder bei den Eltern der Antragstellerin in Frankfurt oder in der Wohnung des Antragsgegners in Paris. Dort kam es auch zu einem dreiwöchigen Aufenthalt der Antragstellerin. Eine sexuelle Beziehung wurde nicht aufgenommen. Die Eheleute verfügten über keine gemeinsamen Konten. Jeder verbrauchte seine Einkünfte für sich selbst. Soweit die Antragstellerin sich in Paris aufhielt, bezahlte der Antragsgegner die Einkäufe.

5 Die Antragstellerin begehrt die Zahlung von Trennungsunterhalt in Höhe von monatlich 1.585 € für die Zeit ab Dezember 2018. Das AG hat den Antrag abgewiesen. Auf die Beschwerde der Antragstellerin hat das OLG den Antragsgegner zur Zahlung von Trennungsunterhalt ab Dezember 2018 in Höhe von monatlich 1.320 € verpflichtet. Dagegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde des Antragsgegners, mit der er die Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Entscheidung erstrebt.

(...)

9 II.) a) Zutreffend ist das OLG von der internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichte ausgegangen, die unbeschadet des Wortlauts von § 72 Abs. 2 FamFG auch in den Verfahren nach dem Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der Rechtsbeschwerdeinstanz von Amts wegen zu prüfen ist (Senatsbeschlüsse, BGHZ 217, 165 = FamRZ 2018, 457 Rdnr. 9 und BGHZ 203, 372 = FamRZ 2015, 479 Rdnr. 11).

10 Maßgeblich ist insoweit die Verordnung (EG) Nr. 4/2009 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen vom 18.12.2008 (Abl. EG Nr. L 7 vom 10.1.2009, S. 1 – im Folgenden: EuUnthVO). Für die darin enthaltenen Vorschriften zur internationalen Gerichtszuständigkeit kommt es nicht darauf an, ob die Beteiligten die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedsstaats besitzen (vgl. *Hausmann*, Internationales und Europäisches Familienrecht 2. Aufl. 1. Teil C Unterhaltssachen Rdnr. 23 ff. m. w. N.). Daher steht die britische Staatsangehörigkeit des Antragsgegners auch mit Ablauf des 31.1.2020 der internationalen Zuständigkeit

der deutschen Gerichte nach Art. 3 lit. b EuUnthVO nicht entgegen.

11 b) Das Beschwerdegericht hat der Antragstellerin zutreffend Trennungsunterhalt zuerkannt.

12 aa) Die Anwendbarkeit deutschen Rechts auf den Trennungsunterhaltsanspruch ergibt sich aus Art. 15 EuUnthVO i. V. m. Art. 3 Abs. 1 des Haager Protokolls über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 23.11.2007 (ABl. EG Nr. L 331 vom 16.12.2009, S. 19 – im Folgenden: Haager Unterhaltsprotokoll – HUP). Wegen der in Art. 2 HUP angeordneten Allseitigkeit kommt es aus deutscher Sicht weder darauf an, ob der Fall Bezüge zu einem weiteren Vertragsstaat aufweist, noch darauf, dass das Haager Unterhaltsprotokoll im Vereinigten Königreich nicht gilt (vgl. *Bamberger/Roth/Heiderhoff*, BGB, 4. Aufl., Art. 1 HUP Rdnr. 13 f.).

13 bb) Leben die Ehegatten getrennt, so kann gemäß § 1361 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 BGB ein Ehegatte von dem anderen nach den Lebensverhältnissen und den Erwerbs- und Vermögensverhältnissen der Ehegatten angemessenen Unterhalt verlangen.

14 Getrennt leben die Ehegatten nach § 1567 Abs. 1 BGB, wenn zwischen ihnen keine häusliche Gemeinschaft besteht und ein Ehegatte sie erkennbar nicht herstellen will, weil er die eheliche Lebensgemeinschaft ablehnt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Ehegatten vorher zusammengelebt und die Trennung durch Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft herbeigeführt haben oder ob sie von Anfang an getrennt gelebt haben (vgl. Senatsurteile vom 24.6.1987, IVb ZR 73/86, FamRZ 1989, 838, 839 und vom 17.3.1982, IVb ZR 664/80, FamRZ 1982, 573, 574; vgl. auch Senatsbeschluss, BGHZ 210, 124 = FamRZ 2016, 1142 Rdnr. 11 ff.). Ebenso wenig kommt es darauf an, inwieweit es zur Verwirklichung der Lebensgemeinschaft und zur Verflechtung und Abhängigkeit der Lebensdispositionen beider Ehegatten gekommen ist oder ob die Unterhaltsbedürftigkeit ihre Ursache in dem vorherigen Bestehen einer ehelichen Lebensgemeinschaft hat (vgl. Senatsurteile vom 24.6.1987, IVb ZR 73/86, FamRZ 1989, 838, 839 und vom 30.1.1985, IVb ZR 63/83, FamRZ 1985, 376, 378). Der Anspruch auf Trennungsunterhalt nach § 1361 Abs. 1 Satz 1 BGB ist grundsätzlich auch nicht davon abhängig, in welchem Maß die Ehegatten im Einzelfall ihre beiderseitigen Einkünfte für den Unterhalt des anderen und für eine gemeinsame Lebensführung verwendet haben (vgl. Senatsurteil vom 30.1.1985, IVb ZR 63/83, FamRZ 1985, 376, 378). Demgemäß hat der Senat einen Anspruch auf Trennungsunterhalt auch dann bejaht, wenn die Ehegatten zu keinem Zeitpunkt ihres Zusammenlebens eine wirtschaftliche Einheit gebildet, sondern mit getrennten Kassen gewirtschaftet haben (vgl. Senatsurteile vom 24.6.1987, IVb ZR 73/86, FamRZ 1989, 838, 839 und vom 17.3.1982, IVb ZR 664/80, FamRZ 1982, 573, 574 f.).

15 Die Bemessung des Unterhaltsbedarfs erfolgt wegen des Maßstabs der ehelichen Lebensverhältnisse entsprechend den auch für den nachehelichen Unterhalt nach § 1578 Abs. 1 BGB geltenden Grundsätzen (Senatsbeschluss vom 11.11.2015, XII ZB 7/15, FamRZ 2016, 199 Rdnr. 12 m. w. N.). Zur Bestimmung des Unterhaltsbedarfs ist vor allem auf die von den Ehe-

gatten erzielten Einkünfte abzustellen, soweit diese die ehelichen Lebensverhältnisse geprägt haben. Dabei ist auf einen objektiven Maßstab abzustellen. Entscheidend ist derjenige Lebensstandard, der nach den ehelichen Lebensverhältnissen vom Standpunkt eines vernünftigen Betrachters aus angemessen erscheint (vgl. Senatsbeschluss vom 11.11.2015, XII ZB 7/15, FamRZ 2016, 199 Rdnr. 12 und Senatsurteil vom 24.6.1987, IVb ZR 73/86, FamRZ 1989, 838, 839).

16 Nur ausnahmsweise hat der Senat einen Anspruch auf Trennungsunterhalt bei anfänglichem Einvernehmen darüber, keine eheliche Lebensgemeinschaft zu begründen, als gemäß § 1361 Abs. 3, § 1579 Nr. 8 BGB (§ 1579 Nr. 7 BGB a. F.) verwirkt angesehen (vgl. Senatsurteil vom 9.2.1994, XII ZR 220/92, FamRZ 1994, 558 f.).

17 cc) Diese Rechtsprechung ist in der Literatur (MünchKomm-BGB/Weber-Monecke, 8. Aufl., § 1361 Rdnr. 5; Staudinger/Voppel, Neub. 2018, § 1361 Rdnr. 11 ff.; Palandt/Brudermüller, 79. Aufl., § 1361 Rdnr. 10; Soergel/Leiß, BGB, 13. Aufl., § 1361 Rdnr. 16; Henrich, FamRZ 1989, 839) und vereinzelt in der Rechtsprechung (OLG Celle, FamRZ 1990, 519; AG Essen, FamRZ 2000, 23; wohl auch OLG Hamburg, FamRZ 2002, 753) auf Kritik gestoßen, soweit die Ehegatten niemals oder nur sehr kurz zusammengelebt haben. In diesen Fällen fehle es an prägenden Faktoren für die ehelichen Lebensverhältnisse als Bemessungsgrundlage; zudem bestehe kein Grund, vom Prinzip der Eigenverantwortlichkeit abzurücken, wenn kein gemeinsamer Lebensbereich entstanden und eheliche Solidarität damit nie in Kraft getreten sei, insbesondere wenn Unterhaltszahlungen zuvor nicht geflossen seien.

18 dd) Diesen Bedenken vermag der Senat sich nicht anzuschließen.

19 (1) Die Auffassung, dass der Trennungsunterhaltsanspruch nach § 1361 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 BGB ein vorheriges Zusammenleben der Beteiligten voraussetze, findet im Wortlaut der Vorschrift keine Grundlage. Entsprechendes gilt für das Getrenntleben, wie es in § 1567 Abs. 1 BGB definiert wird.

20 (2) Auch der Regelungszusammenhang legt eine solche einschränkende Auslegung nicht nahe. Auf den Ausschlussgrund der kurzen Ehedauer gemäß § 1579 Abs. 1 Nr. 1 BGB wird in § 1361 Abs. 3 BGB ausdrücklich nicht verwiesen, obwohl dieses Merkmal – bezogen auf den Zeitpunkt der Trennung – durchaus auch bei noch fortbestehender Ehe geeignet wäre, als Kriterium und Anknüpfung für eine Billigkeitsregelung zu dienen. Die Dauer der Ehe wird aber lediglich in § 1361 Abs. 2 BGB als Kriterium dafür herangezogen, inwieweit (bei Hinzutreten weiterer Umstände) der getrenntlebende Ehegatte darauf verwiesen werden kann, eine eigene Erwerbstätigkeit aufzunehmen und sich dadurch selbst zu unterhalten. Dies steht auch einer Auslegung des § 1361 Abs. 1 Satz 1 BGB dahin gehend entgegen, dass der Trennungsunterhaltsanspruch von einem – wenn auch kurzfristigen – Zusammenleben abhängen soll (vgl. Senatsurteile vom 30.1.1985, IVb ZR 63/83, FamRZ 1985, 376, 378 und vom 17.3.1982, IVb ZR 664/80, FamRZ 1982, 573, 574).

21 (3) Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass nach Sinn und Zweck der Regelung des § 1361 BGB der getrenntlebende Ehegatte nicht besser stehen soll als der zu-

sammenlebende (MünchKomm-BGB/Weber-Monecke, § 1361 Rdnr. 1). Zwar trifft es zu, dass durch den Trennungsunterhalt grundsätzlich der wirtschaftlich schwächere Ehegatte im Vertrauen auf den Fortbestand der gemeinsamen Planung jedenfalls für eine gewisse Zeit vor nachteiligen Veränderungen der Verhältnisse geschützt, der bisherige eheliche Lebensstandard deshalb möglichst erhalten und in die bisherige Lebensplanung möglichst wenig eingegriffen werden soll. Mit der Eheschließung ist aber ein Anspruch auf Familienunterhalt gemäß §§ 1360, 1360a BGB entstanden, auf den die Ehegatten nach § 1360a Abs. 3, § 1614 Abs. 1 BGB nicht wirksam verzichten können. Selbst wenn – wie hier – ein Ehegatte faktisch mit der für ihn ungünstigeren Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse dahin gehend einverstanden war, dass der andere Ehegatte nichts zu seinem Lebensunterhalt entsprechend den Lebensverhältnissen beider Ehegatten beisteuert, bleibt der bedürftige Ehegatte wie schon im Rahmen des Familienunterhalts auch nach Trennung an dieses Einverständnis nicht gebunden. Daher führt die Geltendmachung von Trennungsunterhalt nicht zu einer Besserstellung des getrenntlebenden Ehegatten.

22 (4) Da bei der Bemessung des Trennungsunterhalts ein objektiver Maßstab anzulegen ist, kann sich der besser verdienende Ehegatte seiner Unterhaltsverpflichtung nach § 1361 Abs. 1 BGB grundsätzlich nicht mit dem Hinweis darauf entziehen, dass er während des Zusammenlebens seinen Unterhalt im Wesentlichen aus seinem Einkommen selbst bestritten und keinen Beitrag zu den Kosten einer gemeinsamen Lebensführung geleistet habe. Wenn der Ehegatte, der das höhere Einkommen erzielt, nichts zum Lebensunterhalt des anderen Teils entsprechend den Lebensverhältnissen beider Eheleute beigesteuert hat, so führt dies nicht zu einer Beschränkung des Unterhaltsbedarfs des Ehegatten mit dem geringeren Einkommen (vgl. Senatsurteil vom 24.6.1987, IVb ZR 73/86, FamRZ 1989, 838, 839).

23 Ein Trennungsunterhaltsanspruch scheidet auch nicht an fehlenden Bemessungsgrundlagen, wenn die Ehegatten nicht zusammengelebt und getrennt gewirtschaftet haben. Die ehelichen Lebensverhältnisse zur Ermittlung des Unterhaltsbedarfs bemessen sich in erster Linie nach dem verfügbaren Gesamteinkommen. Im Durchschnittsfall ist dabei mangels anderweitiger Anhaltspunkte davon auszugehen, dass die tatsächliche Lebensgestaltung während der Ehe auch objektiv vernünftigen Maßstäben entspricht. Jedenfalls kann aber der angemessene Bedarf unabhängig davon ermittelt werden, ob die Ehegatten zusammengelebt und/oder gemeinschaftlich gewirtschaftet haben.

24 (5) Schließlich gibt es keine nur formell bestehende Ehe mit anderen (verminderten) als den gesetzlichen Rechten und Pflichten (vgl. Senatsurteil vom 9.2.1994, XII ZR 220/92, FamRZ 1994, 558 f.).

25 Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde kann aus der durch das Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21.12.2007 (BGBl. I, S. 3189) herausgestellten stärkeren Eigenverantwortung des geschiedenen Ehegatten in § 1569 Satz 1, § 1574 Abs. 1 und 2 BGB auch nicht geschlossen werden, dass hinsichtlich des Familien- und Trennungsunterhalts keine Veranlassung bestehe, von der Eigenverantwort-

lichkeit der Ehegatten abzurücken, wenn sie nicht zusammenleben und getrennt wirtschaften. Auch wenn die Änderung des Unterhaltsrechts sich darauf auswirken kann, unter welchen Umständen vom getrenntlebenden Ehegatten gemäß § 1361 Abs. 2 BGB die Aufnahme einer eigenen Erwerbstätigkeit verlangt werden kann, hat sie aber im Übrigen auf den Familien- und Trennungsunterhalt grundsätzlich keinen Einfluss, da dessen Regelungen unberührt geblieben sind.

26 ee) Danach ist die angefochtene Entscheidung nicht zu be-
anstanden.

27 Dass die Beteiligten nach den Feststellungen des Berufungsgerichts von Anfang an getrennt gelebt und kein gemeinsames Konto geführt haben, steht dem Trennungsunterhaltsanspruch der Antragstellerin nicht entgegen. Gegen die rechnerische Ermittlung des Trennungsunterhalts erhebt die Rechtsbeschwerde keine Einwendungen.

28 Der Trennungsunterhaltsanspruch ist auch nicht gemäß § 1361 Abs. 3, § 1579 Nr. 8 BGB verwirkt. Im Gegensatz zu dem genannten Fall, in dem der Senat eine Verwirkung angenommen hat (Senatsurteil vom 9.2.1994, XII ZR 220/92, FamRZ 1994, 558 f.), liegt hier schon kein anfängliches Einvernehmen vor, eine eheliche Lebensgemeinschaft nicht zu begründen. Denn nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts war geplant, dass die Antragstellerin sich nach Paris versetzen lässt und die Ehegatten dort gemeinsam leben. Die Rechtsbeschwerde ist dem nicht entgegengetreten.

BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

13. Unwirksamer Erbvertrag und Auslegung eines Testaments

OLG Hamm, Beschluss vom 1.4.2020, 15 W 479/19

BGB §§ 2265, 2271, 2274, 2278 Abs. 1, §§ 2084, 2296

LEITSÄTZE:

- 1. Setzen sich die Ehepartner in einem notariellen Erbvertrag gegenseitig zu Alleinerben ein, vereinbaren aber zugleich, dass jeder Ehepartner die Erbeinsetzung durch Testament jederzeit einseitig ändern kann, so liegt kein wirksamer Erbvertrag, sondern ein gemeinschaftliches Ehegattentestament vor. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 2. Bei der Testamentsauslegung sind der Wortsinn und die vom Erblasser benutzten Ausdrücke zu hinterfragen, um festzustellen, was er mit seinen Worten hat sagen wollen und ob er mit ihnen genau das wiedergegeben hat, was er zum Ausdruck bringen wollte. Bei Zweifeln hat das Gericht die Auslegung so zu treffen, dass sie dem mutmaßlichen Willen des Erblassers unter Berücksichtigung aller Nebenumstände, auch solcher außerhalb des Testaments, am ehesten entspricht. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte zu 1 ist die Ehefrau des Erblassers.

2 In der notariellen Urkunde vom 3.3.1967 (UR-Nr. [...]1937 des Notars Dr. Dr. F in W) haben die Eheleute H neben ehever-
traglichen Regelungen auch die folgenden letztwilligen Verfügungen getroffen:

„§ 3

3 Wir setzen uns gegenseitig zu Erben ein, sodass der Letztlebende von uns der Alleinerbe des Erstversterbenden sein soll.

§ 4

4 Jeder von uns ist berechtigt, vorstehende letztwillige Verfügung zu Lebzeiten beider Eheleute allein und ohne dass ein besonderer Grund aufgetreten ist, nach Belieben zu ändern.“

5 Am 23.7.2015 hat der Erblasser in einem formwirksam er-
richteten handschriftlichen Testament unter anderem die fol-
genden Verfügungen getroffen.

6 Unter Widerruf der vorgenannten letztwilligen Verfügung setzte der Erblasser zu seinem „alleinigen Erben“ die „I Stif-
tung Sonderfonds der Bürgerstiftung der Stadt W“ ein. Er ord-
nete Testamentsvollstreckung an und ernannte den Beteiligten zu 2 zu seinem Testamentsvollstrecker. Die Beteiligte zu 1 be-
dachte der Erblasser mit Vermächtnissen.

7 Der Beteiligte zu 2 hat sein Amt als Testamentsvollstrecker durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht vom 25.4.2019 angenommen (AG Ahaus, 18 VI 200/19).

8 Am 17.7.2019 hat die Beteiligte zu 1 beantragt, ihr einen Erbschein zu erteilen, der sie als Alleinerbin nach dem Erblasser ausweist. Zur Begründung hat sie ausgeführt, dass es sich bei dem notariellen Vertrag vom 3.3.1967 um einen Erbvertrag handele, den der Erblasser mit seinem handschriftlich errichte-
ten Testament vom 23.7.2015 nicht wirksam widerrufen habe.

9 Am 30.7.2019 hat der Beteiligte zu 2 beantragt, einen Erbschein zu erteilen, der die I Stiftung Sonderfonds der Bürgerstiftung der Stadt W als Alleinerbin und die Anordnung der Testamentsvollstreckung ausweist.

10 Mit Beschluss vom 18.10.2019 hat das Nachlassgericht die zur Begründung des von dem Beteiligten zu 2 gestellten Erbscheinsantrags erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet und den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 zurückgewiesen.

11 Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1 vom 19.11.2019, der das Nachlassgericht mit Beschluss vom 25.11.2019 nicht abgeholfen und die es dem Senat zur Entscheidung vorgelegt hat.

12 Nach dem rechtlichen Hinweis des Senats hat der Beteiligte zu 2 mit Schriftsatz vom 5.2.2020 mitgeteilt, dass es keine rechtsfähige Stiftung I Sonderfonds gebe. Es gebe nur eine rechtsfähige Stiftung privaten Rechts „Bürgerstiftung W“ mit Sitz in W, die von der Bezirksregierung N am 12.8.2005 anerkannt worden sei. In der Bürgerstiftung W sei das Fondsvermögen I bilanztechnisch getrennt aufgeführt. Der Erblasser

habe die Bürgerstiftung W zu seiner Alleinerbin ernennen wollen. Diese habe die Erbschaft angenommen.

13 Es werde daher hilfsweise der Antrag gestellt, einen Erbschein zu erteilen, der die Bürgerstiftung W als Alleinerbin und die Anordnung der Testamentsvollstreckung ausweise.

14 Der Senat hat diesen hilfsweise gestellten Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 und der Bürgerstiftung W zugeleitet.

15 II. Die zulässige Beschwerde ist in der Sache teilweise begründet.

16 Sie führt in Abänderung des Beschlusses des Nachlassgerichts vom 18.10.2019 zur Zurückweisung des Erbscheinsantrags des Beteiligten zu 2 vom 30.7.2019. Es hat allerdings auch bei der Zurückweisung des Erbscheinsantrags der Beteiligten zu 1 zu verbleiben.

17 Auf den hilfsweise gestellten Erbscheinsantrag vom 5.2.2020 war der aus dem Tenor ersichtliche Feststellungsbeschluss zu erlassen.

18 Den erst in der Beschwerdeinstanz hilfsweise gestellten Erbscheinsantrag erachtet der Senat in Fortführung seiner Rechtsprechung (Beschluss vom 9.11.2011, 15 W 635/10, FGPrax 2012, 321) für zulässig.

19 1. Der Erblasser hat mit seiner letztwilligen Verfügung vom 23.7.2015 die gemeinschaftlich in dem notariellen Vertrag vom 3.3.1967 getroffene letztwillige Verfügung der Eheleute abgeändert.

20 Bei den notariell beurkundeten letztwilligen Verfügungen der Eheleute H vom 3.3.1967 handelt es sich nicht (Hervorhebung durch den Senat) um einen Erbvertrag nach §§ 2274 ff. BGB. Zwar haben die Eheleute H in der Einleitung zu ihren Verfügungen erklärt, einen Ehe- und Erbvertrag beurkunden zu wollen. Sie haben unter den insoweit maßgeblichen §§ 3 und 4 der notariellen Urkunde allerdings keinen den Anforderungen der §§ 2274 ff. BGB genügenden Erbvertrag geschlossen. Ein Erbvertrag liegt nämlich nur dann vor, wenn in dem Vertrag zumindest eine vertragsmäßige Verfügung im Sinne des § 2278 Abs. 1 BGB enthalten ist (Palandt/*Weidlich*, 79. Aufl., § 2278 Rdnr. 1). Zwar haben die Eheleute H mit der gegenseitigen Erbeinsetzung in § 3 eine Verfügung getroffen, die als vertragsmäßige Verfügung getroffen werden kann. Sie haben jedoch unter § 4 vereinbart, dass jeder Ehegatte zu Lebzeiten des anderen berechtigt sein sollte, diese Erbeinsetzung allein (Hervorhebung durch den Senat) und ohne besonderen Grund abzuändern. Dieser bedingungslose Abänderungsvorbehalt ist mit einer vertragsmäßig getroffenen Verfügung nicht zu vereinbaren. Damit fehlt es an einer vertragsmäßigen Verfügung und somit an einem Erbvertrag.

21 Es entspricht dem in der Urkunde zum Ausdruck kommenden Willen beider Eheleute die getroffenen letztwilligen Verfügungen als Ehegattentestament nach §§ 2265 ff. BGB mit einem Abänderungsvorbehalt zu verstehen.

22 Anders als bei einem Erbvertrag können sich die Eheleute bei einem gemeinschaftlichen Testament nämlich vorbehalten, dass sie die dort getroffenen Verfügungen auch durch ein einseitiges Testament abändern können (vgl. Palandt/*Weidlich*, § 2278 Rdnr. 20-24). Dass die Eheleute H mit einer einseitigen

Abänderungsbefugnis des jeweiligen Ehepartners gerade einverstanden waren, haben sie in § 4 der notariellen Vereinbarung sehr deutlich zum Ausdruck gebracht („allein“ und „ohne besonderen Grund“). Angesichts der notariellen Hilfestellung, derer sich die Eheleute H bei der Errichtung ihrer letztwilligen Verfügung bedient haben, ist es auch fernliegend, in § 4 lediglich einen Rücktritts- oder Widerrufsvorbehalt nach §§ 2271, 2296 BGB zu sehen. Zum einen werden die dem Notar bekannten juristischen Fachbegriffe nicht verwendet. Stattdessen wird nicht nur das einseitige Außerkraftsetzen der gemeinsamen getroffenen Verfügung beschrieben, sondern bereits die diese ersetzende anderweitige Verfügung („ändern“).

23 Von der ihm eingeräumten Abänderungsbefugnis hat der Erblasser mit der Errichtung des Testaments vom 23.7.2015 Gebrauch gemacht.

24 2. In dem Testament vom 23.7.2015 hat der Erblasser die Bürgerstiftung W als Alleinerbin eingesetzt.

25 Nach dem Wortlaut des Testaments hat der Erblasser die I Stiftung Sonderfonds der Bürgerstiftung der Stadt W eingesetzt. Erbe kann jedoch nur eine rechtsfähige Person sein, sodass eine Erbenstellung des I Sonderfonds bzw. I Stiftung Sonderfonds nicht in Betracht kommt.

26 Die Testamentsauslegung hat zum Ziel, den wirklichen Willen des Erblassers zu erforschen. Dabei ist vom Wortlaut auszugehen. Dieser ist jedoch nicht bindend. Vielmehr sind der Wortsinn und die vom Erblasser benutzten Ausdrücke zu hinterfragen, um festzustellen, was er mit seinen Worten hat sagen wollen und ob er mit ihnen genau das wiedergegeben hat, was er zum Ausdruck bringen wollte (BGH, NJW 1993, 256 m. w. N.). Maßgeblich ist insoweit allein sein subjektives Verständnis der von ihm verwendeten Begriffe (BGH, FamRZ 1987, 475, 476; Palandt/*Weidlich*, § 2084 Rdnr. 1). Zur Ermittlung des Inhalts der testamentarischen Verfügungen ist der gesamte Inhalt der Testamentsurkunde einschließlich aller Nebenumstände, auch solcher außerhalb des Testaments, heranzuziehen und zu würdigen (BGH, NJW 1993, 256 m. w. N.). Solche Umstände können vor oder auch nach der Errichtung des Testamentes liegen. Dazu gehört das gesamte Verhalten des Erblassers, seine Äußerungen und Handlungen (Palandt/*Weidlich*, § 2084 BGB Rdnr. 2 m. w. N.). Kann sich der Richter auch unter Auswertung aller Umstände von dem tatsächlich vorhandenen wirklichen Willen des Erblassers nicht überzeugen, muss er sich mit dem Sinn begnügen, der dem Erblasserwillen mutmaßlich am ehesten entspricht (BGH, NJW 1993, 256).

27 Aus dem Testament kommt der Wille des Erblassers zum Ausdruck, dass sein Vermögen – soweit er darüber nicht durch Aussetzung von Vermächtnissen anderweitig disponiert hat – dem I Sonderfonds zugutekommen soll. Dieses Ziel kann der Erblasser nur erreichen, wenn die Bürgerstiftung W, innerhalb derer der I Sonderfonds angelegt ist, sein Erbe wird.

28 Der Erblasser hat selbst an der Gründung der Bürgerstiftung W mitgewirkt. Er hat schon dabei Wert darauf gelegt, dass das von ihm lebzeitig zur Verfügung gestellte Vermögen bilanztechnisch gesondert erfasst wird. Rechtsinhaber des lebzeitig eingebrachten Vermögens ist aber auch insoweit bereits die Bürgerstiftung W geworden. Die vom Erblasser vorge-

nommene Erbeinsetzung kann daher nur so verstanden werden, dass Erbe die Bürgerstiftung W wird, verbunden mit der Auflage, auch das von Todes wegen erhaltene Vermögen bilanztechnisch gesondert für den I Sonderfonds auszuweisen.

29 Darüber hinaus hat der Erblasser Testamentsvollstreckung angeordnet.

30 3. Die Gerichtskosten erster Instanz sind für den von der Beteiligten zu 1 und den von dem Beteiligten zu 2 gestellten Erbscheinsantrag jeweils separat zu erheben, da es sich um rechtlich selbstständige Anträge handelt. Eine Verbindung der Verfahren im Beschlusswege ist auch nicht erfolgt und wäre auch untunlich gewesen. Vielmehr hätte nach dem Eingang des Erbscheinsantrags des Beteiligten zu 2 ein gesondertes Verfahren angelegt werden müssen. In der Folgezeit wäre es angemessen gewesen, nur ein Verfahren im Beschlusswege abzuschließen und das andere bis zu dessen rechtskräftigen Abschluss auszusetzen, da die zu treffende Entscheidung für das andere Verfahren präjudiziell war.

31 Die Gerichtskosten sind nach § 22 GNotKG von dem jeweiligen Antragsteller zu erheben. Für eine anderweitige Anordnung besteht keine Veranlassung.

32 Die Anordnung der Erstattung der den Beteiligten entstandenen außergerichtlichen Kosten entspricht nicht billigem Ermessen (§ 81 Abs. 1 Satz 1 FamFG). Die Beteiligten haben ihren Anträgen jeweils diskutabile rechtliche Überlegungen zugrunde gelegt.

33 Die Gerichtskosten der Beschwerdeinstanz sind nicht zu erheben (§ 81 Abs. 1 Satz 2 FamFG). Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 hatte in Bezug auf den in erster Instanz gestellten Antrag des Beteiligten zu 2 Erfolg, so dass insoweit wegen § 84 FamFG keine Kosten angefallen wären. Soweit die Beteiligte zu 1 mit ihrer Beschwerde ihren eigenen Erbscheinsantrag weiter verfolgt hat, hatte die Beschwerde zwar keinen Erfolg. Es ist aber zu beachten, dass die Ursache für dieses Vorgehen das Nachlassgericht gesetzt hat, indem es über die gegenläufigen Anträge zeitgleich entschieden hat. Eine Gerichtskostenerhebung erscheint daher unangebracht.

34 Die Anordnung der Erstattung der den Beteiligten in der Beschwerdeinstanz entstandenen außergerichtlichen Kosten entspricht nicht billigem Ermessen (§ 81 Abs. 1 Satz 1 FamFG). Letztlich hatten weder der von der Beteiligten zu 1 noch der von dem Beteiligten zu 2 erstinstanzlich gestellte Erbscheinsantrag Erfolg. Der Beteiligte zu 2 hatte erst mit einem in der Beschwerdeinstanz nach rechtlichem Hinweis abgeänderten Erbscheinsantrag Erfolg.

35 4. Die Festsetzung eines Geschäftswerts ist derzeit mangels Angaben zum Nachlasswert nicht möglich. Sie erscheint angesichts der für die Beschwerdeinstanz getroffenen Kostenentscheidung auch entbehrlich.

36 5. Die Voraussetzungen, unter denen eine Rechtsbeschwerde nach § 70 Abs. 2 FamFG zuzulassen ist, liegen nicht vor.

14. Testamentsauslegung: Erbeinsetzung durch Zuwendung wesentlichen Vermögens

OLG München, Beschluss vom 19.2.2020, 31 Wx 231/17, 31 Wx 502/19

BGB §§ 133, 1924 Abs. 1, §§ 2084, 2087 Abs. 2
FamFG § 81
GNotKG § 25 Abs. 1

LEITSATZ:

In der Nichterwähnung eines Erbprätendenten im Rahmen einer Testierung, die sich auf die Zuwendung von einzelnen Nachlassgegenständen beschränkt ohne dass eine Gesamtverteilung des Nachlasses erfolgt, ist dessen (etwaige) Enterbung durch den Erblasser nicht angedeutet.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. 1. Aus der Ehe des Erblassers mit seiner vorverstorbenen Ehefrau gingen keine Kinder hervor. Nach dem Ableben seiner Ehefrau nahm der Erblasser die Beteiligte zu 1, die eine Nichte seiner Ehefrau ist, im Wege der Erwachsenenadoption als Kind an, und übertrug ihr am 22.7.2014 eine Immobilie (Sechsfamilienhaus). Die Beteiligte zu 2 ist die Freundin des Erblassers, der Beteiligte zu 3 der Sohn der Beteiligten zu 1; die Beteiligten zu 4 und 5 sind Geschwister des Erblassers.

2 2. Es liegt folgendes vom Erblasser handschriftlich niedergelegtes Testament vom 22.8.2015 vor:

„(...)

1. Nach meinem Ableben bestimmte ich folgendes

2. Mein Haus (...) Fl. (...) / (...), vermache ich meiner Freundin ([...] = Beteiligte zu 2). Alles was sich auf der Flur-Nr. (...) / (...) befindet, gehört ([...] = Beteiligte zu 2).

3. Meine Ferienwohnung (Gardasee)

(...)

Diese Ferienwohnung vermache ich meinen Geschwistern (Beteiligter zu 4 und Beteiligte zu 5) und Anteile von (...) und (...).

4. Grundstück Fl. Nr. (...) vermache ich ([...] = Beteiligter zu 3), Sohn von ([...] = Beteiligte zu 1)

5. Grundstück Fl. Nr. (...) / (...) vermache ich?

(Ort), 22.8.2015 Unterschrift“

3 Der Nachlass setzt sich zusammen aus Immobilienvermögen (Fl. Nr. [...] / [...]: 420.000 €; Ferienwohnung: Kaufpreis 2008: 170.000 €; Fl. Nr. [...]: ca. 8-12.000 €; Grundstück Fl. [...]: ca. 30.000 €; Grundstück Fl. [...]: ca. 105.000 €), Bargeld/Devisen: ca. 30.000 €; Bankguthaben: 72.688 €; Wertpapiere: ca. 59.000 €; Edelmetalle (Gold): ca. 116.500 €; Gebrauchsgegenstände: ca. 35.000 €; Mobiliar: ca. 5.000 €; Musikinstrumente ca. 1.500 €.

4 3. Die Beteiligten zu 1 hat am 7.12.2015 notariell einen Antrag auf Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses gestellt, der sie als Alleinerbin des Erblassers aufgrund gesetzlicher Erbfolge ausweist. Die Beteiligten zu 4 und 5 haben am 11.3.2016 zunächst notariell einen Antrag auf Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses gestellt, der sie und die Beteiligten zu 2 und 3 als Miterben ausweist, wobei sie dem Nachlassgericht anheimgestellt haben, die Erbquoten festzulegen, diesen aber mit Schreiben vom 25.3. bzw. 26.3.2017 dahin gehend ergänzt haben, dass die Beteiligte zu 2 als Miterbin zu $\frac{1}{2}$ und die Beteiligten zu 4 und 5 als Miterben zu je $\frac{1}{4}$ berufen sind. Das Nachlassgericht hat unter Zurückweisung des Antrags der Beteiligten zu 1 die Voraussetzung für die Erteilung des von den Beteiligten zu 4 und 5 ergänzten/berichtigten Erbscheinsantrags für gegeben erachtet. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1.

5 II. Die zulässige Beschwerde, der zwei Verfahrensgegenstände zugrunde liegen (Zurückweisung des Erbscheinsantrags vom 7.12.2015 [31 Wx 231/17] und Feststellung der Tatsachen zur Erteilung des Erbscheinsantrags der Beteiligten zu 4 und 5 [31 Wx 502/19]) hat in der Sache Erfolg. Zu Unrecht ist das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Voraussetzungen für die Erteilung des von den Beteiligten zu 4 und 5 beantragten Erbscheins vorliegen. Entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts sind die von dem Erblasser in seinem Testament vom 22.8.2015 getroffenen Anordnungen nicht als Erbeinsetzung zugunsten der Beteiligten zu 2, 4 und 5 auszulegen.

6 1. Eine ausdrückliche Anordnung einer Erbeinsetzung findet sich in dem Testament nicht. Darin hat der Erblasser lediglich Anordnungen über seine Immobilien getroffen, wobei er in Bezug auf die Immobilien Fl. (...)/(...) keinen Bedachten bestimmt hat, sondern an dessen Stelle ein Fragezeichen gesetzt hat, und den Beteiligten zu 4 und 5 neben der Immobilie in Italien zudem Aktien und Anteile an (...) zugewandt hat.

7 2. Entgegen der Meinung des Nachlassgerichts ergibt sich die Erbeinsetzung der Beteiligten zu 2, 4 und 5 nicht aufgrund der von dem Erblasser getroffenen Anordnungen im Wege der individuellen Auslegung im Sinne der §§ 2084, 133 BGB.

8 a) Gemäß § 2087 Abs. 2 BGB ist die Zuwendung nur einzelner Gegenstände im Zweifel nicht als Erbeinsetzung aufzufassen. Die Vorschrift kommt jedoch erst dann zur Anwendung, sofern im Wege der individuellen Auslegung (§§ 133, 2084 BGB) kein anderer Erblasserwillen festgestellt werden kann. Führt diese zu einem eindeutigen Ergebnis, ist für die Anwendung der gesetzlichen Regel kein Raum (BGH, FamRZ 1972, 561; BayObLG, FamRZ 90, 1399).

9 Im Rahmen der Auslegung von Testamenten ist regelmäßig anzunehmen, dass der Testierende eine Erbeinsetzung bezweckt, wenn er praktisch sein ganzes Vermögen an die bedachten Personen aufgeteilt hat, da nicht angenommen werden kann, dass er überhaupt keinen Erben berufen wollte (BayObLG, NJW-RR 1997, 517; 2001, 656, 657; BayObLG, FamRZ 2005, 1202, 1203 m. w. N.). Auch die Zuwendung eines Gegenstandes kann Erbeinsetzung sein, wenn entweder der Nachlass dadurch erschöpft wird (BayObLGZ 1966, 408) oder wenn sein objektiver Wert das übrige Vermögen so

erheblich übertrifft, dass der Erblasser ihn offensichtlich als wesentlichen Nachlass angesehen hat (BayObLG, FamRZ 1995, 836), was zum Beispiel dann der Fall ist, wenn eine Immobilie wie ein Hausgrundstück oder eine Eigentumswohnung des Erblassers einen Hauptnachlassgegenstand bildet (vgl. BayObLG, FamRZ 1997, 1177, 1178; FamRZ 1999, 59, 60; NJW-RR 2000, 1174). Ebenso kann die Einsetzung auf bestimmte Vermögensgruppen als Erbeinsetzung auf einen Bruchteil oder sogar auf das ganze Vermögen und nicht als Anordnung eines Vermächtnisses auszulegen sein (vgl. BGH, FamRZ 1972, 561, 563; BayObLG, FamRZ 1995, 835/836; 1999, 62, 63; BayObLGZ 2003, 149; BayObLG, FamRZ 2005, 310). Entscheidend ist, ob der Erblasser durch die bedachten Personen seine wirtschaftliche Stellung fortgesetzt wissen wollte und ob der Bedachte nach dem Willen des Erblassers ggf. auch den Nachlass zu regeln hatte (BayObLG, FamRZ 1999, 1392, 1394; BayObLG, FamRZ 2001, 1174, 1176; BeckOGK-BGB/*Gierl*, § 2087 Rdnr. 37 m. w. N.). Auszugehen ist dabei von den Vorstellungen, die der Erblasser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung über die voraussichtliche Zusammensetzung des Nachlasses und den Wert der in diesen fallenden Gegenständen hatte (BGH, FamRZ 1972, 563; BayObLG, NJW-RR 1995, 1096; 1997, 517; BeckOGK-BGB/*Gierl*, § 2087 Rdnr. 30; Burandt/Rojahn/*Czubayko* Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 2087 BGB Rdnr. 10 m. w. N.).

10 b) Ausgehend von diesen Grundsätzen ist der Senat nicht davon überzeugt, dass der Erblasser in dem Testament die darin Bedachten zu seinen Rechtsnachfolgern in wirtschaftlicher Hinsicht bestimmt hat. Ein solcher Wille des Erblassers ist in dem Testament nicht angedeutet.

11 aa) Der Erblasser hat im Rahmen seiner Testierung nicht über sein Vermögen als Ganzes verfügt.

12 (1) Die Immobilien Fl. Nr. (...)/(...) hat er zwar als Teil seines Vermögens in seinem Testament aufgeführt, durch das Setzen eines Fragezeichens die Person des Bedachten aber offen gelassen. Insofern hat er bewusst eine Testierung in Bezug auf diesen Vermögensgegenstand unterlassen. Daraus ergibt sich aber auch, dass sein Testierwille gerade nicht darauf gerichtet war, umfassend und abschließend über sein Vermögen als Ganzes letztwillig zu verfügen.

13 (2) Auch in Bezug auf sein sonstiges Anlage-/Geldvermögen ist die Testierung nicht abschließend. Über dieses hat er nur insoweit verfügt, als er die Aktien und die Anteile an „(...)“ den Beteiligten zu 4 und 5 zugewandt hat. Diese Zuwendung erfolgte im Anschluss an die Verfügung betreffend die Ferienwohnung. Dies legt aber auch den Schluss nahe, dass sich der Erblasser im Zeitpunkt der Testierung sehr wohl bewusst war, dass er neben den Immobilien weiteres Vermögen hatte.

14 Der Senat teilt nicht die Auffassung des Nachlassgerichts, dass der Erblasser keine Veranlassung sah, über sein weiteres Geldvermögen, insbesondere in Bezug auf das im Bankschließfach verwahrte Vermögen, zu verfügen. Soweit das Nachlassgericht davon ausgeht, dass der Erblasser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung die Vorstellung hatte, dieses Vermögen der Beteiligten zu 1 bereits zu Lebzeiten übertragen zu haben, finden sich keine tragfähigen Anhaltspunkte für diesen Schluss. Die Übergabe des Tresorschlüssels und die Aus-

stellung einer Generalvollmacht über den Tod hinaus führen nicht zu einer Änderung der Rechtsinhaberschaft in Bezug auf das Vermögen. Anderes ergibt sich auch nicht aus dem Formular der Sparkasse betreffend die Vermietung eines Schrankfaches vom 4.9.2012. Inhalt der Urkunde ist, dass der Erblasser und seine vorverstorbenen Ehefrau Inhaber des Schließfaches sind und sie der Beteiligten zu 1 Vollmacht über den Tod erteilen. Eine Änderung der Berechtigung dahin gehend, dass anstelle des Erblassers die Beteiligte zu 1 nunmehr alleinige Inhaberin des Schließfaches sein soll, ist nicht erfolgt, insbesondere auch keine Schenkung auf den Todesfall zugunsten der Beteiligten zu 1. Die Übergabe des Schlüssels stellt insofern kein tragfähiges Indiz für eine Übertragung der Berechtigung dar, zumal diese auch zum Zweck der Umsetzung und des Vollzugs der der Beteiligten zu 1 erteilten Vollmacht erfolgt sein kann. Auch erscheint es im Hinblick darauf, dass sich in dem Schließfach – nach den Wertangaben der Beteiligten zu 1 – neben Devisen in Höhe von ca. 30.000 € auch Anlagegold im Wert von ca. 116.500 € (nach Angaben des Beteiligten zu 6 – zusammen mit Devisen – im Wert von insgesamt ca. 120.000 €) – befand und eine solche Deposition der Anlageformen in einem Bankschließfach erfahrungsgemäß auch der Absicherung für Notfälle dient, fernliegend, dass der Erblasser bereits zu Lebzeiten den Inhalt des Schließfaches an die Beteiligte zu 1 übertragen hat. Diese Umstände sprechen daher eher für die Behauptung der Beteiligten zu 1, dass der Erblasser die Vorstellung hatte, dass die Bankkonten und die Werte im Schließfach nach seinem Tod automatisch der Beteiligten zu 1 als seiner Tochter zufallen. Diese würden aber auch den Schluss nahelegen, dass der Erblasser bewusst von einer Testierung darüber abgesehen hat, so dass insoweit gesetzliche Erbfolge eintreten sollte.

15 (3) Demgemäß hat der Erblasser bei einem Gesamtnachlassvermögen in Höhe von ca. 1.054.688 € über ein Nachlassvermögen i. H. v. 354.188 € (Immobilien Fl. Nr. (...)/(...): 135.000 € – Devisen 30.000 € – Geldvermögen 72.688 € Anlagegold: 116.500 €) nicht letztwillig verfügt.

16 aa) Vor dem Hintergrund, dass der Erblasser zum einen in Bezug auf die Immobilien Fl. Nr. (...)/(...) bewusst keine Bestimmung der Person des Bedachten getroffen hat und in Bezug auf ein Geld- und Anlagevermögen sich auf die Zuwendung betreffend Aktien und Anteil (...) beschränkt hat, ist es naheliegend, dass er die Zuwendung von Einzelgegenständen seines Vermögens im Rahmen seiner Testierung im Auge hatte und nicht die Regelung einer Erbeinsetzung einer Person als seinen Rechtsnachfolger in wirtschaftlicher Hinsicht.

17 bb) Eine solche Auslegung findet auch eine Stütze in der inhaltlichen Fassung des Testaments. Darin hat der Erblasser enumerativ Zuwendungen getroffen, wobei er die Testierung mit den in seinem Vermögen befindlichen Immobilien einleitete und jede einzelne – bis auf diejenigen mit der Fl. Nr. (...)/(...), die er mit einem Fragezeichen versah – den jeweiligen Bedachten zuordnete. Dies legt den Schluss nahe, dass der Erblasser im Rahmen seiner Testierung seine letztwilligen Verfügungen objekt- und nicht personenbezogen getroffen hat.

18 cc) In der Gesamtwürdigung der inhaltlichen Abfassung des Testaments und der darin getroffenen einzelnen Zuwendungen, die sich auf einige Einzelgegenstände seines Vermö-

gens beschränkt hat, erscheint es daher naheliegend, dass der Erblasser in seiner Testierung Verfügungen über Einzelgegenstände getroffen hat und sich dabei nicht von der Vorstellung leiten ließ, mittels seiner Zuwendungen eine Regelung in Bezug auf die Bestimmung einer Person als Rechtsnachfolger in wirtschaftlicher Hinsicht zu bestimmen. Insofern liegt auch in der Zuwendung der Einzelgegenstände keine Erbeinsetzung auf Bruchteile entsprechend dem Wert des Gegenstandes im Verhältnis zum Gesamtvermögen. Demgemäß tritt mangels Anordnung der Erbfolge nach dem Erblasser gesetzliche Erbfolge ein, so dass die Beteiligte zu 1 als dessen Abkömmling gemäß § 1924 Abs. 1 BGB seine Alleinerbin ist.

19 3. Diesem Auslegungsergebnis stehen die von den Beteiligten zu 4 und 5 sowie der Zeugen (...) bekundeten Äußerungen des Erblassers nicht entgegen, wonach der Erblasser geäußert habe, dass die Beteiligte zu 1 über die ihr zu Lebzeiten zugewendete Immobilie hinaus keine weitere Teilhabe an seinem Vermögen haben soll.

20 a) Aussagen von Erblassern zu Lebzeiten über die Verteilung ihres Nachlasses können zwar grundsätzlich eine Grundlage für die Erforschung des Testierwillen sein. Ein zwingendes Indiz stellen sie jedoch nicht dar. Es gibt keinen Erfahrungssatz des Inhalts, dass Testatoren stets wahrheitsgemäße Angaben dazu machen, ob, in welcher Weise und mit welchem Inhalt sie eine letztwillige Verfügung errichtet haben. Auch sind verschiedenste Motive denkbar, weshalb Testierende gegenüber Dritten oder gegenüber den angeblich Bedachten Aussagen über die Regelung der Erbfolge tätigen, die nicht mit den tatsächlich getroffenen Bestimmungen übereinstimmen (vgl. OLG München ZEV 2012, 42, 46).

21 b) Es liegen bereits keine übereinstimmenden Äußerungen des Erblassers betreffend die Regelung seines Nachlasses vor.

22 aa) Die von dem Ehepaar (...) in ihren Stellungnahmen bekundeten Äußerungen des Erblassers betreffend die Regelung seiner Erbfolge stimmen zwar insofern überein, als die Beteiligte zu 1 nach ihren Stellungnahmen keine weitere Teilhabe an seinem Vermögen über die ihr bereits zugewendete Immobilie haben sollte. Im Übrigen werden die vom Erblasser angedachten Zuwendungen unterschiedlich angegeben: Nach den Angaben der Zeugin (...) sollten die Geschwister, Nichten und Neffen Erben sein und die Beteiligte zu 2 einen Geldbetrag erhalten; nach den Angaben ihres Mannes wollte der Erblasser die Immobilie Fl. (...) dem Beteiligten zu 3 schenken und im Übrigen seine Geschwister, Neffen, Nichten und die Beteiligte zu 2 bedenken, wobei in Bezug auf die Neffen und Nichten von 3 Goldbarren in einem Bankschließfach die Rede gewesen wäre.

23 bb) Nach der Stellungnahme der Beteiligten zu 2 war Inhalt der Äußerungen des Erblassers, dass die Beteiligte zu 1 nichts mehr „erben“ sollte, sondern seine Geschwister und Neffen und Nichten.

24 cc) Nach der Stellungnahme des Beteiligten zu 4 sollte unter Ausschluss der Beteiligten zu 1 er zusammen mit seiner Schwester das Vermögen des Erblassers erhalten, wobei seine drei Kinder jeweils einen Goldbarren aus dem Schließfach erhalten sollten.

25 dd) Die Beteiligte zu 1 hingegen gab an, dass der Erblasser ihr gegenüber geäußert habe, nach seinem Tod gehöre ihr das Anlagengold, das er in das Bankschließfach verbringen werde.

26 c) Insofern ergibt sich zwar aus den Stellungnahmen der Zeugen (...) wie auch aus den Angaben der Beteiligten zu 2, 3 und 4, dass die Beteiligte zu 1 keine weitere Teilhabe an seinem Nachlassvermögen haben soll. Dies allein stellt aber keine verlässliche Grundlage für die Feststellung eines solchen Willen des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung dar, da der Erblasser andererseits – entgegen der bekundeten Äußerungen – seine Neffen und Nichten gerade nicht bedacht hat. Zuwendungen zu deren Gunsten in dem Testament wären aber vor dem Hintergrund naheliegend gewesen, als der Erblasser den Sohn der Beteiligten zu 1 mit der Zuwendung der Immobilie Fl. (...) bedacht hat und auch den Beteiligten zu 3 und 4 über das Ferienhaus hinaus weiteres Vermögen zugewendet hat.

27 d) Selbst wenn die von den Zeugen und den Beteiligten zu 2, 3 und 4 behauptete Enterbung der Beteiligten zu 1 dem Willen des Erblassers entsprechen würde und er aufgrund seines Todes nicht mehr die Gelegenheit gehabt hätte, sein restliches Vermögen unter Ausschluss der Beteiligten zu 1 zu verteilen, hat dieser Wille des Erblassers in seinem Testament keinen Niederschlag gefunden.

28 aa) Eine ausdrückliche Anordnung der Enterbung hat der Erblasser nicht getroffen.

29 bb) Eine solche Anordnung ergibt sich auch nicht im Sinne der individuellen (erläuternden) Auslegung. Zwar hat der Erblasser der Beteiligten zu 1 im Gegensatz zu den Beteiligten zu 2, 3, 4 und 5 im Rahmen seiner Testierung keine Immobilie zugewendet und sie auch sonst nicht bedacht. Daraus und aus der Fassung der Ziffer 5 lässt sich aber vor dem Hintergrund, dass die Testierung des Erblassers lediglich einzelne Nachlassgegenstände betrifft und nicht sein Vermögen als Ganzes umfasst, nicht zwingend folgern, dass die Beteiligte zu 1 von der – mangels Anordnung einer Erbeinsetzung (siehe oben) eintretenden – gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist.

30 (1) Das Setzen des Fragezeichens in Bezug auf die Grundstücke Fl. (...)/(...) lässt zwar eine Auslegung als möglich erscheinen, dass er die Beteiligte zu 1 diesbezüglich nicht als infrage kommende Bedachte in Erwägung gezogen hat, zumal er ihr bereits zu Lebzeiten eine Immobilie übertragen hat. Eine solche Auslegung ist andererseits aber auch in Bezug auf die Beteiligten zu 2-5 möglich. Diesen hat der Erblasser gerade in den vorherigen Ziffern Grundstücke zugewendet. In dem Setzen des Fragezeichens könnte daher auch der Wille des Erblassers zum Ausdruck kommen, dass diese keine (weitere) Grundstücke über die ihnen zu gewendeten hinaus erhalten sollen.

31 (2) Möglich ist aber auch eine Auslegung, dass der Entscheidungsfindungsprozess des Erblassers hinsichtlich seines Gesamtvermögens noch nicht vollständig abgeschlossen war, dies aber in Bezug auf die Immobilien in Ziffer 1-4 seines Testaments der Fall war und er allein über diese Einzelgegenstände seines Nachlasses abschließend letztwillig verfügt hat.

32 (3) Die Behauptung der Beteiligten zu 2, 3 und 4, der Wille des Erblassers wäre darauf gerichtet gewesen, sein Vermögen weiter zu regeln und zu verteilen, wobei die Beteiligte zu 1 keine Teilhabe mehr gehabt hätte, er aber dazu nicht mehr gekommen sei, ist unbehelflich. Es tritt, da der Erblasser nur Vermächtnisse ausgesetzt und keine Erben eingesetzt hat, gesetzliche Erbfolge ein. Darauf, ob der Erblasser diese Rechtsfolge gewollt hat oder nicht, kommt es nicht an. Denn die gesetzliche Erbfolge beruht nicht auf einem Willen des Erblassers, sondern tritt kraft Gesetzes unabhängig von dessen Willen als Folge davon ein, dass dieser von seinem Recht zur (abschließenden) Gestaltung der Erbfolge durch letztwillige Verfügung nicht Gebrauch gemacht hat (vgl. dazu auch OLG München, FamRZ 2010, 1941 ff.).

33 cc) Dieses Ergebnis lässt sich auch nicht im Wege der ergänzenden Auslegung korrigieren, da diese eine unbewusste, planwidrige Lücke voraussetzt. Eine solche liegt aber nicht vor, da der Erblasser im Testament vom 22.8.2015 bewusst nur über einen geringen Bruchteil seines Vermögens verfügt hat. Selbst wenn der Erblasser den Willen hatte, dass die Beteiligte zu 1 keine weitere Teilhabe an seinem Vermögen haben sollte, hilft dies nicht weiter. Denn wegen der für die gewillkürte Erbfolge geltenden Formenstrenge kann eine unterlassene letztwillige Verfügung, wie hier, nicht durch Auslegung ersetzt werden (vgl. BGHZ 80, 242, 246; OLG München, a. a. O.).

34 4. Demgemäß kann die Entscheidung des Nachlassgerichts keinen Bestand haben und ist insofern aufzuheben. Das Nachlassgericht war anzuweisen, das von der Beteiligten zu 1 beantragte Europäische Nachlasszeugnis zu erteilen.

35 III. Da die Beschwerde der Beteiligten zu 1 in Bezug auf die Verfahrensgegenstände jeweils erfolgreich war, fallen keine Gerichtskosten im Beschwerdeverfahren an (§ 25 Abs. 1 GNotKG). Die Anordnung der Erstattung der außergerichtlichen Kosten der Beteiligten zu 1 im Beschwerdeverfahren durch die Beteiligten zu 2, 4 und 5 ist nicht geboten. Die Voraussetzungen im Sinne des § 81 FamFG liegen hierfür nicht vor. Allein der Umstand, dass die von der Beteiligten zu 1 vertretene Rechtsauffassung zutreffend war und ihr Rechtsmittel letztendlich erfolgreich war, gebietet vorliegend nicht die Anordnung der Erstattung ihrer außergerichtlichen Kosten durch die Beteiligten zu 2, 4 und 5. Wie die Entscheidung des Nachlassgerichts aufzeigt, hatte deren vertretene Rechtsauffassung nicht von vornherein keine Aussicht auf Erfolg. Insofern hält der Senat auch nicht die Anordnung der Erstattung der außergerichtlichen Kosten der Beteiligten zu 1 durch die Beteiligten zu 2, 4 und 5 in Bezug auf das in der ersten Instanz veranlasste Nachlassverfahren für veranlasst.

36 IV. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.

15. Teilverzicht auf Erbe und Testamentsvollstreckung

OLG Hamburg, Urteil vom 18.6.2019, 2 U 31/18

BGB §§ 181, 313 Abs. 2, §§ 2133, 2227, 2352
ZPO § 62

LEITSÄTZE:

(...)

3. **Die Bindungswirkung einer wechselbezüglichen Verfügung entfällt, wenn der Letztbedachte durch Zuwendungsverzicht gemäß § 2352 BGB auf sein testamentarisches Erbrecht verzichtet hat und damit die wechselbezüglich erfolgte Zuwendung nicht annimmt.**
4. **Enthält das gemeinschaftliche Testament eine Ersatzerbeneinsetzung führt der Zuwendungsverzicht der Erstberufenen für Erbfälle vor dem 1.1.2010 zu einem Einrücken der Ersatzerben in die Erbenstellung. Gegenteiliges regelt § 2352 Satz 3 i. V. m. § 2349 BGB erst für Erbfälle ab dem 1.1.2010.**
5. **Es ist grundsätzlich möglich, einen nach § 2352 BGB erklärten Zuwendungsverzicht als beschränkten Teilverzicht dahin gehend auszulegen, dass die Zuwendungsempfänger – ohne Änderung ihrer grundsätzlichen Erbenstellung im Übrigen – darauf verzichten, nicht mit weiteren Beschwerden in Form einer Testamentsvollstreckung oder einer Vor- und Nacherbschaft belastet zu werden.**
6. **Insofern kommt wegen einer Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 2 BGB auch eine Anpassung des vollständigen Zuwendungsverzichts in einen Teilverzicht in Betracht, wenn die Parteien eines Erbvertrages mit dem Zuwendungsverzicht gerade nicht erreichen wollten, dass der Ersatzerbe in die Erbenstellung einrückt.**
7. **Ein solcher Teilverzicht ist als Minus zu einem vollständigen Zuwendungsverzicht auch rechtlich zulässig, insbesondere steht der Vertrauensschutz des Vorversterbenden dem nicht entgegen.**

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

53 bbb) Die mit der vertragsmäßigen Verfügung vom 22.1.1998 durch den Erblasser angeordnete Testamentsvollstreckung (ebenso wie die Vor- und Nacherbschaft) steht im Widerspruch zu der im Testament aus 1975 angeordneten Schlusserbeneinsetzung der Beklagten. Gemäß § 2271 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 BGB war der Erblasser daher im Grundsatz daran gehindert, mit seiner Neuverfügung die ursprüngliche Verfügung aus 1975 insoweit gemäß § 2258 BGB zu widerrufen und über seinen Nachlass durch Anordnung einer Testamentsvollstreckung und Regelung einer Vor- und Nacherbschaft neu zu verfügen.

54 Die vom Erblasser und seiner vorverstorbenen Ehefrau im Testament aus 1975 angeordnete wechselseitige Einsetzung

als Alleinerben und die Schlusserbeneinsetzung ihrer Kinder, der Beklagten, war auch wechselbezüglich gemäß § 2270 Abs. 1 BGB, da anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen worden wäre. Zwar enthält das Testament aus 1975 keine ausdrückliche Regelung dazu, dass und welche Verfügung wechselseitig sein sollte. Die gesamte Konstruktion des Testaments aus 1975 als sog. Berliner Testament spricht aber für eine wechselbezügliche Verfügung jedenfalls in Bezug auf die Schlusserbeneinsetzung. Insoweit ging offenbar auch der Erblasser von einer Wechselbezüglichkeit aus, denn er wählte 1998 für die Neuregelung die Konstruktion über einen Erbverzicht. Wären die Verfügungen schon gar nicht wechselbezüglich gewesen, hätte es des Umweges über einen Zuwendungsverzicht nicht bedurft. Für eine Wechselbezüglichkeit spricht auch, dass der Erblasser und seine Ehefrau sich im Testament ausdrücklich über die zukünftige Verfügungs- und damit auch Testierfreiheit der von ihnen jeweils Bedachten Gedanken dahin gehend gemacht haben, dass sie in ihrer Testierfähigkeit nicht beschränkt werden sollten. Daraus lässt sich nur schlussfolgern, dass sich der Erblasser und seine Ehefrau wechselseitig an die einvernehmlich getroffene gemeinsame Verfügung binden wollten, wofür auch spricht, dass das Testament später, 1979, gemeinschaftlich geändert wurde. Letztlich folgt auch aus der Auslegungsregel des § 2271 Abs. 2 BGB, dass eine Wechselbezüglichkeit mindestens in Bezug auf die Schlusserbeneinsetzung vorliegt, da der Erblasser und seine Ehefrau mit den schlussbedachten Beklagten Verwandte im Sinne des § 2271 Abs. 2 BGB begünstigt haben. Zu einem anderen Ergebnis führt auch nicht der Umstand, dass zwischen den Ehegatten ein Vermögensgefälle bestanden hat. Dies mag zwar ein Anhaltspunkt dafür sein, die Wechselbezüglichkeit im Einzelfall genau zu hinterfragen. Vorliegend sind aber keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass wegen der unterschiedlichen Vermögensverhältnisse eine Wechselbezüglichkeit nicht gewollt gewesen wäre.

55 Mit der wechselbezüglich verfügten Schlusserbeneinsetzung steht die nachträgliche Anordnung der Testamentsvollstreckung im Widerspruch. Die Schlusserbeneinsetzung im Testament aus 1975 hat zur Folge, dass die Beklagten als Schlusserben mit dem Versterben des Erblassers als längstlebendem Vollerben geworden wären. Sie wären dann als Erbengemeinschaft in ihrer Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den Nachlass in keiner Weise beschränkt gewesen. Durch die nachträgliche Anordnung der Testamentsvollstreckung im Jahr 1998 werden die Beklagten aber deutlich in ihrer Verwaltungs- und Verfügungsmacht über den Nachlass beschränkt. Nicht sie, sondern der Testamentsvollstrecker ist zur Verwaltung des Nachlasses befugt (§§ 2211 ff. BGB).

56 ccc) Dennoch ist die in der vertragsmäßigen Verfügung von 1998 angeordnete Testamentsvollstreckung wirksam, weil die aus dem gemeinschaftlichen Testament 1975 folgende Bindungswirkung nachträglich entfallen ist.

57(aaaa) Die Bindungswirkung dient dem Schutz des Vertrauens beider Erblasser in den Fortbestand der von ihnen gemeinsam durch jeweils wechselbezügliche Verfügungen festgelegten Nachlassplanung (BeckOGK-BGB/Müller-Engels, § 2271 Rdnr. 2). Die Bindungswirkung einer wechselbe-

züglichen Verfügung endet daher nicht nur dann, wenn das gemeinschaftliche Testament nachträglich unwirksam wird, zum Beispiel durch Anfechtung, sondern auch dann, wenn die gemeinschaftliche Nachlassplanung nicht mehr umsetzbar ist. Dann entfällt nämlich der die Bindungswirkung rechtfertigende Vertrauensschutz des vorverstorbenen Ehegattens in die Fortdauer der gemeinsamen Nachlassplanung. Das Festhalten des längerlebenden Ehegattens an einer später nicht mehr umsetzbaren gemeinsamen Nachlassplanung wäre zweckentleert und würde ihn in unverhältnismäßiger Weise in seiner Privatautonomie beschränken. Deshalb verzichtet das Gesetz ausdrücklich zum Beispiel auf die Bindungswirkung, wenn der längerlebende Ehegatte nach Eintritt der Bindungswirkung das Erbe ausschlägt (§ 2271 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 BGB). Darüber hinausgehend nimmt die einhellige Meinung ein Entfallen der Bindungswirkung auch dann an, wenn der Letztbedachte durch Zuwendungsverzicht gemäß § 2352 BGB auf sein testamentarisches Erbrecht verzichtet hat und damit die wechselbezüglich erfolgte Zuwendung nicht annimmt (OLG Köln, FamRZ 1983, 837; BeckOGK-BGB/Müller-Engels, § 2271 Rdnr. 118; MünchKomm-BGB/Musielak, § 2271 Rdnr. 20 Staudinger/Kanzleiter, § 2271 Rdnr. 37). Auch dann kann die gemeinsame Nachlassplanung nicht mehr realisiert werden, und es besteht kein Grund, den Längerlebenden wegen einer obsolet gewordenen gemeinsamen Nachlassplanung weiter in seiner Verfügungsfreiheit zu beschränken.

58 (bbbb) Einen solchen Verzicht gemäß § 2352 BGB haben die Beklagten als Schlusserven in der notariellen Urkunde aus 1998 unstreitig formwirksam abgegeben.

59 Nach dem Wortlaut der Erklärung handelt es sich dabei um einen vollständigen Zuwendungsverzicht mit der Folge, dass der Zuwendungsverzicht die Verfügung von Todes wegen aus 1975 zwar nicht aufhebt, aber den Anfall der Zuwendung (Erbsetzung als Schlusserven) verhindert, wie wenn die Beklagten den Erbfall nicht erlebt hätten. Im Rahmen des § 2352 BGB gilt die Vorversterbensfiktion des § 2346 Abs. 1 Satz 2 BGB für den Verzichtsfall analog (Staudinger/Schotten, § 2352 Rdnr. 28 m. w. N.). Folge der Vorversterbensfiktion wäre vorliegend, dass die Nebenintervenienten als Ersatzschlusserven anstelle der Beklagten als Schlusserven in die Erbenstellung gemäß dem Testament aus 1975 eingerückt wären. Dies ergibt sich zwar nicht ausdrücklich aus dem Wortlaut des Testaments aus 1975, wohl aber aus seiner Auslegung.

60 Das Testament aus 1975 sieht zunächst einmal vor, dass im Falle des Ablebens eines der Beklagten der jeweils andere Beklagte Alleinerbe werden soll:

„Sollte eines unserer Kinder vor uns versterben oder keine leiblichen Erben hinterlassen, soll das überlebende Kind Alleinerbe sein.“

61 Weiter lautet es für den Fall des beiderseitigen Ablebens der Beklagten:

„Sollten unsere Kinder beide ohne leibliche Erben versterben und keine eigene letztwillige Verfügung getroffen haben, so soll unser beiderseitiger Nachlass – abgesehen von den vorerwähnten Vermächtnissen – wie folgt verwandt werden: (...)“

62 Es folgt dann eine Aufzählung von weiteren Personen, unter denen der Nachlass quotal verteilt werden sollte. Auch wenn die Regelung den Fall, dass die Beklagten versterben und eigene Kinder hinterlassen, nicht ausdrücklich erfasst, folgt doch aus dem Gesamtzusammenhang der Regelungen, dass der Erblasser und seine Ehefrau den Nachlass in der Familie halten wollten, sofern (eheliche) Abkömmlinge in gerader Linie vorhanden sind. Erst wenn dies nicht der Fall wäre, sollte der Nachlass einem größeren und familienfremden Personenkreis zufallen.

63 Dem Testament aus 1975 lässt sich auch nicht entnehmen, dass für den Fall, dass die Kinder nicht tatsächlich vorversterben, sondern das Entfallen ihres Erbrechts lediglich auf einem Verzicht beruht, keine Ersatzerbeneinsetzung der Nebenintervenienten gewollt gewesen wäre. Vielmehr ist im Gegenteil davon auszugehen, dass auch und gerade in dem Fall, in dem die Kinder das Erbe nicht antreten wollen und deswegen einen Verzicht erklären, das Erbe dann an die Enkel fallen soll.

64 (cccc) Der von den Beklagten erklärte Zuwendungsverzicht wirkt auch nicht zugleich als Zuwendungsverzicht der Nebenintervenienten. Zwar hätte ein solcher Verzicht von den Beklagten als gesetzliche Vertreter der Nebenintervenienten 1998 erklärt werden können. Beide Nebenintervenienten waren zu diesem Zeitpunkt nämlich noch minderjährig. Die Erklärung hätte aber zum einen auch vom jeweils anderen Elternteil im Rahmen des gemeinsamen Sorgerechts abgegeben werden müssen und hätte zudem der vormundschaftlichen Genehmigung unterliegen (§ 1643 Abs. 2 BGB). Beides ist vorliegend aber nicht erfolgt.

65 Der von den Beklagten erklärte Zuwendungsverzicht wirkt auch nicht kraft Gesetzes als Verzicht der Nebenintervenienten. Zwar ordnet § 2352 Satz 3 BGB in seiner aktuellen Fassung durch den Verweis auf § 2349 BGB dies an. Der Verzicht des testamentarischen Erben wirkt mithin nach dieser Norm auch auf seine Abkömmlinge und damit die Nebenintervenienten. Der Verweis in § 2352 Satz 3 BGB auf § 2349 BGB ist aber erst mit Wirkung für Erbfälle ab dem 1.1.2010 in das Gesetz eingefügt worden (Art. 229 § 23 Abs. 4 EGBGB). Hier ist der Erbfall aber schon im Jahr 2005 eingetreten und § 2349 BGB fand damit keine Anwendung.

66 (dddd) Der von den Beklagten in der notariellen Urkunde aus 1998 erklärte Zuwendungsverzicht ist aber als beschränkter Teilverzicht dahin gehend auszulegen, dass die Beklagten – ohne Änderung ihrer grundsätzlichen Erbenstellung im Übrigen – darauf verzichteten, nicht mit weiteren Beschwerden in Form einer Testamentsvollstreckung und einer Vor- und Nacherbschaft belastet zu werden.

67 Ein solcher Teilverzicht ist gemäß § 2352 BGB grundsätzlich möglich. Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 7.12.1977 (NJW 1978, 1159 Ziffer 2. a) zur Frage der vormundschaftlichen Genehmigungspflicht eines Zuwendungsverzichts ausdrücklich ausgeführt, dass auch ein teilweiser Erbverzicht genehmigungsbedürftig sei und ein solcher u. a. dahin gehend erklärt werden könne, dass der Bedachte sich mit der nachträglichen Anordnung bestimmter Beschwerden einverstanden erklärt, etwa mit Vermächtnissen, Auflagen oder der Einsetzung eines Testamentsvollstreckers (BGH, vom

7.12.1977, NJW 1978, 1159 Ziffer 2. a)). In seiner Entscheidung vom 27.1.1982 (NJW 1982, 1100 Ziffer 5.) hat der BGH an dieser Rechtsprechung ausdrücklich festgehalten. Auch in der Literatur ist ein beschränkter Zuwendungsverzicht gemäß § 2352 BGB überwiegend anerkannt (BeckOGK-BGB/Everts, § 2352 Rdnr. 19; MünchKomm-BGB/Wegerhoff, § 2352 Rdnr. 4; BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2352 Rdnr. 8; Staudinger/Schotten, § 2352 Rdnr. 13, jew. m. w. N.). Die von den Beklagten gegen diese herrschende Meinung vorgebrachten Argumente überzeugen den Senat nicht. Denn wenn der Bedachte vollständig auf die Zuwendung verzichten kann, dann muss es ihm möglich sein, auch einen nur teilweisen Verzicht auszusprechen. Hiergegen sprechen insbesondere keine Vertrauensschutzgesichtspunkte des im Falle eines gemeinsamen Testaments vorverstorbenen Ehegattens. Denn dieser hat ohnehin, wenn er – wie vorliegend – den Nachlass dem Bedachten „unbeschwert“ zuwendet, nach dem Tod des Längerlebenden keinen Einfluss darauf, was der Bedachte mit der ihm zugewandten Erbschaft anfängt. Von daher ist es nicht bedenklich, wenn der Bedachte bereits vor dem Versterben des Längerlebenden teilweise – in Bezug auf das Nichtbestehen von Beschwerden – auf die Zuwendung verzichtet und sich die nachträgliche Anordnung von Beschwerden gefallen lässt. Es ist schlechterdings kein rechtfertigender Grund dafür erkennbar, warum der Zuwendende einen Anspruch darauf haben sollte, dass der Zuwendungsempfänger das ihm Zugewandte entweder ausschließlich vollständig annimmt oder durch einen Zuwendungsverzicht gänzlich ausschlägt.

68 Es ist auch nicht erkennbar, warum der Teilverzicht lediglich über den Weg der Gestattung nach § 184 BGB bzw. § 182 BGB möglich sein sollte, während der vollständige Verzicht über § 2352 BGB vereinbart werden können soll. Der Berechtigte verzichtet auch bei einem Teilverzicht auf etwas ihm zugewandtes. Darauf, dass im Anschluss an den Verzicht der Erblasser noch eine eigene Verfügung treffen muss, während bei einem vollständigen Verzicht das Ergebnis bereits mit der Erklärung des Verzichts eintritt, kommt es nicht an. Dies begründet jedenfalls nicht, warum ein solcher Verzicht nicht auch im Rahmen des § 2352 BGB als Teilverzicht erklärt werden kann.

69 Folge eines solchen beschränkten Zuwendungsverzichts durch die Schlusserben bei bestehender Ersatzerbschaft ist, dass der Ersatzerbfall nicht eintritt, weil der Teilverzicht die grundsätzliche Erbenstellung der Schlusserben nicht berührt (Staudinger/Schotten, § 2352 Rdnr. 13; Ivo, ZEV 20032, 61).

70 (eeee) Die Beklagten haben vorliegend einen solchen Teilverzicht auch erklärt.

71 Zwar spricht der Wortlaut der notariellen Erklärungen gegen einen solchen Teilverzicht. Denn die Beklagten erklären den Verzicht ohne weitere Einschränkungen. So lautet es in der maßgeblichen Ziffer I. der notariellen Urkunde:

„Demgemäß verzichten die Erschienenen zu 2 und 3 hiermit auf ihre Ansprüche aus dem privatschriftlichen Testament. Der Erschienene zu 1 nimmt diesen Verzicht an.“

Dem Wortlaut lässt sich keinerlei inhaltliche Einschränkung des Verzichts entnehmen.

72 Gleichwohl hat die Auslegung nicht an diesem Wortlaut stehen zu bleiben. Vielmehr ist der Verzichtsvertrag als zweiseitiger Vertrag gemäß §§ 133, 157 BGB auszulegen. Danach ist die Erklärung insbesondere im systematischen Gesamtkontext des Vertrages zu sehen und auch der mit ihr verfolgte Zweck zu berücksichtigen. In systematischer Hinsicht ist dabei maßgeblich zu berücksichtigen, dass es in dem Satz unmittelbar vor dem zitierten Verzicht lautet:

„Die Erschienenen sind nun übereingekommen, dass die Erbeinsetzung bezüglich des Nachlasses ihres Vaters gegenüber dem handschriftlichen Testament modifiziert werden soll.“

Der eigentliche Verzicht beginnt sodann mit dem einleitenden Wort „demgemäß“ und nimmt damit ausdrücklich auf den Satz zuvor Bezug. In dem Satz zuvor wird aber nur von einer Modifizierung und nicht von einem umfänglichen Verzicht auf die Erbenstellung und sodann vollständiger Neutestierung gesprochen. Allerdings spricht auf der anderen Seite die vom Erblasser und den Beklagten im Rahmen des unter Ziffer II. § 1 geschlossenen Erbvertrages abgegebene Erklärung:

„Es wird festgestellt, dass aus dem privatschriftlichen Testament keinerlei Erbensprüche mehr geltend gemacht werden können.“

gegen eine schlichte Modifikation der Erbenstellung. Insofern ist die systematische Auslegung nicht eindeutig.

73 Maßgeblich für einen nur eingeschränkten Zuwendungsverzicht spricht aber der gemeinsame Parteiwille hinsichtlich des mit dem in der notariellen Urkunde aus 1998 verfolgten Zwecks. Unstreitig wollten weder der Erblasser noch die Beklagten mit ihren notariellen Erklärungen 1998 erreichen, dass die Beklagten als Erben ausfielen und an ihre Stelle bereits 1998 die Nebenintervenienten als Ersatzerben treten würden. Im Gegenteil entsprach es dem übereinstimmenden Parteiwillen, dass die Beklagten Vorerben und die Nebenintervenienten Nacherben werden sollten und zusätzlich Testamentvollstreckung durch den Kläger angeordnet wurde. Dieser übereinstimmende Parteiwille ist in Ziffer II. der notariellen Urkunde ausdrücklich protokolliert worden. Es liegt damit auch kein schlichter Rechtsfolgenirrtum vor, der nicht im Rahmen der Auslegung, sondern allein über eine (nach Auffassung der Beklagten nicht mögliche) Anfechtung berücksichtigt werden könnte. Denn die Urkundsparteien haben den von ihnen verfolgten rechtlichen Zweck ausdrücklich im Rahmen des Erbvertrags zum Gegenstand des Vertrages und damit der Vertragsurkunde gemacht. Deswegen kann dieser zum Vertragsgegenstand erhobene gemeinsame Parteiwille auch zur Auslegung der sonstigen Vertragsbedingungen und insbesondere auch des in Ziffer I. geregelten Zuwendungsverzichts herangezogen werden. Entgegen der Auffassung der Beklagten sind die Erklärungen in Ziffer I. der Urkunde und Ziffer II. auch nicht isoliert auszulegen, sondern in ihrer Gesamtheit zu würdigen. Insofern ist der Fall hier vergleichbar mit den Fällen des sog. offenen Kalkulationsirrtums, in dem die Parteien einen bestimmten Preis konkret und bewusst vereinbart haben, sich aus der zum Vertragsinhalt gewordenen Kalkulationsgrundlage aber ergibt, dass tatsächlich ein anderer Preis zutreffend gewesen wäre. *Armbrüster* führt insofern zutreffend

in MünchKomm-BGB § 119 Rdnr. 61 aus, dass in diesen Fällen auf den „Gesamtatbestand“ der abgegebenen Erklärung abzustellen ist und nicht auf den irrtümlichen ausdrücklichen anderweitigen Wortlaut. Hieran ändert auch der Vortrag der Beklagten nichts, das die Urkundsbeteiligten den Zuwendungsverzicht genauso erklären wollten, wie sie ihn erklärt haben. Davon geht auch der Senat aus. Es geht nicht darum, dass die Urkundsparteien sich darüber geirrt hätten, dass sie einen Zuwendungsverzicht abgegeben haben. Die Parteien wollten einen Zuwendungsverzicht abgeben, aber nur einen solchen, der den Erblasser in die Lage versetzt, die Vor- und Nacherbschaft sowie die Testamentsvollstreckung anzuordnen. Sie wollten gerade keinen Zuwendungsverzicht abgeben, der die Nebenintervenienten in die Erbenstellung einrücken ließ, sondern ihre Erbenstellung im Grundsatz aufrecht erhalten.

74 Auch die persönliche Anhörung der Beklagten gemäß § 141 ZPO durch den Senat am 7.5.2019 führt zu keinem anderen Ergebnis. Die Beklagten haben übereinstimmend ausgeführt, dass es vor der Beurkundung kein näheres Gespräch zwischen ihnen und dem Erblasser über die einzelnen Vertragsinhalte gegeben habe. Ihnen sei zwar der Vertrag vorab übersandt worden. Sie hätten aber hinsichtlich des Vertragsinhalts ihrem Vater vertraut und den Vertrag daher nicht näher geprüft. Bewusst sei ihnen nur gewesen, dass sie einen Dritten, den Testamentsvollstrecker, als Unterstützung zur Seite bekämen, was sie damals eigentlich auch für eine gute Idee hielten. Damit haben die Beklagten aber nichts Näheres zum Umfang des Erbverzichts ausführen können als das, was sich bereits aus den allgemeinen Umständen und den daraus folgenden und oben dargestellten Erwägungen ergibt.

75 Auch die als Zeugin angebotene Ehefrau des Beklagten zu 2 war nicht zu vernehmen, weder aufgrund des schriftsätzlichen Vortrages noch aufgrund des Ergebnisses der persönlichen Anhörung der Beklagten. Es fehlt schon jegliche Konkretisierung dazu, in welchem Zusammenhang die Zeugin überhaupt Kenntnis vom Willen des Erblassers in Bezug auf den Umfang des Zuwendungsverzichts gehabt haben sollte. Wenn schon ihr Ehemann selbst keinerlei Gespräche mit dem Erblasser über den näheren Inhalt der Urkunde 1998 geführt hat, hätte es einer näheren Erläuterung bedurft, warum die am Vertrag nicht unmittelbar beteiligte Ehefrau des Beklagten zu 2 weitergehende Kenntnisse über den Willen ihres Schwiegervaters zum Verzicht gehabt haben sollte als der Beklagte zu 2.

76 Auch aus der Schenkungsurkunde (...) lässt sich nichts herleiten. Zwar wird dort zur Darstellung der geltenden testamentarischen Rechtslage nur auf den Erbvertrag 1998 und nicht (ergänzend) auf das Testament 1975 Bezug genommen. Dies spricht aber nicht dagegen, dass der Verzicht 1998 dennoch nur einen Teilverzicht beinhaltete und damit das Testament 1975 teilweise aufrecht erhielt. Denn entscheidend ist, dass der Erbvertrag 1998 unstreitig die nach dem Willen aller Urkundsbeteiligten inhaltlich maßgebliche erbrechtliche Regelung enthalten sollte. Die Beklagten sollten Vorerben werden, die Nebenintervenienten Nacherben und der Kläger Testamentsvollstrecker. Es bestand daher keinerlei Veranlassung, zur Verdeutlichung der aktuellen erbrechtlichen Rechtslage später neben dem Erbvertrag 1998 noch auf das Testament 1975 Bezug zu nehmen.

77 (ffff) Letztlich steht dem Teilverzicht nicht entgegen, dass das gemeinschaftliche Testament mit der Klausel:

„Durch die Verfügung für den Fall des Ablebens unserer Kinder sollen diese – bzw. das überlebende von ihnen in keiner Weise in ihrer Verfügungsmacht über ihr Erbteil und in ihrer Testierfähigkeit beeinträchtigt sein.“

eine Auflage gemäß § 1940 BGB enthalte, auf die nicht verzichtet werden könnte. Der Wortlaut der Klausel enthält keine Leistungsverpflichtung an den Erblasser. Die Klausel richtet sich vielmehr an die Kinder und stellt klar, dass sie durch das gemeinschaftliche Testament nicht in ihrer Verfügungsbefugnis beschränkt sein sollen. Hierauf können die Kinder ohne Weiteres verzichten.

78 (gggg) Selbst wenn man annehmen wollte, dass die Auslegung ergibt, dass ein vollständiger Zuwendungsverzicht vereinbart wurde, wäre der Vertrag gemäß § 313 Abs. 2 BGB wegen von Anfang an fehlender Geschäftsgrundlage dahin gehend anzupassen, dass nur ein Teilverzicht vorliegt. Gemäß § 313 Abs. 2 BGB ist ein Vertrag anzupassen, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, sich als falsch herausstellen. Die Norm erfasst vor allem den gemeinsamen (Motiv-)Irrtum der Parteien (BeckOGK-BGB/Martens, § 313 Rdnr. 111). Ein solcher gemeinsamer Motivirrtum läge hier vor, weil die Vertragsparteien unstreitig mit ihrer Vereinbarung nicht erreichen wollten, dass anstelle der Beklagten nunmehr die Nebenintervenienten (Ersatz-) Schlusserben werden. Gemäß § 313 Abs. 3 BGB ist der notarielle Vertrag im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls entsprechend anzupassen (BeckOK-BGB/Unberath, § 313 Rdnr. 88). Diese Anpassung ergibt hier, dass der vollständige Verzicht in einen Teilverzicht anzupassen ist. Zwar hat der BGH in seiner Entscheidung vom 4.11.1998 (NJW 1999, 789) zur fehlenden Geschäftsgrundlage bei einem Erbverzicht nach § 2352 BGB ausgeführt, dass eine Aufhebung des Verzichts entsprechend § 2351 BGB nach dem Tod der Erblasserin nicht mehr möglich sei (§ 2352 Satz 3, § 2347 Abs. 2 Satz 1 BGB), weshalb das gleiche Ziel auch nicht durch eine Rückabwicklung des Verzichtsvertrags auf der Grundlage von § 242 BGB a. F. erreicht werden könne, wenn das Fehlen oder der Wegfall der Geschäftsgrundlage erst nach Eintritt des Erbfalls geltend gemacht wird. Grund hierfür ist nach dem BGH, dass dem gewichtige Belange der Rechtssicherheit entgegenstehen würden. Die Erbfolge müsse mit dem Tod des Erblassers auf einer festen Grundlage stehen und dürfe grundsätzlich nicht noch nach beliebig langer Zeit wieder umgestoßen werden können. Insbesondere im Interesse der Nachlassgläubiger und aller an der Erbauseinandersetzung Beteiligten bedürfe es einer verlässlichen Beurteilungsgrundlage für die mit dem Erbfall eintretende Erbfolge. Diese Erwägungen des BGH sprechen im vorliegenden Fall aber gerade dafür, einen Teilverzicht jedenfalls über eine Anpassung wegen von Anfang an fehlender Geschäftsgrundlage anzunehmen. Denn vorliegend soll über die Anpassung wegen von Anfang an fehlerhafter Geschäftsgrundlage keine bislang anderweitig praktizierte Rechtslage rückwirkend geändert werden, sondern im Gegenteil eine seit dem Tode des Erblassers bestehende Rechtslage aufrecht erhalten bleiben. Der Kläger weist im Rahmen

seiner Berufungserwiderng zutreffend darauf hin, dass eine rückwirkende Feststellung der Unwirksamkeit der Testamentsvollstreckung erhebliche Rechtsunsicherheiten zur Folge hätte.

79 cc) Unabhängig hiervon liegt in der mit dem Erbvertrag getroffenen vertragsmäßigen Verfügung des Erblassers zugleich auch ein Widerruf der Ersatzerbenstellung der Nebenintervenienten und der weiter im Testament genannten Ersatzerben vor, wenn man von einem vollständigen Zuwendungsverzicht der Beklagten und damit einem Einrücken der Nebenintervenienten in die Erbenstellung ausgehen würde, da unstreitig Zweck der Notarurkunde war, die Beklagten als Vorerben und die Nebenintervenienten als Nacherben einzusetzen. Bei einem vollständigen Erbverzicht konnte dies nur so erreicht werden, indem zusätzlich zum Erbverzicht die Ersatzerbenberufung widerrufen wird. Zwar enthält die Urkunde aus 1998 keinen ausdrücklichen Widerruf der Ersatzerbenstellung der Nebenintervenienten. Ein schlüssiger Widerruf der Ersatzerbeneneinsetzung ist nach herrschender Meinung unter Geltung des § 2352 BGB a. F. aber anerkannt gewesen und begegnet auch aus Sicht des Senats keinen grundsätzlichen Bedenken (vgl. MünchKomm-BGB/Wegerhoff, § 2352 Rdnr. 15). Ein solcher Widerruf würde auch aus der Auslegungsregel des § 2258 BGB folgen.

80 Einem solchen Widerruf steht auch § 2271 Abs. 2 BGB nicht entgegen. Zwar dürfte auch die Ersatzerbenberufung im gemeinschaftlichen Testament als wechselbezüglich anzusehen sein. Denn da wie ausgeführt die Berufung der Nebenintervenienten als Ersatzerben aus dem Inhalt des Testaments und nicht allein aus § 2069 BGB folgt, ist davon auszugehen, dass auch die Ersatzerbenberufung grundsätzlich der Bindungswirkung unterfallen sollte. Dies führt aber nicht zwangsläufig dazu, dass die Bindungswirkung auch in der vorliegenden Konstellation greift. Denn da sich die Wechselbezüglichkeit von Verfügungen auf dem Willen der Ehegatten gründet, entscheidet vorrangig auch der Wille der Ehegatten über die Rechtsfolgen der Wechselbezüglichkeit (BeckOGK-BGB/Müller-Engels, § 2270 Rdnr. 66). Die vom Gesetz angeordneten Rechtsfolgen der Wechselbezüglichkeit sind somit allesamt abdingbar (BeckOGK-BGB/Müller-Engels, § 2270 Rdnr. 66). Eine Einschränkung der Rechtsfolgen der Wechselbezüglichkeit kann dabei sowohl ausdrücklich angeordnet, zum Beispiel durch ausdrücklichen Änderungsvorbehalt, als auch anhand der Umstände des Einzelfalles im Wege der Auslegung anzunehmen sein. Im Hinblick auf die grundsätzliche Bindung wechselbezüglicher Verfügungen und das damit geschützte Vertrauen des anderen Ehegatten an den Weiterbestand der getroffenen Verfügungen ist allerdings hinsichtlich der Annahme solcher Einschränkungen und ihres Umfangs ein strenger Maßstab anzulegen (BeckOGK-BGB/Müller-Engels, § 2270 Rdnr. 66).

81 Für die vorliegende Konstellation des freiwilligen Verzichts der Schlusserben auf ihr testamentarisches Erbrecht gemäß § 2352 BGB bei gleichzeitiger Einsetzung als Vorerben mit den Enkeln als Nacherben und der einvernehmlichen Ernennung eines Testamentsvollstreckers ist das Testament aus 1975 trotz fehlendem ausdrücklichen Änderungsvorbehalt dahin gehend auszulegen, dass der Erblasser berechtigt war, für

diesen Fall die Ersatzerbenstellung der Nebenintervenienten aus dem Testament von 1975 zu widerrufen. Zwar hatten die Ehegatten gerade für den Fall, dass die Kinder als Schlusserben wegfallen würden, vorgesehen, dass dann die Enkel an ihre Stelle treten. Dieser Wille würde missachtet werden, wenn man annehmen wollte, dass der überlebende Ehegatte wieder vollständig frei werden würde, wenn die Kinder als Schlusserben wegfallen und der überlebende Ehegatte durch einen Widerruf der Ersatzerbenstellung der Enkelkinder auch an familienfremde Dritte zuwenden könnte, zum Beispiel an eine neue Partnerin. Diese Erwägungen greifen aber gerade dann nicht, wenn die Kinder weiterhin als Erben berufen bleiben und nur die Enkelkinder als weitere Erben hinzukommen und hierfür auf eine Vor- und Nacherbkonstruktion zurückgegriffen wird. Damit wird die gemeinsame Nachlassplanung gerade umgesetzt. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der zusätzlich angeordneten Testamentsvollstreckung und gerade im Hinblick auf die im Testament 1975 vorgesehene Klausel zur Verfügungsfreiheit der Kinder. Die Verfügungsfreiheit umfasst nämlich gerade auch das Recht der Kinder, mit dem Nachlass nach eigenem Belieben zu verfahren. Damit steht ihnen aber nach der gemeinsamen Planung auch die Freiheit zu, von der Verfügungsfreiheit keinen Gebrauch zu machen, sei es dadurch, dass sie auf das Zugewandte verzichten oder auch dadurch, dass sie durch das Akzeptieren von Beschränkungen auf Teile ihrer Freiheiten verzichten. Die Ehegatten wollten ihren Kindern freie Hand über die Verfügung über ihren Erbteil lassen. Wenn die Kinder vor diesem Hintergrund ihre Verfügungsbefugnis schon zu Lebzeiten des längstlebenden Ehegatten dahin gehend ausüben, dass sie sich in ihrer Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis beschränken lassen, dann widerspricht dies nicht dem Willen des vorverstorbenen Ehegatten, sondern bringt diesen vielmehr zur Geltung. Andernfalls hätten die Kinder nämlich gerade keine Möglichkeit, über das Zugewandte frei zu verfügen bzw. müssten hiermit bis zum Ableben des Längstlebenden warten, was zum Beispiel aber die Anordnung der Testamentsvollstreckung auch in der Sache unmöglich machen würde. Das Testament von 1975 ist daher dahin gehend auszulegen, dass jedenfalls die Ersatzerbeneneinsetzung nicht den Rechtsfolgen des § 2271 BGB unterworfen ist, wenn wie vorliegend der Längerlebende und die Schlusserben eine einvernehmliche anderweitige erbrechtliche Regelung treffen.

82 Sind damit durch den Widerruf die Nebenintervenienten und damit aufgrund entsprechender Auslegung des Widerrufs auch nicht die weiteren Ersatzerben in die Ersatzerbenstellung eingerückt, konnte die Testamentsvollstreckung auch bei einem vollständigen Zuwendungsverzicht nachträglich angeordnet werden.

(...)

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

16. Ansprüche aus vorvertraglicher Aufklärungspflichtverletzung

BGH (II. Zivilsenat), Urteil vom 15.9.2020, II ZR 20/19
(Vorinstanz: OLG Celle, Urteil vom 23.1.2019, 9 U 32/18)

BGB § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 Nr. 1, §§ 413, 414, 415
HGB §§ 161, 173

LEITSATZ:

Der Erwerber eines Kommanditanteils haftet nicht für eine vorvertragliche Aufklärungspflichtverletzung des Veräußerers, die diesem von einem Anleger zur Last gelegt wird.

Der Volltext der Entscheidung erscheint demnächst in der DNotZ.

17. Familiengerichtliche Genehmigung eines Gesellschaftsvertrags zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts – Eignung des (Fremd-)Geschäftsführers

KG, Beschluss vom 5.3.2020, 13 UF 18/20,
mitgeteilt von Dr. **Martin Menne**, Richter am KG

BGB § 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 3 Alt. 3
GmbHG § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3

LEITSÄTZE:

- Das Familiengericht kann die Prüfung der Genehmigungsfähigkeit eines Rechtsgeschäfts eines Elternteils für das minderjährige Kind, mit dem das Kind einen Gesellschaftsvertrag zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingeht, auch auf die persönliche Eignung des (Fremd-)Geschäftsführers der Gesellschaft erstrecken, wenn die Verantwortung für die Vermögenslage des Kindes in der Gesellschaft maßgeblich vom Wirken des Geschäftsführers abhängt.
- Wenn die Zweifel an der persönlichen Eignung des Fremdgeschäftsführers der Gesellschaft allein mit dessen strafgerichtlichen Verurteilung begründet werden, kann die Genehmigung des Rechtsgeschäfts jedenfalls dann nicht versagt werden, wenn die strafgerichtliche Verurteilung länger als der in § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GmbHG genannte Zeitpunkt zurückliegt und auch nicht wegen der dort aufgeführten Taten erfolgt ist.

INTERNATIONALES PRIVATRECHT

18. Vermutung der Richtigkeit des Europäischen Nachlasszeugnisses – Widerlegung bei Eigentumsübergang als Folge einer Übertragung nach Erbgang

OLG München, Beschluss vom 29.9.2020, 34 Wx 236/20,
mitgeteilt von Dr. **Andreas Stegbauer**, Richter am OLG München

GBO §§ 18, 22, 35 Abs. 1 Satz 1
VO (EU) Nr. 650/2012 Art. 83 Abs. 1
EuErbVO Art. 69

LEITSÄTZE:

- Ergibt sich aus dem Vortrag der Antragstellerin im Grundbuchverfahren, dass ein dinglicher Übergang des Eigentums an einem Nachlassgegenstand nicht schon mit dem Tod des Erblassers, sondern erst mit Abschluss eines Auseinandersetzungsvertrags erfolgt ist, ist die Vermutung der Richtigkeit des Europäischen Nachlasszeugnisses nach Art. 69 EuErbVO widerlegt.
- Der Ausschlussstatbestand nach Art. 1 Abs. 2 lit. k) und l) EuErbVO ist auf die dinglichen Rechte als solche beschränkt. Er erfasst nicht auch die Erwerbsform und erstreckt sich somit nicht auch auf die Modalitäten des Rechtsübergangs. (Leitsatz der Schriftleitung)
- Hat der Antragsteller ernsthaft und endgültig zu erkennen gegeben, dass er sich nicht in der Lage sieht bzw. nicht gewillt ist, die vom Grundbuchamt als erforderlich angesehene Urkunde nachzureichen, ist für eine Zwischenverfügung kein Raum, sondern über den Eintragungsantrag zu entscheiden. (Leitsatz der Schriftleitung)

19. Ausschlagung einer in Polen angefallenen Erbschaft durch ein in Deutschland lebendes minderjähriges Kind

OLG Hamm, Beschluss vom 4.5.2020, 13 WF 66/20

BGB § 1643 Abs. 1 und 2
Brüssel-IIa-VO Art. 1 Abs. 1 b), Abs. 2 e) und Abs. 3 f.),
Art. 8 Abs. 1
EGBGB Art. 21
KSÜ Art. 5, Art. 15 Abs. 1 und 2, Art. 16, Art. 17

LEITSATZ:

Die Ausschlagung einer in Polen angefallenen Erbschaft durch ein in Deutschland lebendes minderjähriges Kind, vertreten durch seine Eltern bedarf auch dann – formell – der familiengerichtlichen Genehmigung, wenn

das Kind nur aufgrund der Erbausschlagung der Eltern Erbe geworden wäre. Das beruht neben der auf Art. 15 Abs. 1 KSÜ beruhenden Anwendung des § 1643 Abs. 1 und 2 BGB auf der nach Art. 15 Abs. 2 KSÜ gebotenen Berücksichtigung – nicht Anwendung – des Art. 101 § 3 des Familien- und Vormundschaftsgesetzbuchs der Republik P.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Antragsteller sind die gemeinsam sorgeberechtigten Eltern des minderjährigen Kindes I L, geb. am (...) 2019. Nach der Erbausschlagung des Antragstellers und Kindesvaters wurde das betroffene Kind (Mit-)Erbe seiner am (...) 2019 in E (Republik P) verstorbenen Großtante. Unter dem 20.1.2020 schlugen die Antragsteller vor dem AG – Nachlassgericht – Münster für das betroffene Kind die Erbschaft aus.

2 Die Kindeseltern haben beantragt, die Erklärung der Ausschlagung der Erbschaft der am (...) 2019 in E (Republik P) verstorbenen D, zuletzt wohnhaft in E, für ihr als gesetzlichen Erben in Betracht kommendes Kind I L, geb. am (...) 2019, familiengerichtlich zu genehmigen.

3 Sie tragen vor, der Nachlass sei vermutlich überschuldet. Es bestehe eine Kreditschuld in Höhe von ca. 11.000 Zloty (rd. 2.430 €). Das polnische Konsulat in K habe sie darauf hingewiesen, dass zur wirksamen Ausschlagung der Erbschaft eine Genehmigung durch das zuständige deutsche Familiengericht erforderlich sei. Dies forderten die polnischen Gerichte regelmäßig ungeachtet der Tatsache, dass diese Genehmigung nach deutschem Recht nicht erforderlich sei.

4 Das AG – Familiengericht – Münster hat mit Beschluss vom 3.3.2020 den Antrag zurückgewiesen und festgestellt, dass es einer solchen Genehmigung vorliegend nicht bedürfe.

5 Es hat dazu ausgeführt, dass nach geltendem Internationalem Privatrecht unzweifelhaft sowohl deutsche Gerichte zuständig seien als auch deutsches Recht auf den Sachverhalt Anwendung finde. Gemäß § 1643 Abs. 2 BGB sei somit eine familiengerichtliche Genehmigung der Erbausschlagung nicht erforderlich, da die Erbschaft bei dem Kind erst durch die Ausschlagung des ebenfalls sorgeberechtigten Vaters angefallen sei. Die beantragte familiengerichtliche Genehmigung könne daher nicht erteilt werden. Zwar sei es in P übliche Praxis, die gerichtliche Genehmigung der Erbausschlagung zu verlangen. Dies könne jedoch nicht dazu führen, dass – wie in einer Entscheidung des OLG Koblenz angenommen – über die Kollisionsnorm des Art. 15 Abs. 2 KSÜ polnisches Recht Anwendung finde mit der Folge, dass von einer Genehmigungsbedürftigkeit der Erbausschlagung auszugehen und die Genehmigung sodann zu erteilen sei. Das AG hat weiter ausgeführt, es gehe davon aus, dass die polnischen Gerichte durch die Ausführungen in dem Beschluss sowie die gerichtliche Feststellung der fehlenden Genehmigungsbedürftigkeit dazu angehalten werden könnten, die Erbausschlagung auch ohne die begehrte familiengerichtliche Genehmigung als wirksam anzusehen.

6 Hiergegen wenden sich die Antragsteller mit ihrer Beschwerde vom 19.3.2020, mit welcher sie ihr erstinstanzliches Begehren weiter verfolgen. Sie tragen vor, dass die polnischen Gerichte eine solche Genehmigung zwingend verlangten.

7 II. Die zulässige – insbesondere statthafte sowie form- und fristgerecht eingelegte – Beschwerde ist begründet.

8 Das AG hat im Ergebnis zu Unrecht den Antrag auf familiengerichtliche Genehmigung der Erbausschlagung vom 20.1.2020 zurückgewiesen.

9 1. Zuständig ist die deutsche Gerichtsbarkeit. Die internationale Zuständigkeit der Gerichte in Ehe- und Kindschaftssachen ist innerhalb der Europäischen Gemeinschaft geregelt durch die „Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000“ vom 27.11.2003 (Brüssel-IIa-VO). Nach Art. 8 Abs. 1 Brüssel-IIa-VO sind für Entscheidungen, die die elterliche Verantwortung betreffen, die Gerichte desjenigen Mitgliedsstaates zuständig, in dem das Kind bei Antragstellung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, hier also D.

10 Die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit einzelner Rechtsgeschäfte, welche Eltern in Vertretung des Kindes vornehmen, unterfällt dabei dem Statut der elterlichen Sorge (OLG Koblenz, Beschluss vom 19.3.2018, 9 WF 607/17, FamRZ 2019, 367 ff. Rdnr. 14 m. w. N.). Dabei hat der EuGH in jüngster Zeit klargestellt, dass dies auch dann gilt, wenn es sich bei dem fraglichen Rechtsgeschäft um die Ausschlagung einer Erbschaft für das Kind handelt. Dieser Sachverhalt ist nicht als erbrechtliche Fragestellung zu qualifizieren – womit er gemäß Art. 1 Abs. 3 lit. f Brüssel-IIa-VO nicht dem Anwendungsbereich der Brüssel-IIa-VO unterfiele. Der von den Eltern im Namen ihres minderjährigen Kindes gestellte Antrag auf Genehmigung der Ausschlagung einer Erbschaft betrifft danach vielmehr den Personenstand sowie die Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit des minderjährigen Kindes. Damit unterfällt der Antrag der elterlichen Verantwortung gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. b) und Abs. 2 lit. e) dem Anwendungsbereich der Brüssel-IIa-VO (vgl. EUGH, Urteil vom 19.4.2018, C-565/16).

11 2. Das anzuwendende Recht für den Bereich der Vermögenssorge bestimmt sich nach dem Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern vom 19.10.1996 (KSÜ).

12 Die Kollisionsnormen des KSÜ bestimmen auch dann das maßgebende Recht, wenn sich die internationale Zuständigkeit aus der vorrangigen Brüssel-IIa-VO ergibt. Insoweit gehen nach ganz herrschender Auffassung, der sich der Senat anschließt, die staatsvertraglichen Regelungen im KSÜ der Regelung in Art. 21 EGBGB auch dann vor, wenn sich die Zuständigkeit der deutschen Gerichte nicht aus den Art. 5 ff. KSÜ ergibt, sondern, wie vorliegend, aus der Brüssel-IIa-VO (OLG Hamm, Beschluss vom 2.2.2011, 8 UF 98/10, IPRspr 2011, Nr. 249, 636 f.; Palandt/Thorn, 79. Aufl. 2020, Anh. zu EGBGB Rdnr. 21; Erman/Hohloch, BGB, 15. Aufl. 2017, KSÜ Rdnr. 39; Staudinger/v. Hein, Neub. 2014, Vor Art. 24 EGBGB Rdnr. 2c; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5.3.2013, 18 UF 298//12; Beschluss vom 8.12.2016, II-25 UF 109/16, FamRZ 2017, 1514 f.).

13 Wie bereits ausgeführt, hat der EuGH klargestellt, dass die vorliegende Problematik – jedenfalls im Rahmen der Bestimmung der internationalen Zuständigkeit – das Statut der elterlichen Sorge und Verantwortung betrifft. Es erscheint dem Senat daher naheliegend und konsequent, diese Fragestellung auch bei der Bestimmung des anwendbaren materiellen Rechts dem Statut der elterlichen Sorge und Verantwortung zuzuordnen. Die Frage, ob die Ausschlagung einer Erbschaft für das Kind durch die Eltern einer Genehmigung bedarf, ist somit als Frage der elterlichen Verantwortung einzuordnen. Es handelt sich nicht um einen erbrechtlichen Sachverhalt, welcher dann gemäß Art. 4 f) KSÜ vom Anwendungsbereich des KSÜ ausgeschlossen wäre (so auch OLG Koblenz, a. a. O. m. w. N.). Folglich bestimmt sich in Anwendung der Art. 16 und 17 KSÜ die Ausübung der elterlichen Verantwortung nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes, mithin vorliegend nach deutschem Recht.

14 Nach Art. 15 Abs. 1 KSÜ wenden die zuständigen Behörden bei Maßnahmen zum Schutz der Person oder des Vermögens des Kindes das Recht ihres eigenen Vertragsstaates an (lex-foi-Prinzip). Die Genehmigung einer Erbausschlagungserklärung ist als eigenständige Schutzmaßnahme im Sinne des KSÜ anzusehen (OLG Koblenz, FamRZ 2019, 367 f.).

15 3. a) Danach findet vorliegend § 1643 BGB Anwendung. Grundsätzlich ist die Ausschlagung einer Erbschaft für das Kind durch dessen Eltern genehmigungsbedürftig (§ 1643 Abs. 2 Satz 1 BGB). Das Gesetz sieht aber eine Ausnahme von der Genehmigungspflicht dann vor, wenn der Anfall an das Kind erst infolge der Ausschlagung eines Elternteils, der das Kind allein oder gemeinsam mit dem anderen Elternteil vertritt, eintritt und dieser nicht neben dem Kind berufen war (§ 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB). Dies ist vorliegend der Fall. Danach hätte das AG die beantragte Genehmigung grundsätzlich versagen können.

16 b) In Anwendung des Art. 15 Abs. 2 KSÜ i. V. m. Art. 101 § 3 des Familien- und Vormundschaftsgesetzbuches der Republik P folgt vorliegend jedoch ein Anspruch der Antragsteller auf vorsorgliche Erteilung der Genehmigung. Der Schutz des Kindeswohls gebietet die Anwendung der Ausnahmeklausel des Art. 15 Abs. 2 KSÜ auf den vorliegenden Sachverhalt mit der Folge, dass eine die Genehmigungsbedürftigkeit unterstellende Genehmigung zu erteilen ist.

17 (1) Art. 15 Abs. 2 KSÜ erlaubt es den für die Anordnung von Schutzmaßnahmen international zuständigen Behörden ausnahmsweise, ausländisches Recht anzuwenden oder zu berücksichtigen. Voraussetzung hierfür ist, dass der zu beurteilende Sachverhalt zu dem jeweiligen Drittstaat eine enge Verbindung hat und dass der Schutz der Person oder des Vermögens des Kindes eine solche Ausnahme erfordert. Dabei ist Art. 15 Abs. 2 KSÜ als Ausweichklausel eng auszulegen und sollte auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben (*Lagarde*, Erläuternder Bericht zum KSÜ, BR-Drucks. 14/09, Rdnr. 89; *Staudinger/Looschelder*, Neub. 2019, Einleitung IPR Rdnr. 152; *Reithmann/Martiny/Hausmann*, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. 2015, 7. Teil). Vorrangiges Ziel der Ausweichklausel ist es, den Schutz des Kindes zu verbessern und das Kindeswohl zu sichern (*Lagarde*, a. a. O.,

Rdnr. 89; *Staudinger/Looschelders*, Einleitung IPR Rdnr. 149; *MünchKomm-BGB/Lipp*, ErwSÜ Art. 13 Rdnr. 7).

18 Die Voraussetzungen des Art. 15 Abs. 2 KSÜ liegen hier vor; insbesondere sind die schutzwürdigen Interessen des betroffenen Kindes gefährdet. Soweit das Erbe der Großtante betroffen ist, hat der vorliegende Sachverhalt eine enge Verbindung zu P, wo die Erbschaft angefallen ist.

19 Das vorliegend durch das AG erteilte Negativattest – die Versagung der begehrten Genehmigung unter Hinweis darauf, dass eine Genehmigung nach geltendem Recht nicht erforderlich ist – birgt die erhebliche Gefahr der Verletzung von Interessen des Kindes insofern, als nach gängiger Praxis polnischer Gerichte diese von einer Genehmigungsbedürftigkeit der Erbausschlagung ausgehen. Das Negativattest steht der Genehmigung nicht gleich (BGHZ 44, 325 = FamRZ 1966, 139, 141), da es – anders als die Genehmigung – gerade keine Aussage über die Frage enthält, ob schutzwürdige Interessen des Kindes geprüft und nicht als gefährdet befunden worden sind. Folgerichtig entfaltet das Negativattest keinerlei Bindungswirkung für das Prozessgericht. Es besteht daher die konkrete und erhebliche Gefahr, dass die – für die Beurteilung der erbrechtlichen Problematik zuständigen – polnischen Gerichte davon ausgehen, dass die Erbausschlagung doch der familiengerichtlichen Genehmigung bedarf und daher unwirksam sei mit der Folge, dass die Erbschaft beim Kind tatsächlich und gegen den Willen der Eltern anfällt.

20 Daher ist das Vermögen des Kindes nur dann geschützt, wenn die Erbausschlagung auch in P als wirksam angesehen wird. Die polnischen Gerichte erkennen die Ausschlagung der Erbschaft durch die gesetzlichen Vertreter des Kindes nur mit einer familiengerichtlichen Genehmigung an. So stellt sich die Lage faktisch dar, unabhängig von der Frage, ob auch ein anderer rechtlicher Standpunkt vertretbar wäre. Damit erfordert der Schutz des Vermögens des Kindes im Sinne des Art. 15 Abs. 2 KSÜ, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass die Erbausschlagung auch in P als wirksam angesehen wird.

21 Die Gefahr für das Vermögen des Kindes ist vorliegend hinreichend substantiiert und konkret dargelegt. Nach Auffassung des Senates bedarf es hierfür keiner substantiierten Darlegung seitens der Antragsteller zu der Frage der Überschuldung des Nachlasses. Im Interesse des Kindeswohls ist bereits die Möglichkeit einer Überschuldung des Nachlasses ausreichend, um den Anwendungsbereich des Art. 15 Abs. 2 KSÜ zu eröffnen und somit einen möglichst effektiven Schutz der Vermögensinteressen des Kindes zu gewährleisten. Die Überprüfung der Frage, ob der Nachlass tatsächlich überschuldet ist und dies hinreichend substantiiert dargelegt wurde, kann und muss ggf. der materiellrechtlichen Überprüfung des jeweiligen Sachverhalts vorbehalten bleiben.

22 (2) Gemäß Art. 15 Abs. 2 KSÜ kann das Familiengericht somit bei der Frage der Genehmigung einer Erbausschlagungserklärung polnisches Recht anwenden oder berücksichtigen, um das Kind vor einem eventuell überschuldeten Nachlass zu schützen.

23 (aa) Das OLG Koblenz hat in seiner Entscheidung vom 19.3.2018 auf eine entsprechende Fallkonstellation gemäß Art. 15 Abs. 2 KSÜ die Regelung des Art. 101 § 3 des Fami-

lien- und Vormundschaftsgesetzbuches der Republik P zur Anwendung gebracht. Nach dieser Vorschrift bedarf eine Rechtshandlung der Eltern, die den Rahmen der gewöhnlichen Verwaltung übersteigt, der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Dieser Rückgriff auf polnisches Recht hat zur Folge, dass die Erbausschlagung einer Genehmigung bedarf. Hinsichtlich der materiellen Voraussetzungen für die Erteilung einer solchen Genehmigung soll es nach der Lösung des OLG Koblenz jedoch bei der Anwendung deutschen Rechts verbleiben, mithin des § 1643 Abs. 2 BGB.

24 (bb) Es erscheint dem Senat vorliegend vorzugswürdig, polnisches Recht in Anwendung des Art. 15 Abs. 2 KSÜ lediglich zu berücksichtigen. In diesem Fall werden die Normen des Drittstaates nicht ersatzweise zur Anwendung gebracht, sondern lediglich einzelne Wirksamkeitserfordernisse – beispielsweise die Form einer Verfügung – herangezogen, um ein Rechtsanwendungsergebnis zu korrigieren, welches den Bezügen des Sachverhalts nicht voll gerecht wird (Erman/*Hohloch*, BGB, KSÜ Rdnr. 41).

25 Die Berücksichtigung der Wertung des Art. 101 § 3 des Familien- und Vormundschaftsgesetzbuches der Republik P gemäß Art. 15 Abs. 2 KSÜ erlaubt und gebietet es daher im Interesse eines effektiven und umfassenden Schutzes des Kindeswohls, dass das Familiengericht die begehrte Genehmigung erteilt, obwohl diese nach deutschem Recht nicht erforderlich ist.

26 4. Zwar muss das Familiengericht grundsätzlich einen Antrag auf Genehmigung eines bestimmten Rechtsgeschäfts zurückweisen, wenn es der Auffassung ist, dass dieses Rechtsgeschäft keiner Genehmigung bedarf (Palandt/*Götz*, § 1828 Rdnr. 15; KG, NJW 1976, 1946).

27 Ob eine solche, die Genehmigungsbedürftigkeit vorsorglich unterstellende Genehmigung zulässig ist, ist in Praxis und Schrifttum umstritten. Vereinzelt wurde eine vorsorgliche Genehmigung in der Praxis für zulässig erachtet (BayObLG, BayObLGZ 1963, 1, 9; OLG Düsseldorf, JMBINRW 1960, 101; zust. Staudinger/*Veit*, § 1828 Rdnr. 52). Die Gegenauffassung verweist darauf, das Gericht müsse sich entscheiden, ob das Geschäft genehmigungsbedürftig sei oder nicht. Als Hoheitsakt sei die Genehmigung bedingungsfeindlich und könne daher nicht unter dem Vorbehalt der tatsächlichen Genehmigungsbedürftigkeit erteilt werden (MünchKomm-BGB/*Kroll-Ludwigs*, § 1828 Rdnr. 24; ebenso Palandt/*Götz*, § 1828 Rdnr. 16; Erman/*Schulte-Bunert*, BGB, § 1828 Rdnr. 15).

28 Die Bedenken der Gegenauffassung, welche eine vorsorgliche Genehmigung als systemwidrig erachtet, greifen jedenfalls im vorliegenden Fall nicht durch. Die Genehmigung steht gerade nicht unter der Bedingung einer – unklaren und im Ergebnis offen gelassenen – Genehmigungsbedürftigkeit. Diese ergibt sich zwar in dem hier zu entscheidenden Fall, wie dargelegt, nicht aus dem nach Art. 15 Abs. 1 KSÜ berufenen deutschen Sachrecht.

29 Die Erteilung der Genehmigung findet ihre Grundlage und Berechtigung jedoch in der Kollisionsnorm des Art. 15 Abs. 2 KSÜ und dem diese tragenden Gesichtspunkt des effektiven Schutzes des Kindeswohls. Dessen Schutzzweck entspricht es im vorliegenden Fall, eine nach deutschem materiellen

Recht nicht erforderliche Genehmigung der Erbausschlagung formell auszusprechen. Eine Versagung der Genehmigung in der Annahme und Hoffnung, die polnischen Gerichte und Behörden von der materiellen Anwendbarkeit deutschen Rechts zu überzeugen und deren Rechtspraxis zu ändern, vermag den Schutz des Vermögens des Kindes nicht hinreichend zu gewährleisten. Die Anwendung oder Berücksichtigung des polnischen Rechts wird allerdings auf den formalen Akt der familiengerichtlichen Genehmigung beschränkt, auf die es den polnischen Gerichten ankommt, da die Ausweisklausel des Art. 15 Abs. 2 KSÜ, wie dargelegt, eng auszulegen ist. Der Senat erteilt die Genehmigung daher – insoweit entsprechend dem Rechtsgedanken des § 1643 Abs. 2 BGB – allein aufgrund des Umstandes, dass die Eltern des Kindes die Erbschaft ebenfalls ausgeschlagen haben.

30 Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen, weil die Rechtsache keine grundsätzliche Bedeutung hat und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts nicht erfordert (§ 70 Abs. 2 FamFG). Insbesondere liegt im Hinblick auf die zitierte Entscheidung des OLG Koblenz kein Fall der Divergenz im Sinne des § 70 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 FamFG vor, da beide Entscheidungen bei nahezu identischem Sachverhalt zu dem gleichen Ergebnis gelangen.

ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

20. Keine Befugnis des Insolvenzverwalters zur Satzungsänderung

BGH, Beschluss vom 26.11.2019, II ZB 21/17 (Vorinstanz: KG, Beschluss vom 10.07.2017, 22 W 47/17)

AktG § 23 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 1, § 37 Abs. 4 Nr. 1, § 179 Abs. 1 Satz 1, § 181 Abs. 1 Satz 1, § 241 Nr. 2
HGB § 18 Abs. 2 Satz 1, § 22 Abs. 1, §§ 23, 30
InsO § 80 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Der Insolvenzverwalter ist auch im Fall der Verwertung der Firma einer Aktiengesellschaft nicht befugt, die Satzung hinsichtlich der Firma zu ändern. Er kann eine Firmenänderung auch nicht außerhalb der Satzung kraft eigener Rechtsstellung herbeiführen.
2. Die Befugnisse des Insolvenzverwalters erstrecken sich nicht auf den innergesellschaftlichen Bereich, zu dem die Befugnis zur Änderung der Satzung zählt. Das gilt auch dann, wenn eine Satzungsänderung oder deren Unterlassung mittelbar Auswirkungen auf die Verwertung von Massegegenständen hat. In diesem sog. Überschneidungs- oder Kooperationsbereich kann der angestrebte Erfolg nur durch ein Zusammenwirken des Insolvenzverwalters mit dem jeweiligen Organ der Gesellschaft erreicht werden. (Leitsatz der Schriftleitung)

- 3. Für die Zeit bis zur endgültigen Abwicklung der Veräußerung ist eine gleichzeitige Verwendung der Firma durch den Erwerber des Handelsgeschäfts und dessen Veräußerer nicht grundsätzlich unzulässig (Anschluss an BGH, BeckRS 9998, 96801). (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 A. Der Beteiligte zu 2 ist Insolvenzverwalter in dem am 1.3.2017 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der Beteiligten zu 1, einer Aktiengesellschaft.

2 In einer notariell beglaubigten Erklärung vom 18.4.2017 meldete der Beteiligte zu 2 beim Registergericht eine Firmenänderung der Beteiligten zu 1 zur Eintragung im Handelsregister an und führte unter anderem aus:

„Kraft der mir eingeräumten Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis ändere ich die Firma der Gesellschaft ab in ‚A. Abwicklungs AG‘ und beantrage die Eintragung dieser Firmenänderung (...).

(...)

Der Insolvenzverwalter ist zur Firmenänderung berechtigt, ohne dass ein satzungsändernder Beschluss bezüglich der Firma oder des Unternehmensgegenstandes erforderlich ist. Das Satzungsänderungsrecht der Gesellschafter wird in diesen Fällen vom Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters vollständig verdrängt (...). Die Satzungsänderung erfolgt also quasi unter Ausnutzung der dem Insolvenzverwalter eingeräumten Sonderkompetenz außerhalb des Gesellschaftsrechts. (...).“

3 Der Erklärung war eine vom Beteiligten zu 2 unterzeichnete neue Satzung der Beteiligten zu 1 in Textform beigefügt, die eine entsprechend geänderte Firma enthielt.

4 Das Registergericht hat die Anmeldung zurückgewiesen. Die Beschwerde der Beteiligten ist erfolglos geblieben. Dagegen wendet sich ihre vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde.

5 B. Die aufgrund der Zulassung durch das Beschwerdegericht statthafte und auch im Übrigen gemäß § 70 Abs. 1, § 71 FamFG zulässige Rechtsbeschwerde der Beteiligten hat keinen Erfolg.

6 I. Das Beschwerdegericht (KG, ZIP 2017, 1564) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

7 Die Eintragung der Firmenänderung auf der Grundlage der Anmeldung vom 18.4.2017 komme nicht in Betracht. Erforderlich sei eine den Anforderungen des AktG genügende Satzungsänderung, die der Beteiligte zu 2 als Insolvenzverwalter vornehmen und zur Eintragung im Handelsregister anmelden könne. Ein satzungsändernder Beschluss sei notariell zu beurkunden. Daran fehle es hier, weil der Beteiligte zu 2 lediglich eine von ihm unterschriebene Satzungsneufassung eingereicht habe. Auch wenn mit der Beschwerde angenommen würde, der Insolvenzverwalter habe eine Satzungsänderung beschlossen, sei ein solcher Beschluss nach § 241 Nr. 2 AktG nichtig.

8 Bei einer Handelsgesellschaft werde die Firma vom Insolvenzbeschluss erfasst. Der Veräußerung der Firma könne eine besondere wirtschaftliche Bedeutung zukommen und mache regelmäßig eine Firmenänderung der Schuldnerin erforderlich. Dies rechtfertige es aber gleichwohl nicht, auf eine Satzungsänderung zu verzichten. Es bestehe zwar grundsätzlich eine aus der Treuepflicht abgeleitete Mitwirkungspflicht der Gesellschafter, würde aber den Zwecken des Insolvenzverfahrens zuwiderlaufen, wenn der Insolvenzverwalter diese klageweise durchsetzen müsse. Unter Berücksichtigung der Mitwirkungspflicht der Gesellschafter und der Verwertungsbefugnis des Insolvenzverwalters müsse diesem die Befugnis zustehen, die entsprechende Satzungsänderung herbeizuführen. Dem stehe es nicht entgegen, dass die Gesellschafterstellung selbst vom Insolvenzbeschluss nicht erfasst werde. Das Recht der Gesellschafter, ihr Innenverhältnis etwa durch Satzungsänderungen zu ändern, werde durch die Insolvenzeröffnung beschränkt. Da der Insolvenzverwalter einen ordnungsgemäßen Hauptversammlungsbeschluss fassen müsse, würden auch die Rechte der Aktionäre gewahrt, die gegen eine entsprechende Beschlussfassung Klage erheben könnten.

9 II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nur im Ergebnis stand. Die Eintragung einer Firmenänderung der Beteiligten zu 1 auf die Anmeldung vom 18.4.2017 hin kommt nicht in Betracht. Der Beteiligte zu 2 kann eine Änderung der Firma der Beteiligten zu 1 aufgrund der ihm gemäß § 80 Abs. 1 InsO zustehenden Befugnis, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über es zu verfügen, nicht herbeiführen.

10 1. Der Firmenwert der Aktiengesellschaft ist im Insolvenzverfahren Bestandteil der Insolvenzmasse und unterliegt der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters (vgl. BGH, Urteil vom 27.9.1982, II ZR 51/82, BGHZ 85, 221, 223 f.; Urteil vom 14.12.1989, I ZR 17/88, BGHZ 109, 364, 367; Beschluss vom 8.7.2004, IX ZB 589/02, ZIP 2004, 1555, 1556). Will der Insolvenzverwalter die Firma verwerten, kann er das Handelsgeschäft der Aktiengesellschaft mit der Einwilligung veräußern, die bisherige Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortzuführen (§ 22 Abs. 1, § 23 HGB, § 80 Abs. 1 InsO).

11 2. Das Beschwerdegericht hat zutreffend angenommen, dass nach einer Veräußerung des Handelsgeschäfts und des Rechts zur Fortführung der Firma im Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Kapitalgesellschaft die Änderung ihrer Firma notwendig werden kann. Ob und ggf. inwieweit eine solche Notwendigkeit – auch unter dem Gesichtspunkt einer den Gläubigerinteressen entsprechenden Verwertung der Insolvenzmasse durch den Insolvenzverwalter – besteht, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

12 a) Ob eine Änderung der Firma stets zu erfolgen hat oder nur im Einzelfall notwendig werden kann, ist umstritten.

13 aa) Eine in der älteren Rechtsprechung und im älteren Schrifttum zur Konkursordnung vertretene Auffassung ging davon aus, die bisherige Firma der Gemeinschuldnerin könne bis zur Beendigung des Konkursverfahrens fortgeführt werden und auch der Erwerber sei zur Führung der gleichen Firma berechtigt (KG, JW 1937, 2976, 2978; BayObLGZ 1979, 65,

67 f.; *Weber*, KTS 1970, 73, 85; *Heymann/Emmerich*, HGB, 2. Aufl., § 17 Rdnr. 41; *Meyer-Landrut*, GmbHG, § 63 Rdnr. 14). § 30 HGB sei auf das Verhältnis der Firma der Konkursgesellschaft zu der vom Geschäftserwerber fortzuführenden Firma nicht anzuwenden (KG, JW 1937, 2976, 2978; a. A. *Bokelmann*, KTS 1982, 27, 45 f.). Wenn die Gesellschaft nach der Übertragung ihres Unternehmens samt Firma auf einen Dritten für die weitere Konkursabwicklung eine neue Firma annehmen müsste, würde dies eine Satzungsänderung notwendig machen, die als Angelegenheit des innergesellschaftlichen Bereichs auch während des Konkurses nur durch die Hauptversammlung bzw. Gesellschafterversammlung beschlossen werden könne. Diese Notwendigkeit würde die Firmenveräußerung erheblich erschweren und für die weitere Konkursabwicklung sei die Annahme einer neuen Gemeinschuldnerfirma nicht geboten (*Weber*, KTS 1970, 73, 85). Dem wurde im Schrifttum – neben einem Hinweis auf § 30 HGB – vorwiegend mit der Begründung widersprochen, dass die insolvente Gesellschaft durch die Übertragung das Recht zur Führung der Firma verliere bzw. die Anerkennung des Übergangs der Firma auf den Erwerber des Handelsgeschäfts und die durch § 23 HGB gewährleistete Verbindung zwischen der Firma und dem durch sie identifizierten Unternehmen die gleichzeitige Weiterverwendung der Firma durch den Veräußerer im Wege der Firmendoppelung ausschließe (*Grüneberg*, Die Rechtsposition der Organe der GmbH und des Betriebsrats im Konkurs, 1988, S. 59 ff.; *Ulmer*, NJW 1983, 1697, 1699 f.).

14 bb) Der BGH hat für die Frage der Verwechslungsgefahr von Firmenkennzeichnungen entschieden, dass die Übertragung eines – wenn auch maßgeblichen – Teils eines Geschäftsbetriebs zusammen mit dessen Bezeichnung grundsätzlich nicht zu einer Aufspaltung oder Vervielfältigung der Bezeichnung führen dürfe, weil diese die Gefahr von Irreführungen begründe, die mit dem Zweck der gesetzlichen Regelung von § 23 HGB nicht zu vereinbaren seien, falls sie zum dinglichen Bestand zweier gleicher Firmenbezeichnungen führten. Dies stehe aber einer nur obligatorischen und vorübergehenden Gestattung der Namensverwendung in eindeutig begrenztem Umfang, im konkreten Fall bei Bestehen einer ernsthaften Liquidationsabsicht und Bereitschaft zur Aufgabe des eigenen, nach Liquidationsabschluss nicht mehr benötigten Namens, nicht entgegen (BGH, Urteil vom 22.11.1990, I ZR 14/89, WM 1991, 364, 366 f., Ott International).

15 cc) Anknüpfend an diese Rechtsprechung wird im handels- und gesellschaftsrechtlichen Schrifttum für die Veräußerung des Handelsgeschäfts mit der Befugnis zur Fortführung der bisherigen Firma im Insolvenzverfahren die Möglichkeit einer „Doppelfirmierung“ teilweise bejaht, im Anwendungsbereich des § 30 HGB aber auch verlangt, dass die Firma der insolventen Gesellschaft (bzw. die der Erwerberin) mit einem unterscheidenden Zusatz fortgeführt wird (Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, 38. Aufl., § 22 Rdnr. 24; Jaeger/Windel, InsO, § 80 Rdnr. 73; MünchKomm-HGB/Heidinger, 4. Aufl., § 22 Rdnr. 90; Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/Ries, HGB, 5. Aufl., § 22 Rdnr. 61; Oetker/Schlingloff, HGB, 6. Aufl., § 22 Rdnr. 24; *Leuring*, NJW 2016, 3265, 3267; *Thole/Schädel*, GmbHR 2018, 15, 20), oder auch ein Einverständnis des Erwerbers mit der weiteren Nutzung der Firma für notwendig gehalten (MünchKomm-HGB/Heidinger, § 22 Rdnr. 91;

Henssler/Strohn/Wamser, GesR, 4. Aufl., § 22 HGB Rdnr. 19; *Priester*, DNotZ 2016, 892, 893). Teilweise wird eine „Doppelfirmierung“ unabhängig von § 30 HGB aus namens- bzw. kennzeichnungsrechtlichen Gründen (§ 12 BGB, § 15 Abs. 2 MarkenG), vor dem Hintergrund des Irreführungsverbots (§ 18 Abs. 2 Satz 1 HGB) oder unter Hinweis auf die Untrennbarkeit von Firma und Handelsgeschäft (§ 23 HGB) bzw. in der Praxis übliche Verpflichtungen in den Verträgen über die Veräußerung des Unternehmens stets bzw. in aller Regel für unzulässig gehalten (*Herchen*, ZinsO 2004, 1112, 1115; *Linardatos*, ZIP 2017, 901, 903 f.; *Hacker/Lilien-Waldau*, NZI 2017, 787, 788; *Cziupka/Kraack*, AG 2018, 525, 526; Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 264 Rdnr. 11; Großkommentar HGB/Burgard, 5. Aufl., § 22 Rdnr. 69). Neuere Entscheidungen der OLG und Teile des Schrifttums halten die Bildung einer Ersatzfirma für unverzichtbar, weil die insolvente Gesellschaft durch die Übertragung ihre Firma verliere und eine Kapitalgesellschaft ohne Firma gegen zwingendes Gesellschaftsrecht verstoße (OLG München, GmbHR 2016, 928; OLG Hamm, ZIP 2018, 596, 597; Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl., § 4 Rdnr. 36; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 19. Aufl., § 4 Rdnr. 43; MünchKomm-GmbHG/Harbarth, 3. Aufl., § 53 Rdnr. 261; MünchKomm-GmbHG/H.-F. Müller, § 64 Rdnr. 101; MünchKomm-AktG/Hüffer, 3. Aufl., § 264 Rdnr. 60; *K. Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl., § 12 Rdnr. 51).

16 b) Die Weiterführung der bisherigen Firma im Insolvenzverfahren der Aktiengesellschaft für die weitere Abwicklung nach der Veräußerung des Handelsgeschäfts mit der Befugnis zur Fortführung der Firma ist nicht grundsätzlich unzulässig. Die Notwendigkeit einer Firmenänderung ist von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängig.

17 aa) Die Veräußerung des Handelsgeschäfts mit der Befugnis zur Fortführung der bisherigen Firma ändert nichts daran, dass die Aktiengesellschaft zunächst mit ihrer in der Satzung bestimmten und im Handelsregister eingetragenen Firma fortbesteht. Nach der Rechtsprechung des BGH handelt es sich bei der „ausdrücklichen Willigung“ nach § 22 Abs. 1 HGB, anders als es noch das RG annahm, nicht um eine Gestattung, das Recht zum weiteren Gebrauch der Firma unter Verzicht auf die eigene Weiterbenutzung einem Dritten einzuräumen (RGZ 107, 31, 33), sondern um eine vertragliche Einigung über die Übertragung der Firma als Teil des Vertrags über die Veräußerung des Handelsgeschäfts (BGH, Urteil vom 27.4.1994, VIII ZR 34/93, ZIP 1994, 942, 943; a. A. *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 122 Rdnr. 43, 56). Hieraus folgt, dass mit der Veräußerung der Firma das Recht zur Führung derselben auf den Erwerber des Handelsgeschäfts übergeht, § 398 Satz 1, § 413 BGB (Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, § 22 Rdnr. 9; Großkommentar HGB/Burgard, § 22 Rdnr. 28; MünchKomm-HGB/Heidinger, § 22 Rdnr. 32; *Heymann/Emmerich*, HGB, § 22 Rdnr. 11). Der Übergang des Rechts zur Führung der Firma ändert nichts daran, dass diese weiterhin die der Satzung der veräußernden Aktiengesellschaft entsprechende Firma sein, als solche im Handelsregister eingetragen und im Rechtsverkehr verwendet, mithin tatsächlich genutzt werden kann, möglicherweise unter Verletzung der Rechtsposition des Erwerbers und/oder firmenrechtlicher Vorschriften (*Linardatos*, ZIP 2017, 901, 902; *Hacker/Lilien-Waldau*, NZI 2017, 787, 788; *Cziupka/Kraack*, AG 2018, 525, 526; MünchKomm-HGB/Heidinger, § 17 Rdnr. 56).

18 bb) Der Senat hält an der Rechtsprechung des BGH fest, nach der eine sog. Doppelfirmierung für die Zeit bis zur endgültigen Abwicklung der Veräußerin nicht grundsätzlich unzulässig ist (BGH, Urteil vom 22.11.1990, I ZR 14/89, WM 1991, 364, 367, Ott International). Die Vorschriften des Firmenrechts – die als verkehrsschützende Bestimmungen nicht zur Disposition der an der Veräußerung des Handelsgeschäfts Beteiligten stehen (vgl. BGH, Beschluss vom 14.7.1966, II ZB 4/66, BGHZ 46, 7, 10; Urteil vom 10.11.1969, II ZR 273/67, BGHZ 53, 66, 70; Beschluss vom 9.12.1976, II ZB 6/76, BGHZ 68, 12, 14; Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, § 23 Rdnr. 3) – schließen eine gleichzeitige Verwendung der Firma durch den Erwerber des Handelsgeschäfts und dessen Veräußerer nicht generell aus.

19 (1) Nach § 23 HGB kann die Firma nicht ohne das Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird, veräußert werden. Wird das Handelsgeschäft veräußert, kann der Erwerber die Firma unter den Voraussetzungen des § 22 Abs. 1 HGB fortführen. Die Vorschriften schließen, wie sich schon aus deren Wortlaut ergibt, eine Trennung von Handelsgeschäft und Firma nicht grundsätzlich aus, sondern verbieten lediglich die isolierte Veräußerung der Firma („Leerübertragung“) und regeln die Voraussetzungen, unter denen ein Dritter die Firma bei Veräußerung des Handelsgeschäfts fortführen kann (BGH, Urteil vom 13.10.1980, II ZR 116/79, ZIP 1980, 994, 995; Großkommentar HGB/Burgard, § 23 Rdnr. 3). Nach der Rechtsprechung des BGH enthält § 23 HGB den Grundsatz, dass es nicht zu einer Vervielfältigung oder Aufspaltung von Geschäftsbezeichnungen kommen und der dingliche Bestand zweier gleicher Firmenbezeichnungen verhindert werden soll (BGH, Urteil vom 21.3.1985, I ZR 190/82, WM 1985, 1242, 1243, Hydair; Urteil vom 29.4.2004, I ZR 233/01, WRP 2004, 1032, 1035, Gegenabmahnung; Urteil vom 22.11.1990, I ZR 14/89, WM 1991, 364, 367, Ott International). Die Gestattung des Erwerbers der Firma, den Namen bzw. die Kennzeichnung vorübergehend für den Zweck der endgültigen Abwicklung des Veräußerers zu nutzen, ist indes keine auf eine Vervielfältigung oder Aufspaltung der Firma gerichtete Vereinbarung, sondern enthält lediglich die Erklärung, die erworbene Rechtsposition nicht gegen die Weiternutzung der Firma durch den Veräußerer zu verwenden (BGH, Urteil vom 18.3.1993, I ZR 178/91, BGHZ 122, 71, 73, Decker; Großkommentar HGB/Burgard, § 22 Rdnr. 69; Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, § 23 Rdnr. 2; a. A. Linardatos, ZIP 2017, 901, 904 f.; Grüneberg, GmbH-Organen und Betriebsrat im Konkurs, S. 61; Rödder, Kompetenzbeschränkungen der Gesellschaftsorgane in der Insolvenz der GmbH, 2007, S. 101).

20 (2) Die doppelte Verwendung der Firmenbezeichnung verstößt auch nicht in jedem Fall gegen § 30 Abs. 1 HGB. Der Senat geht allerdings entgegen der oben unter aa) mitgeteilten Ansicht in der älteren Rechtsprechung zur KO davon aus, dass § 30 Abs. 1 HGB auch im Falle der Veräußerung der Firma in der Insolvenz der Gesellschaft Anwendung findet. Es kann nicht grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die Veräußerung des Handelsgeschäfts verbunden mit dem Recht an der Firma kurzfristig zur Lösungsreife nach § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG führt, sodass die Anwendung der dem Schutz des Rechtsverkehrs dienenden Vorschrift des § 30 Abs. 1 HGB für die weitere Durchführung des Insolvenz-

verfahrens geboten ist. Der durch § 30 Abs. 1 HGB bewirkte Schutz bezieht sich allerdings nur auf die am selben Ort oder derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen und verlangt die Unterscheidungskraft einer neuen Firma. Die Norm begründet im Übrigen ein Eintragungshindernis für den Erwerber des Handelsgeschäfts, der gehindert ist, die erworbene Firma im selben Bezirk eintragen zu lassen (Bokelmann, KTS 1982, 27, 43; MünchKomm-HGB/Heidinger, § 30 Rdnr. 18; vgl. auch Linardatos, ZIP 2017, 901, 903).

21 (3) Das Irreführungsverbot gemäß § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB ist durch die gleichzeitige Verwendung der Firma durch mehrere Unternehmensträger ebenfalls nicht zwingend berührt. Zwar können sich aus dem Irreführungsverbot Beschränkungen ergeben, wenn die Fortführung der Firma im Rechtsverkehr unzutreffende Vorstellungen über Umfang und Art des Unternehmens sowie über geschäftlich bedeutsame persönliche Verhältnisse und Eigenschaften des neuen Unternehmensträgers hervorruft (MünchKomm-HGB/Heidinger, § 22 Rdnr. 3 ff.; Oetker/Schlingloff, HGB, § 30 Rdnr. 2; vgl. für § 24 HGB: BGH, Beschluss vom 8.5.2018, II ZB 27/17, ZIP 2018, 1439 Rdnr. 11). Ob die Fortführung der bisherigen Firma eine Irreführung über wesentliche geschäftliche Verhältnisse bewirkt, ist eine Frage des Einzelfalls und insbesondere davon abhängig, ob und in welchem Umfang die Insolvenzschuldnerin nach der Veräußerung ihres Handelsgeschäfts für den Zweck der weiteren Abwicklung am Rechtsverkehr teilnehmen muss. Eine relevante Irreführung ergibt sich nicht allein daraus, dass sich hinter der Firmenbezeichnung nicht mehr das ursprüngliche, am Markt tätige Handelsgeschäft, sondern ein Rechtsträger verbirgt, dessen (restliches) Vermögen im Insolvenzverfahren verwertet wird, denn bei einer Veräußerung des Handelsgeschäfts ohne Firma kann die Firma des Insolvenzschuldners im Insolvenzverfahren uneingeschränkt fortgeführt werden. Es bedarf bei der Zeichnung nicht einmal eines die Abwicklung andeutenden Zusatzes, wie er in der Liquidation der Aktiengesellschaft außerhalb des Insolvenzverfahrens gemäß § 269 Abs. 6 AktG vorgesehen ist (vgl. BeckOK-GmbHG/C. Jaeger, Stand: 1.2.2019, § 4 Rdnr. 30). Maßgeblich ist vielmehr, ob durch das gemeinsame Auftreten von Insolvenzschuldnerin und Erwerber unter gleicher Firma eine Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise ausgeht.

22 (4) Schließlich können dem Erwerber der Firma – sofern dieser die weitere Nutzung der bisherigen Firma durch die insolvente Aktiengesellschaft nicht gestattet – Ansprüche aus materiellem Firmenschutz gemäß § 5 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, § 15 Abs. 2 MarkenG bzw. § 12 BGB zustehen, wenn die Firma in einer Verwechslungsgefahr begründenden Weise weiter genutzt wird (Linardatos, ZIP 2017, 901, 903).

23 3. Der Rechtsbeschwerde ist zuzugeben, dass das Fortbestehen der bisherigen Firma in den Fällen, in denen sich die Anmeldung einer Ersatzfirma als notwendig erweist, die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters berührt. Zwar kann dieser gemäß § 80 Abs. 1 InsO über das Handelsgeschäft und mit diesem auch über die Firma der insolventen Aktiengesellschaft verfügen und dem Erwerber auf diese Weise das Recht zur weiteren Nutzung der Firma verschaffen. Gegenüber dem Erwerber der Firma würden aber

Pflichten aus dem Vertrag über die Veräußerung des Rechts zur Fortführung der Firma verletzt, wenn dieser gemäß § 30 HGB gehindert wäre, die Firma im Hinblick auf die weiter bestehende Eintragung bei der Insolvenzschuldnerin im Handelsregister eintragen zu lassen (*Canaris*, GRUR 1989, 711, 712; *Mohrbutter/Ringstmeier/Homann*, Handbuch Insolvenzverwaltung, 9. Aufl., Kap. 26 Rdnr. 33). Abgesehen davon kann es im Einzelfall auch einer den Gläubigerinteressen dienenden Verwertung der Insolvenzmasse entsprechen, sich gegenüber dem Erwerber ausdrücklich zu verpflichten, die bisherige Firma nicht mehr zu nutzen (*Grüneberg*, GmbH-Organe und Betriebsrat im Konkurs, S. 61).

24 4. Die Firma einer Aktiengesellschaft kann ungeachtet dessen auch nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen nur durch einen satzungsändernden Beschluss der Hauptversammlung gemäß § 181 Abs. 1 Satz 1, § 179 Abs. 1 Satz 1, § 23 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 1 AktG geändert werden, wenn nicht ein Insolvenzplan gemäß § 225a Abs. 3 InsO eine entsprechende Satzungsänderung vorsieht.

25 a) Die Firma ist gemäß § 23 Abs. 3 Nr. 1 AktG zwingender Bestandteil der Satzung der Aktiengesellschaft. Über Änderungen der Satzung, die ihren materiellen Gehalt betreffen, beschließt nach allgemeinen Grundsätzen die Hauptversammlung (§ 179 Abs. 1 Satz 1 AktG). Die Befugnis zur Änderung der Satzung betrifft einen der Hauptversammlung vorbehaltenen, unmittelbar mit dem Mitgliedschaftsrecht der Aktionäre verknüpften Bereich (RGZ 169, 65, 80 f.; *K. Schmidt*, GesR, § 21 II. 1.). Die geänderte Satzung ist nach § 181 Abs. 1 Satz 2 AktG Grundlage für die Eintragung der Firmenänderung im Handelsregister.

26 b) Die Befugnis zur Änderung der Satzung in Bezug auf die Firma der Aktiengesellschaft geht für den Fall der Verwertung der Firma im Insolvenzverfahren nicht gemäß § 80 Abs. 1 InsO auf den Insolvenzverwalter über. Dieser kann eine Firmenänderung auch nicht außerhalb der Satzung kraft eigener Rechtsstellung herbeiführen.

27 aa) Angesichts der oben beschriebenen potentiellen Beeinträchtigung des Verwertungsrechts des Insolvenzverwalters wird in Rechtsprechung und Schrifttum allerdings vertreten, der Insolvenzverwalter könne die Änderung der Firma ohne Satzungsänderung vornehmen und beim Registergericht zur Eintragung anmelden (OLG Düsseldorf, ZIP 1989, 457, 458; LG Essen, ZIP 2009, 1583, 1584; Großkommentar HGB/*Burgard*, § 22 Rdnr. 70; MünchKomm-HGB/*Heidinger*, § 22 Rdnr. 89 f.; *Braun/Bäuerle*, InsO, 7. Aufl., § 35 Rdnr. 106 f.; *Wachter/Kilian*, Praxis des Handels- und GesR, 4. Aufl., § 3 Rdnr. 72; *Hauschild/Kallrath/Wachter/Böttcher*, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, § 33 Rdnr. 107; *Kölnen Handbuch Gesellschaftsrecht/Bous*, 3. Aufl., Kap. 11 Rdnr. 109; *H.-F. Müller*, Der Verband in der Insolvenz, 2002, S. 179; *Horstkotte*, ZinsO 2016, 1369, 1370; *Schultze*, EWIR 2016, 553, 554; für das Konkursverfahren: *Emmrich*, Das Firmenrecht im Konkurs, 1992, S. 47; *Raffel*, Die Verwertbarkeit der Firma im Konkurs, 1995, S. 57; *Schulz*, ZIP 1983, 194, 195; *Ulmer*, NJW 1983, 1697, 1702; offenlassend OLG Hamm, ZIP 2018, 596, 597). Zur Begründung wird angeführt, die Verwertungsbefugnis des Insolvenzverwalters an der Firma verdränge die Kompetenz der Gesellschafter zur Änderung

der Satzung (OLG Düsseldorf, ZIP 1989, 457, 458; Großkommentar HGB/*Burgard*, § 22 Rdnr. 70; MünchKomm-HGB/*Heidinger*, § 22 Rdnr. 89; *H.-F. Müller*, Der Verband in der Insolvenz, S. 179; *Braun/Bäuerle*, InsO, § 35 Rdnr. 106 f.; *Ulmer*, NJW 1983, 1697, 1702; *Schulz*, ZIP 1983, 194, 195). Die Firmenänderung sei trotz abweichender, durch die Firmenverwertung gegenstandslos gewordener Regelung in der Satzung einzutragen, weil ein Auseinanderfallen zwischen eingetragener und satzungsmäßiger Firma für die Dauer des Insolvenzverfahrens hingenommen werden könne (LG Essen, ZIP 2009, 1583, 1584; *Ulmer*, NJW 1983, 1697, 1702).

28 Teilweise wird anknüpfend an diese Position vertreten, der Insolvenzverwalter sei jedenfalls dann – außerhalb der Satzung – zur Änderung der Firma befugt, wenn die Gesellschafter eine im Zusammenhang mit der Verwertung der bisherigen Firma gebotene Satzungsänderung nicht beschlossen hätten (*Scholz/Bitter*, GmbHG, 12. Aufl., Vor § 64 Rdnr. 136; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff/Baumert*, GmbHG, 6. Aufl., Vor § 64 Rdnr. 260; für das Konkursverfahren: *Grüneberg*, Die Rechtsposition der Organe der GmbH und des Betriebsrats im Konkurs, S. 68 f.).

29 bb) Demgegenüber wird vertreten, eine Ersatzfirma sei auch in der Insolvenz der Kapitalgesellschaft im Wege der Satzungsänderung zu bilden. Unterschiedlich wird dabei die Frage beantwortet, ob – wie es das Beschwerdegericht angenommen hat – die Kompetenz zur Änderung der Satzung dem Insolvenzverwalter zusteht (so *Hüffer/Koch/Koch*, AktG, § 264 Rdnr. 11; *KK-AktG/Zetzsche*, 4. Aufl., § 179 Rdnr. 162, 164; *Baumbach/Hopt/Hopt*, HGB, § 17 Rdnr. 47; *Roth/Altmeppen/Altmeppen*, GmbHG, § 4 Rdnr. 36; *BeckOK-HGB/Börmeke*, Stand: 15.10.2018, § 22 Rdnr. 54; *Reul/Heckschen/Wienberg/Heckschen*, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2. Aufl., § 4 Rdnr. 48; *Cziupka/Kraack*, AG 2018, 525, 527; *Linardatos*, ZIP 2017, 901, 908 f.; *Hacker/Lilien-Waldau*, NZI 2017, 787, 789; *Illert/Hennen*, EWIR 2017, 751, 752; *Podewils*, GmbH-StB 2017, 309, 310; *Priester*, DNotZ 2016, 892, 895; *Rödler*, Kompetenzbeschränkungen der Gesellschaftsorgane in der Insolvenz der GmbH, S. 106 f.; *Herchen*, ZinsO 2004, 1112, 1116; *Raffel*, Die Verwertbarkeit der Firma im Konkurs, S. 59; *Joussen*, GmbHHR 1994, 159, 162; *Scholz/Cziupka*, GmbHG, § 4 Rdnr. 77; MünchKomm-GmbHG/*Harbarth*, § 53 Rdnr. 265; MünchKomm-GmbHG/*H.-F. Müller*, § 64 Rdnr. 101; *Uhlenbruck/Hirte/Praß*, InsO, 15. Aufl., § 35 Rdnr. 302; *BeckOK-GmbHG/Trolitzsch*, § 54 Rdnr. 3) oder auch im Insolvenzverfahren ausschließlich durch Hauptversammlungsbeschluss erfolgen kann (so *HK-InsO/Kayser*, 9. Aufl., § 80 Rdnr. 51; *Mohrbutter/Ringstmeier/Homann*, Handbuch Insolvenzverwaltung, Kap. 26 Rdnr. 33; *Beck/Depré*, Praxis der Insolvenz, 3. Aufl., § 31 Rdnr. 101; *Wachter*, GmbHHR 2016, 930, 931; *Leuering*, NJW 2016, 3265, 3268; MünchKomm-GmbHG/*Heinze*, § 4 Rdnr. 125a; *Michalski/Hoffmann*, GmbHG, 3. Aufl., § 53 Rdnr. 112; für das Konkursverfahren: Großkommentar AktG/*Wiedemann*, 4. Aufl., § 179 Rdnr. 78; Großkommentar AktG/*Wiedemann*, § 262 Anm. 26; *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., §§ 207, 208 Anm. 33; *Hachenburg/Schilling*, GmbHG, 6. Aufl., § 4 Anm. 17; *Hachenburg/Schmidt/Goerdeler*, GmbHG, § 63 Anm. 16; *Meyer-Landrut/Miller/Niehus/Meyer-Landrut*, GmbHG, § 63 Rdnr. 14; offenlassend: OLG München, ZIP 2016, 1222, 1223).

30 cc) Der Senat schließt sich der zuletzt genannten Auffassung an, nach der im Insolvenzverfahren – außerhalb eines Insolvenzplans – eine Änderung der Firma der Aktiengesellschaft nur durch einen satzungsändernden Beschluss der Hauptversammlung erfolgen kann.

31 (1) Die Eintragung der Änderung der Firma der Aktiengesellschaft auf eine Entschließung des Insolvenzverwalters hin ist im Gesetz nicht vorgesehen und wäre mit den Grundsätzen des Registerrechts nicht vereinbar.

32 (a) Gründe des Verkehrsschutzes und der auch im Insolvenzverfahren geltende Grundsatz der Registerwahrheit (vgl. BGH, Beschluss vom 14.10.2014, II ZB 20/13, ZIP 2015, 88 Rdnr. 15) sprechen gegen die Möglichkeit einer Firmenänderung außerhalb der Satzung. Das Handelsregister hat die Aufgabe, als technisches Medium für die Verlautbarung der für den Rechtsverkehr wesentlichen Tatsachen und Rechtsverhältnisse zu sorgen. Es ist das Publizitätsmittel, das die offenzulegenden Informationen zu den zentralen Unternehmensdaten für den Rechtsverkehr bereithält und ihm zugänglich macht, sog. Informations- und Publizitätsfunktion. Die einzutragenden Angaben müssen deshalb zuverlässig, vollständig und lückenlos beurkundet werden (BGH, Beschluss vom 3.2.2015, II ZB 12/14, ZIP 2015, 1064 Rdnr. 18). Die Firma der Aktiengesellschaft ist gemäß § 23 Abs. 3 Nr. 1 AktG ein notwendiger Bestandteil der Satzung und gehört zu den Grundinformationen über die Gesellschaft, die deren eindeutige Identifikation im Rechtsverkehr gewährleistet. Die Satzung ist nach § 37 Abs. 4 Nr. 1 AktG der Anmeldung der Aktiengesellschaft beizufügen und auch Grundlage für die Eintragung einer Änderung der Satzung, § 181 Abs. 1 Satz 2 AktG. Die Eintragung der Firma im Handelsregister nach § 43 Nr. 2 a) HRV verlautbart damit lediglich die in der Satzung festgelegte Firma der Aktiengesellschaft. Diese Verlautbarungsfunktion würde in ihr Gegenteil verkehrt, wenn außerhalb einer Satzungsänderung eine von der Satzung abweichende Firma im Handelsregister eingetragen würde. Der Einsichtnahme im Handelsregister nach § 9 Abs. 1 Satz 1 HGB unterlägen sowohl das jeweilige Registerblatt als auch die eingereichte Satzung, die aber eine vom Registerblatt abweichende Firma ausweisen würde. Seinen Informationszweck kann das Handelsregister nur zuverlässig erfüllen, wenn sich die offenzulegenden Informationen aus ihm selbst ergeben. Es ist nicht ausreichend, wenn zur Information Umstände außerhalb des Handelsregisters herangezogen werden müssten, die dem Rechtsverkehr in der Regel nicht zugänglich sind (vgl. BGH, Beschluss vom 28.2.1983, II ZB 8/82, BGHZ 87, 59, 63).

33 (b) Dem kann nicht mit dem Argument begegnet werden, nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens komme der Satzung der insolventen Gesellschaft praktisch keine Bedeutung mehr zu (so *Schultze*, EWIR 2016, 553; *Rödter*, Kompetenzbeschränkungen der Gesellschaftsorgane in der Insolvenz der GmbH, S. 106 f.; a. A. *Priester*, DNotZ 2016, 892, 895; *Grüneberg*, Die Rechtsposition der Organe der GmbH und des Betriebsrats im Konkurs, S. 66 f.). Es ist von den Umständen des Einzelfalls abhängig, wie lange eine auf Änderung der Firma außerhalb der Satzung beruhende Unrichtigkeit des Handelsregisters andauern würde (OLG München, ZIP 2016, 1222, 1223) und in welchem Umfang die insolvente Aktienge-

sellschaft auch nach der Veräußerung ihres Handelsgeschäfts am Rechtsverkehr zum Zweck der weiteren Abwicklung teilnehmen muss. Der im Handelsregister eingetragene Insolvenzvermerk gewährleistet ebenfalls keinen hinreichenden Schutz des Rechtsverkehrs, weil ihm kein Hinweis auf ein Auseinanderfallen von satzungsmäßiger und eingetragener Firma entnommen werden kann (OLG München, ZIP 2016, 1222, 1223; *Linardatos*, ZIP 2017, 901, 910).

34 (c) Ein Auseinanderfallen der satzungsgemäßen Firma von der im Handelsregister eingetragenen Firma kann auch nicht mit Blick auf die registerrechtliche Sanktion für einen wesentlichen Mangel der Satzung gerechtfertigt werden. Nach Maßgabe von § 399 Abs. 1 und 2 Satz 1 FamFG, § 262 Abs. 1 Nr. 5 AktG kann das Registergericht zwar einen auf die Firma der Aktiengesellschaft bezogenen Satzungsmangel feststellen und dadurch die Auflösung der Gesellschaft herbeiführen, was für die Zeit der dann gebotenen Liquidation möglicherweise ebenfalls zu einem Widerspruch zwischen Satzung und Handelsregister führt. In diesen Fällen wird nach § 263 Satz 2 und 3 AktG aber nicht nur die Auflösung, sondern auch der Auflösungsgrund von Amts wegen im Handelsregister eingetragen, sodass der Rechtsverkehr über den Satzungsmangel informiert wird. Abgesehen davon wird ein fortbestehender Satzungsmangel durch diese Vorschriften gerade sanktioniert, sodass diese schon aus diesem Grund keine Rechtfertigung für die Eintragung einer von der Satzung abweichenden Firma darstellen können.

35 (2) Aus § 80 Abs. 1 InsO kann weder eine Befugnis des Insolvenzverwalters zur Änderung der Firma außerhalb der Satzung noch eine Befugnis zur Änderung der Satzung abgeleitet werden. Die Vorschrift verschafft dem Insolvenzverwalter die Rechtsmacht, Massegegenstände unabhängig vom Schuldner bzw. seinen Organen zu verwalten und über diese zu verfügen. Sie ebnet ihm aber weder einen vom Gesetz nicht vorgesehenen Weg zur Änderung der Firma noch tritt der Insolvenzverwalter mit seinen Befugnissen aus § 80 Abs. 1 InsO an die Stelle der Hauptversammlung als dem zur Änderung der Satzung berufenen Organ der Aktiengesellschaft.

36 (a) Der Rechtsprechung des Senats zur Änderung des Geschäftsjahres nach Insolvenzeröffnung (BGH, Beschluss vom 14.10.2014, II ZB 20/13, ZIP 2015, 88) kann nicht entnommen werden, dass der Insolvenzverwalter zur Ergänzung der Satzung ohne Beteiligung der Gesellschafter berechtigt ist (a. A. *Horstkotte*, ZinsO 2016, 1369, 1370). Bei der Entscheidung des Insolvenzverwalters, wieder zu dem für die Zeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geltenden Geschäftsjahresrhythmus zurückzukehren, handelt es sich – worauf der Senat ausdrücklich abgestellt hat – nicht um eine Satzungsänderung (BGH, Beschluss vom 14.10.2014, II ZB 20/13, ZIP 2015, 88 Rdnr. 12).

37 (b) Die Aktiengesellschaft bleibt trotz der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen als Rechtsträger bestehen, auch wenn sie aufgelöst und in ein besonderes insolvenzrechtliches Abwicklungsverfahren überführt wird. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat auf die Struktur der betroffenen Gesellschaft keinen Einfluss. Auch die Organe einer juristischen Person behalten ihre Stellung nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, nehmen aber nur noch solche

Aufgaben wahr, die nicht die Insolvenzmasse betreffen. Das Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters verdrängt bzw. überlagert insoweit die Befugnisse der Organe (BGH, Urteil vom 26.1.2006, IX ZR 282/03, ZinsO 2006, 260 Rdnr. 6; Beschluss vom 11.1.2007, IX ZB 271/04, ZIP 2007, 438 Rdnr. 21; Großkommentar AktG/K. *Schmidt*, § 264 Rdnr. 13; Henssler/Strohn/*Drescher*, GesR, § 264 AktG Rdnr. 8; MünchKomm-AktG/*Koch*, § 264 AktG Rdnr. 43 f.; Jaeger/*Windel*, InsO, § 80 Rdnr. 84 f.; für das Konkursverfahren: RGZ 76, 244, 246; BGH, Urteil vom 18.12.1980, II ZR 140/79, ZIP 1981, 178, 179).

38 (c) Nach ganz überwiegender Meinung erstrecken sich die Befugnisse des Insolvenzverwalters nicht auf den innergesellschaftlichen Bereich, zu dem die Befugnis zur Änderung der Satzung zählt (Jaeger/*Windel*, InsO, § 80 Rdnr. 78, 81; MünchKomm-InsO/*Ott/Vuia*, 3. Aufl., § 80 Rdnr. 112a; HK-InsO/*Kayser*, § 80 Rdnr. 51; zur Konkursordnung: *Weber*, KTS 1970, 73, 81, 85; NJW 1983, 1697, 1701 f.; a. A. KK-AktG/*Zetzsche*, § 179 Rdnr. 162). Der Insolvenzverwalter tritt auch dann nicht an die Stelle der Hauptversammlung als dem zur Änderung der Satzung berufenen Organ der Gesellschaft, wenn eine Satzungsänderung oder deren Unterlassung mittelbar Auswirkungen auf die Verwertung von Massegegenständen hat, sondern er wird ausschließlich aufgrund des ihm übertragenen Amtes im eigenen Namen tätig (vgl. BGH, Urteil vom 7.1.2008, II ZR 283/06, BGHZ 175, 86 Rdnr. 11; Urteil vom 18.3.2010, I ZR 158/07, BGHZ 185, 11 Rdnr. 40, Modulgerüst II). Ebenso wenig wird eine der Regelung in der Satzung vorbehaltene Angelegenheit aus dieser herausgelöst, denn auch der Insolvenzverwalter kann sich für die Verwaltung und Verwertung der Insolvenzmasse nur der im Gesetz vorgesehenen Wege bedienen. Der innergesellschaftliche Bereich des Insolvenzschuldners bleibt damit vorbehaltlich der Regelungen über das Insolvenzplanverfahren der Einwirkung des Insolvenzverwalters entzogen und eine Maßnahme, die ungeachtet der Zuordnung zum innergesellschaftlichen Bereich mittelbar Auswirkungen auf die Verwertung der Insolvenzmasse hat, ist einem sog. Überschneidungs- oder Kooperationsbereich zuzuordnen, in dem der angestrebte Erfolg nur durch ein Zusammenwirken des Insolvenzverwalters mit dem jeweiligen Organ der Gesellschaft erreicht werden kann (vgl. *Weber*, KTS 1970, 73, 80; MünchKomm-AktG/*Koch*, § 264 Rdnr. 44). Stehen dem Insolvenzverwalter damit die zur Änderung der Satzung erforderlichen Instrumente schon nicht zur Verfügung, kann dieser sich auch nicht auf eine Annexkompetenz zur Satzungsänderung auf Grundlage seiner Befugnis zur Veräußerung der Firma berufen (MünchKomm-GmbHG/*Heinze*, § 4 Rdnr. 125a; *Michalski/Hoffmann*, GmbHG, § 53 Rdnr. 112; *Wachter*, GmbHR 2016, 930, 931; *Mohrbutter/Ringstmeier/Homann*, Handbuch Insolvenzverwaltung, Kap. 26 Rdnr. 33; *Beck/Depré*, Praxis der Insolvenz, § 31 Rdnr. 101; a. A. *Hüffer/Koch/Koch*, AktG, § 264 Rdnr. 11; *Reul/Heckschen/Wienberg/Heckschen*, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, § 4 Rdnr. 46 ff.; *Cziupka/Kraack*, AG 2018, 525, 527; *Linardatos*, ZIP 2017, 901, 908; *Priester*, DNotZ 2016, 892, 895; *Illert/Hennen*, EWIR 2017, 751, 752).

39 (d) Diese bereits im Schrifttum zur Konkursordnung entwickelte Sicht, die vom Fortbestehen der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte ausgeht, hat mit dem Gesetz zur weiteren Er-

leichterung der Sanierung von Unternehmen vom 7.12.2011 (BGBl. I, S. 2582, nachfolgend ESUG) in der InsO ihren Niederschlag gefunden (vgl. *Wachter*, GmbHR 2016, 930, 931). Nach § 225a Abs. 1 und 3 InsO bleiben die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der am Schuldner beteiligten Personen vom Insolvenzverfahren unberührt, es sei denn, ein Insolvenzplan sieht eine gesellschaftsrechtlich zulässige Maßnahme vor (vgl. dazu HK-InsO/*Haas*, § 225a Rdnr. 9). Wird von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, gelten die in einen Insolvenzplan aufgenommenen Beschlüsse der Anteilshaber nach § 254 Abs. 1, § 254a Abs. 2 Satz 1 InsO mit der Rechtskraft der Bestätigung des Insolvenzplans als gefasst. Diese Regelungen machen deutlich, dass gesellschaftsrechtliche und registerrechtliche Vorgaben im Insolvenzverfahren grundsätzlich fortbestehen und nur nach den das Insolvenzplanverfahren betreffenden Vorschriften ersetzt bzw. modifiziert werden (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung zum ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 36 – zu Nummer 39). Mit dem Verweis auf praktische Probleme bei der Annahme einer Zuständigkeit der Hauptversammlung und die Gefahr einer Behinderung der Verwertung der Firma zum Zweck einer bestmöglichen Gläubigerbefriedigung kann angesichts dessen ein hiervon abweichendes Ergebnis nicht begründet werden (MünchKomm-GmbHG/*Heinze*, § 4 Rdnr. 125a).

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Thomas Kilian**, Aichach

Die Frage, ob der „Leichtigkeit des Insolvenzverfahrens“ Vorrang vor dem Grundsatz der „Richtigkeit des Handelsregisters“¹ gebührt, beantwortet der BGH in der vorstehenden Entscheidung zugunsten der Registerwahrheit. Er schützt damit die Integrität des Handelsregisters und den Rechtsverkehr. Seine zentrale Aussage gilt auch für die insolvente GmbH. Das Gericht erkennt die praktischen Probleme, die dadurch entstehen, dass die Gesellschafterversammlung auch in der Insolvenz der Kapitalgesellschaft für die Firmenänderung zuständig bleibt. Diese rechtfertigen aus Sicht des BGH gleichwohl keine andere Beurteilung. Der BGH nimmt dabei bewusst in Kauf, dass es für Insolvenzverwalter schwieriger wird, den Unternehmensnamen zu verwerten. Dies wird sich zumeist zulasten der Gläubiger auswirken.² Mit seiner Entscheidung klärt der BGH eine seit langer Zeit umstrittene Praxis- und Rechtsfrage.³

Historisch betrachtet fußt der aktuelle Beschluss auf einem grundlegenden Verdikt aus dem Jahr 1982. Seinerzeit entschied der BGH, dass der Konkursverwalter einer GmbH deren Firma zusammen mit dem Handelsgeschäft der Gesellschaft rechtswirksam veräußern kann.⁴ Nach einer solchen Veräußerung erfordert § 30 HGB regelmäßig eine Änderung der Firma der Insolvenzschuldnerin. Unklar war bisher, ob und inwieweit der Insolvenzverwalter diese ohne Mitwirkung der Gesellschafter im Zuge der Firmenverwer-

1 *Horstkotte*, ZinsO 2016, 1369.

2 *Heckschen*, GmbHR 2020, 432.

3 *Späth-Weinreich*, BWNotZ 2020, 16.

4 Zum Verfahren näher *Heckschen*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2009, Teil V Kap. 33 Rdnr. 57 ff.

tung vornehmen kann. Im Schrifttum wird in diesem Konkurrenzverhältnis grundsätzlich zwischen einem Verdrängungs-, einem Schuldner- und einem Mischbereich unterschieden.⁵ Die Firmenänderungsbefugnis wurde dabei teilweise dem Verdrängungsbereich zugewiesen.⁶ Nach dieser Auffassung konnte der Insolvenzverwalter ohne weiteren Satzungsändernden Beschluss eine Ersatzfirma bilden und zur Eintragung in das Handelsregister anmelden.⁷

Später entschied das OLG München in einer Registersache, dass die schlichte Anmeldung einer Ersatzfirma durch den Insolvenzverwalter nicht möglich und eine Satzungsänderung erforderlich sei.⁸ Es führte zur Begründung an, dass sich die Firma aus der beim Handelsregister abrufbaren Satzung ergeben müsse, jede Kapitalgesellschaft eine aktuelle Satzung brauche und ohne eine solche das Handelsregister „zwingend unrichtig“ werde. In diesem Fall war nicht entscheidungserheblich, ob der Insolvenzverwalter selbst, ohne Mitwirkung der Gesellschafter zur Satzungsänderung befugt sei.⁹ Deshalb ließ das OLG München diese Frage offen.

Der BGH hätte in seiner vorliegenden Entscheidung ebenso verfahren können, denn entscheidungserheblich war die Kompetenzfrage auch in seinem Fall nicht.¹⁰ Es wäre also ausreichend gewesen, zu bestätigen,¹¹ dass die Umfirmierung mit formlosem Schreiben an das Handelsregister mit den das Registerrecht bestimmenden und auch im Insolvenzverfahren geltenden Grundsätzen der Registerwahrheit und der Registerpublizität unvereinbar ist.¹² Die Entscheidung überrascht, denn sie steht im Widerspruch zu einer nahezu zeitgleich veröffentlichten Parallelentscheidung.¹³ In dieser ging es um die Anwendbarkeit des § 25 HGB im Insolvenzverfahren. Hier hatte derselbe Senat den handelsrechtlichen Grundsatz der Haftung des Firmenkäufers bei der Firmenveräußerung durch den Insolvenzverwalter für unanwendbar erklärt und damit zugunsten der Gläubigerinteressen entschieden.

Es wäre daher zu erwarten gewesen, dass sich das Gericht *obiter dictum* der herrschenden Auffassung im Schrifttum¹⁴ anschließt, die sich für eine Kompetenz des Insolvenzverwalters zur Satzungsänderung ausspricht. Von einer solchen Annexkompetenz soll dann auch die Anmeldebefugnis zum Handelsregister umfasst sein.¹⁵ Die Registerintegrität hätte sich auch auf diese Weise effektiv schützen lassen, denn die einzutragenden Angaben wären zuverlässig, vollständig und lückenlos notariell beurkundet und elektronisch mittels einer beglaubigten Erklärung samt notarieller Bescheinigung des neuen Satzungswortlauts an das Gericht zu übermitteln gewesen.¹⁶

Bei den mit der Abwicklung von Kapitalgesellschaften beschäftigten Insolvenzverwaltern wird die Entscheidung des BGH keine Begeisterung auslösen.¹⁷ Sofern sie nicht den darin angesprochenen Weg des Insolvenzplanverfahrens einschlagen, bleibt ihnen künftig nur der oft keinen Erfolg versprechende Versuch, die Gesellschafter zur Mitwirkung an der Firmenänderung zu bewegen.¹⁸ Diese sind zwar aufgrund ihrer Treubindung zur Beschlussfassung verpflichtet; diese Pflicht ist aber in der Praxis gegen deren Willen nur schwer durchzusetzen.¹⁹

Für die notarielle Praxis ist die Entscheidung äußerst bedeutsam. Es empfiehlt sich, die in den meisten Vertragsmustern enthaltene Pflicht der ihr Unternehmen veräußernden Kapitalgesellschaft, nach dem Übergabestichtag die Fortführung ihrer Firma zu unterlassen, kritisch zu hinterfragen.²⁰ Ist eine Abänderung der Firma der insolventen Gesellschaft voraussichtlich nicht umsetzbar, weil die Gesellschafter sich weigern, einen entsprechenden Beschluss zu fassen, muss vermieden werden, dass die Rechtsposition des Erwerbers und/oder firmenrechtliche Vorschriften durch die Firmenfortführung verletzt werden.²¹ Dazu sollte man sich mit dem Registergericht vor der Veräußerung abstimmen. Möglicherweise gelingt es, das Gericht zu überzeugen, die vom BGH vorgeschlagene übergangsweise Doppelfirmierung am selben Ort nach §§ 30, 18 Abs. 2 Satz 1 HGB mit zu tragen.²² Gelingt dies nicht, ist in künftigen Fällen darauf zu achten, dass die Bildung der Ersatzfirma durch beurkundeten Gesellschafterbeschluss zu erfolgen hat.²³

5 Thole, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, 2. Aufl. 2015, Rdnr. 86 ff.; Gottwald/Haas/Kohlmann/Pauw, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2015, § 92 Rdnr. 120; Priester, EWiR 4/2020, 103, 104.

6 Großkommentar HGB/Burgard, 5. Aufl. 2014, § 22 Rdnr. 70; MünchKomm-HGB/Heidinger, 4. Aufl. 2016, § 22 Rdnr. 89 f.; Braun/Bäuerle, InsO, 7. Aufl. 2017, § 35 Rdnr. 106 f.; Wachter/Kilian, Praxis des Handels- und Gesellschaftsrechts, 4. Aufl. 2017, § 3 Rdnr. 72; Hauschild/Kallrath/Wachter/Böttcher, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rdnr. 107.

7 Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2018, § 4 Rdnr. 48.

8 OLG München, Beschluss vom 30.5.2016, 31 Wx 38/16, DNotZ 2016, 948.

9 Späth-Weinreich, BWNotZ 2020, 16.

10 Heckschen, GmbHR 2020, 432; Priester, EWiR 4/2020, 103, 104.

11 BGH, Beschluss vom 14.10.2014, II ZB 20/13, ZIP 2015, 88 Rdnr. 15.

12 Heckschen, GmbHR 2020, 432; Priester, EWiR 4/2020, 103, 104.

13 BGH, Urteil vom 3.12.2019, II ZR 457/18, ZIP 2020, 263.

14 Priester, DNotZ 2016, 893, 895.

15 Heckschen, GmbHR 2020, 432.

16 BGH, Beschluss vom 3.2.2015, II ZB 12/14, ZIP 2015, 1064 Rdnr. 18; Priester, EWiR 4/2020, 103, 104.

17 Primozic, NZI 2020, 239, Noack, NZG 2020, 257, 258.

18 Heckschen, GmbHR 2020, 432.

19 A. A. Thole, ZIP 2013, 1940, 1945. Zum Verfahren Noack, NZG 2020, 257, 258: „Wie man sieht, ein sehr steiniger Weg!"; Priester, EWiR 4/2020, 103, 104; Dietlein, GWR 2020, 96.

20 Herchen, ZinsO 2004, 1112, 1115; Linardatos, ZIP 2017, 901, 903 f.; Hacker/Lilien-Waldau, NZI 2017, 787, 788; Cziupka/Kraack, AG 2018, 525, 526; Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl. 2018, § 264 Rdnr. 11; Emde/Thiessen/Burgard, Großkommentare der Praxis HGB, § 22 Rdnr. 69.

21 Linardatos, ZIP 2017, 901, 902; Hacker/Lilien-Waldau, NZI 2017, 787, 788; Cziupka/Kraack, AG 2018, 525, 526; MünchKomm-HGB/Heidinger, § 17 Rdnr. 56.

22 Pessimistisch diesbezüglich Heckschen, GmbHR 2020, 432.

23 Späth-Weinreich, BWNotZ 2020, 16.

BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

21. Voraussetzungen für die Befreiung des Notars von der Verschwiegenheitspflicht zum Inhalt eines Testaments

BGH, Urteil vom 20.7.2020, NotZ(Brfg) 1/19 (Vorinstanz: OLG Köln, Urteil vom 26.11.2018, 2 VA (Not) 8/18)

BNotO § 18 Abs. 2

LEITSÄTZE:

1. **Im Rahmen des § 18 Abs. 2 Hs. 2 BNotO hat die Aufsichtsbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, ob der verstorbene Beteiligte, wenn er noch lebte, bei verständiger Würdigung der Sachlage die Befreiung erteilen würde oder ob unabhängig hiervon durch den Todesfall das Interesse an einer weiteren Geheimhaltung entfallen ist (Fortführung von Senatsbeschluss vom 10.3.2003, NotZ 23/02, DNotZ 2003, 780, 781, juris Rdnr. 22).**
2. **Dabei ist nur über die auf einen bestimmten tatsächlichen Vorgang bezogene Befreiung des Notars von der Verschwiegenheitspflicht zu entscheiden, aber nicht (auch nicht nur mittelbar) darüber, ob überhaupt und wie der bei einer stattgebenden Entscheidung von seiner Verschwiegenheitspflicht entbundene Notar dem Antragsteller die erstrebte Information zu verschaffen hat.**
3. **Mit dem Tod entfällt das Interesse des Erblassers an der Geheimhaltung seines letzten Willens den gesetzlichen Erben gegenüber insoweit, als der letzte Wille diese betrifft. Denn um die Verwirklichung des letzten Willens sicherzustellen, müssen insbesondere über die Erbeinsetzung der testamentarischen Erben und die damit verbundene Enterbung der gesetzlichen Erben auch letztere informiert werden.**

SACHVERHALT:

1 1. Die Parteien streiten über die Befreiung eines Notars von seiner beruflichen Verschwiegenheitspflicht.

2 Der Kläger ist Sohn aus erster Ehe des am 7.1.2016 verstorbenen A S. Dieser setzte nach dem beim Nachlassgericht verwahrten Dokument in einem von dem Notar T beurkundeten gemeinschaftlichen Testament vom 21.8.2012 mit seiner zweiten Ehefrau die Kinder aus zweiter Ehe zu Erben des Letztversterbenden ein. Die zweite Ehefrau ist bereits im Jahr 2015 verstorben.

3 Aufgrund der Testamentseröffnung im Februar 2016 erfuhr der Kläger von seiner Enterbung. Nachdem er sich erfolglos bei dem Notar um Einsichtnahme in die in dessen Akten verbliebene (beglaubigte) Abschrift des Testaments bemüht hatte und die Westfälische Notarkammer ihn auf die notarielle Verschwiegenheitspflicht hingewiesen hatte, beantragte der Kläger bei dem Beklagten, den Notar gemäß § 18 Abs. 2 BNotO von seiner Verschwiegenheitspflicht zu entbinden. Zur Begründung führte er aus, er wolle das bei dem Nachlassgericht eingereichte Original mit der beim Notar befindlichen „Ablichtung“ des Testaments vergleichen, da es aufgrund des äußeren Erscheinungsbilds des Originals Anzeichen dafür gebe, dass Seiten des Originals ausgetauscht worden seien. Der Beklagte lehnte den Antrag mit Bescheid vom 9.8.2017 mit der Begründung ab, es sei nicht erkenn-

bar, dass es im mutmaßlichen Willen des Erblassers gelegen haben könnte, rein spekulativen Manipulationsvermutungen durch Nachprüfung der beim Notar verbliebenen Ablichtung nachzugehen. Die Einwände des Klägers hiergegen hat der Beklagte unter anderem mit der Begründung zurückgewiesen, dass das Geheimhaltungsinteresse des Erblassers am Inhalt des Testaments mit seinem Tod nur gegenüber dem tatsächlichen Erben, nicht aber gegenüber in Betracht kommenden Erbprätendenten entfalle.

4 2. Mit seiner Klage zum OLG hat der Kläger beantragt, den Ablehnungsbescheid des Beklagten vom 9.8.2017 aufzuheben und den Beklagten zu verpflichten, den Notar T von seiner notariellen Schweigepflicht zu befreien „zwecks Einsichtnahme in das notarielle Testament des Vaters des Klägers vom 21.8.2012, UR-Nr. 115/2012“. Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

5 3. Das OLG hat die Klage abgewiesen. Es hat dahinstehen lassen, ob die Verpflichtungsklage mangels Rechtsschutzbedürfnisses bereits unzulässig sei, weil der Notar angesichts des bisherigen Ablaufs nicht bereit sein werde, die gewünschte Einsicht auch bei Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht zu gewähren. Jedenfalls sei die Klage unbegründet, weil der Kläger keinen Anspruch auf Erteilung der Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht habe. Die Entscheidung hierüber habe sich danach auszurichten, ob der verstorbene Beteiligte, wenn er noch lebte, bei verständiger Würdigung der Sachlage die Befreiung erteilen würde oder ob unabhängig hiervon durch den Todesfall das Interesse an der weiteren Geheimhaltung entfallen sei. Ein etwaiges Interesse des Vaters des Klägers an der Geheimhaltung seines letzten Willens sei zwar notwendig mit dem Eintritt des Erbfalls entfallen. Gleichwohl habe der Beklagte ermessensfehlerfrei ein maßgebliches Interesse der Urkundsbeteiligten an einer Einsichtnahme des Klägers in die Urkundensammlung und damit die Voraussetzungen für eine Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht verneint. Der Kläger habe keine überzeugende Begründung für die Vermutung der Manipulation des Testaments vorgebracht. Dass die Urkundsbeteiligten, zu denen auch die zweite Ehefrau gehöre, zur Überprüfung eines solchen vagen Verdachts dem Kläger Einsicht in die Urkundensammlung des Notars gestattet hätten, sei nicht ersichtlich. Hinzu komme, dass sich der Notar weigere, dem Kläger Einsicht in seine Unterlagen zu gewähren. Ein Anspruch hierauf bestünde auch bei einer etwaigen Befreiung nach § 18 Abs. 2 BNotO nicht, so dass dem Kläger selbst ein stattgebendes Urteil nicht zum gewünschten Erfolg verhelfen würde.

6 4. Hiergegen wendet sich der Kläger mit der Berufung, die der Senat mit Beschluss vom 18.11.2019 zugelassen hat.

7 Zur Begründung führt der Kläger aus, mit dem Tod seines Vaters sei das Interesse der Eheleute an der Geheimhaltung des letzten Willens des Vaters bezogen auf dessen in dem Testament enthaltene Erbeinsetzung entfallen. Er wiederholt seinen Verdacht, dass das Original des Testaments manipuliert sein könnte. Aufgrund des damit verbundenen Verdachts der Urkundenfälschung habe er ein berechtigtes Interesse daran, die vollständige Abschrift des notariellen Testaments einzusehen und mit dem Original-Testament abzugleichen, um den tatsächlichen letzten Willen seines Vaters zu ermitteln und zur Geltung zu bringen.

8 Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils des OLG Köln vom 26.11.2018 und unter Aufhebung des Ablehnungsbescheids des Beklagten vom 9.8.2017 den Beklagten zu verpflichten, den Notar T mit dem Amtssitz in B von seiner notariellen Schweigepflicht zu befreien hinsichtlich des Inhalts des gemeinschaftlichen notariellen Testaments des Vaters des Klägers vom 21.8.2012, UR-Nr. 115/2012.

9 Der Beklagte beantragt,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

10 Er ist der Auffassung, dass allein der Tod eines Urkundsbeteiligten dessen Geheimhaltungsinteresse nicht zwangsläufig entfallen lasse und das durch § 18 Abs. 2 BNotO eingeräumte Ermessen nicht auf Null reduziere. Vorliegend gehe es nicht um die Offenbarung des letzten Willens des Erblassers, sondern um behauptete nachträgliche

Manipulationen am Testament, die jeder nachvollziehbaren vernünftigen Grundlage entbehren.

AUS DEN GRÜNDEN:

11 I. Die zulässige Berufung des Klägers hat weitgehend Erfolg, da die zulässige Klage überwiegend begründet ist.

12 1. Der Antrag des Klägers, den Beklagten zu verpflichten, den Notar T von seiner notariellen Schweigepflicht zu befreien hinsichtlich des Inhalts des gemeinschaftlichen notariellen Testaments des Vaters des Klägers vom 21.8.2012, UR-Nr. 115/2012 zu befreien, ist gemäß § 111 d Satz 2 BNotO i. V. m. § 125 Abs. 1, § 88 VwGO im Hinblick auf das klägerische Vorbringen dahin gehend auszulegen, dass der Notar von seiner Verschwiegenheitspflicht hinsichtlich des Inhalts der letztwilligen Verfügung des Vaters des Klägers, wie er sich aus der beim Notar befindlichen Abschrift des notariellen Testaments vom 21.8.2012, UR-Nr. 115/2012 ergibt, befreit werden soll. Auf das Original des Testaments, das der Kläger für manipuliert hält und das sich nicht mehr beim Notar befindet, bezieht sich sein Antrag nicht, ebenso wenig auf den Inhalt der in dem gemeinschaftlichen Testament enthaltenen letztwilligen Verfügung der Ehefrau des Vaters.

13 Der Zusatz im erstinstanzlich gestellten Antrag, dass die Befreiung von der notariellen Verschwiegenheitspflicht „zwecks Einsichtnahme“ in das Testament (bzw. dessen Abschrift) erfolgen solle, ist im Berufungsantrag entfallen. Darin liegt, wenn nicht lediglich eine Klarstellung, so allenfalls eine gemäß § 111 b Abs. 1 Satz 1 BNotO, § 173 Satz 1 VwGO, § 264 Nr. 2 ZPO ohne Weiteres zulässige Beschränkung des Klageantrags.

14 2. Die Zulässigkeit der Verpflichtungsklage scheidet nicht am Rechtsschutzbedürfnis. Abgesehen davon, dass die Annahme in dem angefochtenen Urteil, „angesichts des bisherigen Ablaufs“ werde Notar T selbst bei Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht nicht bereit sein, die vom Kläger gewünschte Einsicht oder Auskunft zu erteilen, in den Akten, insbesondere in dem Schreiben des Notars vom 8.5.2017 keine Grundlage findet, kommt es in diesem Rechtsstreit auf eine diesbezügliche Bereitschaft oder rechtliche Verpflichtung des Notars nicht an. Im Rahmen des § 18 Abs. 2 Hs. 2 BNotO ist nur über die auf einen bestimmten tatsächlichen Vorgang bezogene Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht zu entscheiden, aber nicht (auch nicht nur mittelbar) darüber, ob überhaupt und wie der bei einer stattgebenden Entscheidung von seiner Verschwiegenheitspflicht entbundene Notar dem Kläger die erstrebte Information zu verschaffen hat (vgl. Senatsbeschluss vom 10.3.2003, NotZ 23/02, DNotZ 2003, 780, 782, juris Rdnr. 24). Entgegen der Auffassung des Klägers kommt es in diesem Rechtsstreit demnach auch nicht darauf an, ob er ein berechtigtes Interesse daran hat, die Abschrift des notariellen Testaments einzusehen und mit dem Original-Testament abzugleichen.

15 Im Übrigen wird hinsichtlich der Zulässigkeit der Klage auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil verwiesen.

16 3. Die Klage ist auch überwiegend begründet. Die Ablehnung der Befreiung des Notars T von der Verschwiegenheitspflicht durch den Bescheid des Beklagten vom 9.8.2017 ist

rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten. Da die Sache wegen Ermessensreduzierung auf Null spruchreif ist, ist die Verpflichtung des Beklagten auszusprechen, den Notar T von der Verschwiegenheitspflicht hinsichtlich des Inhalts der den Kläger betreffenden letztwilligen Verfügung seines Vaters, wie er sich aus der beim Notar befindlichen Abschrift des notariellen Testaments vom 21.8.2012, UR-Nr. 115/2012 ergibt, zu befreien (§ 111 b Abs. 1 Satz 1 BNotO, § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO). Soweit sich der Klageantrag auf Befreiung des Notars von der Verschwiegenheitspflicht auch auf den Inhalt der letztwilligen Verfügung des Vaters erstreckt, die den Kläger nicht betrifft, ist die Klage indessen unbegründet.

17 a) Gemäß § 18 Abs. 2 Hs. 2 BNotO kann, wenn ein Beteiligter verstorben ist, die Aufsichtsbehörde an dessen Stelle den Notar von seiner gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 BNotO bestehenden Pflicht zur Verschwiegenheit befreien. Dabei hat sie nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, ob der verstorbene Beteiligte, wenn er noch lebte, bei verständiger Würdigung der Sachlage die Befreiung erteilen würde oder ob unabhängig hiervon durch den Todesfall das Interesse an einer weiteren Geheimhaltung entfallen ist (Senatsbeschluss vom 10.3.2003, NotZ 23/02, DNotZ 2003, 780, 781, juris Rdnr. 22). Demnach genügt es für die Erteilung der Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht, wenn durch den Todesfall das Interesse des oder der Beteiligten an einer weiteren Geheimhaltung entfallen ist. Die weitere in dem vorgenannten Senatsbeschluss (a. a. O.) genannte Voraussetzung für die Erteilung der Befreiung (dass „der verstorbene Beteiligte, wenn er noch lebte, bei verständiger Würdigung der Sachlage die Befreiung erteilen würde“) ist, wie sich aus der Formulierung des Beschlusses „unabhängig hiervon“ ergibt, entgegen der Ansicht des OLG lediglich eine Alternative und muss daher nicht kumulativ zu der erstgenannten Voraussetzung hinzutreten.

18 Dies bedeutet – wie der Beklagte insoweit zutreffend einwendet – nicht, dass zwangsläufig allein das Versterben eines Beteiligten dessen Geheimhaltungsinteresse entfallen lassen würde. Vielmehr bedarf es für die Entscheidung über die Befreiung des Notars von der Verschwiegenheitspflicht der Feststellung, wem gegenüber und hinsichtlich welcher Tatsachen das Geheimhaltungsinteresse des verstorbenen Beteiligten entfallen ist.

19 b) Mit seinem Tod ist das Interesse des Vaters des Klägers an der Geheimhaltung seines letzten Willens diesem als gesetzlichen Erben gegenüber insoweit entfallen, als der letzte Wille ihn betrifft. Dasselbe gilt für das auf die letztwillige Verfügung ihres Ehemannes bezogene Geheimhaltungsinteresse der vorverstorbenen zweiten Ehefrau als weiterer Beteiligter. Dem steht nicht entgegen, dass der Kläger nicht testamentarisch eingesetzter Erbe, sondern enterbter gesetzlicher Erbe ist. Denn um die Verwirklichung des letzten Willens sicherzustellen, müssen insbesondere über die Erbeinsetzung der testamentarischen Erben und die damit verbundene Enterbung der gesetzlichen Erben auch letztere informiert werden. Dementsprechend hat das Nachlassgericht – wie vorliegend geschehen – den gesetzlichen Erben den (sie betreffenden) Inhalt der Verfügung von Todes wegen bekannt zu geben (§ 348 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 FamFG; siehe auch Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl., § 357 Rdnr. 22).

20 c) Das Interesse der verstorbenen Beteiligten an der Geheimhaltung des den Kläger betreffenden Inhalts der Verfügung von Todes wegen ist nicht nur in Bezug auf das zum Nachlassgericht gegebene Original des Testaments weggefallen, sondern auch in Bezug auf die beim Notar verbliebene Abschrift. Aus Sicht der testierenden Ehegatten ist der Inhalt beider Dokumente (Original und Abschrift) notwendig identisch, sodass kein Grund ersichtlich ist, den Inhalt der Abschrift anders als den des Originals geheim zu halten. Für den hier vom Kläger in Betracht gezogenen, wenn auch höchst außergewöhnlichen Fall, dass das Original nach der Fertigung der Abschrift manipuliert worden sein und daher von der Abschrift abweichen könnte, gilt nichts anderes. Denn dann wäre der „wahre“ letzte Wille, den die Ehegatten bekannt gegeben und vollzogen haben möchten, aus der Abschrift ersichtlich.

21 d) Der Grund, aus dem der Kläger die Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht erreichen möchte – die Vermutung, dass eine Manipulation erfolgt sein könnte –, ist für die Beurteilung des Geheimhaltungsinteresses der verstorbenen Ehegatten und die Ermessensausübung des Beklagten unerheblich. Insbesondere verbietet sich die Annahme, dass die Ehegatten an der Geheimhaltung des den gesetzlichen Erben betreffenden Inhalts des Testaments nur dann kein Interesse mehr haben, wenn der gesetzliche Erbe aus nachvollziehbaren Motiven über den Inhalt des Testaments (bzw. der beim Notar verbliebenen Abschrift) informiert werden möchte. Es kommt damit nicht darauf an, ob der Kläger seinen Manipulationsverdacht überzeugend begründet hat.

22 e) Darauf, ob überhaupt und wie der Notar dem Kläger die von diesem erstrebte Information zu verschaffen hat und ob er dazu bereit ist, kommt es aus den unter 2. genannten Gründen entgegen der im angefochtenen Urteil vertretenen Ansicht auch für die Begründetheit der Klage nicht an.

23 f) Da das Geheimhaltungsinteresse der Beteiligten gegenüber dem Kläger hinsichtlich des diesen betreffenden Inhalts des Testaments im Original und in der Abschrift entfallen ist, ist das Ermessen des Beklagten bei seiner Entscheidung über die Befreiung des Notars von der Verschwiegenheitspflicht auf Null reduziert. Er ist verpflichtet, den Notar von der Verschwiegenheitspflicht hinsichtlich des Inhalts der den Kläger betreffenden letztwilligen Verfügung des Vaters des Klägers, wie er sich aus der beim Notar befindlichen Abschrift des notariellen Testaments vom 21.8.2012, UR-Nr. 115/2012 ergibt, zu befreien.

24 g) Hinsichtlich des Inhalts der letztwilligen Verfügung des Vaters, die den Kläger nicht betrifft, ist hingegen weder das Geheimhaltungsinteresse entfallen noch kann davon ausgegangen werden, dass der Vater, wenn er noch lebte, bei verständiger Würdigung der Sachlage die Befreiung insoweit erteilen würde. In diesem Umfang sind die Klage und die Berufung daher unbegründet (vgl. auch § 348 Abs. 3 Satz 1 FamFG, Keidel/Zimmermann, FamFG, § 357 Rdnr. 22).

25 II. Die Kostenentscheidung beruht auf § 111b Abs. 1 Satz 1 BNotO, § 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO. Der Kläger ist nur zu einem geringen Teil unterlegen, zumal es ihm nach seinem Klagevorbringen in erster Linie darauf ankommt, über die Erbsetzung im Testament seines Vaters und damit über den ihn betreffenden Teil informiert zu werden.

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Claudius Eschwey**, LL.M. (Harvard), Augsburg

Höchstrichterliche Entscheidungen zum Recht der notariellen Verschwiegenheit sind rar gesät. Umso bedauerlicher ist es, dass der BGH in seiner nunmehr ergangenen Entscheidung eine Auseinandersetzung mit der in den letzten Jahrzehnten entwickelten Dogmatik des Verschwiegenheitsrechts vermissen lässt.

1. Entscheidung

In dem zugrunde liegenden Fall beehrte ein enterbter gesetzlicher Erbe (Sohn aus erster Ehe) Einsicht in die beim Notar vorhandene beglaubigte Abschrift eines gemeinschaftlichen Testamentes, das der verstorbene Erblasser (Vater des Klägers) mit dessen vorverstorbenen zweiten Ehefrau hatte beurkunden lassen. Zur Begründung führte er an, er sehe aufgrund des äußeren Erscheinungsbildes der vom Nachlassgericht eröffneten Urschrift Anhaltspunkte für eine nachträgliche Verfälschung, sodass ein Abgleich der Urschrift mit der Abschrift des Notars nötig sei. Da der Notar diese Einsicht verweigert hatte, beantragte der Kläger gemäß § 18 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 BNotO bei der Aufsichtsbehörde, diese möge für den verstorbenen Erblasser eine Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht erteilen. Sowohl die Aufsichtsbehörde wie auch das hiernach im Wege der Verpflichtungsklage angerufene OLG¹ lehnten dieses Ansinnen ab. Der BGH hingegen gab der Klage (weitgehend) statt und wies die Aufsichtsbehörde an, die Befreiung zu erteilen.

Zur Begründung rekurriert der Senat auf seine schon früher² verwendete und im ersten Leitsatz wiedergegebene Formel, nach welchem Maßstab die Aufsichtsbehörde über einen solchen Befreiungsantrag zu entscheiden habe. Dabei stellt der BGH klar, dass es zwei voneinander unabhängige (nicht etwa kumulativ erforderliche) Fälle gebe, in denen die Befreiung zu erteilen sei:³ Wenn (1) der Verstorbene nach seinem mutmaßlichen Willen die Befreiung erteilt hätte oder (2) wenn durch sein Versterben das Interesse an einer weiteren Geheimhaltung entfallen sei. Der BGH subsumiert den konkreten Fall unter die zweite Tatbestandsalternative und führt insoweit aus, dass mit dem Tod des Erblassers sein Geheimhaltungsinteresse hinsichtlich seines letzten Willens den gesetzlichen Erben gegenüber insoweit entfalle, als der letzte Wille diese betreffe.⁴ Zur Untermauerung ergänzt der Senat, dass das Nachlassgericht nach § 348 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 Satz 1 FamFG den gesetzlichen Erben den Inhalt der Verfügung von Todes wegen bekannt zu geben habe, soweit dieser sie betreffe.⁵ Da es auf den mutmaßlichen Befreiungswillen des Erblassers damit nicht ankomme, sei der

¹ OLG Köln, Urteil vom 26.11.2018, 2 VA (Not) 8/18, abrufbar unter <https://www.justiz.nrw.de>.

² BGH, Beschluss vom 10.3.2003, NotZ 23/02, DNotZ 2003, 780, 781.

³ Rdnr. 17 der besprochenen Entscheidung.

⁴ Rdnr. 19 und Leitsatz 3 der besprochenen Entscheidung.

⁵ Rdnr. 19 der besprochenen Entscheidung.

vom Kläger vorgetragene Manipulationsverdacht (und dessen Stichhaltigkeit) nicht weiter relevant.⁶

2. Stellungnahme

Die nicht nur sehr knapp begründete, sondern auch durch das Fehlen jeglicher Bezugnahme auf die einschlägige beaufsichtliche Literatur auffallende Entscheidung gibt Anlass zur Kritik. Weder der vom BGH gebildete Obersatz noch seine Subsumtion des konkreten Falles vermögen zu überzeugen.

a) Entfall des Geheimhaltungsinteresses als Befreiungsgrund?

Schon dem Ausgangspunkt, auch unabhängig vom mutmaßlichen Befreiungswillen des Verstorbenen könne eine Befreiung erteilt werden, ist entgegenzutreten. Es mag zutreffend sein, dass § 18 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 BNotO den Entscheidungsmaßstab nicht selbst ausformuliert.⁷ Dies ermächtigt jedoch nicht zu freier Rechtsschöpfung. Ebenfalls mag zutreffend sein, dass der BGH schon früher diesen zweiten Befreiungstatbestand genannt hatte, und zwar als Variante ausdrücklich unabhängig vom mutmaßlichen Willen des Verstorbenen. Dies vermag indes nicht darüber hinweg zu helfen, dass er einer gesetzlichen Grundlage entbehrt.

Der Wortlaut der Norm spricht davon, dass bei Versterben eines Beteiligten die Aufsichtsbehörde „an seiner Stelle“ entscheidet. Sie muss sich also in dessen Situation hineinversetzen und nach seinem – aus den Umständen zu eruierten, wohlverstandenen – Willen entscheiden.⁸ Dem Gesetzestext ist nicht mehr, aber auch nicht weniger zu entnehmen. Diese enge Auslegung steht systematisch und teleologisch im Einklang mit dem etablierten Verständnis der notariellen Verschwiegenheitspflicht und der schon wegen des verfassungsrechtlichen Rangs der notariellen Verschwiegenheitspflicht – als Ausprägung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und auf ein faires Verfahren in der vorsorgenden Rechtspflege – äußerst restriktiven Handhabung ihrer Durchbrechungen. Die Formulierung des BGH vom „Entfallen des Geheimhaltungsinteresses“ bildet einen offenen Widerspruch zu dem anerkannten Grundsatz, dass es für den Schutz des § 18 Abs. 1 BNotO gerade weder eines objektiven noch eines subjektiven Geheimhaltungsinteresses bedarf.⁹ § 18 Abs. 1 BNotO schützt die Dispositionsbefugnis der Beteiligten, ihr Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung.¹⁰ Der Wille des Beteiligten muss daher auch nach dessen Tod der Orientierungsmaßstab sein. Der BGH selbst leitet aus der Existenz des Befreiungsverfahrens gemäß § 18 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 BNotO völlig zutreffend ab, dass die Befreiungsbefugnis wegen der

Höchstpersönlichkeit dieser Entscheidung gerade nicht auf die Erben eines Beteiligten übergeht.¹¹

Selbstverständlich steht es dem Gesetzgeber frei, für spezielle Fragen eine andere Gewichtung vorzunehmen und besondere Interessen zur Geltung bringen, wie er es in zahlreichen Fällen auch getan hat. Soweit diese gesetzgeberische Entscheidung nicht als Durchbrechung der notariellen Verschwiegenheit ausgestaltet ist (zu denken ist etwa an die vielen Mitteilungspflichten der Notare¹²), ist sie jedoch für den Notar – und entsprechend für seine Aufsichtsbehörde im Rahmen des § 18 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 BNotO – unbeachtlich. Speziell für Verfügungen von Todes wegen und andere erbfolgerrelevante Urkunden finden sich derartige Durchbrechungen in den §§ 34 und 34a BeurkG – nicht hingegen in § 348 FamFG (doch zu diesem später mehr).

Zu guter Letzt sprechen praktische Erwägungen gegen die tatbestandliche Erweiterung des BGH. Wenn der (subjektive) mutmaßliche Befreiungswille des Verstorbenen irrelevant ist, welcher Maßstab entscheidet dann? Was sind die (objektiven) Kriterien, nach denen sich der „Entfall des Geheimhaltungsinteresses“ bemisst? Wie schwierig diese Frage ist, veranschaulicht der BGH durch die Nöte, die er selbst bei der Subsumtion des konkreten Falles unter seinen eigenen Obersatz hat.

b) Entfall des Geheimhaltungsinteresses im konkreten Fall?

Der Senat unternimmt zunächst einen Konkretisierungsversuch, indem er formuliert, es bedürfe „der Feststellung, wem gegenüber und hinsichtlich welcher Tatsachen das Geheimhaltungsinteresse des verstorbenen Beteiligten entfallen ist.“¹³ Dies ist sicherlich von dem ehernen Ziel getragen, eine Ausuferung des zweiten Befreiungstatbestandes zu verhindern, lässt den Leser jedoch rätselnd zurück.

Die konkrete Subsumtion findet sich dann verdichtet in den beiden Sätzen des dritten Leitsatzes. Zunächst hält der BGH fest:

„Mit dem Tod entfällt das Interesse des Erblassers an der Geheimhaltung seines letzten Willens den gesetzlichen Erben gegenüber insoweit, als der letzte Wille diese betrifft.“¹⁴

Es soll also darauf ankommen, ob und inwieweit der Auskunftssuchende vom beurkundeten Rechtsgeschäft „betroffen“ ist. Auch dies trägt wenig zur Erhellung bei.

Das Lesen des zweiten Satzes des dritten Leitsatzes¹⁵ löst dann endgültig Unbehagen, wenn nicht gar Bauchschmerzen aus:

6 Rdnr. 21 der besprochenen Entscheidung.

7 Mack, notar 2021, 69; Zimmer, ZEV 2020, 693.

8 So auch Mack, notar 2021, 69 f.

9 Dazu überzeugend Mack, notar 2021, 69, 70 m. w. N.; allgemein zu diesem Eckpfeiler des notariellen Verschwiegenheitsrechts Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO/BeurkG, 5. Aufl. 2020, § 18 BNotO Rdnr. 15.

10 Siehe nur BeckOK-BNotO/Sander, Stand: 1.2.2021, § 18 Rdnr. 2.

11 BGH, Beschluss vom 25.11.1974, NotZ 4/74, NJW 1975, 930; Beschluss vom 20.4.2009, NotZ 23/08, DNotZ 2009, 876.

12 Lediglich beispielhaft seien genannt: § 18 GrEStG, § 34 ErbStG, § 54 EStDV, § 195 Abs. 1 BauGB, § 1597 Abs. 2 BGB, § 1626d Abs. 2 BGB, § 1901c BGB; vgl. auch den Überblicksaufsatz von Küperkoch, RNotZ 2002, 297.

13 Rdnr. 18 der besprochenen Entscheidung.

14 Sinngemäß auch Rdnr. 19 der besprochenen Entscheidung.

15 Entsprechend in Rdnr. 19 der besprochenen Entscheidung.

„Denn um die Verwirklichung des letzten Willens sicherzustellen, müssen insbesondere über die Erbeinsetzung der testamentarischen Erben und die damit verbundene Enterbung der gesetzlichen Erben auch letztere informiert werden.“

Hierbei stößt zum einen auf, dass an die Stelle des mutmaßlichen Willens des verstorbenen Beteiligten konkret bezogen auf die Frage der Befreiung von der notariellen Verschwiegenheitspflicht, wie es im Rahmen des ersten Befreiungstatbestandes maßgeblich ist, im Rahmen des zweiten Befreiungstatbestandes ganz allgemein der „letzte Wille“ des Erblassers – oder abstrahiert gesprochen: der rechtsgeschäftliche Wille des verstorbenen Urkundsbeteiligten – treten soll.

Ebenso wenig nachvollziehbar ist die Unterstellung, die Information der gesetzlichen Erben diene der Verwirklichung des Erblasserwillens. Die folgenden Zeilen mögen geprägt sein durch die zahlreichen, oft zähen, mal weniger, mal mehr erfolgreichen Beratungsgespräche in der Praxis, in denen versucht wurde, Testierwilligen mit unliebsamen Pflichtteilsberechtigten verständlich zu machen, wie hoch das deutsche Gesetz das Pflichtteilsrecht hängt. Auf die ganze Litanei an Vorschlägen in der Literatur, wie Pflichtteilsansprüche umgangen oder zumindest minimiert werden können, soll dabei gar nicht eingegangen werden. Es dürfte jedoch der absolute Ausnahmefall sein, dass dem Erblasser die Befriedigung der Pflichtteilsberechtigten eine Herzensangelegenheit ist. Wenn die Durchsetzung von Pflichtteilsansprüchen (wie schon deren bloße Existenz) dem Erblasserwillen widerspricht, kann kaum davon die Rede sein, der Erblasserwille werde mit der Information der Pflichtteilsberechtigten verwirklicht.

Der Verweis des BGH auf § 348 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 FamFG trägt nicht zur Überzeugungskraft seiner Argumentation bei. Die Informationspflicht des Nachlassgerichtes nach § 348 FamFG dient – wie schon nach den Vorgängervorschriften der §§ 2260 und 2262 BGB¹⁶ – neben dem öffentlichen Interesse an einer geordneten Nachlassabwicklung¹⁷ dem Zweck, „Personen, deren Rechtslage durch die von dem Erblasser in der Verfügung von Todes wegen getroffenen Bestimmungen unmittelbar beeinflusst wird, von dem sie betreffenden Inhalt Kenntnis zu geben, um sie in den Stand zu setzen, das zur Wahrnehmung ihrer Interessen Zweckdienliche zu veranlassen.“¹⁸ Insbesondere sollen also enterbte gesetzliche Erben ihre Pflichtteilsansprüche prüfen und geltend machen können – was in aller Regel dem Erblasser missfällt (siehe oben). Hätte der Gesetzgeber dem Erblasser die Möglichkeit gegeben, § 348 Abs. 2 Satz 1 FamFG zumindest hinsichtlich der gesetzlichen Erben abzubedingen, würden gewiss neun von zehn davon Gebrauch machen.¹⁹ Sich dieser Gefahr bewusst hat der

Gesetzgeber in § 2263 BGB daher ausdrücklich die Nichtigkeit letztwilliger Eröffnungsverbote bestimmt.

Die besagten Bauchschmerzen verschlimmern sich noch, schlüpft man in die Rolle des *Advocatus diaboli* und spinnt die Sichtweise des BGH fort: Wenn das Geheimhaltungsinteresse gegenüber einem Pflichtteilsberechtigten hinsichtlich der Enterbung entfällt, müsste es dann nicht – wegen etwaiger Pflichtteilergänzungsansprüchen nach § 2325 BGB – auch hinsichtlich lebzeitiger Schenkungen des Erblassers entfallen? Mit der Formel des BGH ließe sich sagen, dass das Interesse des Erblassers an der Geheimhaltung dieser Geschäfte mit seinem Tod den gesetzlichen Erben gegenüber entfallen ist, soweit die Schenkungen diese betreffen. Ergänzen ließe sich, dass über die allgemeine Information nach § 348 FamFG hinaus der Pflichtteilsberechtigte nach § 2314 BGB sogar einen weitergehenden Informationsanspruch habe. Worin sollte hier der entscheidende Unterschied liegen? Dass es sich nicht um eine letztwillige Verfügung, sondern um lebzeitige Geschäfte handelt? Dass sich die Informationspflicht nicht an eine öffentliche Stelle richtet, sondern an einen Privaten, der zudem nur „auf Verlangen“ zu informieren hat²⁰? Oder ginge es um eine graduelle Qualifikation, da Pflichtteilergänzungsansprüche „entfernter“ sind als die Frage der grundsätzlichen Enterbung? Mit der etablierten verschwiegenheitsrechtlichen Dogmatik ließe sich eine solche Abgrenzung jedenfalls nicht in Einklang bringen.

Diese Dogmatik sagt vielmehr, dass es für die Verschwiegenheitspflicht des Notars gerade ohne Bedeutung ist, ob der Auskunftssuchenden auf einer anderen Grundlage gegenüber einer anderen Stelle die Möglichkeit hätte, die begehrten Informationen zu erlangen.²¹ Hat ein Dritter einen Anspruch aus § 810 BGB gegen einen Urkundsbeteiligten, der seinerseits einen Anspruch gegen den Notar nach § 51 BeurkG hat, so darf der Notar gleichwohl nur dem Beteiligten, nicht sogleich dem Dritten Einsicht in die Urkunde gewähren.²² Ebenso wenig kann ein FA unter Verweis auf die Mitwirkungspflicht des Steuerschuldners gemäß § 90 Abs. 1 AO vom Notar Urkunden anfordern, an denen der Steuer-

16 Dazu BT-Drucks. 16/6308, S. 279 f.

17 BeckOK-FamFG/*Schlögel*, Stand: 1.1.2021, § 348 Rdnr. 1.

18 BGH, Beschluss vom 21.12.1977, IV ZB 32/77, NJW 1978, 633 f.

19 Ein Notar, der auf diese Möglichkeit nicht hinweisen würde, sähe sich sicherlich dem Vorwurf des Beratungsfehlers und möglicherweise sogar Amtshaftungsansprüchen ausgesetzt.

20 Hinsichtlich § 348 FamFG liest *Litzenburger*, FD-ErbR 2020, 432455 die BGH-Entscheidung so, dass das Geheimhaltungsinteresse nicht (nur) insoweit entfallt, als das Nachlassgericht nach § 348 FamFG den Testamentsinhalt tatsächlich mitgeteilt hat, sondern insoweit, als das Gericht ihn hätte mitteilen müssen; auf die Verwirklichung der Informationspflicht schiene es danach nicht anzukommen.

21 Vgl. BeckOGK-BeurkG/*Regler*, Stand: 1.10.2020, § 51 Rdnr. 24.5 unter Verweis auf OLG Schleswig, Urteil vom 14.5.2013, 11 U 46/12, ZIP 2013, 1633 und ferner *Bous/Solveen*, DNotZ 2005, 261, 271 betreffend den Insolvenzverwalter, der sich nicht unter Berufung auf die Mitwirkungs- und Auskunftspflichten des Insolvenzschuldners unmittelbar an den Notar wenden und von diesem Auskünfte zu den Amtsgeschäften des Insolvenzschuldners verlangen könne.

22 Nur der Vollständigkeit halber sei auf die besondere Konstellation der §§ 792, 896 ZPO hingewiesen, in der kraft dieser ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung ausnahmsweise eine Urkunde unmittelbar einem Dritten zu erteilen ist.

schuldner beteiligt war;²³ das FA muss sich vielmehr im Rahmen des Besteuerungsverfahrens an den Steuerschuldner halten.²⁴ Ferner entfällt die Schweigepflicht des Notars nicht deshalb, weil der Auskunftssuchende bereits im Besitz der begehrten Information ist.²⁵

Schließlich ist zu vergegenwärtigen, dass es sich um ein gemeinschaftliches Testament mit der zweiten Ehefrau handelte, dessen Validität der pflichtteilsberechtigte Sohn aus erster Ehe anzweifelte. Der BGH hebt die Verschwiegenheitspflicht nur für die Verfügungen des Ehemanns auf, geht aber davon aus, dass auch das auf diese Verfügungen bezogene Geheimhaltungsinteresse der vorverstorbenen zweiten Ehefrau als weitere Beteiligte entfallen sei.²⁶ Eine textliche Abgrenzung der jeweiligen Verfügungen beider Ehegatten dürfte allerdings eher der Ausnahmefall sein. Dass aber die Offenbarung der *eigenen* Verfügungen der zweiten Ehefrau weder in deren mutmaßlichen subjektiven Interesse liegt noch im nach Maßstab des BGH objektivierten Fortfall des Geheimhaltungsinteresses der Ehefrau seine Begründung findet, dürfte kaum angezweifelt werden können.

Nach all dem ist es ein schwacher Trost, dass der BGH selbst nicht so recht zu wissen scheint, welche Schlüsse aus seinen Ausführungen zu ziehen sind, sagt er in der Entscheidung doch nie abschließend, welche konkreten Tatsachen von der Befreiung nun erfasst sind. Dies erstaunt umso mehr, als er in der Sache selbst entscheidet und damit dem LG-Präsidenten als Aufsichtsbehörde unmittelbar aufgibt, die Befreiung hinsichtlich der Tatsachen, die den enterbten Sohn „betreffen“, zu erteilen. Konkret müsse der Auskunftssuchende „insbesondere über die Erbeinsetzung der testamentarischen Erben und die damit verbundene Enterbung“ informiert werden.²⁷ Man wird die Entscheidung indes so verstehen müssen, dass mit dem Wort „insbesondere“ keine inhaltliche Erweiterung beabsichtigt ist, sondern lediglich (also im Auszug²⁸) die Erbeinsetzung und ggf. die für die Wirksamkeit relevanten weiteren Stellen der Urkunde offenbart werden dürfen, nicht aber der restliche Inhalt und insbesondere keine etwaigen weiteren Verfügungen.²⁹

23 Selbstverständlich vorbehaltlich der gesetzlichen Mitteilungspflichten, siehe dazu schon oben, Fn. 12, und die daran anknüpfende – jedoch sehr restriktiv zu handhabende – Mitwirkungspflicht der Notare gemäß § 102 Abs. 4 Satz 2 AO; zu letzterer BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rdnr. 69 f.

24 Selbst wenn der Steuerschuldner seinerseits gemäß § 90 Abs. 1 AO verpflichtet sein sollte, Urkunden vom Notar anzufragen oder ihn von seiner Schweigepflicht zu befreien; eine solche Befreiung müsste dann tatsächlich erfolgen, der Notar dürfte dieses Erfordernis also nicht überspielen.

25 Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO/BeurkG, § 18 BNotO Rdnr. 158; vgl. zu dem nur sehr engen Ausnahmetatbestand des § 18 Abs. 1 Satz 3 Alt. 1 BNotO Mack, notar 2021, 69.

26 Rdnr. 19 der besprochenen Entscheidung.

27 Leitsatz 3 und Rdnr. 19 der besprochenen Entscheidung; Hervorhebung nur hier.

28 Siehe dazu sogleich unter 3.

29 Auch *Litzenburger*, FD-ErbR 2020, 432455 kommt zu dem Schluss, dass nur diejenigen letztwilligen Verfügungen dem Beteiligten bekanntzugeben sind, die diesen enterben.

3. Fazit

Der vom BGH schon in der Vergangenheit kreierte und nunmehr in einem konkreten Fall angewandte Befreiungstatbestand des „Entfalls des Befreiungsinteresses“ ist schon im Grundsatz abzulehnen. Er lässt sich allenfalls erklären durch den nicht seltenen (und aus Richtersicht nur zu gut nachvollziehbaren) Wunsch, sich bei Festlegung allgemeiner Grundsätze eine gewisse Hintertür offen zu halten für den ein oder anderen abstrusen Fall, der in der Zukunft auftreten mag und in dem die allgemeinen Grundsätze zu einem mit dem Gerechtigkeitsempfinden nicht vereinbaren Ergebnis führen würde. Ohnehin wird man den Verdacht nicht los, dass im konkreten Fall die Urschrift des Testaments wohl tatsächlich einen zweifelhaften Eindruck machte³⁰ und der BGH einen Weg gesucht hat, den Notar von der Verschwiegenheitspflicht befreien zu können, damit der Manipulationsverdacht des Klägers zerstreut werden kann, oder um es anders zu wenden: „Hard cases make bad law.“ In jedem Fall sollte dem „Hintertürchen“ für die weitere Praxis keine allzu große Bedeutung beigemessen werden. Der (mutmaßliche) Wille des verstorbenen Beteiligten hat im Rahmen des § 18 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 BNotO der entscheidende Maßstab zu bleiben.

Um diese Entscheidungsanmerkung nicht gänzlich als Verriß erscheinen zu lassen, zum Abschluss einige lobende Worte: Der zweite Leitsatz der Entscheidung³¹ verdient unumwunden Zustimmung. Die Aufsichtsbehörde entscheidet im Rahmen des § 18 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 BNotO einzig und allein über die Frage, ob der Notar von seiner Pflicht zur Verschwiegenheit hinsichtlich bestimmter Informationen zu befreien ist. Konkret bezog sich die (teilweise) Befreiung nur auf den Inhalt des Testamentes, also die an sich von der Verschwiegenheitspflicht erfassten Informationen.³² In welcher Form der Notar die Informationen dann weitergibt (etwa durch Erteilung einer auszugsweisen Abschrift, durch schriftliche oder bloß mündliche Mitteilung der fraglichen Informationen), steht in seinem Ermessen. Und nicht nur das: Mit erfreulicher Klarheit stellt der BGH fest, dass auch das „Ob überhaupt“ der Offenbarung grundsätzlich eine Entscheidung des Notars ist. Denn die Befreiung allein führt nur zum Entfall der Schweigepflicht, nicht aber zum Entstehen einer Auskunftspflicht des Notars.³³

30 Auch die Ausführungen der Vorinstanz legen dies nahe, OLG Köln, Urteil vom 26.11.2018, 2 VA (Not) 8/18, Rdnr. 24: „(...) (D)ie nach Auffassung des Klägers vorliegenden ‚Unregelmäßigkeiten‘ im äußeren Erscheinungsbild der Urkunde (sind) jeweils isoliert betrachtet, aber auch in der Gesamtschau unbedenklich (...)“

31 Ebenso Rdnr. 14 der besprochenen Entscheidung; siehe auch schon die Vorinstanz, OLG Köln, Urteil vom 26.11.2018, 2 VA (Not) 8/18, Rdnr. 25.

32 Siehe ausdrücklich den Tenor sowie Rdnr. 16 der besprochenen Entscheidung; ebenso *Hager/Müller-Teckhof*, NJW 2020, 1857, 1862.

33 Weiterführend und m. w. N. hierzu wiederum *Mack*, notar 2021, 69, 70.

22. Keine Eintragung der deutschen Niederlassung einer ausländischen Komplementärin in das Handelsregister

OLG Braunschweig, Beschluss vom 18.3.2020, 3 W 4/20, 3 W 5/20

FamFG §§ 58, 63, 64, 70 Abs. 2, §§ 81, 84, 374 Nr. 1, § 382 Abs. 3

GNotKG § 36 Abs. 3

GwG §§ 18, 19 Abs. 1, § 20 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, § 21

HGB §§ 13d, 13e, 13g, 106 Abs. 2, § 162 Abs. 1

HRV § 40 Nr. 3 und 7

LEITSÄTZE:

1. Weder aus dem Handelsregisterrecht noch aus dem Transparenzregisterrecht ergibt sich, dass in das Handelsregisterblatt einer Kommanditgesellschaft statt oder neben der Registernummer ihrer (hier: niederländischen) Komplementärin nur oder auch die Registernummer einer rechtlich unselbstständigen (hier: deutschen) Zweigniederlassung der Komplementärin einzutragen ist.
2. Soweit sich die Angaben zum wirtschaftlichen Berechtigten im Sinne des § 19 Abs. 1 GwG nicht aus dem Handelsregisterblatt einer Kommanditgesellschaft ergeben, sind sie jedenfalls nicht dort zu ergänzen; sie sind allenfalls – was hier nicht zu entscheiden war – gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 GwG a. E. an das Transparenzregister zu melden.

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

18 d) Aus dem Transparenzregisterrecht ergibt sich ebenfalls nichts anderes. §§ 18 ff. GwG setzen die europarechtlichen Vorgaben so um, dass ein eigenständiges Transparenzregister geführt und nicht etwa das Handelsregister um einen Abschnitt zum wirtschaftlich Berechtigten ergänzt wird (Herzog/*Figura*, 3. Aufl. 2018, GwG, § 18 Rdnr. 1; Müller, NZWiSt 2017, S. 87, 91, jew. m. w. N.). Dabei ist das Transparenzregister als Auffangregister konzipiert: Die Meldepflicht (§ 20 Abs. 1 GwG) gilt als erfüllt, wenn sich die in § 19 Abs. 1 GwG aufgeführten Angaben bereits aus einem anderen elektronisch geführten Register – etwa dem Handelsregister – ergeben, § 20 Abs. 2 GwG. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass die in § 19 Abs. 1 GwG aufgeführten Angaben an das Transparenzregister gemeldet werden müssen, wenn sie sich nicht aus dem Handelsregister ergeben, § 20 Abs. 1 Satz 1 GwG a. E. Insoweit dürfte – was hier nicht zu entscheiden ist – entgegen der Ansicht der Antragstellerinnen eine solche Meldepflicht bestehen, soweit sich die zu meldenden Angaben gerade nicht aus dem Handelsregistereintrag ergeben. Dies bedeutet aber nicht, dass diese Angaben im Handelsregister ergänzt werden müssten. Für eine derartige Ergänzung des Handelsregisters hat sich der Gesetzgeber bei der Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben gerade nicht entschieden. Es besteht kein Anlass, diese gesetzgeberische Entscheidung

durch eine Ergänzung des Handelsregisters im Einzelfall zu übergehen.

(...)

23. Zum Einsichtsrecht eines Abgeordneten in das Grundbuch

BGH, Beschluss vom 9.1.2020, V ZB 98/19 (Vorinstanz: KG, Beschluss vom 18.6.2019, 1 W 140/19)

GBO § 12 Abs. 1

GG Art. 38

LEITSÄTZE:

1. Einem Abgeordneten des Deutschen Bundestages oder der Volksvertretung eines Landes steht nicht allein aufgrund seiner Stellung als Abgeordneter ein Anspruch auf Grundbucheinsicht nach § 12 Abs. 1 GBO zu.
2. Die Kontrollfunktion der Parlamente gegenüber Regierung und Verwaltung kann ein öffentliches Interesse an der Grundbucheinsicht begründen, das der einzelne Abgeordnete als berechtigtes Interesse im Sinne von § 12 GBO geltend machen kann; dies setzt aber voraus, dass die Grundbucheinsicht der Aufklärung von Missständen oder Fehlverhalten im Bereich der Exekutive dient und nicht lediglich allgemeinen Informationszwecken.

KOSTENRECHT

24. Kostenrechtliche Behandlung der Erweiterung des Sondereigentums

OLG München, Beschluss vom 25.5.2020, 34 Wx 263/18 Kost

GNotKG § 81 Abs. 2 Satz 1, Abs. 8

WEG § 5 Abs. 2, § 10 Abs. 3

LEITSÄTZE:

1. Anlagen und Einrichtungen des Gebäudes, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen, können nicht Gegenstand von Sondereigentum sein, selbst wenn sie sich im Bereich der in Sondereigentum stehenden Räume befinden sollten. Daher kann ein Raum, in dem sich die Elektrozähler für die Eigentumseinheiten befinden, nicht Sondereigentum sein. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Der Hinzuerwerb eines Raums zum Sondereigentums aus bisherigem Gemeinschaftseigentum ist kostenrechtlich unter Nr. 14112 KV GNotKG als lex specialis zu fassen. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte zu 2, eine Wohnbaugesellschaft, hatte drei Häuser errichtet und daran Wohn- und Teileigentum gemäß einer Teilungserklärung, die im Grundbuch vollzogen wurde, gebildet. Von den insgesamt 105 Einheiten sind zumindest einige schon an Käufer veräußert.

2 Mit drittem Nachtrag zur Teilungserklärung vom 16.9.2016 änderte die Beteiligte zu 2 im eigenen Namen wie auch im Namen näher bezeichneter Käufer die Teilungserklärung in § 2 wie folgt:

„Verlegung von Räumen im Kellergeschoss des Hauses 2

1. Die im Kellergeschoss des Hauses 2 liegenden Räume (= Hausanschluss bzw. Elektrozählerraum/Keller Nr. 114) wurden ohne Veränderung ihrer Größe, Lage und ihres Umfangs dergestalt vertauscht, dass der Hausanschluss- bzw. Elektrozählerraum nunmehr im vormaligen Keller- raum Nr. 114 sowie umgekehrt, der Kellerraum Nr. 114 nunmehr im vormaligen Hausanschluss- bzw. Elektrozählerraum liegt. Hierzu wird Bezug genommen auf den dieser Urkunde als Anlage 1 beigeführten Grundrissplan samt Abgeschlossenheitsbescheinigung der Stadt A. vom 2.9.2016

2. Die (...) (Beteiligte zu 2) bewilligt und beantragt, vorstehende Änderung in das Grundbuch einzutragen.“

3. Die in den Anlagen (...) bezeichneten Käufer von Wohnungs- und/oder Teileigentumseinheiten stimmen vorstehender Änderung zu und schließen sich dem gestellten Antrag an.“

4 Nach einer entsprechenden Zwischenverfügung legte die Beteiligte zu 2 auch die Zustimmungserklärungen der Grundpfandrechtsgläubiger vor.

5 Am 16.1.2017 wurde die Eintragung mit folgendem Wortlaut vorgenommen:

6 „Die Lage des Kellerraums Nr. 114 ist geändert gemäß Bewilligung (...). Das Grundbuchamt hat zunächst in Anbetracht der 105 Einheiten mit einem Satz von 105 die Änderung der Teilungserklärung (je betroffenem Sondereigentum) nach Nr. 14160 Ziffer 5 KV GNotKG mit dem jeweiligen Wert von 50 €, somit dem Gesamtbetrag von 5.250 € in Rechnung gestellt.“

7 Dagegen hat der Urkundsnotar für die Beteiligte zu 2 am 24.2.2017 Erinnerung eingelegt. Mit dem dritten Nachtrag zur Teilungserklärung seien Zuordnungen im Kellergeschoss von Haus 2, das nur elf Wohnungen und elf Keller, somit 22 Sondereigentumseinheiten umfasse, geändert worden. Die weiteren Häuser hätten eigene Elektrozähler in einem Anschlussraum. Zudem sei die bautechnische Notwendigkeit des Tausches bekannt und in sämtlichen Bauträgerverträgen von Anfang an vorgesehen gewesen. Der Kostenansatz sei daher auf eine Gebühr von 50 € nach 14160 Ziffer 5 KV GNotKG und eine Gebühr von 45 € nach Nr. 14112 KV GNotKG zu berechnen.

8 Betroffen seien durch die Aufhebung des Sondereigentums am Keller Nr. 114 nicht auch die anderen Einheiten. Durch die

Umwandlung des nun als Keller 114 bezeichneten Raum ergebe sich nur die Gebühr aus 14112 KV GNotKG, wobei der Kaufpreis von 5.000 € für einen Kellerraum anzusetzen sei. Ein solcher Kaufpreis habe sich aus einem isolierten Kellerverkauf ergeben.

9 Nur hilfsweise werde beantragt, höchstens eine Gebühr von 1.100 € gemäß Nr. 14160 Ziffer 5 KV GNotKG anzusetzen. Jedenfalls sei nämlich nur das Haus 2 von den Änderungen betroffen, sodass höchstens der Betrag von 1.100 € (22 Einheiten á 50 €) festzusetzen sei.

10 Der insofern angehörte Bezirksrevisor, Beteiligter zu 1, beantragte, die Erinnerung zurückzuweisen, und legte seinerseits Erinnerung gegen den Kostenansatz ein, da keine Pfandfreigabengebühren nach Nr. 14142 KV GNotKG und keine Pfanderstreckungsgebühren nach Nr. 14123 KV GNotKG angesetzt worden seien. Desgleichen seien eine zusätzliche Gebühr nach Nr. 14110 Nr. 1 KV GNotKG für die Eintragung des Eigentümers zuzüglich Katasterfortführungsgebühren zu berechnen.

11 Er nehme diesbezüglich aber folgenden Standpunkt ein: Sobald Wohnungs-/Teileigentum gebildet sei, sei bei Veränderungen im Sonder- und Gemeinschaftseigentum vorrangig, dabei hinsichtlich Pfandfreigaben und Pfanderstreckungen auch abschließend, auf Nr. 14160 Ziffer 5 KV GNotKG zurückzugreifen, da der Gesetzgeber damit eine Vereinfachung des Kostenansatzes und Vermeidung unerwünschter Gebühre nhäufungen erreichen habe wollen. Den Begriff des Sondereigentums habe der Gesetzgeber als „Sondereigentums-/Raumeigentumseinheit“ verstanden wissen wollen und keine kostenrechtliche Differenzierung zwischen Gegenstand und Inhalt gewollt, wofür die Formulierung „für jedes betroffene Sondereigentum“ spräche. Auch nach dem allgemeinen Sprachgebrauch und dem allgemeinen Rechtsempfinden sowie aus wirtschaftlicher Sicht stehe das Sondereigentum und nicht der Miteigentumsanteil im Vordergrund. Das Korrektiv der Betroffenheit sollte dabei mit der materiellrechtlichen Betroffenheit korrespondieren.

12 Durch die Änderung der Zuordnung von zwei Räumen durch Tausch sei Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum umgewandelt worden und Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum. Die Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum berühre das Sachenrecht des Wohnungseigentums, da sich der Umfang des gemeinschaftlichen Eigentums reduziere. Es erfordere die Auffassung durch alle Sondereigentümer. Die wirtschaftliche Kompensation durch Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum ändere daran nichts; rechtlich betroffen seien alle Sondereigentumseinheiten. Für die Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum sei Nr. 14160 Ziffer 5 KV GNotKG als Spezialvorschrift anzusehen. Es seien alle Sondereigentumseinheiten betroffen, da durch den Tausch das konkrete gemeinschaftliche Eigentum an dem bisherigen Raum verloren gehe. Deswegen sei zur Änderung eine Übereinkunft aller Wohnungseigentümer erforderlich sowie die Zustimmung betroffener Einzelrechte, welche auf den Sondereigentumseinheiten eingetragen seien. Eine wirtschaftliche Beurteilung des Umfangs von Nutzen, Beeinträchtigung oder Gleichwertigkeit stehe dem Grundbuchamt nicht zu und sei

auch nicht Sache des Kostenansatzes. Der erfolgte Tausch der Räume stelle nach GNotKG nicht nur eine Änderung des Gegenstands des Gemeinschaftseigentums dar, sondern eine kostenpflichtige Änderung aller ursprünglichen Raumeigentumsrechte; damit sei Nr. 14160 Ziffer 5 KV GNotKG betroffen. Die arbeitsaufwendigen Vorgänge habe der Gesetzgeber nach der Zahl der betroffenen Einheiten zur Vereinfachung des Kostenrechts pauschalieren wollen.

13 Für die Änderung der Zuordnung durch den Tausch von zwei Räumen sei daher ein Betrag von 5.250 € (105 Einheiten à 50 €) anzusetzen.

14 Mit Beschluss vom 16.5.2018 hat der Kostenbeamte der Erinnerung der Beteiligten zu 2 entsprochen und entsprechend des Antrags des Beteiligten zu 1 Kosten für die Pfandfreigaben angesetzt. Für die Aufhebung von Sondereigentum falle nur eine Gebühr nach Nr. 14160 Ziffer 5 KV GNotKG an, die Begründung neuen Sondereigentums stelle keine Inhaltsänderung des Wohneigentums dar und falle daher unter Nr. 14112 KV GNotKG. Der Ansatz eines Kaufpreises von 5.000 € sei plausibel. Gebühren für eine Pfanderstreckung fielen nicht an, da die Einheit 114 unbelastet sei. Bezüglich der eingetragenen 25 Grundpfandrechte seien die Mindestgebühren anzusetzen.

15 Gegen diesen Beschluss hat der Beteiligte zu 1 Beschwerde eingelegt mit dem Antrag, für die Aufhebung des Sondereigentums für jedes betroffene Sondereigentum gesondert die Festgebühr nach Nr. 14160 Ziffer 5 KV GNotKG zu erheben sowie hinsichtlich der 25 eingetragenen Grundschulden für die Einbeziehung des neuen Pfandgegenstands, nämlich des neuen Hausanschluss- und Elektrozählerraums je eine 0,5 Gebühr aus 5.000 € nach Nr. 14123 KV GNotKG und hilfsweise anstelle der Gebühr nach Nr. 14112 KV GNotKG 105 Mal die Festgebühr nach Nr. 14160 Ziffer 5 KV GNotKG für die Umwandlung von Gemeinschafts- und Sondereigentum am Keller Nr. 114. Sollte nicht die Umwandlung von Sonder- und Gemeinschaftseigentum unter Nr. 14160 Ziffer 5 KV GNotKG zu fassen sein, so zumindest die Umwandlung von Gemeinschafts- in Sondereigentum, weshalb 105 mal die Festgebühr anzusetzen sei.

16 Der Rechtspfleger hat der Beschwerde nicht abgeholfen. Das Gesetz unterscheide zwischen Inhaltsänderung (in Nr. 14160 Ziffer 5 Fall 1 KV GNotKG) und Aufhebung (in Nr. 14160 Ziffer 5 Fall 2 KV GNotKG). Der Rückfall des Sondereigentums in Gemeinschaftseigentum sei nur Folge der Aufhebung von Sondereigentum und stelle einen Vorteil für die übrigen Einheiten dar. Dagegen falle die Begründung von Sondereigentum unter Nr. 14112 KV GNotKG.

17 II. 1. Die Beschwerde des Bezirksrevisors ist nach § 81 Abs. 2 Satz 1 GNotKG statthaft, da der Wert des Beschwerdegegenstands 200 € übersteigt. Zudem wurde die Beschwerde formgerecht eingelegt, § 81 Abs. 5 Sätze 1 und 4 GNotKG.

18 Nach Übertragung der Sache durch den Einzelrichter auf den Senat entscheidet dieser gemäß § 81 Abs. 6 Satz 2 GNotKG.

19 2. Das Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg.

20 a) Es kann vorliegend dahingestellt bleiben, wie eine Umwandlung von entstandenem Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum zu bewerten ist. Unzutreffend ist nämlich die Prämisse, dass sich der Tausch der Kellerräume hinsichtlich des Elektroraumes als Umwandlung von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum darstelle. Es wurde nämlich nicht berücksichtigt, dass am Elektroraum trotz der Eintragung im Grundbuch als Sondereigentum ein solches nicht entstehen konnte.

21 Nach § 5 Abs. 2 WEG können Anlagen und Einrichtungen des Gebäudes, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen, nicht Gegenstand von Sondereigentum sein, selbst wenn sie sich im Bereich der in Sondereigentum stehenden Räume befinden sollten. Das gilt nach dem Sinn der Vorschrift nicht nur für Anlagen oder Einrichtungen, sondern auch für die Räume selbst (BGHZ 73, 302, 311; Bärmann/*Armbrüster*, WEG, 14. Aufl., § 5 Rdnr. 26 f.). Sie stehen zwingend im gemeinschaftlichen Eigentum, wenn ihr Zweck darauf gerichtet ist, der Gesamtheit der Wohnungseigentümer einen ungestörten Gebrauch ihrer Wohnungen und der Gemeinschaftsräume zu ermöglichen und zu erhalten. Das trifft unter anderem auf Flächen und Flure zu, die als Zugang zu den Gemeinschaftsräumen bestimmt sind oder die zur Bewirtschaftung und Versorgung der Wohnungen und des Gemeinschaftseigentums dienen, weil sich in ihrem Bereich die zentralen Zähl-, Schalt-, Sicherungs- oder Beschickungseinrichtungen der gemeinschaftlichen Wasser-, Wärme- und Energieversorgungsanlagen des Gebäudes befinden (vgl. BGH, NJW 1991, 2909; BGHZ 78, 225, 227 f.). Die Einräumung von Sondereigentum an Räumen, die Anlagen und Einrichtungen, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch dienen, enthalten, ist nur möglich, wenn der Raum selbst nicht ausschließlich demselben Zweck wie die Anlage dient (BGHZ 73, 301, 311). Ist hingegen der Raum in den Anwendungsbereich von § 5 Abs. 2 WEG einbezogen, ist eine Zuordnung des Raums zum Sondereigentum unwirksam.

22 Vorliegend enthält der bisher als Keller 114 bezeichnete Raum die Elektrozähler für die Eigentumseinheiten. Da die Eigentümer zu den Elektrozählern immerwährenden grundsätzlichen Zugang haben müssen, dient der Raum, in dem Hausanschluss und Elektrozähler angebracht sind, demselben Zweck wie die Anlage selbst und kann daher nicht im Sondereigentum stehen. Die Eintragung des bisherigen Kellers 114 als Sondereigentum war daher unwirksam, der Raum stand trotz der unwirksamen Eintragung als Sondereigentum im Gemeinschaftseigentum.

23 Mit dem „Tausch“ der Räume wurde daher der bisherige Keller 114 nicht von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum umgewandelt, sodass von der Eintragung allein der bisherige Buchberechtigte, nicht aber die übrigen Eigentümer betroffen sind, deren Eigentum sich durch die klarstellende Eintragung, dass der bisherige Keller 114 Gemeinschaftseigentum ist, nicht geändert hat.

24 b) In der Folge fällt auch eine Gebühr nach Nr. 14123 KV GNotKG für die Einbeziehung eines neuen Pfandgegenstands nicht an, sodass irrelevant ist, ob sich ein Pfandrecht nun auf den bisherigen Keller 114 erstreckt. Selbst wenn, stand der Raum schon bisher im Gemeinschaftseigentum und war mithin Pfandgegenstand.

25 c) Soweit an dem bisher als Elektroraum bezeichneten Gemeinschaftseigentum nunmehr Sondereigentum begründet wurde, ist eine Gebühr nach Nr. 14112 KV GNotKG zu erheben.

26 Nach Nr. 14112 KV GNotKG fällt eine Gebühr für die Eintragung der vertraglichen Einräumung von Sondereigentum an. Hingegen regelt Nr. 14160 Nr. 5 KV GNotKG als sonstige Eintragung die Änderung des Inhalts oder Eintragung der Aufhebung des Sondereigentums, wobei dann die Gebühr für jedes betroffene Sondereigentum gesondert erhoben wird.

27 Der Inhalt des Sondereigentums wird von § 5 Abs. 4 WEG und § 10 Abs. 3 WEG nur soweit geregelt, als darin Vereinbarungen über das Verhältnis der Wohnungseigentümer angesprochen sind. Als Änderung des Inhalts des Sondereigentums werden – wie zu der Vorgängervorschrift des § 76 KostO auch (Korintenberg/Wilsch, GNotKG, 21. Aufl., Nr. 14160 Rdnr. 29a) – die nachträgliche Vereinbarung von Verfügungsbeschränkungen nach § 12 WEG (Leipziger Kommentar-GNotKG/Schulz, 2. Aufl., Nr. 14160 Rdnr. 9), Gebrauchsregelungen nach § 15 WEG oder die Umwandlung von Wohnungs- in Teileigentum (Rohs/Wedewer, GNotKG, Stand März 2020, Nr. 14160 Rdnr. 13) angesehen. Des Weiteren fallen unter Nr. 14160 Ziffer 5 KV GNotKG die nachträgliche Begründung und Übertragung (Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Gutfried, GNotKG, 3. Aufl., Nr. 14160 Rdnr. 24) wie auch die Erweiterung von Sondernutzungsrechten (Senat vom 23.4.2015, 34 Wx 122/15).

28 Nur vereinzelt wird hingegen ohne nähere Begründung vertreten, dass nach Bildung der Wohnungsgrundbücher auch die Begründung von Sondereigentum an bisherigem Gemeinschaftseigentum unter Nr. 14160 Ziffer 5 KV GNotKG falle (Schneider/Volpert/Fölsch/Drempetic, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl., Nr. 14160 KV GNotKG Rdnr. 19).

29 Dagegen spricht jedoch, dass auch nach der Anlegung von Wohnungsgrundbüchern bei der Eintragung neuer Räume als Sondereigentum nicht der Inhalt des Sondereigentums geändert wird, sondern der Gegenstand (Staudinger/Rapp, Neub. 2018, § 6 WEG Rdnr. 22). Auch wenn zwar nicht allgemein beantwortet werden kann, welchen Inhalt ein Sondereigentum hat (Hügel/Elzer, WEG, 2. Aufl., § 13 Rdnr. 4), differenziert das WEG zwischen dem Gegenstand von Sondereigentum als dem zugeschriebenen räumlichen Bereich an sich (§ 5 Abs. 1 WEG) und dessen Inhalt als die diesem Raum zugeordneten Rechte (vgl. § 5 Abs. 4 und § 10 Abs. 3 WEG). Da nach dem WEG als Änderungen des Inhalts des Sondereigentums nur Änderungen an den mit dem Sondereigentum verbundenen Rechten angesehen werden, betreffen nach der herrschenden Meinung auch die unter Nr. 14160 Ziffer 5 KV GNotKG zu fassenden, allgemein anerkannten Änderungen des Inhalts des Sondereigentums in keinem Fall den Gegenstand des Sondereigentums.

30 Dass der Gesetzgeber eine kostenrechtliche Differenzierung zwischen Gegenstand und Inhalt in Nr. 14160 KV GNotKG nicht treffen wollte, ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht. Insbesondere ergibt sich nicht, dass der Gesetzgeber den Inhalt des Sondereigentums im GNotKG losgelöst von den Regelungen des WEG definieren wollte. Nach-

dem der Gegenstand des Sondereigentums im WEG nicht als dessen Inhalt angesehen wird, würde es der Einheitlichkeit der Rechtsordnung widersprechen, für das Kostenrecht eine andere Definition zu verwenden.

31 Daher folgt der Senat der herrschenden Ansicht, wonach der Hinzuerwerb eines Raums zum Sondereigentums aus bisherigem Gemeinschaftseigentum kostenrechtlich unter Nr. 14112 KV GNotKG als *lex specialis* zu fassen ist (Rohs/Wedewer, GNotKG, Nr. 14110 bis 14112 Rdnr. 27; Korintenberg/Wilsch, GNotKG, Nr. 14112 Nr. 15; Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Gutfried, GNotKG, Nr. 14112 Rdnr. 11; Hartmann/Toussaint, Kostenrecht, 50. Aufl., Nr. 14112 KV GNotKG Rdnr. 2; Hügel/Krahl, GBO, 4. Aufl., Sonderteil WEG Rdnr. 170; Wilsch, ZfIR 2014, 457, 461).

(...)

STEUERRECHT

25. Schenkungsteuer: Freibetrag für Urenkel

BFH, Beschluss vom 27.7.2020, II B 39/20 (AdV) (Vorinstanz: FG Düsseldorf, Beschluss vom 6.5.2020, 4 V 794/20)

ErbStG §§ 15, 16

FGO §§ 59, 69

ZPO § 59

LEITSATZ:

Urenkeln steht jedenfalls dann lediglich der Freibetrag i. H. v. 100.000 € nach § 16 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG zu, wenn Eltern und Großeltern noch nicht verstorben sind.

26. Änderung eines Grunderwerbsteuerbescheids nach Kaufpreisherabsetzung aufgrund vertraglich vereinbarter Anpassungsklausel

BFH, Urteil vom 22.7.2020, II R 32/18 (Vorinstanz: FG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 4.7.2018, 3 K 206/16)

AO § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2

GrEStG § 5 Abs. 2, § 16 Abs. 3 Nr. 1 und 2

LEITSÄTZE:

- Die Herabsetzung der Gegenleistung i. S. d. § 16 Abs. 3 GrEStG ermöglicht keine Änderung nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO.**
- Eine entsprechende Anwendung des § 16 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG auf einen im Kaufvertrag vereinbarten, einseitig durchsetzbaren Anspruch auf Herabsetzung der Gegenleistung ist nicht möglich.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 28.10.2008 (Kaufvertrag) erwarb die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) von einer GmbH Ackerflächen, Grünland, Umland, Wald und sonstige Flächen zu einem Gesamtkaufpreis von 1.003.973,90 €.

2 Unter § 2 des Vertrages „Kaufgegenstand/Verkauf/Kaufpreis“ hieß es:

„Nach Ansicht des Käufers ergibt sich für ihn nach den Vorgaben des AusgLeistG und der FIErWV ein Anspruch darauf, die vertragsgegenständlichen Flächen zu einem günstigeren Preis als dem vereinbarten Kaufpreis erwerben zu können. Er behält sich daher vor, gerichtlich die erfolgte Kaufpreisbildung und -höhe einer Prüfung zu unterziehen sowie einen Anspruch auf Anpassung des vereinbarten Kaufpreises geltend zu machen.

3 Die Verkäuferin erklärt, dass sie bei der Kaufpreisbildung, die sie dem Käufer im Einzelnen dargelegt hat, nicht von niedrigeren Werten als den von ihr festgestellten und anhand vergleichbarer Verkäufe in der Region abgeleiteten Vergleichswerten ausgehen durfte. Andernfalls würde sie bei der Vereinbarung eines niedrigeren Kaufpreises eine ggf. europarechtswidrige Beihilfe gewähren, zumindest aber einen höheren Preisnachlass als den durch das AusgLeistG vorgegebenen 35 %-igen Abschlag vom Verkehrswert.

4 Die Parteien sind sich jedoch darüber einig, dass sie den Vertrag entsprechend einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung ggf. anpassen werden. Die Einigkeit besteht jedoch auch darüber, dass der Vertrag mit dem vereinbarten Kaufpreis Bestand haben soll, sofern der Käufer den sich vorbehaltenen Kaufpreisanpassungsanspruch nicht weiter verfolgt oder ggf. durch ein Gericht rechtskräftig festgestellt wird, dass ihm ein solcher nicht zusteht.“

5 Der Erwerb bedurfte der Genehmigung nach der Grundstücksverkehrsordnung. Am 1.12.2008 teilte der Notar dem seinerzeit zuständigen FA mit, dass der Kaufvertrag rechtswirksam geworden sei. Mit Bescheid vom 10.2.2009 (Grunderwerbsteuerbescheid) setzte das seinerzeit zuständige FA Grunderwerbsteuer i. H. v. 35.139 € fest. Als Bemessungsgrundlage zog es den Kaufpreis i. H. v. 1.003.973 € heran. Der Bescheid wurde bestandskräftig.

6 Mit Urteil des LG A vom 15.4.2015 (...) wurde die GmbH verurteilt, an die Klägerin 131.550,81 € nebst Zinsen zu zahlen, da nach dem Ausgleichleistungsgesetz (AusgLeistG) der zutreffende Kaufpreis 872.423,09 € betrage. Die Differenz zum tatsächlich gezahlten Kaufpreis ergebe den gemäß § 2 Nr. 5 des Kaufvertrags zu erstattenden Betrag. Diesen Betrag zahlte die GmbH am 10.06.2015 an die Klägerin zurück.

7 Den daraufhin von der Klägerin mit Schreiben vom 18.8.2015 gestellten Antrag auf Änderung der festgesetzten Grunderwerbsteuer – ausgehend nunmehr von einer Bemessungsgrundlage i. H. v. 872.422 €- lehnte der mittlerweile zuständig gewordene Beklagte und Revisionskläger (das FA) mit Bescheid vom 10.12.2015 ab und wies auch den dagegen

eingeleigten Einspruch mit Einspruchsentscheidung vom 19.4.2016 als unbegründet zurück. Die Voraussetzungen des § 16 Abs. 3 GrEStG seien nicht erfüllt. Der Grunderwerbsteuerbescheid könne ebenso wenig nach den Vorschriften der AO geändert werden.

8 Die hiergegen eingelegte Klage hatte Erfolg. Das FG führte in seiner Begründung im Wesentlichen aus, die Herabsetzung des Kaufpreises aufgrund des Urteils des LG habe steuerliche Wirkung für die Vergangenheit i. S. d. § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO gehabt, da damit in eine wesentliche Besteuerungsgrundlage, nämlich den Wert der Gegenleistung, eingegriffen worden sei. Das Urteil ist in EFG 2018, 1781 veröffentlicht.

9 Mit seiner Revision macht das FA eine Verletzung der §§ 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, 38 AO sowie § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 8 Abs. 1 und § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG geltend.

10 Das FA beantragt,

die Vorentscheidung aufzuheben und die Klage abzuweisen.

11 Die Klägerin beantragt,

die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

12 II. Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Abweisung der Klage (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Entgegen der Auffassung des FG konnte der Grunderwerbsteuerbescheid aufgrund der Herabsetzung des Kaufpreises nicht nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO geändert werden. Eine Änderungsbefugnis ergibt sich auch nicht aus anderen Vorschriften.

13 1. Das FA hat die Grunderwerbsteuer am 10.2.2009 in zutreffender Höhe festgesetzt.

14 a) Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG unterliegt der Grunderwerbsteuer ein Kaufvertrag, soweit er sich auf inländische Grundstücke bezieht.

15 § 3 Abs. 7 a AusgLeistG ermöglicht Berechtigten i. S. d. § 3 Abs. 5 Satz 1 AusgLeistG volkseigene, von der Treuhandanstalt zu privatisierende landwirtschaftliche Flächen und Waldflächen zu erwerben. Dabei sieht das AusgLeistG für den Erwerb landwirtschaftlicher Flächen einen Preisnachlass im Sinne eines 35 %-igen Abschlags auf den Verkehrswert des Grundstücks vor (§ 3 Abs. 7 Satz 1 AusgLeistG). Der vergünstigte Erwerb unterliegt der Grunderwerbsteuer. Unschädlich ist, dass die Vergünstigung eine Kompensation für die letztlich nicht vollzogene Wiedergutmachung in Geld darstellt und daher Entschädigungscharakter hat (vgl. zu einem Grundstückserwerb durch Alteigentümer nach § 3 Abs. 5 AusgLeistG: BFH, Beschluss vom 22.11.2018, II B 51/18, BFH/NV 2019, 205 Rdnr. 13, 25 ff., m. w. N.).

16 b) Die Grunderwerbsteuer bemisst sich gemäß § 8 Abs. 1 GrEStG nach dem Wert der Gegenleistung. Nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG gelten als Gegenleistung bei einem Kauf der Kaufpreis einschließlich der vom Käufer übernommenen sonstigen Leistungen und der dem Verkäufer vorbehaltenen Nutzungen. Als Gegenleistung war der von der Klägerin geschuldete Kaufpreis in der im Kaufvertrag vereinbarten Höhe anzusetzen.

17 c) Ob dem Umstand, dass bereits bei Kaufvertragsabschluss eine Kaufpreisanpassung in Rede stand, dadurch

Rechnung zu tragen gewesen wäre, dass die Festsetzung der Grunderwerbsteuer verfahrensrechtlich unter dem Vorbehalt der Nachprüfung (§ 164 Abs. 1 AO) oder vorläufig (§ 165 Abs. 1 AO) zu ergehen hatte (vgl. BFH, Urteil vom 17.4.1991, II R 119/88, BFHE 164, 130 = BStBl. II 1991, S. 586 unter II. 2.; *Pahlke*, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, 6. Aufl., § 16 Rdnr. 95; *Boruttau/Loose*, Grunderwerbsteuergesetz, 19. Aufl., § 16 Rdnr. 222; *Behrens/Wachter/Koppermann*, Grunderwerbsteuergesetz, § 16 Rdnr. 145 f.; *Vettermann*, DStR 2017, 1518 unter 2. 1 Fn. 6), kann dahingestellt bleiben. Der Grunderwerbsteuerbescheid ist ohne eine solche Nebenbestimmung ergangen.

18 2. Eine Änderung des Grunderwerbsteuerbescheids nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO ist nicht möglich.

19 a) Nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO ist ein Steuerbescheid zu ändern, soweit ein Ereignis eintritt, das steuerliche Wirkung für die Vergangenheit hat (rückwirkendes Ereignis). Zu den rückwirkenden Ereignissen zählen alle rechtlich bedeutsamen Vorgänge, aber auch tatsächliche Lebensvorgänge, die steuerrechtlich – ungeachtet der zivilrechtlichen Wirkungen – in der Weise Rückwirkung entfalten, dass nunmehr der veränderte anstelle des zuvor verwirklichten Sachverhalts der Besteuerung zugrunde zu legen ist (BFH, Urteil vom 12.5.2016, II R 39/14, BFHE 255, 286 = BStBl. II 2017, 63 Rdnr. 18 m. w. N.). Ein nachträgliches Ereignis mit steuerlicher Rückwirkung muss zu einer Änderung des Sachverhalts führen, den die Finanzbehörde bei der Steuerfestsetzung zugrunde gelegt hat, und nicht nur zu einer veränderten (rechtlichen) Beurteilung des nämlichen Sachverhalts (vgl. BFH-Urteile vom 17.5.2017, II R 60/15, BFH/NV 2017, 1299 Rdnr. 19 und vom 12.3.2019, IX R 2/18, BFH/NV 2019, 1073 Rdnr. 22, jew. m. w. N.). Eine Änderung des nach dem Steuertatbestand rechtserheblichen Sachverhalts kann insbesondere dann zu einer rückwirkenden Änderung steuerrechtlicher Rechtsfolgen führen, wenn Steuertatbestände an einen einmaligen Vorgang anknüpfen (Beschluss des Großen Senats des BFH vom 19.7.1993, GrS 2/92, BFHE 172, 66 = BStBl. II 1993, S. 897 unter C. II. 1. d); BFH, Urteil vom 11.7.2019, II R 36/16, BFHE 265, 430 = BStBl. II 2020, S. 391 Rdnr. 24).

20 b) Ob einer nachträglichen Änderung eines Sachverhalts rückwirkende steuerrechtliche Bedeutung zukommt, ob mithin eine solche Änderung dazu führt, dass bereits eingetretene steuerrechtliche Rechtsfolgen mit Wirkung für die Vergangenheit sich ändern oder vollständig entfallen, bestimmt sich allein nach dem jeweils einschlägigen materiellen Recht. Nach diesem ist zu beurteilen, ob zum einen eine Änderung des ursprünglich gegebenen Sachverhalts den Steuertatbestand überhaupt betrifft und ob darüber hinaus der nach § 38 AO bereits entstandene materielle Steueranspruch mit steuerrechtlicher Rückwirkung noch geändert werden oder entfallen kann (BFH-Urteile in BFHE 255, 286 = BStBl. II 2017, 63 Rdnr. 18; in BFH/NV 2017, 1299 Rdnr. 20; in BFH/NV 2019, 1073 Rdnr. 22 und in BFHE 265, 430 Rdnr. 24, jew. m. w. N.).

21 Der Umstand, dass einem Ereignis ertragsteuerrechtlich Rückwirkung zukommt, ist für Zwecke der Grunderwerbsteuer nicht ausschlaggebend (vgl. BFH, Beschluss vom 4.11.2019, II B 48/19, BFH/NV 2020, 182 Rdnr. 13).

22 c) Die Herabsetzung der Gegenleistung i. S. d. § 16 Abs. 3 GrEStG ermöglicht nach der insoweit zwingenden gesetzlichen Systematik keine Änderung nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO. Das folgt aus § 16 Abs. 4 GrEStG und § 175 Abs. 1 Satz 2 AO und entspricht dem Grundsatz, dass die steuerrechtliche Wirkung eines Ereignisses für die Vergangenheit autonom für das jeweilige materielle Steuergesetz zu beurteilen ist (vgl. BFH-Beschluss in BFH/NV 2020, 182 Rdnr. 16).

23 aa) § 16 Abs. 3 GrEStG lässt als spezialgesetzliche Korrekturvorschrift zu § 1 GrEStG unter den dort näher aufgeführten Voraussetzungen auf Antrag die Änderung einer Steuerfestsetzung zu, wenn die Gegenleistung nach Entstehung der Steuer herabgesetzt wird. Eine nachträgliche Herabsetzung der Gegenleistung erlaubt aber nur dann eine Änderung der Steuerfestsetzung, wenn die Herabsetzung innerhalb von zwei Jahren seit der Entstehung der Steuer stattfindet (§ 16 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG) oder wenn die Herabsetzung (Minderung) aufgrund des § 437 BGB vollzogen wird (§ 16 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG). Tritt ein Ereignis ein, das nach § 16 Abs. 3 GrEStG die Aufhebung oder Änderung einer Steuerfestsetzung begründet, endet die Festsetzungsfrist (§§ 169 bis 171 AO) insoweit nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Eintritt des Ereignisses (§ 16 Abs. 4 GrEStG).

24 bb) Wäre ein Ereignis, das nach § 16 Abs. 1 bis 3 GrEStG die Aufhebung oder Änderung einer Steuerfestsetzung begründet, namentlich die Herabsetzung der Gegenleistung, ein rückwirkendes Ereignis i. S. d. § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO, liefe § 16 Abs. 4 GrEStG ausnahmslos leer. Denn mit dem Ende des Kalenderjahres einer Kaufpreisherabsetzung i. S. d. § 16 Abs. 3 GrEStG würde dann die vierjährige Festsetzungsverjährung nach § 169 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AO erneut beginnen. Damit bedürfte es des § 16 Abs. 4 GrEStG nicht, wonach die Festsetzungsfrist (§§ 169 bis 171 AO) lediglich nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Eintritt des Ereignisses endet. Eine Auslegung, mit der eine gesetzliche Vorschrift jeglichen Anwendungsbereich verlöre, widerspräche der gesetzlichen Systematik, kann von Gesetzes wegen nicht gewollt sein und wäre offenkundig unzutreffend (BFH-Beschluss in BFH/NV 2020, 182 Rdnr. 19).

25 3. Die Vorentscheidung stellt sich auch nicht im Ergebnis als richtig dar (vgl. § 126 Abs. 4 FGO), denn die vollzogene Herabsetzung der Gegenleistung durch den anteilig zurückgezählten Kaufpreis war auch nicht nach anderen Änderungsvorschriften zu berücksichtigen.

26 a) Zwar liegt eine von § 16 Abs. 3 GrEStG erfasste Herabsetzung der Gegenleistung vor, jedoch sind die übrigen Voraussetzungen für die begehrte Änderung der bestandskräftigen Steuerfestsetzung nicht erfüllt.

27 aa) Wird die Gegenleistung für das Grundstück herabgesetzt, so wird auf Antrag die Steuer entsprechend niedriger festgesetzt oder die Steuerfestsetzung geändert, wenn die Herabsetzung innerhalb von zwei Jahren seit der Entstehung der Steuer stattfindet (§ 16 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG).

28 aaa) Die Ansprüche aus dem Steuerverhältnis entstehen, sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft (§ 38 AO). Im Fall des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG geschieht dies mit Abschluss des Kaufvertrags. Nach

§ 14 Nr. 2 GrEStG entsteht die Grunderwerbsteuer allerdings, wenn ein Erwerbsvorgang einer Genehmigung bedarf, erst mit der Genehmigung.

29 bbb) Im Streitfall ist die Steuer am 1.12.2008 entstanden. Die Genehmigung nach der Grundstücksverkehrsordnung trat – wie das FG zutreffend ausgeführt hat – spätestens am 1.12.2008 mit der Mitteilung des Notars an das seinerzeit zuständige FA über den Eintritt der Rechtswirksamkeit des Vertrags ein. Die Zweijahresfrist des § 16 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG war bei Verkündung des Urteils des LG am 15.4.2015 und der anschließenden Rückzahlung des anteiligen Kaufpreises an die Klägerin daher bereits abgelaufen.

30 bb) Gemäß § 16 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG ist eine Herabsetzung der Steuer auf Antrag bei Herabsetzung der Gegenleistung für das Grundstück unbefristet möglich, wenn die Herabsetzung (Minderung) aufgrund des § 437 BGB vollzogen wird.

31 aaa) Nach § 437 Nr. 2, § 441 BGB kann ein Käufer den Kaufpreis durch Erklärung gegenüber dem Verkäufer mindern und den gezahlten Mehrbetrag erstattet verlangen, wenn die Sache mangelhaft (§§ 434, 435 BGB) ist. Ein Sachmangel liegt gemäß § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB u. a. vor, wenn der verkaufte Gegenstand nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat.

32 bbb) Auch wenn im Gesetz nicht bestimmt ist, was zu der Beschaffenheit der Kaufsache gehört (vgl. *Erman/Grunewald*, BGB, 15. Aufl., § 434 Rdnr. 2), sind als Beschaffenheit einer Sache i. S. v. § 434 Abs. 1 BGB nach der zivilrechtlichen Rechtsprechung sowohl alle Faktoren anzusehen, die der Sache selbst anhaften, als auch alle Beziehungen der Sache zur Umwelt, die nach der Verkehrsauffassung Einfluss auf die Wertschätzung der Sache haben (Urteile des BGH vom 15.6.2016, VIII ZR 134/15, ZIP 2016, 1928 Rdnr. 10, und vom 11.12.2019, VIII ZR 361/18, ZIP 2020, 419 Rdnr. 37, jew. m. w. N.).

33 Während demnach Angaben zu wertbildenden Eigenschaften unter Umständen zu Beschaffenheitsvereinbarungen führen und der Wert einer Sache von ihrer Beschaffenheit abhängt, wird der Wert selber jedoch auch durch außerhalb der Sache liegende Marktkräfte gebildet. Teil der Beschaffenheit sind damit nur die wertbildenden Faktoren, nicht aber der Wert selber (*BeckOKBGB/Faust*, Stand: 1.5.2020, § 434 Rdnr. 24; *MünchKomm-BGB/Westermann*, 8. Aufl., § 434 Rdnr. 11).

34 ccc) Ein Minderungsanspruch nach § 437 BGB, der eine Änderungsbefugnis nach § 16 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG begründen könnte, liegt im Streitfall nicht vor.

35 (1) Bei einem begünstigten Flächenerwerb nach dem AusgLeistG richtet sich die Kaufpreisermittlung nach den §§ 5 und 6 FIErWV, die § 3 Abs. 7 AusgLeistG näher konkretisieren. Danach ist für landwirtschaftliche Flächen grundsätzlich zunächst der Verkehrswert zu ermitteln und hiervon ein Abschlag von 35 % vorzunehmen. Die Privatisierungsstelle hat diesen – in § 3 Abs. 7 Satz 1 AusgLeistG als „Wertansatz“ bezeichneten – Kaufpreis nach § 9 Abs. 1 Satz 2 FIErWV nicht zu bestimmen, sondern nach Maßgabe des § 5 FIErWV und den in dieser Vorschrift in Bezug genommenen Vorschriften der Wertermittlungsverordnung zu „ermitteln“ (vgl. BGH, Urteil vom 12.12.2014, V ZR 109/14, NJW-RR 2015, 1008 Rdnr. 15

m. w. N.). Dabei darf die Privatisierungsstelle allerdings von dem in § 3 Abs. 7 Satz 1 AusgLeistG festgelegten Preis nicht abweichen (vgl. BGH-Urteil in NJW-RR 2015, 1008 Rdnr. 14, m. w. N.; *Dombert/Witt/Ruppert*, Münchener Anwaltshandbuch Agrarrecht, 2. Aufl. 2016, Teil D. § 12 Rdnr. 65).

36 Da insofern keine Ermessensentscheidung der Privatisierungsstelle vorliegt, stellt die Nachprüfung und Anpassung des Verkehrswertes durch ein Gericht in diesem Zusammenhang nicht Rechtsgestaltung, sondern Auslegung bzw. Rechtsanwendung dar – auch wenn sie vertraglich wie im vorliegenden Fall durch eine Anpassungsklausel vorgesehen ist (BGH-Urteil, NJW-RR 2015, 1008 Rdnr. 9; KG, Urteil vom 18.11.2010, 22 U 14/10, Recht der Landwirtschaft 2011, 119 Rdnr. 30 m. w. N.).

37 (2) Als nach § 3 Abs. 1 und 2 AusgLeistG i. V. m. § 2 FIErWV zum Flächenerwerb Berechtigte hatte die Klägerin somit nach § 3 Abs. 7 Satz 1 AusgLeistG einen Anspruch, die streitgegenständlichen Flächen zu 65 % des Verkehrswertes zu erwerben. Insofern diente der Kaufvertrag lediglich der Umsetzung des gesetzlich auch hinsichtlich des Kaufpreises vorgegebenen Erfüllungsanspruchs der Klägerin (vgl. BGH-Urteil, NJW-RR 2015, 1008 Rdnr. 14), den diese gegenüber der GmbH einseitig rechtlich durchsetzen konnte. Einen Minderungsanspruch wegen Mängeln i. S. d. § 437 BGB stellt dies jedoch nicht dar.

38 (3) Auch ist die von der GmbH im Kaufvertrag niedergelegte Auffassung, dass der Kaufpreis dem Verkehrswert abzüglich eines 35 %-igen Abschlags entspreche, keine Beschaffenheitsvereinbarung, die Grundlage eines Minderungsanspruchs nach § 437 BGB sein könnte.

39 Sonstige Mängel des Grundstücks hat das FG weder festgestellt noch sind solche vorgetragen.

40 b) Ob aufgrund des nachträglichen Bekanntwerdens von neuen Tatsachen oder Beweismitteln ein Anspruch auf Änderung des unstreitig bestandskräftigen Bescheids nach § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO gegeben wäre, kann im Streitfall dahingestellt bleiben. Denn für eine Änderung im Jahr 2015 war die vierjährige Festsetzungsverjährungsfrist nach § 169 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AO abgelaufen.

41 c) § 5 Abs. 2 Satz 2 BewG begründet ebenfalls keinen Anspruch auf Herabsetzung der bestandskräftig festgesetzten Grunderwerbsteuer.

42 Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 BewG werden Wirtschaftsgüter, die unter einer auflösenden Bedingung erworben sind, wie unbedingt erworbene behandelt. Tritt die Bedingung ein, so ist die Festsetzung der nicht laufend veranlagten Steuern auf Antrag nach dem tatsächlichen Wert des Erwerbs zu berichtigen. Der Antrag ist bis zum Ablauf des Jahres zu stellen, das auf den Eintritt der Bedingung folgt (§ 5 Abs. 2 Sätze 1 und 2 BewG).

43 § 5 Abs. 1 Satz 1 BewG bezieht sich auf Wirtschaftsgüter, die unter einer auflösenden Bedingung erworben sind (BFH, Urteil vom 17.4.2013, II R 1/12, BFHE 240, 409 = BStBl. II 2013, S. 637 Rdnr. 22). Ein solcher Fall ist hier nicht gegeben.

44 d) Auch eine entsprechende Anwendung des § 16 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG bei einem bereits im Kaufvertrag vereinbarten,

einseitig durchsetzbaren Anspruch auf Herabsetzung der Gegenleistung ist nicht möglich.

45 aa) Die analoge Anwendung einer Rechtsnorm setzt eine Gesetzeslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit voraus. Die Norm muss gemessen an ihrem Zweck unvollständig, d. h. ergänzungsbedürftig sein. Ihre Ergänzung darf nicht einer vom Gesetzgeber beabsichtigten Beschränkung auf bestimmte Tatbestände widersprechen. Dass eine gesetzliche Regelung rechtspolitisch als verbesserungsbedürftig anzusehen ist („rechtspolitische Fehler“), reicht nicht aus. Ihre Unvollständigkeit muss sich vielmehr aus dem gesetzesimmanenten Zweck erschließen. Eine Auslegung gegen den Wortlaut kommt zudem nur unter sehr engen Voraussetzungen in Betracht, wenn nämlich die auf den Wortlaut abgestellte Auslegung zu einem sinnwidrigen Ergebnis führen würde (BFH, Urteil vom 6.12.2017, II R 26/15, BFH/NV 2018, 453 Rdnr. 35; Beschluss vom 29.8.2019, II B 79/18, BFH/NV 2020, 22 Rdnr. 5 m. w. N.).

46 Zwar ist eine analoge Anwendung von § 16 GrEStG nicht grundsätzlich ausgeschlossen (vgl. zur Minderung aufgrund §§ 634, 638 BGB oder Vorschriften der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen; *Hofmann*, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, 11. Aufl., § 16 Rdnr. 56; *Behrens/Wachter/Koppermann*, Grunderwerbsteuergesetz, § 16 Rdnr. 165; *Boruttaw/Loose*, a. a. O., § 16 Rdnr. 244; *Classen*, Neue Wirtschafts-Briefe, Fach 8, 1535, 3206; bzw. für ein vertraglich zugesichertes Minderungsrecht: *Hofmann*, a. a. O., § 16 Rdnr. 57; *Pahlke*, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, § 16 Rdnr. 99; *Griesar/Jochum/Egner/Geißler*, eKomm Ab, Stand: 1.1.2015, § 16 GrEStG Rdnr. 60 – Aktualisierung vom 13.5.2019). Allerdings wurde eine solche bereits für Erwerbe im Flächenerwerbssprogramm nach § 3 AusglLeistG abgelehnt (BFH-Urteile vom 26.10.2006, II R 49/05, BFHE 215, 292 = BStBl. II 2007, S. 324 unter II. 3. c) und vom 15.3.2007, II R 80/05, BFHE 217, 269 = BStBl. II 2007, S. 611 unter II. 2. c)).

47 bb) Bei § 16 GrEStG handelt es sich um eine am Besteuerungszweck orientierte gegenläufige Korrekturvorschrift zu § 1 GrEStG (BFH-Urteile vom 18.4.2012, II R 51/11, BFHE 236, 569 = BStBl. II 2013, S. 830 Rdnr. 16 und vom 11.6.2013, II R 52/12, BFHE 241, 419 = BStBl. II 2013, S. 752 Rdnr. 17, jew. m. w. N.). § 1 GrEStG knüpft an steuerverwirklichende Vorgänge an, ohne das weitere Schicksal dieser Vorgänge zu berücksichtigen. Die Entscheidung, das Verpflichtungsgeschäft in den Mittelpunkt der Besteuerung zu stellen, bedeutete aber keineswegs, dass das weitere Schicksal des Verpflichtungsgeschäftes für die Steuerpflicht bedeutungslos sein sollte (BFH, Urteil vom 22.5.1974, II R 71/68, BFHE 113, 127 = BStBl. II 1974, S. 687). Deswegen entfällt die durch Verwirklichung eines der Rechtsvorgänge des § 1 GrEStG entstandene Steuer nach § 16 GrEStG dann wieder, wenn es zu den durch diese Rechtsvorgänge intendierten Grundstücksumsätzen tatsächlich (wirtschaftlich) nicht kommt oder nicht auf Dauer verbleibt (BFH-Urteile in BFHE 113, 127 = BStBl. II 1974, S. 687; vom 29.9.2005, II R 36/04, BFHE 210, 535 = BStBl. II 2006, S. 43 unter II. b) m. w. N.; *Vettermann*, DStR 2017, 1518 unter 1.). Deswegen ist auch bei nachträglicher Herabsetzung der Gegenleistung in § 16 Abs. 3 GrEStG eine niedrigere Festsetzung der Steuer vorgesehen (vgl. BFH, Urteil

vom 31.5.1972, II R 92/67, BFHE 106, 374 = BStBl. II 1972, S. 836 unter 2.). Allerdings ist die Korrekturvorschrift des § 16 Abs. 3 GrEStG bei Kaufpreisminderungen – im Gegensatz zu unbeschränkter Korrektur bei Kaufpreiserhöhungen nach § 9 GrEStG – zeitlich und inhaltlich stark eingeschränkt (vgl. *Mathäus*, DStR 2019, 1785, 1789; *Griesar/Jochum/Egner/Geißler*, eKomm Ab, § 16 GrEStG Rdnr. 1 – Aktualisierung vom 16.11.2020). So berechtigt eine einvernehmliche nachträgliche Herabsetzung – unabhängig aus welchem Rechtsgrund oder Motiv – nach § 16 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG nur innerhalb einer zweijährigen Frist nach Steuerentstehung zur Änderung der Grunderwerbsteuer (BFH, Beschluss vom 22.7.1987, II B 45/87, BFH/NV 1988, 783 m. w. N.). Dagegen ist die Änderung nach § 16 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG zeitlich – abgesehen vom Antragserfordernis – nicht eingeschränkt, jedoch inhaltlich auf den gesetzlichen Minderungsanspruch nach § 437 BGB begrenzt.

48 cc) Im Streitfall liegt keine unbeabsichtigte, durch teleologische Auslegung zu füllende Regelungslücke vor (vgl. zu § 16 Abs. 1 und 2 GrEStG: BFH-Urteil in BFHE 210, 535 = BStBl. II 2006, S. 43 unter II. b)). Insbesondere ließ sich bereits dem GrEStG i. d. F. v. 17.12.1982 (GrEStG 1983) keine Regel entnehmen, dass die Herabsetzung eines Grundstückskaufpreises auch außerhalb der Frist des § 16 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG 1983 steuerrechtlich wirksam ist (vgl. BFH-Beschluss, BFH/NV 1988, 783). Der dem weitestgehend entsprechende § 16 Abs. 3 GrEStG wurde lediglich durch das Fünfte Gesetz zur Änderung des Steuerbeamten-Ausbildungsgesetzes und zur Änderung von Steuergesetzen vom 23.7.2002 (BGBl. I, S. 2715) der Neufassung des BGB angepasst. Dabei wurde jedoch der Tatbestand nicht auch auf andere nachträglich eingetretene Herabsetzungen der Gegenleistung ausgeweitet (vgl. *Adamek*, EFG 2005, 554). Der Gesetzgeber hat vielmehr an der bisherigen Formulierung festgehalten und damit zum Ausdruck gebracht, dass er eine Änderung wegen der Herabsetzung des Kaufpreises, gleich aus welchem Grund, an eine zweijährige Frist binden wollte (§ 16 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG) und für die nicht fristgebundene Änderung nach wie vor von einer vollzogenen Minderung aufgrund der bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über den Kauf ausgeht (§ 16 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG).

49 dd) Mangels Regelungslücke scheidet im vorliegenden Fall auch eine die Änderungsmöglichkeiten nach § 16 Abs. 3 GrEStG erweiternde entsprechende Anwendung des § 5 Abs. 2 BewG (vgl. *Pahlke*, a. a. O., § 16 Rdnr. 10; *Hofmann*, a. a. O., Vor § 15 Rdnr. 12) oder Berücksichtigung der erst mit Entscheidung des LG entstandenen Erstattungsverpflichtung als aufschiebend bedingte Last (entsprechend § 6 Abs. 2 BewG) aus.

50 4. Das FG ist von anderen Grundsätzen ausgegangen. Die Vorentscheidung war aufzuheben. Die Sache ist spruchreif und die Klage ist abzuweisen.

51 5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 1 FGO.

SONSTIGES

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

Notarielle Urkunden für Einsteiger – die Grundschuld

Von Notarassessor **Benedikt Grimm**, Hengersberg

Nachdem in MittBayNot 2020, 636 die wesentlichen Regelungen notarieller Kaufverträge dargestellt wurden, geht es in diesem Praxisbeitrag darum, insbesondere Notarassessoren, künftigen Notarvertretern oder Referendaren einen Überblick zur Grundschuldbestellung zu vermitteln.

I. Kreditsicherung durch Grundschuld und persönliche Haftung

„Grundschulden“ sind Kreditsicherungsmittel. Bei der Grundschuldbestellung geht es in der notariellen Praxis neben der eigentlichen Grundschuld als dinglicher Belastung (siehe nachfolgende Ziffer 1.) auch um eine Haftung in persönlicher Hinsicht (siehe nachfolgende Ziffer 2.). Diese Sicherheiten sollen es dem Gläubiger ermöglichen, ohne vorheriges gerichtliches Verfahren die Zwangsvollstreckung zu betreiben.

1. Grundschuld

Die Grundschuld gibt dem Grundschuldgläubiger das Recht, im Wege der Zwangsvollstreckung Befriedigung aus dem Grundbesitz zu suchen, § 1147 i.V.m. § 1192 Abs. 1 BGB.

Das BGB bedient sich zwar der Hypothek als Grundfall der Grundpfandrechte, in der Praxis handelt es sich bei der Bestellung von Grundpfandrechten aber fast ausschließlich um Grundschulden. Der wichtigste Vorzug der Grundschuld im Vergleich zur Hypothek ist die mehrfache und flexiblere Verwendbarkeit.

Grundschuldgläubiger können selbstverständlich auch natürliche Personen sein, als Kreditsicherungsmittel werden Grundschulden aber regelmäßig zugunsten von Banken und anderen Kredit- oder Versicherungsinstituten bestellt.

Die (institutionelle) Gläubigerin wirkt an der Urkundsverhandlung nicht mit, was zunächst verwundern mag, kommt das Recht doch durch dingliche Einigung (§ 873 BGB) und Eintragung im Grundbuch zustande. Grundbuchrechtlich genügt gemäß § 19 GBO jedoch die Bewilligung desjenigen, der vom einzutragenden Recht betroffen ist. Materiellrechtlich kommt die dingliche Einigung dadurch zustande, dass der Gläubigerin eine Ausfertigung der Bestellsurkunde (= Angebot) zugeht und auf den Zugang der Annahmeerklärung, die spätestens durch den Gebrauch der Sicherheit vorliegt, im Sinne des § 151 BGB verzichtet wird.

Neben Grundstücken können auch grundstücksgleiche Rechte mit einer Grundschuld belastet werden, insbesondere Wohnungs- und Teileigentum als Sonderform des Miteigentums

nach § 1 Abs. 2 und 3 WEG und Erbbaurechte nach § 11 Abs. 1 ErbbauRG. Das Grundstück oder grundstücksgleiche Recht wird in der Bestellsurkunde näher bezeichnet. Wenn es sich um mehrere Grundstücke im Rechtssinne handelt, strebt die Gläubigerin häufig die Eintragung einer Gesamtgrundschuld (§§ 1192, 1132 Abs. 1 BGB) an; in der Regel sehen die Formulierungen in den Grundschuldformularen dabei vor, dass die Grundschuld bereits mit der (vorläufigen) Belastung nur eines Teils der Pfandobjekte entstehen soll.

Für die Gläubigerin ist außerdem der Rang der Grundschuld von großer Bedeutung, da sich danach ihre Rechtsposition in der Zwangsversteigerung richtet (vgl. insbesondere §§ 10 ff., 44, 52, 92 ZVG). „Nicht wertmindernde Rechte“ dürfen üblicherweise vorgehen; bei „wertmindernden Rechten“ verlangt die Gläubigerin dagegen häufig deren Rangrücktritt. Teils in der Grundschuldurkunde, teils in den Vereinbarungen mit dem Kreditnehmer beispielsweise Sicherungsgeber findet sich als weitere Sicherheit die Abtretung der Ansprüche des Sicherungsgebers auf Rückgewähr vorrangiger oder gleichrangiger Grundschulden, für den Fall, dass der vorrangig gesicherte Kredit zurückgezahlt wurde; dann kann die Gläubigerin durch Geltendmachung des abgetretenen Rückgewähranspruchs ihre Grundschuld „aufrücken“ lassen.

Der Grundschuldbetrag ist die „bestimmte Geldsumme“ im Sinne des § 1113 Abs. 1 i.V.m. § 1192 Abs. 1 BGB. Dieser Betrag wird neben den weiteren Angaben nach § 1115 Abs. 1 i.V.m. § 1192 Abs. 1 BGB, also Gläubiger und Grundschuldzinssatz und ggf. weiteren Nebenleistungen im Grundbuch verlaublicht. Insbesondere die regelmäßig sehr hohen Grundschuldzinsen sorgen bei den Grundschuldbestellern häufig für einen kurzen Schreck. Die Grundschuldzinsen und ggf. Nebenleistungen beziehen sich jedoch nicht auf die gesicherte schuldrechtliche Forderung aus dem Kreditvertrag; vielmehr sollen sie die Sicherheit erweitern, zum Beispiel für den Fall einer späteren Erhöhung des Kreditzinses, unerwarteten weiteren Kreditbedarfs oder zur Abdeckung von Kosten einer etwaigen Zwangsvollstreckung. Die Gläubigerin darf den Grundschuldzins also nicht nur zur Abdeckung von Zinsforderungen verwenden, sondern auch zur Abdeckung eines jeden durch die Grundschuld gesicherten Anspruchs. Die Kosten der Grundschuld bei Notar und Grundbuchamt richten sich nur nach deren Hauptsachebetrag (§ 37 Abs. 1 GNotKG).

Der gesetzliche Regelfall der Hypothek und damit auch der Grundschuld ist das Briefrecht (vgl. § 1116 Abs. 1 und 2 BGB). Den praktischen Regelfall bildet die Buchgrundschuld, bei der

die Erteilung eines Briefs ausgeschlossen ist. Insbesondere für Zwecke der Umschuldung enthalten Grundschuldformulare aber zugunsten der Gläubigerin meist einen Vorbehalt, wonach sie berechtigt ist, Erklärungen zur Umwandlung des Buchrechts in ein Briefrecht abzugeben und sich den Grundschuldbrief erteilen und aushändigen zu lassen.

Nach dem gesetzlichen Grundmodell müsste die Gläubigerin, um aus der Grundschuld zu vollstrecken, den Eigentümer auf Duldung der Zwangsvollstreckung verklagen (§ 704 ZPO, § 16 ZVG, § 1192 Abs. 1, § 1147 BGB). Im Prozess würde das Gericht alle Einwendungen und Einreden des Eigentümers prüfen und anschließend den Duldungstitel exakt in der Höhe erteilen, in welcher die Zwangsvollstreckung nach dem Sicherungsvertrag berechtigt ist. Eine solche Klage wäre mit erheblichen Verzögerungen und Kosten verbunden. Sie erübrigt sich, wenn sich der Eigentümer wegen der Grundschuld der Zwangsvollstreckung gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 ZPO unterworfen hat. Durch diese sog. dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung erhält die Gläubigerin den Vollstreckungstitel, den sie zur Einleitung der Zwangsvollstreckung benötigt. Diese Unterwerfung soll auch gegenüber dem Rechtsnachfolger des Eigentümers wirken. Nach §§ 795, 727 i.V.m. § 325 ZPO wäre das ohnehin der Fall. Aufgrund der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung im Sinne des § 800 ZPO bedarf es nach § 800 Abs. 2 ZPO immerhin keiner förmlichen Zustellung der Urkunden über den Eigentumserwerb des Rechtsnachfolgers. Notwendig bleibt aber die Zustellung der Grundschuldbestellungsurkunde mit einer gegen den Rechtsnachfolger des Eigentümers gemäß §§ 795, 727 ZPO umgeschriebenen Vollstreckungsklausel (§§ 795, 750 ZPO).

2. Persönliche Haftung

Die sog. persönliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Schuldners, der in der Regel, aber nicht immer, mit dem Sicherungsgeber identisch ist, bietet der Gläubigerin in Kombination mit der Grundschuld einen weiteren Vollstreckungstitel. Dieser ermöglicht ihr die Vollstreckung in das sonstige Vermögen des Schuldners. Eine solche Vollstreckung ist für den Schuldner häufig weniger einschneidend, für die Gläubigerin einfacher, schneller und billiger.

Die Haftung mit dem gesamten Vermögen ermöglicht auch die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek an weiterem Grundbesitz des persönlich haftenden Schuldners. Allerdings genießt die Gläubigerin dabei keine reservierte Rangstelle; vielmehr richtet sich ihr Rang ebenso wie bei der Mobilienvollstreckung nach der zeitlichen Priorität ihrer Vollstreckungsmaßnahme.

Der Anspruch, auf den sich die Unterwerfungserklärung im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO bezieht, ist nicht die gesicherte Darlehensforderung; er wird vielmehr durch das in der Grundschuldbestellungsurkunde enthaltene abstrakte Schuldversprechen (§ 780 BGB) begründet, für das mehrere Besteller regelmäßig als Gesamtschuldner haften.

3. Exkurs: Sicherungsvereinbarung

Die Sicherungsabrede, Zweckerklärung oder Sicherungsvereinbarung ist das „Bindeglied“ zwischen der schuldrechtlichen

Forderung, in der Regel aus dem Darlehensvertrag, und der Sicherheit. Sie legt fest, wessen Forderungen und welche Forderungen durch die Grundschuld und die persönliche Haftung abgesichert sind. Während die Sicherheit das rechtliche „Können“ umschreibt, legt die Sicherungsabrede das „Dürfen“ fest. Sie bedarf keiner Form und wird daher häufig außerhalb der Grundschuldbestellungsurkunde vereinbart.

Aufgrund der Sicherungsabrede erhält die Gläubigerin die bestellten Sicherheiten nur insofern, als sie sich einmal im Umfang des Grundschuldvolumens wegen der gesicherten Ansprüche befriedigen darf. Die Kombination von Grundschuld und persönlicher Haftung erweitert mangels anderweitiger Vereinbarung also nicht den Sicherungsumfang.

Valuiert die Grundschuld nicht mehr, d. h. sind keine gesicherten Verbindlichkeiten mehr offen, besteht ein Rückgewähranspruch des Sicherungsgebers, gerichtet auf (Rück-)Abtretung der Sicherheit, Verzicht oder Löschung; der persönlich haftende Schuldner kann dann die Rückgabe der vollstreckbaren Ausfertigung verlangen.

4. Ausfertigungen

Wie bereits erwähnt, erhält die Gläubigerin jedenfalls für das materiellrechtliche Zustandekommen der Grundschuld eine Ausfertigung. Die Ausfertigung ersetzt gemäß § 47 BeurkG im Rechtsverkehr die Urschrift, die in der Urkundensammlung des Notars bleibt. Die Ausfertigung bewirkt daneben aber auch die Bindung gemäß § 873 Abs. 2 BGB. Vorsichtige Gläubiger beauftragen und ermächtigen daher den Notar, die Ausfertigung für sie entgegenzunehmen.

Für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung ist im Grundsatz erforderlich, dass der Eintritt der Tatsachen nachgewiesen ist, von denen die Vollstreckung abhängt (vgl. §§ 795, 726 ZPO). Der Grundschuldgläubiger müsste dementsprechend den Zugang der Kündigung nach § 1193 BGB mit öffentlichen Urkunden nachweisen, etwa durch Zustellungsurkunde des Gerichtsvollziehers. In den meisten Grundschuldformularen findet sich daher ein Verzicht des Sicherungsgebers auf den *Nachweis* der die Vollstreckbarkeit begründenden Tatsachen.

Wann sich die Gläubigerin eine vollstreckbare Ausfertigung (§ 52 BeurkG, §§ 795, 725 ff. ZPO) aushändigen lässt, ist unterschiedlich festgelegt: bereits vor oder erst nach Eintragung der Grundschuld im Grundbuch oder sogar erst auf gesondertes Verlangen.

II. Insbesondere: die Finanzierungsgrundschuld

Bei einer Finanzierungsgrundschuld dient der Gläubigerin ein Objekt als Sicherheit, das dem Erwerber noch gar nicht gehört. Aufgrund der Mitwirkung des Veräußerers an der Bestellung der Grundschuld, regelmäßig in Form einer Finanzierungsvollmacht an den Erwerber, kann die Grundschuld durch Bewilligung des Veräußerers als Eigentümer bereits vor dem Eigentumswechsel wirksam bestellt werden. Aufgrund der eingeschränkten Zweckerklärung erhält die Gläubigerin die Sicherheit aber nur, soweit sie Zahlungen mit Tilgungswirkung auf die finanzierte Forderung des Veräußerers gegen den Erwerber leistet; dem Veräußerer dürfen durch die Mitwirkung

keine Kosten und persönlichen Zahlungsverpflichtungen auferlegt werden. Die eingeschränkte Zweckerklärung soll also verhindern, dass der Veräußerer mit dem Grundbesitz haftet, obwohl er selbst keine Zahlungen erhalten hat. Diese eingeschränkte Sicherungsabrede kommt durch Vertrag zwischen dem Veräußerer als Eigentümer und der Gläubigerin zustande. Um der Gläubigerin das Angebot aus der Grundschuldurkunde zuverlässig zukommen zu lassen, wird sie in der Grundschuldurkunde wiederholt. Im Idealfall sind Wortlaut der eingeschränkten Zweckerklärung im Erwerbsvertrag und der Grundschuldurkunde identisch, so dass insoweit verwiesen werden kann.

In Fällen, in denen auch unter Mitwirkung die (rechtzeitige) Eintragung der Grundschuld nicht möglich ist, behilft man sich in der Praxis bisweilen mit der Verpfändung des Übereignungsanspruchs aus dem Erwerbsvertrag zur Sicherung des abstrakten Schuldversprechens. Die Verpfändung ist dem Schuldner des Übereignungsanspruchs gemäß § 1280 BGB anzuzeigen, der Zustimmung dieses Schuldners bedarf es aber nicht. Wird das Eigentum auf den Erwerber und Sicherungsgeber umgeschrieben, entsteht gemäß § 1287 BGB eine Sicherungshypothek. Durch Ausgestaltung der Verpfändung als auflösend bedingt soll erreicht werden, dass die kraft Gesetzes entstehende Sicherungshypothek nicht erst entsteht und sogleich ggf. im Grundbuch gelöscht werden muss. Die umgangssprachliche „Verpfändung der Auflassungsvormerkung“ – verpfändet wird der Übereignungsanspruch und nicht die Vormerkung – muss freilich mit der Gläubigerin besprochen sein, da nicht wenige Kreditgeber diese Gestaltung nicht akzeptieren.

III. Grundschuldbestellungsformulare und Beurkundung

Banken und Kreditinstitute halten in aller Regel eigene Grundschuldbestellungsformulare bereit. Von den Unterlagen, die die Gläubigerin ihren Kunden zur Verfügung stellt, ist für den Notar und seine Mitarbeiter der Grundschuldbestellungsauftrag von besonderer Relevanz: Dort benennt die Gläubigerin die wesentlichen Daten für die Grundschuldbestellung (Pfandobjekt, gewünschte Rangstelle, Grundschuldhöhe, Grundschuldzinsen und Nebenleistung sowie die Person des persönlichen Schuldners). Den Grundschuldbestellungsauftrag erhält der Notar entweder direkt von der Gläubigerin oder über die Mandanten.

Ob die Urkunde zu beurkunden ist (§§ 8 ff. BeurkG), hängt davon ab, ob das Grundschuldbestellungsformular eine dingliche oder persönliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung vorsieht. Ist dies der Fall, muss sie beurkundet werden, vgl. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. Aber nicht jede Grundschuldbestellung sieht eine Unterwerfungserklärung vor; in diesen Fällen genügt für die Eintragungsbewilligung gemäß § 19 GBO die Beglaubigung der Unterschrift des Unterzeichnenden gemäß § 40 BeurkG samt Prüfung auf Eintragungsfähigkeit (§ 15 Abs. 3 GBO).

Beurkundungsrechtlich erwähnenswert ist § 14 Abs. 1 Satz 2 und 3 BeurkG: zugegebenermaßen nur wenige Grundschuldbestellungsformulare sehen eine Verweisung auf weitere Bestimmungen vor, deren Inhalt nicht im Grundbuch eingetragen soll und in denen es beispielsweise um die Sicherungsvereinbarung, die Pflichten zur Versicherung des Pfandobjekts, oder die Abtretung von Rückgewähransprüchen geht.

VERANSTALTUNGSHINWEISE

Rheinisches Institut für Notarrecht

Die WEG-Reform 2020 – Überblick über die wesentlichen Änderungen für die notarielle Praxis

Donnerstag, 6. Mai 2021, 19 Uhr s. t.
online über Zoom (Bekanntgabe der Einwahldaten nach Anmeldung)

Referent:

Notar Dr. Stefan Schmitz

Kontakt/Anmeldung:

Rheinisches Institut für Notarrecht,
Adenauerallee 46a, 53113 Bonn;
notarrecht@uni-bonn.de

Der Verein Hereditare – Wissenschaftliche Gesellschaft für Erbrecht e.V.

11. Bochumer Erbrechtssymposium – Verträge im Erbrecht

Freitag, 18. Juni 2021, 12.30 Uhr bis 18.00 Uhr, online

Aus dem Programm:

Das 11. Bochumer Erbrechtssymposium hat das Generalthema „Verträge im Erbrecht“. Namhafte Referenten aus Wissenschaft und Praxis widmen sich in ihren Vorträgen verschiedenen, praxisrelevanten Vertragstypen und beleuchten diese je aus unterschiedlichen Perspektiven.

Verbotene Verträge im Erbrecht
(Prof. Dr. *Anatol Dutta*, München)

Erbauseinandersetzungsverträge im Zivil- und Steuerrecht
(Dr. *Michael Holtz*, Bonn)

Sittenwidrigkeit von Pflichtteilsverzichtsverträgen
(*Jan David Hendricks*, Bochum)

Verträge über den Pflichtteilsanspruch – Erlass, Abtretung
(Notar Dr. *Maximilian von Proff zu Irnich*, Köln)

Tagungsbeitrag: 190 €

Vereinsmitglieder von Hereditare e. V.: 80 €
Ermäßigt (Studenten, Referendare, Doktoranden): 50 €
Ermäßigte Vereinsmitglieder: kostenlos

Kontakt/Anmeldung:

Ihre verbindliche Anmeldung richten Sie bitte per E-Mail an: erbrecht@rub.de. Der Link zur Veranstaltung wird ein bis zwei Tage vor der Veranstaltung an alle Teilnehmer per E-Mail versendet.

Veranstaltungen des DAI

1. **Klausurenkurs zur Vorbereitung auf die notarielle Fachprüfung – Erbrecht – Mai 2021**
(Aigner)
4.5.2021 online
2. **2. Jahresarbeitstagung für Notarfachwirte und Notarfachangestellte**
(Krauß/Hügel/Tiedtke/Stresemann/Thon/Sikora/Schwab/Böttcher/Ries/Schleifenbaum)
6.5.2021 bis 8.5.2021 online
3. **Online-Vortrag Live: Das neue XNotar**
(Kühnelt/Klein)
17.5.2021 online
4. **Online-Vortrag Live: Das neue XNotar**
(Kühnelt/Klein)
21.5.2021 online
5. **Online-Vortrag LIVE: Einführung in das Grundbuch für Quereinsteiger**
(Böhringer)
26.5.2021 online
6. **Modularer Lehrgang für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat: Modul 1 – Immobilienkauf**
(Tondorf)
31.5.2021 bis 1.6.2021 in Bochum
7. **Klausurenkurs zur Vorbereitung auf die notarielle Fachprüfung – Familienrecht – Juni 2021**
(Aigner)
1.6.2021 online
8. **Online-Vortrag Live: Das neue XNotar**
(Kühnelt/Klein)
7.6.2021 online
9. **Intensivkurs Kostenrecht**
(Diehn)
11.6.2021 bis 12.6.2021 in Heusenstamm und als Livestream
10. **Grenzüberschreitendes Erbrecht**
(Simon)
15.6.2021 in Bochum und als Livestream
11. **Online-Vortrag Live: Das neue XNotar**
(Kühnelt/Klein)
15.6.2021 online
12. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2020/2021**
(Frenz)
17.6.2021 in Bochum und als Livestream
13. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2020/2021**
(Frenz)
18.6.2021 in Heusenstamm
14. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2020/2021**
(Frenz/Hertel/Kessler/Herrler)
19.6.2021 in Stuttgart
15. **Ausgewählte Probleme des Ehevertrags in der notariellen Praxis**
(Reetz)
30.6.2021 in Bochum und als Livestream

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

NEUERSCHEINUNGEN

1. Baumbach/Hopt: Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 40. Aufl., C.H. Beck, 2021. 2975 S., 115,00 €
2. Becker: NotarFormulare Erbscheinsverfahren. Testamentsvollstreckerzeugnis, Europäisches Nachlasszeugnis. Muster, Anträge, Erläuterungen, 1. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2021. 350 S., 89,00 €
3. Bühler: Preislimitierte Ankaufsrechte im Gesellschaftsrecht. Eine Untersuchung der Wirksamkeit und Anpassungsbedürftigkeit unter besonderer Berücksichtigung von gesellschaftsvertraglichen Abfindungsklauseln, 1. Aufl., Nomos, 2021. 504 S., 128,00 €
4. Dauner-Lieb/Langen: Bürgerliches Gesetzbuch. Band 2: Schuldrecht in 3 Teilbänden, 4. Aufl., Nomos, 2021. 6833 S., ab 250,00 €
5. Diehn/Volpert: Praxis des Notarkostenrechts. GNotKG von A-Z. Berechnungsbeispiele, Erläuterungen, 3. Aufl., Heymanns, 2021. 778 S., 89,00 €
6. Ettinger/Jaques: Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand. Vertragsgestaltung, Steuerliche Strukturierung für Käufer und Verkäufer, 3. Aufl., C.H. Beck, 2021. 839 S., 149,00 €
7. Gubenko: Die Abgrenzung des Erbstatuts vom Sachstatut in der EuErbVO, 1. Aufl., Mohr Siebeck, 2021. 322 S., 59,00 €
8. Habersack/Wicke: Kommentar zum Umwandlungsgesetz, 2. Aufl., C.H. Beck, 2021. 2949 S., 219,00 €
9. Herrlein/Knops/Spiegelberg: Kommentar zum Mietrecht, 5. Aufl., Springer, 2021. 1399 S., 79,99 €
10. Hüffer/Koch: Aktiengesetz. Kommentar, 15. Aufl., C.H. Beck, 2021. 2560 S., 185,00 €
11. Kaiser/Schnitzler/Schilling/Sanders: Bürgerliches Gesetzbuch Familienrecht. Band 4: §§ 1297-1921, 4. Aufl., Nomos, 2021. 3240 S., ab 168,00 €
12. Musielak/Voit: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar, 18. Aufl., Vahlen, 2021. 3065 S., 169,00 €
13. Oetker: Handelsgesetzbuch. Kommentar, 7. Aufl., C.H. Beck, 2021. 2559 S., 199,00 €
14. Paal/Pauly: Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar, 3. Aufl., C.H. Beck, 2021. 1560 S., 139,00 €
15. Reichert: GmbH & Co. KG, 8. Aufl., C.H. Beck, 2021. 1560 S., 199,00 €
16. Renner/Otto/Heinze: Leipziger Gerichts- & Notarkosten-Kommentar (GNotKG), 3. Aufl., Heymanns, 2021. 1500 S., 159,00 €
17. Ruge/Tyarks: Das neue Wohnungseigentumsrecht, 1. Aufl., Nomos, 2021. 132 S., 34,00 €
18. Sauter/Schweyer/Waldner: Der eingetragene Verein. Gemeinverständliche Erläuterung des Vereinsrechts unter Berücksichtigung neuester Rechtsprechung mit Formularteil, 21. Aufl., C.H. Beck, 2021. 414 S., 39,00 €
19. Schindler/Schaffner: Virtuelle Beschlussfassung in Kapitalgesellschaften und Vereinen, 1. Aufl., C.H. Beck, 2021. 279 S., 69,00 €
20. Schwarz: Handbuch Filmrecht, 6. Aufl., C.H. Beck, 2020. 1491 S., 169,00 €
21. Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Band 11: Schuldrecht 9 CISG, 14. Aufl., Kohlhammer, 2021. 468 S., ab 225,00 €
22. Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Band 32: Erbrecht 1 §§ 1922-2146, 14. Aufl., Kohlhammer, 2021. 1144 S., ab 550,00 €
23. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. §§ 535-556g Mietrecht 1, Allgemeine Vorschriften; Wohnraummiete, 1. Aufl., Sellier – De Gruyter, 2021. 1250 S., ab 339,00 €
24. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. §§ 652-655; 656a-656d Maklervertrag, Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, 16. Aufl., Otto Schmidt – De Gruyter, 2021. 280 S., ab 79,95 €
25. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. §§ 557-580a mit Anhang AGG Mietrecht 2, Miethöhe und Beendigung des Mietverhältnisses, 1. Aufl., Otto Schmidt – De Gruyter, 2021. 1074 S., ab 299,00 €
26. Thelen: Geldwäscheprävention in der notariellen Praxis, 1. Aufl., C.H. Beck, 2021. 185 S., 59,00 €
27. Völker/Clausius: Sorge- und Umgangsrecht. Handbuch für die familienrechtliche Praxis. Rechtsgrundlagen, Erläuterungen, Muster, 8. Aufl., Nomos, 2021. 1144 S., 98,00 €
28. Waldner: GNotKG für Anfänger. Eine Einführung in das Notarkostenrecht, 10. Aufl., C.H. Beck, 2021. 195 S., 35,00 €
29. Witt: Die Veräußerung des ganzen Gesellschaftsvermögens gemäß § 179a Abs. 1 AktG, 1. Aufl., Duncker & Humblot, 2021. 329 S., 99,90 €
30. Wohnungseigentumsgesetz. Textausgabe mit Regierungsbegründung zum Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz, 3. Aufl., SV SAXONIA, 2021. 172 S., 12,90 €

STANDESNACHRICHTEN

PERSONALÄNDERUNGEN

1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Heribert Eichhorn
verstorben am 17.3.2021

2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 1.5.2021:

Notar Dr. Martin Schuck, München
Notar Peter Schüßler, Fürstenfeldbruck
Notar Benjamin Weingarten, Roding

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.3.2021:

Kirchheimbolanden dem Notarassessor
Jan Martin
(bisher in Kaiserslautern
Notarstellen Dietrich/Oltmanns)

Mit Wirkung zum 1.5.2021:

Fürstenfeldbruck dem Notar
Prof. Dr. Alexander Krafka
(bisher in Landsberg a. Lech)

München dem Notar
Christoph Baumeister
(bisher in Wolfratshausen)

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.3.2021:

Stephanie Reber, Vilshofen
(Notarstellen Schuller/Schuller)

Laura Wanek, Obernburg a. Main
(Notarstellen Herrmann/Dr. Koch)

Jacob Weinert, Amberg
(Notarstelle Dr. Frank)

Mit Wirkung zum 1.4.2021:

Dr. Fabian Flaßhoff, Münnerstadt
(Notarstelle Dr. Roßmann)

Stefanie Schneeberger, Lauf a. d. Pegnitz
(Notarstelle Dr. Lindner)

Dr. Johanna Wernthaler, Neumarkt i. d. Opf.
(Notarstelle Dr. Mickisch)

5. Sonstige Veränderungen

Notarassessor Dr. Thomas Winkelmann ist weiterer
Geschäftsführer der Notarkasse A.d.ö.R.

ANSCHRIFTEN- UND RUFNUMMERN- ÄNDERUNGEN:

Coburg, Notarstellen Dr. Jan Heisel/Dr. Julia Heisel
Seifartshofstraße 25
96450 Coburg

Lauf a. d. Pegnitz, Notarstelle Dr. André Weiß
St.-Salvator-Weg 7
91207 Lauf a. d. Pegnitz

Pegnitz, Notarstelle Dr. Manuela Müller
Nürnberger Straße 18
91251 Pegnitz

Rosenheim, Notarstelle Bernd Schmitt
Prinzregentenstraße 1
83022 Rosenheim

Abonnement

MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Denninger Straße 169, 81925 München, Telefon: (089) 551660, Telefax: (089) 55166234, E-Mail: info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 56,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Universal Medien GmbH, Geretsrieder Straße 10, 81379 München, Telefon: (089) 5482170, Telefax: (089) 555551, Internet: www.universalmedien.de/notarkammer.



Notare Bayern

www.notare.bayern.de