

MittBayNot

Begründet 1864

2|2017

März/April 2017

Mitteilungen des
Bayerischen Notarvereins,
der Notarkasse und der
Landesnotarkammer
Bayern

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 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:

Dr. Katharina Hermannstaller,
Notarassessorin
David Sommer,
Notarassessor

ISSN 0941-4193

AUFSÄTZE

- **Keim:** Schweigen ist Gold! – Die transmortale Vollmacht an den Alleinerben im Grundbuchverfahren – zugleich Anmerkung zu OLG München 111
- **Regler:** Die notarielle Prüfungs- und Betreuungspflicht – Strukturfragen für Gegenwart und Zukunft 115
- **Wicke:** Mehrheitsentscheidungen in Personengesellschaften 125

RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

- **Schreindorfer** zu **BGH:** Dingliche Einigung für dingliches Vorkaufsrecht nicht beurkundungspflichtig 144
- **Holzer** zu **OLG München:** WEG als Verband kann Eigentum an unbeweglichen Sachen erwerben 152
- **Spernath** zu **LG Bonn:** Auftrag bei Erteilung einer Vorsorgevollmacht und Bestehen eines besonderen Vertrauensverhältnisses 159
- **Weber** zu **BGH:** Grundbuchberichtigung im Zusammenhang mit einer testamentarischen Verwirkungsklausel 163
- **Weidlich** zu **OLG Hamm:** Entlassung eines Nachlassgegenstandes aus der angeordneten Nacherbfolge 167
- **S. Braun** zu **OLG Bamberg:** Anforderungen an die Vollständigkeit eines notariellen Nachlassverzeichnisses 172
- **Vedder** zu **KG:** Zulässiger Gründungsaufwand von 100 % des Stammkapitals bei der UG 176
- **Tiedtke** zu **BGH:** Geschäftswert bei notarieller Registeranmeldung der Auflösung einer GmbH 183
- **Rüchardt** zu **BGH:** Maßgeblichkeit des Marktwerts für Versagung der GrdstVG-Genehmigung 191
- **Becker** zu **BFH:** Umsatzsteuer bei Veräußerung eines vollständig verpachteten Geschäftshauses, das vom Erwerber nur noch teilweise verpachtet wird 194

Impressum

MittBayNot

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

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München
Telefon: (089) 551660
Telefax: (089) 55166234
E-Mail: info@mittbaynot.de
Internet: <http://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 Dr. Katharina
Hermannstaller,
Notarassessor David Sommer

Druck:

Universal Medien GmbH
Geretsrieder Straße 10
81379 München

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 2 | 2017

AUFSÄTZE**111**

Keim: ... Schweigen ist Gold! – Die transmortale Vollmacht an den Alleinerben im Grundbuchverfahren – zugleich Anmerkung zu den Beschlüssen des OLG München vom 4.8.2016, 34 Wx 110/16, vom 31.8.2016, 34 Wx 273/16, und vom 4.1.2017, 34 Wx 382 und 383/16 (nachstehende Entscheidungen Nr. 3, 4 und 5) 111

Regler: Die notarielle Prüfungs- und Betreuungspflicht – Strukturfragen für Gegenwart und Zukunft 115

Wicke: Mehrheitsentscheidungen in Personengesellschaften 125

BUCHBESPRECHUNGEN**131**

Süß: Erbrecht in Europa (**Selbherr**) 131

Brinkmann: Die Hofnachfolge als Vorbild für die Unternehmensnachfolge (**Volmer**) 132

Schulte-Bunert/Weinreich: FamFG Kommentar (**Bergschneider**) 134

Bormann u. a.: GNotKG (**Fackelmann**) 135

RECHTSPRECHUNG**136****Bürgerliches Recht**

ALLGEMEINES

1. Vorkaufsrecht des Mieters nur bei gesetzlich normierter Abfolge der Ereignisse (BGH, Urteil vom 7.12.2016, VIII ZR 70/16) 136

2. Abschluss und Widerruf eines Maklervertrags (BGH, Urteil vom 7.7.2016, I ZR 30/15 – Ls.) 137

3. Verwendung transmortaler Generalvollmacht durch einen potenziellen Alleinerben (OLG München, Beschluss vom 4.8.2016, 34 Wx 110/16) 138

4. Alleinerbe mit transmortaler Generalvollmacht – Entfallen der grundbuchrechtlichen Legitimationswirkung der Vollmacht beim ausdrücklichen Handeln (auch) als Erbe (OLG München, Beschluss vom 31.8.2016, 34 Wx 273/16) 140

5. Konkurrenz von transmortaler Vollmacht mit Alleinerbenstellung – Auflassung nach Nachweis der Erbfolge vollziehbar (OLG München, Beschluss vom 4.1.2017, 34 Wx 382 und 383/16) 142

SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

6. Dingliche Einigung für dingliches Vorkaufsrecht nicht beurkundungspflichtig (BGH, Urteil vom 8.4.2016, V ZR 73/15) 143
mit Anmerkung **Schreindorfer** 144

7. Rechtliche Einordnung einer Aufdachsolaranlage (OLG Nürnberg, Urteil vom 10.10.2016, 14 U 1168/15) 146

8. WEG als Verband kann Eigentum an unbeweglichen Sachen erwerben (OLG München, Beschluss vom 11.5.2016, 34 Wx 73/15) 150
mit Anmerkung **Holzer** 152

FAMILIENRECHT

9. Rechtliche Nachteilhaftigkeit eines Gesellschaftsvertrages mit Wettbewerbsverbot (BFH, Urteil vom 12.5.2016, IV R 27/13) 153

10. Verzögerung eines genehmigungsbedürftigen Grundstückskaufvertrags durch Betreuer (OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.2.2016, 24 U 102/15) 155

11. Auftrag bei Erteilung einer Vorsorgevollmacht und Bestehen eines besonderen Vertrauensverhältnisses (LG Bonn, Urteil vom 20.5.2016, 1 O 80/16) 157
mit Anmerkung **Spernath** 159

ERBRECHT

12. Grundbuchberichtigung im Zusammenhang mit einer testamentarischen Verwirkungsklausel (BGH, Beschluss vom 2.6.2016, V ZB 3/14) 161
mit Anmerkung **Weber** 163

13. Entlassung eines Nachlassgegenstandes aus der angeordneten Nacherbfolge (OLG Hamm, Beschluss vom 13.5.2016, I-15 W 594/15) 166
mit Anmerkung **Weidlich** 167

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 2 | 2017

14. Anforderungen an die Vollständigkeit eines notariellen Nachlassverzeichnisses und die damit einhergehenden Prüfungs- und Ermittlungspflichten des Notars (OLG Bamberg, Beschluss vom 16.6.2016, 4 W 42/16)	169		
mit Anmerkung S. Braun	172		
Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht			
15. Ermittlung des Wertes von Geschäftsanteilen an einer GmbH (BGH, Beschluss vom 28.6.2016, II ZR 290/15)	173		
<hr/>			
16. Zulässiger Gründungsaufwand von 100 % des Stammkapitals bei der UG (KG, Beschluss vom 31.7.2015, 22 W 67/14)	175		
mit Anmerkung Vedder	176		
Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht			
17. Kenntnis des Anfechtungsgegners über Umstände der Gläubigerbenachteiligung (BGH, Urteil vom 8.9.2016, IX ZR 151/14 – Ls.)	178		
Beurkundungs- und Notarrecht			
18. Nachweis der Bevollmächtigung bei Vollmachtenketten (BGH, Beschluss vom 22.9.2016, V ZB 177/15)	178		
Kostenrecht			
19. Geschäftswert bei notarieller Registeranmeldung der Auflösung einer GmbH (BGH, Beschluss vom 18.10.2016, II ZB 18/15)	181		
mit Anmerkung Tiedtke	183		
Öffentliches Recht			
20. Versagung der GrdstVG-Genehmigung wegen eines groben Missverhältnisses zwischen Preis und Grundstückswert – Maßgeblichkeit des Marktwerts (BGH, Beschluss vom 29.4.2016, BLw 2/12)	188		
mit Anmerkung Rüchardt	191		
Steuerrecht			
21. Umsatzsteuer bei Veräußerung eines vollständig verpachteten Geschäftshauses, das vom Erwerber nur noch teilweise verpachtet wird (BFH, Urteil vom 6.7.2016, XI R 1/15 – Ls.)	194		
mit Anmerkung Becker	194		
<hr/>			
22. Einheitlicher Erwerbsgegenstand im Grunderwerbsteuerrecht (BFH, Urteil vom 6.7.2016, II R 5/15)	195		
SONSTIGES			197
Hinweise für die Praxis			197
Pajonk: Gesundheitsgefährdung und Burnout am Arbeitsplatz			
Tagungsbericht			200
Fußeder: Die Neuregelung des Erbschaftsteuerrechts			
Veranstaltungshinweise			203
Neuerscheinungen			206
STANDESNACHRICHTEN			207

AUFSÄTZE

... Schweigen ist Gold!

Die transmortale Vollmacht an den Alleinerben im Grundbuchverfahren

Zugleich Anmerkung zu den Beschlüssen des OLG München vom 4.8.2016, 34 Wx 110/16, vom 31.8.2016, 34 Wx 273/16, und vom 4.1.2017, 34 Wx 382 und 383/16

Von Notar Prof. Dr. **Christopher Keim**, Bingen

Da die notariellen Vorsorgevollmachten meist ausdrücklich auch mit Geltung über den Tod hinaus versehen werden, liegt die Versuchung nahe, diese auch für postmortale Verfügungen über Grundstücke zu nutzen. Doch gerade dann, wenn der Bevollmächtigte auch alleiniger Erbe des Vollmachtgebers ist, tauchen unerwartet Probleme auf, mit denen sich u. a. auch das OLG München in jüngster Zeit gleich mehrfach beschäftigen musste – nach Meinung des Autors jedoch nicht restlos überzeugend.

1. Vollmachten über den Tod hinaus

Vollmachten, die ausdrücklich auch über den Tod des Vollmachtgebers hinaus gelten sollen, 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.¹ Derartige Vollmachten erleichtern den Geschäftsverkehr im Interesse aller Beteiligten und sind somit wichtige Instrumente der Fürsorge für den Nachlass.² Das auf den Nachlass beschränkte rechtsgeschäftliche Handeln des Bevollmächtigten bindet auch geschäftsunfähige und beschränkt geschäftsfähige Erben, ohne dass dazu eine Mitwirkung ihrer gesetzlichen Vertreter und gerichtliche Genehmigungen erforderlich wären.³

2. Grundbuchvollzug grundsätzlich ohne Erbnachweis

Da die Rechtsmacht des Bevollmächtigten auf den Erblasser zurückgeht, ist im Grundbuchverfahren der ansonsten gemäß § 35 GBO durch einen Erbschein zu erbringende Nachweis

der Erbfolge entbehrlich.⁴ Auf diese Weise sind selbst dann Verfügungen über Grundstücke möglich, wenn die Ermittlung der Erben einen erheblichen Zeitaufwand erfordern würde, andererseits aber ein dringendes Bedürfnis für eine Grundstücksverfügung besteht, weil beispielsweise ein baufälliges Gebäude möglichst schnell veräußert werden muss. Erst recht müsste dies eigentlich möglich sein, wenn der Bevollmächtigte zugleich alleiniger Erbe des Vollmachtgebers ist: Seine Verfügungsbefugnis könnte er in diesem Fall in doppelter Weise begründen, nämlich einerseits mit seiner Bevollmächtigung, andererseits mit seiner Stellung als Universalrechtsnachfolger des Erblassers (§§ 1922, 1967 BGB). Gerade diese Fallkonstellation hat aber in jüngster Zeit zu praktischen Problemen geführt: Das OLG Hamm hatte im Jahr 2013 entschieden, eine Vollmacht erlösche wegen „Konfusion“, wenn der Bevollmächtigte Alleinerbe des Vollmachtgebers sei. Da er nur noch den Erben vertreten könne, müsse er sich sozusagen selbst vertreten, was schlichtweg unmöglich sei, da eine Vollmacht die Personenmehrheit von Vollmachtgeber und Bevollmächtigten voraussetze.⁵ Für den bloßen Miterben soll diese Einschränkung dagegen nicht gelten, da aufgrund der gesamthänderischen Gebundenheit des Nachlassvermögens keine „Konfusion“ eingetreten sei.⁶

3. Die beiden Beschlüsse des OLG München

a) Alleinerbentestament in der Nachlassakte

Dem Beschluss des OLG München vom 4.8.2016⁷ lag eine besondere Fallkonstellation zugrunde: Aufgrund einer transmortalen Vollmacht erklärte die Ehefrau nämlich die Auflassung der Miteigentumshälfte ihres verstorbenen Mannes an sich selbst. Das Grundbuchamt hatte aufgrund Einsicht in die beim selben Gericht geführten Nachlassakten festgestellt, dass ein eröffnetes gemeinschaftliches eigenhändiges Testa-

1 *Lange*, Erbrecht, 2011, Kap. 4 Rdnr. 223; *ders.*, ZEV 2015, 343.

2 MünchKomm-BGB/Schubert, 7. Aufl. 2015, § 168 Rdnr. 39; *Ivo*, ZErB 2006, 7.

3 Ganz h. M.: so schon RG, Entscheidungen vom 28.6.1916, V B 1/16, RGZ 88, 345; und vom 10.1.1923, V 385/22, RGZ 106, 185; *Palandt/Weidlich*, 76. Aufl. 2017, Vor § 2197 Rdnr. 11; *Staudinger/Reimann*, Neubearb. 2016, Vor §§ 2197 ff. Rdnr. 66; a. A. *Bestelmeyer*, notar 2013, 147, 161 ff.

4 So z. B. OLG Frankfurt, Beschluss vom 29.6.2011, 20 W 159/11; 20 W 168/11, ZEV 2012, 377.

5 OLG Hamm, Beschluss vom 10.1.2013, 15 W 79/12, DNotZ 2013, 689 m. Anm. *Keim* = MittBayNot 2013, 395 mit Besprechung *Amann*, MittBayNot 2013, 367; dazu auch *Mensch*, ZNotP 2013, 171; *ders.*, BWNotZ 2013, 93.

6 OLG Schleswig, Beschluss vom 15.7.2014, 2 W 48/14, ZEV 2015, 225; *Dutta*, FamRZ 2013, 1514.

7 OLG München, Beschluss vom 4.8.2016, 34 Wx 110/16, MittBayNot 2017, 138 (in diesem Heft).

ment der Eheleute vorlag, wonach diese sich gegenseitig zu alleineigen und unbeschränkten Erben eingesetzt hatten. Es verweigerte daher die Eigentumsumschreibung. Nach Ansicht des OLG München wird dagegen dadurch die Legitimationswirkung der Vollmacht gemäß § 172 BGB nicht zerstört. Die aus den Nachlassakten desselben Gerichts gewonnene Kenntnis, dass die Bevollmächtigte zugleich alleinige Erbin sei, könne sich das Grundbuchamt aus dem eigenhändigen Testament nämlich nicht bilden. Dies würde dem Grundsatz der strikten Nachweisbeschränkung im Grundbuchverfahren widersprechen. Zwar habe das Grundbuchamt auch Anhaltspunkten außerhalb der vorgelegten Eintragungsunterlagen für das Erlöschen der Vollmacht im Rahmen des Legalitätsprinzips nachzugehen. Das Legalitätsprinzip stehe im vorliegenden Fall aber einer Eintragung nicht entgegen. Denn sei die Beteiligte nach dem eigenhändigen Testament tatsächlich Alleinerbin des eingetragenen Miteigentumes geworden, führe ihre Eintragung als alleinige Eigentümerin zur Richtigkeit des Grundbuchs. Sei sie nicht Alleinerbin, werde sie dies durch die Auffassung in Verbindung mit der beantragten Eintragung im Grundbuch. Der Umstand, dass die Eintragungsgrundlage in Abteilung I Spalte 4 möglicherweise unzutreffend bezeichnet sei, spiele in diesem Zusammenhang keine Rolle.⁸

b) Alleinerbenstellung aus dem Vortrag des Bevollmächtigten

In dem zweiten vom OLG München am 31.8.2016 entschiedenen Fall⁹ übertrug der Vater eine Eigentumswohnung an das einzige Kind. Er handelte dabei ausdrücklich als Bevollmächtigter aufgrund einer beigelegten notariellen Vollmacht für seine verstorbene Ehefrau, alternativ aber auch als deren Alleinerbe. Einen Erbschein oder ein notarielles Testament legte er dabei jedoch nicht vor. Durch die alternative Begründung, nach beiderlei Richtungen die Einigungsberechtigung zu belegen, entweder noch in Vertretung der Erblasserin oder aber mit der Eigenberechtigung als Alleinerbe, sei die Legitimationswirkung (vgl. § 172 BGB) der Vollmacht gegenüber dem Grundbuch weggefallen.¹⁰ Da aber ein Erbnachweis nicht erbracht sei, könne die gewünschte Eigentumsumschreibung im Grundbuch nicht erfolgen.¹¹

c) Nachgewiesene Alleinerbenstellung des Bevollmächtigten

Der Beschluss vom 4.1.2017 betraf einen Fall, in dem der Alleinerbe in der Urkunde nicht eindeutig erkennen ließ, ob er als Erbe oder als Bevollmächtigter handelt, im Grundbuchverfahren dann aber die nötigen Erbnachweise nach § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO nachreichte. Nach Ansicht des OLG München erlösche spätestens mit Vorlage der Erbnachweise in grundbuchgemäßer Form die Vollmacht. Damit stehe fest, dass der

Verfügende aufgrund seiner Alleinerbenstellung handele. Dass die Urkunde daneben einen anderen Grund (nämlich die Vollmacht) bezeichne, auf den die Berechtigung gestützt werde, schade nicht, weil die alternativ bezeichnete Befugnis aus der Vollmacht nachgewiesenermaßen nicht (mehr) bestehe.¹²

4. Die „Konfusion“ der Vollmacht durch den Erbfall?

Das OLG München lässt in den Beschlüssen offen, ob eine für den Alleinerben erteilte Vollmacht grundsätzlich mit dem Erbfall durch Konfusion erlösche.¹³ Bereits gegen die These vom Wegfall der Vollmacht sprechen beachtliche Argumente: Zunächst bezeichnet die Konfusion das Wegfallen einer schuldrechtlichen Forderung durch Vereinigung von Schuldner und Gläubiger in einer Person.¹⁴ Die Regelung des § 168 Satz 1 BGB, nach der eine Vollmacht mit dem zugrundeliegenden schuldrechtlichen Rechtsverhältnis erlischt, ist jedoch nach allgemeiner Auffassung nicht zwingend, sondern dispositiv.¹⁵ Doch selbst wenn man die Grundsätze der Konfusion auch entsprechend auf die Vollmacht anwenden wollte, so dürfte dies nicht zu ihrem Erlöschen führen: Denn das Erlöschen einer Forderung durch „Konfusion“ ist keine logische Notwendigkeit, sondern lediglich die Folge davon, dass im Regelfall für den Fortbestand kein rechtliches Bedürfnis mehr besteht.¹⁶ Die Vollmacht über den Tod hinaus dient aber einer erleichterten erbrechtlichen Legitimation. Der Erblasser erteilt eine solche Vollmacht, um eine Möglichkeit zu schaffen, dass jemand nach seinem Tode ohne die Vorweisung des Erbscheins, der Zustimmungserklärung der Miterben oder der familiengerichtlichen Zustimmung für den Nachlass tätig sein kann. Die vordergründig einfache logische Erwägung, dass niemand sein eigener Vertreter sein kann, verkennt, dass die wirtschaftlichen Gründe, die für eine Zulassung der in der Vollmacht liegenden erleichterten Legitimation sprechen, gerade beim Alleinerben in besonderem Maße zutreffen.¹⁷ Zumindest dann, wenn der Erbe selbst nicht unbeschränkt über den Nachlass Verfügungsbefugt ist, muss das Bedürfnis des Fortbestehens der Vollmacht anerkannt werden, so zum Beispiel beim Vorliegen einer Testamentsvollstreckung.¹⁸ Mit dem Argument, der Bevollmächtigte als Alleinerbe könne sich nach dem Erbfall nicht selbst vertreten, lässt sich lediglich begründen, dass es für den Alleinerben nicht möglich ist, unter Rückgriff auf seine Voll-

8 So schon BayObLG, Beschluss vom 14.2.2002, 2 Z BR 172/01, MittBayNot 2002, 114.

9 OLG München, Beschluss vom 31.8.2016, 34 Wx 273/16, MittBayNot 2017, 140 (in diesem Heft).

10 OLG München, Beschluss vom 31.8.2016, 34 Wx 273/16, MittBayNot 2017, 140 (in diesem Heft).

11 OLG München, Beschluss vom 31.8.2016, 34 Wx 273/16, MittBayNot 2017, 140 Rdnr. 19 (in diesem Heft).

12 OLG München, Beschluss vom 4.1.2017, 34 Wx 382 und 383/16, MittBayNot 2017, 141 Rdnr. 33, 36 (in diesem Heft).

13 So beispielsweise *Bestelmeyer*, Rpfleger 2015, 11; OLG Hamm, Beschluss vom 10.1.2013, I-15 W 79/12, DNotZ 2013, 689, 690.

14 BGH, Urteil vom 23.4.2009, IX ZR 19/08, NJW-RR 2009, 1059; *Larenz*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, § 19 I b.

15 *Palandt/Ellenberger*, § 168 Rdnr. 1.

16 *Larenz*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, § 19 I b; *Kollhoser*, ZEV 1995, 391, 396.

17 MünchKomm-BGB/*Schubert*, 7. Aufl. 2015, § 168 Rdnr. 14; *Lange*, ZEV 2013, 343; *Kurze*, ZErB 2008, 399, 405; *Weidlich*, MittBayNot 2013, 196, 199; *Mensch*, ZNotP 2013, 171 ff.

18 So OLG München, Beschluss vom 15.11.2011, 34 Wx 388/11, MittBayNot 2012, 227; *Amann*, MittBayNot 2013, 367; *Weidlich*, MittBayNot 2013, 196, 199.

macht eine reine Nachlassverbindlichkeit zu begründen, für die er seine Haftung auf den Nachlass beschränken könnte.¹⁹ Allerdings dürfte mit Vorlage einer ordnungsgemäßen Legitimation des Alleinerben dieses Bedürfnis für die Vollmacht für den Alleinerben wegfallen und damit dessen Vollmacht erlöschen.²⁰

5. Die Verfügungsbefugnis im Grundbuchverfahren und ihr Nachweis

Richtig ist, dass das OLG München im ersten Beschluss eine fortdauernde Legitimationswirkung einer Vollmacht jedenfalls so lange annimmt, wie eine Alleinerbenstellung des Bevollmächtigten nicht nachgewiesen ist. Es konnte daher die Frage der möglichen „Konfusion“ offen lassen. Das Grundbuchamt kann den Nachweis über den Fortbestand der Vollmacht nur im Rahmen des Legalitätsprinzips verlangen. Danach folgt daraus die Pflicht des Grundbuchamts zu verhindern, dass das Grundbuch materiell unrichtig wird.²¹ Auf den Fortbestand der Vollmacht käme es also nur an, wenn durch ihr Erlöschen die Verfügungsbefugnis wegfallen würde. Letzteres ist aber nicht der Fall, denn als Alleinerbe würde er aufgrund Eigenrechts ebenfalls als Berechtigter verfügen.²² Insoweit ist dem OLG München²³ also uneingeschränkt zuzustimmen.

6. Verlust der Legitimationswirkung durch Vortrag der alleinigen Erbenstellung?

a) Anforderungen an die Verfügungsbefugnis im Grundbuchverfahren

Nicht überzeugend ist hingegen die Einschränkung, der der transmortalen Vollmacht innewohnende Rechtsschein werde dadurch zerstört, dass der Bevollmächtigte zugleich erklärt, Alleinerbe des Vollmachtgebers zu sein und als solcher zu handeln. Zweifelhaft ist bereits der grundbuchrechtliche Ansatz des Gerichts zu den Anforderungen an die Verfügungsbefugnis: Während es nach Ansicht des OLG München materiellrechtlich durchaus sein könne, dass die Eigentumsübertragung wirksam sei, wenn offen bleibe, ob es sich um ein Eigen- oder Vertretergeschäft handele, sei grundbuchverfahrensrechtlich der Nachweis der Verfügungsbefugnis durch öffentliche Urkunden positiv und vollständig zu erbringen (§ 29 Abs. 1 Satz 2 GBO).²⁴ Dies verkennt, dass die grundbuchverfahrensrechtliche Bewilligungsbefugnis nach § 19 GBO und erst recht die Verfügungsbefugnis bei der Auflassung nach § 20 GBO unstreitig an die materiellrechtliche Verfügungsbefugnis anknüpfen.²⁵ Die grundbuchrechtliche Beurteilung der

Verfügungsbefugnis erlaubt keine strengeren Maßstäbe als die materiellrechtliche Prüfung, beide sind vielmehr identisch. Unterschiede gibt es nur hinsichtlich der Anforderungen an den Nachweis. Ist die aus dem materiellen Recht folgende Verfügungsbefugnis grundbuchlich nachgewiesen, dann muss die Eintragung erfolgen. Wenn man der These zustimmt, dass es für die materielle Verfügungsbefugnis unerheblich ist, ob der Verfügende als Erbe aufgrund eigenen Rechts oder als Bevollmächtigter aufgrund der Vollmacht handelt, führt dies zwingend dazu, auch im Grundbuchverfahren die Verfügungsbefugnis zu bejahen. Das OLG Schleswig hat dazu sehr treffend Folgendes ausgeführt: „Wenn diese dogmatische Betrachtung schon materiellrechtlich ohne Bedeutung ist, kann sie nicht im Grundbuchrecht zum Selbstzweck erhoben werden.“²⁶ Materiellrechtlich sind aber alternative Begründungen der Verfügungsbefugnis anerkannt: So ist es nach allgemeiner Meinung möglich, durch eine nachträgliche Auffassung einer bisher unrichtigen Eintragung im Grundbuch im Nachhinein eine Grundlage zu schaffen.²⁷ Niemand vertritt die Auffassung, dass die nachträgliche Einigung nur möglich sei, wenn sicher feststeht, dass die vorherige Einigung, die Grundlage der Eintragung bildete, wirklich nichtig sei. Auch wenn die Wirksamkeit der ursprünglichen Auffassung lediglich zweifelhaft war, wird eine nachträgliche Auffassung insoweit für möglich gehalten, um der Eintragung eine feste Grundlage zu geben. Niemand argumentiert hier, bei unterstellter Wirksamkeit der ersten Auflassung fehle es an der Verfügungsbefugnis des ursprünglichen Übereigners für eine erneute Eigentumsübertragung.²⁸ Die Eindeutigkeit des Grundbuchverfahrens ist dabei gewahrt, da das Begehren des Antragstellers durch den Antrag, gerichtet auf Eigentumsumschreibung aufgrund einer Auflassung, klar bestimmt ist, § 13 GBO.

b) Grundsatz der Beweismittelbeschränkung

Für diese Sichtweise spricht auch die Beweismittelbeschränkung im Grundbuchverfahren. Wenn schon die Erschütterung der Vollmacht durch die Vorlage eines privatschriftlichen Testaments in den Nachlassakten desselben Gerichts nicht ausreicht, um ihre Legitimationswirkung zu beseitigen, dann erst recht nicht eine bloße, nicht in grundbuchmäßiger Form (§§ 29, 35 GBO) bewiesene, Behauptung in der vom Antragsteller vorgelegten Urkunde. Denn nichts anderes als eine bloße Behauptung liegt dem Grundbuchamt vor. Durch öffentliche Urkunde bewiesen ist lediglich, dass die Beteiligten die Alleinerbenstellung vorgetragen haben, mehr nicht. Es ist widersprüchlich, diesen Vortrag einerseits als wahr zu unterstellen, um die Legitimation des Bevollmächtigten abzulehnen, ihn dann aber als nicht bewiesen zu betrachten, um auf diese Weise die Verfügungsbefugnis zu verneinen. Solange das Erlöschen der Vollmacht nicht nachgewiesen ist, kann das Grundbuchamt diese Tatsache nur im Rahmen des Legalitätsprinzips berücksichtigen. Die Klarheit des Grundbuchverfahrens

19 So *Lange*, ZEV 2013, 343; *Kurze*, ZErB 2008, 399, 405; *Wendt*, ErbR 2017, 19, 23; *Zimmer*, ZfR 2016, 769, 772.

20 So auch OLG München vom 4.1.2017, 34 Wx 382 und 383/16, MittBayNot 2017, 142 Rdnr. 33 (in diesem Heft).

21 *Hügel/Holzer*, GBO, 3. Aufl. 2016, § 1 Rdnr. 112.

22 *Amann*, MittBayNot 2013, 367, 371; *Keim*, DNotZ 2013, 692, 694.

23 OLG München, Beschluss vom 4.8.2016, 34 Wx 110/16, MittBayNot 2017, 138 (in diesem Heft).

24 OLG München, Beschluss vom 31.8.2016, 34 Wx 273/16, MittBayNot 2017, 140 Rdnr. 19 (in diesem Heft).

25 *Hügel/Holzer*, GBO, § 19 Rdnr. 75 m. w. N.; so auch *Wendt*, ErbR 2017, 19, 23.

26 OLG Schleswig, Beschluss vom 15.7.2015, 2 W 48/14, ZEV 2015, 225.

27 So schon BGH, Urteil vom 12.1.1973, V ZR 98/71, NJW 1973, 613, 614; für die Auflassungsvormerkung BGH, Urteil vom 26.11.1999, V ZR 432/98, NJW 2000, 805, 806.

28 Siehe BayObLG, Beschluss vom 14.2.2002, 2 Z BR 172/01, MittBayNot 2002, 114.

rens würde erst dann verletzt, wenn das Antragsbegehren zweideutig wäre, wenn also der Antragsteller nicht ersichtlich machen würde, ob er eine Grundbuchberichtigung aufgrund der Erbfolge oder aber eine rechtsändernde Eintragung aufgrund der Vollmacht begehrt.

c) Alleinerbenstellung als bloße Hilfsbegründung

Schließlich wäre auch eine Auslegung des Vorbringens des Antragstellers in der Weise naheliegend, den Vortrag der Alleinerbenstellung lediglich als Hilfsbegründung für die Verfügungsbefugnis aufzufassen. Im Zivilprozess wird die Wahrheitspflicht der Parteien nicht verletzt, wenn sich eine Partei für den Fall der Nichterweislichkeit einer anspruchsbegründenden Tatsache einen damit nicht zu vereinbarenden Vortrag hilfsweise zu eigen macht.²⁹ Ist aber bereits die Verfügungsbefugnis durch die postmortale Vollmacht ausreichend bewiesen, so kommt es auf die hilfsweise vorgetragene Alleinerbenstellung gar nicht mehr an, sodass er überhaupt nicht berücksichtigt werden muss. Die Besonderheiten des Grundbuchverfahrens rechtfertigen bestenfalls dann eine andere Beurteilung als im Zivilprozess, wenn dieser Vortrag als wahr unterstellt zu einer Unrichtigkeit des Grundbuches führen würde, was aber aus den oben genannten Gründen nicht der Fall ist.

Erstaunlicherweise hat das OLG München in seinem dritten Beschluss den umgekehrten Fall, in dem der Erbnachweis schließlich feststand, anders behandelt: Dass die Auffassung

²⁹ BGH, Urteil vom 25.1.1956, V ZR 190/54, NJW 1956, 631.

die Grundlage der Verfügungsbefugnis nicht eindeutig bezeichne, berühre den Bestimmtheitsgrundsatz nicht. Denn mit dem vorliegenden Erbnachweis stehe fest, dass der Verfügende aufgrund seiner Alleinerbenstellung handle. Dann muss aber doch das Gleiche gelten, wenn nur die Vollmacht ordnungsgemäß nachgewiesen ist, und lediglich zusätzlich eine nicht in der Form des § 35 GBO nachgewiesene Alleinerbenstellung behauptet wird.

7. Fazit

Aufgrund der Rechtsprechung des OLG Hamm³⁰ und des OLG München³¹ empfiehlt es sich für die Praxis, bei einem Handeln aufgrund Vollmacht eine Alleinerbenstellung tunlichst nicht zu erwähnen. Dabei ist allerdings zu beachten, dass bei einer Übereignung an den alleinigen Erben aufgrund der Vollmacht die Gebührenfreiheit nach Nr. 14110 Abs. 1 KV GNotKG wegfällt, die ansonsten bei einer bloßen Berichtigung des Grundbuches bestehen würde.³² Dem bevollmächtigten Alleinerben ist also das (goldene?) Verschweigen seiner Alleinerbenstellung anzuraten, solange er diese nicht in grundbuchtauglicher Weise beweisen kann.

³⁰ OLG Hamm, Beschluss vom 10.1.2013, I-15 W 79/12, DNotZ 2013, 689.

³¹ OLG München, Beschluss vom 31.8.2016, 34 Wx 273/16, MittBayNot 2017, 140 (in diesem Heft).

³² OLG München, Beschluss vom 4.8.2016, 34 Wx 110/16, MittBayNot 2017, 138 Rdnr. 29 (in diesem Heft).

Die notarielle Prüfungs- und Betreuungspflicht – Strukturfragen für Gegenwart und Zukunft¹

Von Notar Dr. **Rainer Regler**, München

Die Regelungen des § 17 BeurkG stellen die magna charta des Beurkundungsverfahrensrechts dar. Praktisch ausgedrückt heißt dies: Ohne den § 17 gibt es – und bräuchte es auch – keinen Notar und keinen § 17 ohne notarielle Mitwirkung. Der Notar wird durch diese Vorschrift – zunächst inhaltlich – in die Pflicht genommen, „den Willen der Beteiligten zu erforschen, den Sachverhalt zu klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiederzugeben“ (Abs. 1 Satz 1). „Dabei soll er darauf achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden“ (Abs. 1 Satz 2). Verfahrensrechtlich bestehen weitere Pflichten, nämlich zum einen, „das Beurkundungsverfahren so zu gestalten, dass die Einhaltung der Pflichten des § 17 Abs. 1 und 2 gewährleistet ist“. Der Notar hat zum anderen bei Verbraucherverträgen darauf hinzuwirken, dass „rechtsgeschäftliche Erklärungen nur vom Verbraucher persönlich oder von einer Vertrauensperson abgegeben werden“ und „der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen“, was bei Verträgen über Immobilien dadurch zu geschehen hat, dass der Notar dem Verbraucher „den beabsichtigten Text des Rechtsgeschäfts zwei Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung stellen muss“ (Abs. 2a).

Der Beitrag rekurriert auf die rechtlichen Grundlagen der notariellen Prüfungs- und Belehrungspflichten, untersucht die aktuelle Rechtsprechung hierzu und gibt Direktiven für die Fortentwicklung des § 17 BeurkG.

I. Der Begriff der „notariellen Verantwortung“

Die notariellen Pflichten aus § 17 haben bereits nach dem Wortlaut Bedeutung für das Beurkundungsverfahren und für die inhaltliche Qualität der notariellen Tätigkeit. Ist zu den notariellen Pflichten aus § 17 überhaupt noch etwas zu sagen, angesichts des Umstands gängiger Kommentierungen dieser Vorschrift von regelmäßig über 100 Seiten? Die Antwort ist wenig überraschend: Ja! Dennoch widmet sich dieser Beitrag nicht Einzelfragen der Kommentarliteratur, beispielsweise zu

- den Qualitäten einer beurkundungsverfahrensrechtlichen Vertrauensperson² oder

- den inhaltlichen Anforderungen des vom Notar vor der Beurkundung eines Verbrauchervertrages über eine Immobilie zu versendenden Textes³ oder auch
- den Qualitäten nachträglicher Änderungen, die einen erneuten Entwurfsversand und die erneute Einhaltung der Wartefrist erfordern.⁴

Hierzu sei auf die einschlägigen Kommentierungen verwiesen.

Der Beitrag befasst sich vielmehr mit strukturellen Fragen der notariellen Pflichtenbindung aus § 17 BeurkG. Er beginnt mit einer neuen Terminologie von notarieller Verantwortung, und zwar ausgehend vom gesetzgeberischen Wortlaut von

- Verfahrensverantwortung,
- Inhaltsverantwortung und schließlich
- Vertrauensverantwortung.

Auf diese Dreigliedrigkeit der notariellen Pflichten wird zurückzukommen sein, sowohl von einer abstrakt strukturellen Ebene als auch von einer konkreten Ebene aus, nämlich von aktuellen Judikaten des BGH zu § 17 BeurkG.

II. Safe space und Schutz durch Verfahren ohne Grenzen

Zu Beginn des Beitrages lohnt ein Blick in die Vereinigten Staaten zu einem dort stattfindenden Kulturkampf über grundlegende Fragen der wissenschaftlichen Lehre, genauer um das Verfahren des Angebots und der Abhaltung von Lehrveranstaltungen. An US-amerikanischen Universitäten sind Studentenbewegungen⁵ im Begriff, stringente, negativ formuliert: radikale, Verfahrensstandards durchzusetzen: Das rechtliche Fundament der Forderungen bildet die Idealvorstellung von vollständiger Gleichheit und Nichtdiskriminierung, sowohl bei der Lehre selbst als auch beim Verhalten der Lehrpersonen und der Universität. Zwei Beispiele:

Erstens: Die verantwortliche Lehrperson und die Lehrveranstaltung müssen nach dieser Auffassung rechtlich ein „safe space“ sein. Unter „safe space“ werden Orte verstanden, an denen bestimmte Restriktionen akzeptiert werden, um diejenigen, die sich an diesen Orten befinden, zu schützen; der jeweils geschützte Personenkreis soll sich also sicher fühlen vor bestimmtem Themen oder bestimmten Fragen. Und das Ganze ohne Grenzen. Zum Verständnis ein einfaches Beispiel: Bei einer Einladung zum Essen hieße dies, dass jemandem, der keine Oliven verträgt oder mag, selbstverständlich keine

1 Gekürzte und teilweise abgeänderte Fassung des Festvortrages des Autors zum Bayerisch-Pfälzischen Notartag am 22.10.2016 in Prien am Chiemsee. Der Vortragsstil ist zum Teil beibehalten.

2 *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 17 Rdnr. 208 ff.; *BeckOGK-BeurkG/Regler*, Stand: 7.6.2016, § 17 Rdnr. 161 ff.

3 *BeckOGK-BeurkG/Regler*, § 17 Rdnr. 199 ff.; *Winkler*, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 17 Rdnr. 161 ff.

4 *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG, § 17 Rdnr. 222; *BeckOGK-BeurkG/Regler*, § 17 Rdnr. 204 ff.; *Winkler*, BeurkG, § 17 Rdnr. 172 ff.

5 Vgl. *Die Zeit*, 2016 Nr. 3, 61 ff. „Die Debatten-Polizei“; 2016 Nr. 30, 61 ff. „Die neuen Radikalen“.

Oliven angeboten werden. Es heißt konsequenterweise aber auch, dass, um einen effektiven Schutz zu gewährleisten, insgesamt keine Oliven angeboten werden dürfen, und zwar auch für alle anderen Teilnehmer. Alles andere wird als „micro aggression“ verstanden, als eine Art unterschwelliger Angriff. Dann wird es schwierig.

Für die notarielle Beurkundungsverhandlung hieße dies, dass beispielsweise bei einer Erbrechtsberatung die Beteiligten nicht nach ehelichen und *nichtehelichen* Kindern, *unliebsamen* Pflichtteilsberechtigten oder nach einer etwaigen *Vorehe* gefragt werden dürfen; bei Kaufverträgen nicht danach, ob der im gesetzlichen Güterstand lebende Veräußerer ggf. über sein gesamtes Vermögen verfügt. Die Thematik sollte dann zum Schutz der Beteiligten vor „micro aggressions“ besser überhaupt nicht angesprochen werden. Praktisch bedeutet dies: Dinge, die in der Tat schon schwierig oder umständlich sind, werden noch schwieriger oder umständlicher: Die Verantwortlichen für einen geschützten Ort, seien es Lehrpersonen oder Notare, wären nach diesem Ansatz eines umfassenden Verfahrensschutzes untragbar, wenn sie nicht hinreichend darauf *hinwirken*, einen sicheren und geschützten Ort, einen „safe space“, herzustellen.

Zweites Beispiel: Nach diesem verfahrensrechtlichen Ansatz müsse zudem für einen Mindestschutz der Zuhörer bzw. der Beteiligten durch „trigger warnings“ Rechnung getragen werden: Auch diese sollen dem Schutz von Personen dienen in Fällen, in denen bestimmte Themen in der Lehrveranstaltung negative oder gar traumatische Assoziationen hervorrufen könnten. Auf diese Gefahr ist mittels einer „trigger warning“ hinzuweisen.⁶

Für den Notar, bei dem ein Beratungsgespräch oder eine Beurkundungsverhandlung terminiert ist, würde dies bedeuten, dass er oder sein Büro vorab eine Warnung aussprechen müsste, beispielsweise in Bezug auf verstorbene Angehörige, geschiedene Ehen, Insolvenzen und vergleichbaren Lebenslinien.

Was sind die ersten Ergebnisse einer solch vermeintlich idealen Verfahrenskultur in den Vereinigten Staaten? Sie sind – wenig überraschend – beklagenswert: Die Professoren stellen einen Verlust an Meinungsfreiheit, an Freiheit allgemein sowie vor allem an Lehrqualität und Intellektualität fest; die Universität verkomme zu einer reinen Serviceeinrichtung ohne Raum für Diskussion und Meinungs austausch.

III. Digitalisierung und notarielle Prüfungs- und Belehrungspflicht

Bevor darauf zu sprechen zu kommen ist, ob und welche Schlussfolgerungen aus dieser Entwicklung für das notarielle Beurkundungsverfahren zu ziehen sind, in dem der Notar die Beurkundungsverhandlung leitet und das Verfahren verantwortet, sollte eine weitere Entwicklung, die das notarielle Berufsbild unmittelbar betreffen wird, berücksichtigt werden, nämlich die Digitalisierung der Berufsbilder:

Nach den Studien von *Brynjolfsson*⁷ droht beispielsweise Steuerberatern mit hoher Wahrscheinlichkeit die Ersetzung durch Maschinen, während bei Psychologen diese Wahrscheinlichkeit als äußerst gering angesetzt wird. Notare sollten insofern dem Psychologen näher als dem Steuerberater sein!

Nach *Brynjolfsson* seien ferner seit dem Jahr 2000 die Hälfte der 500 umsatzstärksten Unternehmen in den USA vom Markt verschwunden; dies maßgeblich aufgrund des Wandels hin zum digitalen Arbeitsmarkt.

Auch für Juristen ist dieses Thema brandaktuell: In der Beratungspraxis wird bereits derzeit der Einsatz von Software getestet, die lange Verträge über Unternehmens- und Immobilien transaktionen mittels Algorithmen auswertet und künftig auch prüft.

Mit Blick auf die bestehenden Berufsbilder ist zu vergegenwärtigen, dass repetitive Tätigkeiten mit Routinen von Maschinen übernommen werden, sie auf diesem Segment brillieren und künftig noch mehr brillieren werden. Dagegen werden Tätigkeiten und Berufsbilder stärker als derzeit gefragt sein, die Kreativität beanspruchen und den Aufbau persönlicher und sozialer Beziehungen zu anderen Menschen erfordern.

Grundvoraussetzung für den Erfolg wird sein, dass zusätzlich die Fähigkeit besteht, mit großen Datensätzen umzugehen. Damit werden sich nach den Studien des MIT beste Zukunftschancen ergeben, wenn der Berufsträger

- einerseits durch den Einsatz von Maschinen mit großen Datenmengen und einer Vielzahl von Informationen arbeiten und diese auch verarbeiten kann,
- andererseits kreativ und in der Lage ist, eine persönliche Nähe zu anderen Menschen aufzubauen.⁸ Dies wird die Messlatte sein, an der sich die Fortentwicklung des Notarberufs und damit des § 17 als magna charta der notariellen Pflichten zu orientieren hat.

IV. Folgerungen für die Struktur der notariellen Pflichtenbindung aus § 17 BeurkG

Welche Folgerungen sind aus den geschilderten Entwicklungen im Bereich des Schutzes von Beteiligten durch Verfahren und im Bereich der digitalen Revolution der Arbeitswelten zu ziehen?

Abstrakt wird deutlich: Eine, wenn auch vom rechtlichen Ausgangspunkt gut gemeinte, Überbetonung von Verfahren und Verfahrensschutz führt regelmäßig zu Abstrichen bei der inhaltlichen Qualität und damit beim Ergebnis. Und dies, obwohl das Verfahren ausschließlich den Zweck verfolgt, dem Ergebnis zu dienen und dieses gerade zu verbessern!

Zudem läuft ein vom Gesetzgeber und von den Beteiligten gewünschter Verfahrensschutz Gefahr, von maschinellen Routinen übernommen zu werden. Jedenfalls wird die bloße Abbildung eines vorgegebenen, standardisierten Verfahrens ohne Rücksichtnahme auf individuelle Besonderheiten und Belange

⁷ *Brynjolfsson/McAfee*, *The Second Machine Age*, 2014; *Die Zeit*, 2016 Nr. 15, 62; 2016 Nr. 12, 23; 2016 Nr. 12, 27.

⁸ Siehe vorherige Fußnote.

⁶ Siehe vorherige Fußnote.

ohne Weiteres durch Maschinen und deren Software übernommen werden können.

Für die Struktur des § 17 BeurkG und des notariellen Beurkundungsverfahrens ergeben sich hieraus folgende Konsequenzen:

1. Leistung von Verfahren

Die notarielle Prüfungs- und Belehrungspflicht in § 17 BeurkG hat, wie zu Beginn ausgeführt, eine verfahrensrechtliche und eine inhaltliche Komponente:

Verfahrensrechtlich hatte der Notar schon immer, auch vor Inkrafttreten des BeurkG, dafür zu sorgen, dass das Beurkundungsverfahren in der Weise gestaltet wird, dass gerade im Hinblick auf den Verbraucherschutz Zweifel und Irrtümer vermieden werden und unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden. Der Rechtsschutz durch Verfahrensgestaltung ist eine moderne Entwicklung in der deutschen und auch in europäischen Rechtsordnungen. Im Bereich der streitigen Gerichtsbarkeit hat der Grundrechtsschutz durch Verfahren seine maßgebliche Bedeutung bei der Gewährung effektiven Rechtsschutzes. Die Idee präventiver Grundrechtssicherung durch Verfahren steht im Vordergrund. Im Bereich des notariellen Beurkundungsverfahrens geht es dagegen um die präventive Wahrung von Rechtspositionen im Vorfeld eines Vertragsschlusses. Stets handelt es sich um die Leistung von Verfahren.

2. Stärkung des Verbraucherschutzes durch Verfahren

Beurkundungsrechtlich wurde diese Leistung von Verfahren eingeführt durch die Berufsrechtsnovelle 1998;⁹ sie wird konkretisiert durch die Berufsrichtlinien der jeweiligen Notarkammer. Zum Zweck der Stärkung des Verbraucherschutzes in notariellen Verfahren wurde die Vorschrift des § 17 Abs. 2a BeurkG im Jahr 2002 für Verbraucherverträge nachjustiert:¹⁰ Seit dem 1.8.2002 hat der Notar bei nach § 311b BGB beurkundungspflichtigen Verbraucherverträgen darauf hinzuwirken, dass dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts im Regelfall mindestens zwei Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung steht. Hintergrund dieser Nachjustierung waren Immobiliengeschäfte mit Verbrauchern, bei dem die Immobilien im Wege des Strukturvertriebs maßgeblich zu Zwecken der Kapitalanlage veräußert wurden. Der von Verbrauchern erworbene Grundbesitz war häufig nicht werthaltig; geschädigte Verbraucher beklagten unter anderem eine Unzufriedenheit mit der notariellen Betreuung im Rahmen des Strukturvertriebs.

Die verfahrensrechtlichen Anforderungen wurden durch das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im notariellen

Beurkundungsverfahren¹¹ zum 1.10.2013 aufgrund der seit 2002 gewonnenen Erfahrungen nochmals ausgebaut. Ziel war und ist es, die Stellung des Notars als zentralen Ansprechpartner für den Verbraucher zu stärken und so den Verbraucherschutz zu verbessern. In concreto: Die bezweckte Schutzfunktion versagte mitunter, da die erwerbenden Verbraucher, nicht selten vom Strukturvertrieb angehalten, wahrheitswidrig gegenüber dem Notar erklärten, sie hätten den Text des Vertrages bereits vor mehr als zwei Wochen erhalten. Seitdem ist es bei Verbraucherverträgen zwingende Voraussetzung, dass der beabsichtigte Text dem Verbraucher vom Notar oder seinem Sozium – nicht aber von einem Dritten! – zur Verfügung gestellt wird. Dies soll dem Notar aus seiner Akte heraus ermöglichen, selbst zu prüfen und zu kontrollieren, ob die Frist von zwei Wochen zwischen Zurverfügungstellung des Textes und Beurkundung auch tatsächlich eingehalten ist. Sollten ausnahmsweise sachliche Gründe für die Nichteinhaltung der Regelfrist bestehen, sind diese in der Urkunde zu dokumentieren.

Auf zwei Punkte dieser Stärkung der notariellen Verfahrensverantwortung möchte ich näher eingehen:

(1) Zur Stärkung der notariellen Verfahrensverantwortung wurde mit der Hinwirkungspflicht¹² eine neue verfahrensrechtliche Pflicht eingeführt. Der Notar hat also darauf hinzuwirken, dass bestimmte Verfahrensstandards gewährleistet sind. Die Abgrenzung erfolgt einerseits negativ: Eine Verpflichtung zur Hinwirkung stellt keine Verpflichtung zum Erfolg dar. Andererseits ist sie – positive – Verfahrensgestaltungspflicht; sie fordert bestimmte Standards und damit das Ergreifen von verfahrensgestaltenden Maßnahmen, während sie Maßnahmen, die dem Verbraucherschutz nachteilig sind, untersagt. Werden trotz notarieller Hinwirkung die verfahrensrechtlichen Standards nicht erreicht und besteht kein sachlicher Grund für eine Ausnahme, verdichtet sich die Hinwirkungspflicht zu einer Pflicht, die Beurkundung wegen fehlenden Verfahrensschutzes abzulehnen.¹³

(2) Die Neuregelungen bei der notariellen Verfahrensgestaltung erhöhen die Leistung von Verfahren. Der beurkundende Notar steht dem Verbraucher von Anfang an als fachkundiger und neutraler Ansprechpartner zur Verfügung. Er hat ferner die Kontrolle über die Einhaltung der Regelfrist von zwei Wochen vor der Beurkundung. Die Position des Notars im Rahmen der Urkundsvorbereitung und als Verbraucherschützer steigt,¹⁴ ebenso seine Verfahrensverantwortung.

3. Mehrwert durch mehr Verfahrensverantwortung?

Gehen wir nun einen abstrakten Schritt weiter: Was folgt strukturell für die notarielle Betreuungs- und Belehrungspflicht aus dieser Entwicklung?

11 *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG, § 17 Rdnr. 193; *Cramer*, DNotZ 2015, 725; *Terner*, NJW 2013, 1404.

12 *Eylmann/Vaasen/Frenz*, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 17 Rdnr. 39d; *Sorge*, DNotZ 2002, 593, 594 ff.; *Winkler*, BeurkG, § 17 Rdnr. 103 ff.

13 BeckOGK-BeurkG/Regler, § 17 Rdnr. 184, 219 ff.; *Winkler*, BeurkG, § 17 Rdnr. 106 f.

14 BeckOGK-BeurkG/Regler, § 17 Rdnr. 197 ff.

9 Hierzu *Kanzleiter*, DNotZ 1999, 292 ff.

10 Zur Entstehungsgeschichte: *Schmucker*, DNotZ 2002, 510 ff.; allgemein: *Bohrer*, DNotZ 2002, 579 ff.; *Brambring*, ZfR 2002, 597 ff.; *Litzenburger*, RNotZ 2006, 180 ff.; *Rieger*, MittBayNot 2002, 325 ff.; *Solveen*, RNotZ 2002, 318 ff.; *Sorge*, DNotZ 2002, 593 ff.

Dem Notar wird im Bereich des § 17 Abs. 2a BeurkG die Verantwortung für das Verfahren übertragen. Die Einhaltung seiner Pflichten wird geprüft, sei es aufsichtlich, sei es im Rahmen eines Haftungsrechtsstreits. Dies obliegt der gerichtlichen Verfahrenskontrolle. Beim Notar liegt als erste Stufe der Pflichtenbindung durch § 17 BeurkG die Verfahrensverantwortung. Bei Verbraucherverträgen hat die notarielle Verfahrensverantwortung seit dem Jahr 2002 deutlich an Bedeutung gewonnen; ihr kommt mittlerweile Ausstrahlungswirkung auch für andere Verträge als Verbraucherverträge im Bereich des Immobilienerwerbs zu. Die Stärkung des Verfahrensschutzes ist für die Beteiligten an notariellen Beurkundungen, Verbraucher oder nicht, uneingeschränkt zu begrüßen. Der Schutz der Beteiligten wird verbessert und die Funktion des Notars gestärkt.

Aber: Welchen Mehrwert bringt diese notarielle Verfahrensverantwortung? Wann und wie bringt sie diesen und wie ist dieser Mehrwert mit Blick auf die weitere Tätigkeit des Notars zu bewerten? Der Mehrwert der notariellen Beurkundung ist mit der Funktion der notariellen Beurkundung schnell vergegenwärtigt:

Durch die Einschaltung eines Notars soll eine schnelle, nach dem Willen der Beteiligten passgenaue sowie rechts- und beweissichere Lösung ihrer Probleme erreicht werden. Hier steht der Notar als fachkundiger, neutraler Berater und Urkundsgestalter zur Seite, für die Beratung im Vorfeld der Beurkundung, für die Beurkundungsverhandlung selbst sowie für den Vollzug der Urkunde in öffentlichen Registern. Der Notar hat Zugang zu sämtlicher relevanter Literatur – sei es körperlich, sei es elektronisch, ferner hat er über das Deutsche Notarinstitut die Möglichkeit der Einholung von Gutachten und Zugang zu den bisher erstellten Gutachten. Die moderne EDV-Büroarchitektur erlaubt die effektive Nutzung und Verarbeitung der Daten; die mit der Justiz entwickelten Spezialsoftwareprogramme erlauben den sicheren Datentransfer zwischen Notar und den öffentlichen Registern der Justiz unter Einsatz von XML-Strukturdaten. Schließlich ist der Notar aufgrund seiner Ausbildung und Erfahrung in der Lage, für die Beteiligten kreative und maßgeschneiderte Regelungen in kurzer Zeit zu erstellen. Insofern hat der Notarberuf nach dem Anforderungsprofil des MIT beste Zukunftsaussichten. So viel zu den Gratulationen.

Im Hinblick auf die vorhin gelobte Verfahrensverantwortung des Notars lohnt sich aber der Blick des *advocatus diaboli*:

Die notarielle Verfahrensverantwortung des § 17 Abs. 2a BeurkG gibt maßgeblich für Verbraucherverträge, die der Beurkundungspflicht des § 311b BGB unterliegen, eindeutige Pflichten vor, durch deren Umsetzung der Verbraucherschutz verbessert werden soll. Hierdurch wird formal und pauschal der Verbraucherschutz verbessert sowie die verbraucher-schützende Funktion des Notars und seine Stellung im Rahmen der Vorbereitung der Urkunde gestärkt.

Dennoch dürfen die Wirkungen der bloßen, wenn auch stringenten, Umsetzung der Verfahrensregelungen aufgrund ihres pauschalen Charakters nicht überbewertet werden: Liegen die Voraussetzungen eines Verbrauchervertrages vor, sind die verfahrensrechtlichen Anforderungen einzuhalten und das Verfahren entsprechend abzubilden. Dies gilt auch dann, wenn bei näherer Prüfung ein Beteiligter zwar als Verbraucher anzusehen ist, er im konkreten Fall aufgrund seiner Aus- und Vorbil-

dung, insbesondere seiner beruflichen Tätigkeit, dem am Vertrag beteiligten Unternehmer – auch hier gilt die formale Betrachtung – überlegen ist. Oder: Beide Vertragspartner sind mit dem Beurkundungsvorgang bereits so lange befasst, dass sie nunmehr an einem raschen, verfahrensrechtlich nicht überstrapazierten Beurkundungsverfahren interessiert sind. Vergleichbar ist der Fall, in dem ein Verbraucher umfassend rechtlich und wirtschaftlich beraten ist und nunmehr an einer zügigen Herstellung der vertraglichen Bindung interessiert ist.

4. Grenzen der Verfahrensverantwortung

Nun kann man sagen: Im Einzel- oder Ausnahmefall ist der Verbraucherschutz aufgrund seiner Pauschalität notgedrungen überschießend, dies ist systemimmanent. Dennoch gibt es Grenzen dessen, was der Verbraucherschutz durch Verfahren zu leisten vermag:

a) Ersetzbarkeit notarieller Verfahren

Die bloße Abbildung eines bestimmten Verfahrensstandards ist einfacher zu ersetzen, sei es durch andere Dienstleister, sei es durch Computer. Mit *Brynjolfsson* gesprochen droht im Grundsatz eine hohe Wahrscheinlichkeit der Ersetzung und Ersetzbarkeit notarieller Verfahren. Der Verfahrensschutz allein ist damit nur flankierend, nicht aber konstitutiv geeignet, den Mehrwert der notariellen Beurkundung nachhaltig zu sichern. Insofern gilt es berufspolitisch zu berücksichtigen: Verfahren allein genügt nicht! In der Folge genügt auch die notarielle Verfahrensverantwortung allein nicht.

b) Fallbezogenheit der notariellen Verantwortung

Kern der notariellen Tätigkeit im Rahmen des § 17 BeurkG ist die Prüfung und Betrachtung des Einzelfalls.¹⁵ Der Notar hat auf die jeweilige Belehrungsbedürftigkeit Rücksicht zu nehmen. Seine Verantwortung für Verfahren und Inhalt der Urkunde ist gerade nicht pauschal; sie richtet sich danach, was der Schutz der Beteiligten und die Situation nach Prüfung der Rechtslage und der Umstände erfordert.¹⁶ Idealfall und Ziel der notariellen Betreuung ist der rechtliche Maßanzug – eine vollständige und beweissichere Urkunde auf der Grundlage eines Vorverfahrens, das die Rechtspositionen der Beteiligten je nach Schutzbedürftigkeit wahrt. Dies stellt den effektiven Schutz dar.

Effektiv kann ein Verfahrensschutz nur sein, wenn Ventile bestehen, die eine Rücksichtnahme auf die Belange des Einzelfalls ermöglichen. Dies ist, um auf die konkreten gesetzlichen Anforderungen bei Verbraucherverträgen zurückzukommen, bei § 17 Abs. 2a BeurkG der Fall: Der Notar kann bei einem Verbrauchervertrag zwar nicht davon absehen, den Urkundsentwurf selbst an die Beteiligten zu versenden. Die notarielle Positionierung im Verfahren ist zu Recht zwingend, im Einzelfall kann aber von der Einhaltung der Wartefrist von zwei Wochen bei Vorliegen eines sachlichen Grundes abgesehen

¹⁵ BGH, Urteil vom 22.7.2010, III ZR 293/09, DNotZ 2011, 192; *Grzivotz/Heinemann*, BeurkG, 2. Aufl. 2014, § 17 Rdnr. 25; *Reithmann*, DNotZ 1969, 73; *Winkler*, BeurkG, § 17 Rdnr. 224 f. m. w. N.

¹⁶ BeckOGK-BeurkG/Regler, § 17 Rdnr. 35 ff., 123.

werden, nämlich dann, wenn der durch die Wartefrist bezweckte Übereilungs- und Überlegungsschutz auf andere Weise gewährleistet ist.

Der BGH¹⁷ hat im Jahr 2015 eine begrüßenswerte Klarstellung zu den Anforderungen einer ausnahmsweisen Verkürzung der Regelfrist von zwei Wochen vorgenommen: Ausnahmsweise kann die Frist verkürzt werden, wenn der „gesetzlich geforderte Übereilungsschutz in ausreichendem Maße *anderweitig* gewährleistet ist“. Bei Erfüllung des Gesetzeszwecks bestehe nach den Ausführungen des BGH kein Anlass für eine weitergehende Prüfung. Ein neben der Erfüllung des Gesetzeszwecks kumulativ zu prüfender sachlicher Grund ist demnach *nicht* mehr erforderlich. Bislang ging die überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur von der Notwendigkeit beider Voraussetzungen für die Fristverkürzung aus.¹⁸ In der Praxis sah man dies schon anders: Einerseits konnte ein sachlicher Grund für die Fristverkürzung nur bejaht werden, wenn der Verbraucher auf andere Weise bereits hinreichend mit dem Erwerb befasst war, ein weiteres Zuwarten nur zur Fristeinholung daher keinen Mehrwert, sondern lediglich ein Hemmnis bedeutet hätte; andererseits stellte die anderweitige hinreichende Befassung regelmäßig auch den erforderliche sachlichen Grund für die Fristverkürzung dar.

Ergänzend hat der BGH¹⁹ zu Recht ausgeführt, dass ein von den Beteiligten vereinbartes Rücktrittsrecht nicht geeignet ist, eine Beurkundung ohne Einhaltung der Regelfrist vorzunehmen. Er hat ferner wiederholt, dass der Verbraucherschutz durch Verfahren nicht zur Disposition der Beteiligten steht.

Trotz dieses Judikats bleibt freilich zu berücksichtigen: Die Anforderungen an den Ausnahmefall der Fristverkürzung sind und bleiben hoch, sie sind in der Urkunde zu dokumentieren, und die Beweislast im Ernstfall liegt beim Notar, der die Beurkundung in dem Fall, der die Ausnahme nicht rechtfertigt, ablehnen müsste.

Zu begrüßen ist dieses Judikat des BGH aus zweierlei Gesichtspunkten: Zum einen, weil es eine wichtige Klarstellung für die Umsetzung der Verbraucherschutznorm in der Notarpraxis enthält, zum anderen, weil es den notariellen Verbraucherschutz durch Verfahren effektiv hält, da ein Ventil besteht, im begründeten Einzelfall von der Anwendung einer starren Frist im Interesse der Beteiligten abzusehen, ohne den Verbraucherschutz zu schwächen. Ohne die verfahrensrechtliche Flexibilität bestünde nicht lediglich die Gefahr der Ersetzbarkeit des notariellen Verfahrens, vielmehr bestünde auch eine Überbetonung des Verfahrens – für die Beteiligten und für den Notar. Ein safe space bei der Beurkundung kann und darf nicht das Ziel einer verfahrensrechtlich und inhaltlich passgenauen notariellen Betreuungstätigkeit nach § 17 BeurkG sein; ein solcher wäre das Gegenteil einer auf den Einzelfall abstel-

lenden effektiven Prüfung und Betreuung der Beteiligten durch den Notar.

Korrespondierend bleibt zu berücksichtigen: Der Mehrwert der notariellen Verfahrensverantwortung liegt im Vergleich zu anderen Verfahrensregelungen in der Flexibilität, sprich der Möglichkeit der Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls. Der sorgsame Umgang mit dem Verbraucherschutz ist für den Notar unbedingte Amtspflicht; deren Kontrolle ist Sache der Notaraufsicht durch die Aufsichtsbehörden und Notarkammern, die nicht weniger effektiv sein sollte. Hierauf wird zurückzukommen sein.

c) Vorrang der Inhaltsverantwortung

Die dritte Grenze der notariellen *Verfahrensverantwortung* ergibt sich aus deren Verhältnis zur notariellen Inhaltsverantwortung.

Die Inhaltsverantwortung des Notars erfasst die notarielle Mitwirkung zur Erreichung einer wirksamen und inhaltlich ausgewogenen Urkundsgestaltung.²⁰ Hierzu soll die notarielle Verfahrensgestaltung im Vorfeld der Beurkundung beitragen; insofern kommt der notariellen Verfahrensverantwortung eine lediglich dienende Funktion zu. Gleiches hat allgemein für den Verbraucherschutz durch Verfahren zu gelten.

Die Inhaltsverantwortung kommt auch ohne Verfahrensverantwortung aus: Die Urkunde kann maßgeschneidert den Anforderungen der Beteiligten entsprechen, unabhängig von der Einhaltung vorausgehender verfahrensrechtlicher Standards. Die Verfahrensverantwortung läuft ohne Inhaltsverantwortung jedoch leer. Mit diesem Verständnis ist die Verfahrensverantwortung einzuordnen und aufsichtlich zu kontrollieren. Es darf nämlich nicht so sein, dass um des äußeren Anscheins willen ein Verfahren durchgeführt wird, das den verfahrensrechtlichen Standards Genüge tut, während den inhaltlichen Anforderungen an die Wirksamkeit und Ausgewogenheit der Urkunde gerade nicht genügt wird. Konkret heißt das: Für den schutzbedürftigen Beteiligten darf es nicht Ergebnis der notariellen Mitwirkung sein, dass sich – spätestens im Haftungsfall – darauf berufen wird, das gesetzlich vorgesehene Verfahren sei doch peinlich genau eingehalten worden; insofern seien weitere notarielle Einwirkungsmöglichkeiten auf Inhalt und wirtschaftliche Folgen des beurkundeten Rechtsgeschäfts weder gegeben noch veranlasst.²¹

Daher ist zu betonen: Kein Verfahrensschutz um des Verfahrens willen, sondern Verfahrensschutz um des Inhalts willen!

Die Grenzen der notariellen Verfahrensverantwortung ergeben sich sonach:

- berufspolitisch gedacht aus der Ersetzbarkeit von Verfahren,
- verfahrensrechtlich gedacht aus der nur begrenzten Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls bei gesetzlich vorgeschriebenen Standards und
- aus dem Vorrang der notariellen Inhaltsverantwortung.

17 BGH, Urteil vom 25.6.2015, III ZR 292/14, MittBayNot 2016, 79.

18 KG, Beschluss vom 27.6.2008, 9 W 133/07, DNotZ 2009, 47 m. Anm. *Armbrüster*; BT-Drucks. 14/9266, S. 51; *Meininghaus*, MittBayNot 2016, 81, 82; ergänzend: *Cramer/Cziupka*, ZfIR 2016, 477 ff.; *Weber*, NJW 2015, 2619 ff.

19 BGH, Urteil vom 25.6.2015, III ZR 292/14, MittBayNot 2016, 79.

20 *Eylmann/Vaasen/Frenz*, BeurkG, § 17 Rdnr. 11; *Winkler*, BeurkG, § 17 Rdnr. 224 f.

21 BeckOGK-BeurkG/Regler, § 17 Rdnr. 194 f.

In gleicher Weise ist der Mehrwert der notariellen Mitwirkung zu gewichten.

5. Inhaltsverantwortung

Im folgenden Abschnitt ist auf die notarielle Inhaltsverantwortung noch näher einzugehen:

Die Pflicht zur Belehrung über die rechtliche Tragweite des Rechtsgeschäfts charakterisiert das Herzstück der notariellen Inhaltsverantwortung. Die rechtliche Tragweite kennzeichnet die rechtliche Durchführbarkeit des Rechtsgeschäfts. Sie betrifft alle Voraussetzungen der rechtlichen Wirksamkeit, alle die Wirksamkeit hindernden Umstände, Einwendungen und Einreden sowie alle für den Vollzug erforderlichen rechtlichen Voraussetzungen.²²

a) Fallbezogenheit und Unmittelbarkeit als Strukturprinzipien

Das Strukturprinzip der notariellen Pflichtenbindung nach § 17 BeurkG ist deren Fallbezogenheit: Der Notar hat nach der Rechtsprechung des BGH²³ nicht „ins Blaue hinein“ zu ermitteln und nicht „über alle nur denkbaren, fern liegenden Risiken“ zu belehren. Damit wird deutlich, dass auch bei bestimmten Fallgestaltungen keine starre Regel besteht, einen festgelegten Kanon an Sachverhaltsermittlung und Belehrungen abzarbeiten.²⁴ Die Fallbezogenheit zählt. Damit bestimmt sich die Pflicht zur Belehrung über die rechtliche Tragweite danach, was der Sachverhalt und die Situation konkret erfordern. Hierbei darf sich der Notar, jedenfalls bei Fehlen entgegenstehender Anhaltspunkte, auf die Angaben der Beteiligten verlassen.²⁵

Neben der Fallbezogenheit ist die Pflicht zur Belehrung über die rechtliche Tragweite durch das Prinzip der Unmittelbarkeit gekennzeichnet: Vom Notar geschuldet ist die Belehrung über die unmittelbaren rechtlichen Voraussetzungen für die Wirksamkeit und über die unmittelbaren rechtlichen Folgen des beantragten Rechtsgeschäfts.²⁶ Nicht geschuldet sind Belehrungen über mittelbare Rechtsfolgen oder über solche, die nur annähernd eintreten können und bislang fern liegen. Insbesondere nicht geschuldet ist – das hat der BGH²⁷ auch jüngst erst mehrfach betont – die Belehrung über die wirtschaftliche

Tragweite. Der Notar ist nicht der Wirtschaftsberater der Beteiligten.

b) Erweiterung der Pflichtenbindung: gestaltende Beratung

Zur geschuldeten Belehrung über die rechtliche Tragweite gehört aber die Belehrung über die Risiken der gewählten Gestaltung einschließlich des Aufzeigens alternativer Gestaltungen, welche den Interessen der Beteiligten entsprechen, möglichst ausgewogen und rechtlich zulässig sind. Umschrieben wird dies beurkundungsrechtlich mit der Pflicht zur gestaltenden Beratung bzw. Belehrung.²⁸

Eine Konkretisierung der Pflicht zur gestaltenden Beratung stellt die doppelte Belehrungspflicht bei ungesicherten Vorleistungen eines Beteiligten dar:

Nach der Haftungsrechtsprechung²⁹ soll der Notar für ihn erkennbare ungesicherte Vorleistungen eines Beteiligten vermeiden. Geht ein Beteiligter durch die gewählte Gestaltung und für den Notar erkennbar eine ungesicherte Vorleistung ein, ist der Notar

(1) verpflichtet, über die rechtlichen Folgen zu belehren, die im Fall der Leistungsunfähigkeit des durch die ungesicherte Vorleistung Begünstigten eintreten, und

(2) verpflichtet, Wege aufzuzeigen, wie das Risiko einer ungesicherten Vorleistung vermieden werden kann. Die Rechtsprechung³⁰ hat maßgeblich die zweite Verpflichtung nach und nach ausgebaut. So muss der Notar zwar nicht „alle erdenklichen, nur entfernt infrage kommenden Sicherungsmöglichkeiten“ suchen; allerdings ist er verpflichtet, mehrere „nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts sowie dem erkennbaren Willen der Vertragsparteien unter Berücksichtigung auch ihres Leistungsvermögens anbietenden, realistisch in Betracht kommenden Sicherungen zu nennen“. Dies gilt auch dann, wenn ein Beteiligter bereits mehrere Sicherungen abgelehnt hat. Für die tägliche Praxis sind dies ohne Zweifel hohe Anforderungen – für den Notar und für seine Mitarbeiter.

So lange keine Einigung der Beteiligten über einen ausreichenden Sicherungsmechanismus erzielt werden kann, kann eine Beurkundung ohne Haftungsrisiko für den Notar nur vorgenommen werden, wenn die Beurkundung von den Beteiligten trotz notarieller Belehrung beantragt wird. Die Rechtsprechung stellt hieran hohe Anforderungen: Die Beteiligten müssen sich über die Tragweite ihrer Erklärungen und das damit verbundene Risiko vollständig im Klaren sein, was im Streitfall der Notar zu beweisen hat.

22 BGH, Urteil vom 11.2.1988, IX ZR 77/87, DNotZ 1989, 45; *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG, § 17 Rdnr. 24 ff. m. w. N.; *Winkler*, BeurkG, § 17 Rdnr. 224 ff. m. w. N.

23 St. Rspr., z. B. BGH, Urteil vom 27.10.1994, IX ZR 12/94, DNotZ 1995, 407; BGH, Urteil vom 4.12.2008, III ZR 51/08, DNotZ 2009, 444; BGH, Urteil vom 8.12.2011, III ZR 225/10, DNotZ 2012, 356.

24 *Sorge*, MittBayNot 2013, 170, 171.

25 BGH, Urteil vom 19.10.1995, IX ZR 104/94, DNotZ 1996, 563; BayObLG, Beschluss vom 1.10.2004, 3 Z BR 129/04, MittBayNot 2005, 304; *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG, § 17 Rdnr. 18.

26 BGH, Urteil vom 22.7.2010, III ZR 293/09, DNotZ 2011, 192; *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG, § 17 Rdnr. 32; *Winkler*, BeurkG, § 17 Rdnr. 224.

27 St. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 22.7.2010, III ZR 293/09, MittBayNot 2011, 78, 79; BGH, Urteil vom 2.6.2005, III ZR 306/04, NJW 2005, 3495; BGH, Urteil vom 22.11.1966, VI ZR 39/65, NJW 1967, 931.

28 BGH, Urteil vom 8.7.1993, IX ZR 222/92, DNotZ 1995, 494; BGH, Urteil vom 18.4.2002, IX ZR 72/99, DNotZ 2002, 768; *Ganter*, DNotZ 2007, 246, 252; *Eylmann/Vaasen/Frenz*, BeurkG, § 17 Rdnr. 11; *Reithmann*, DNotZ 2007, 14, 15.

29 Ausführlich *Winkler*, BeurkG, § 17 Rdnr. 232 ff. m. w. N.

30 Vgl. BGH, Urteil vom 17.1.2008, III ZR 136/07, MittBayNot 2008, 313; BGH, Urteil vom 12.2.2004, III ZR 77/03, DNotZ 2004, 841; OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 28.3.2007, 4 U 190/06, MittBayNot 2007, 518; *Schlick*, ZNotP 2013, 2 ff.

6. Vertrauensverantwortung

Als markantester Teil der notariellen Inhaltsverantwortung lässt sich die notarielle Vertrauensverantwortung bezeichnen.

Wie bei der notariellen Verfahrensverantwortung bestehen auch Grenzen der notariellen Inhaltsverantwortung. Dem Notar ist es berufs- und beurkundungsrechtlich untersagt, an einer Beurkundung mitzuwirken, mit der „erkennbar unrechtmäßige oder unredliche Zwecke verfolgt“ werden (§ 14 Abs. 2 BNotO, § 4 BeurkG).

a) Notarielle Warnpflichten

Deshalb endet die Pflichtenbindung des Notars im Rahmen seiner Verantwortung für den Inhalt der Urkunde nicht bei der Belehrung über die rechtliche Tragweite. Die Rechtsprechung hat sehr früh weitergehende Pflichten des Notars statuiert, maßgeblich die notariellen Warnpflichten. Aus der Verpflichtung eines „öffentlichen Amtsträgers zur unparteiischen Betreuung“ folge seine „begleitende Verpflichtung, die Beteiligten nicht untätig in die Gefahr eines folgeschweren Schadens geraten zu lassen“, so der BGH.³¹ Die Warnpflicht setze voraus, dass einem Beteiligten ein Schaden drohe, er sich dessen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht bewusst sei, und diese Umstände für den Notar aus der Gestaltung der Urkunde oder aus deren Abwicklung erkennbar seien.

Zwar ist hiermit – wie allgemein – noch keine Belehrungspflicht über die wirtschaftlichen Folgen verbunden. Allerdings hat der Notar den Beteiligten die Gefährdungslage vor Augen zu führen, damit sie in die Lage versetzt werden, den Abschluss des Rechtsgeschäfts zu reflektieren. Der Notar ist insoweit veranlasst, die Vertragsparität herzustellen. Berufsrechtlich gilt hier, dass das Formgebot, der Schutz der Beteiligten, Vorrang vor der Neutralitätspflicht hat.

Das Schrifttum³² begreift diese Pflichten, die aus den §§ 1 und 14 BNotO zu deduzieren sind, regelmäßig als „erweiterte Belehrungspflicht aus Betreuung“.

Es obliegt nämlich der Verantwortung des Notars, im Beurkundungsverfahren zu entscheiden, ob eine Beurkundung vorgenommen werden kann oder nicht, maßgeblich in Fällen, in denen Anhaltspunkte bestehen für eine Unwirksamkeit oder Übervorteilung bzw. Benachteiligung eines Beteiligten. Der Notar ist hiermit vom Gesetzgeber betraut als neutraler und fachkundiger Berater. Dieser Annex zur Inhaltsverantwortung lässt sich mit notarieller Vertrauensverantwortung beschreiben. Gerade in diesen Grenzfällen hat der Notar dem vom Gesetzgeber gewährten Vertrauensvorschuss in der täglichen Praxis gerecht zu werden; er steht insofern dem Gesetzgeber, der Notaraufsicht und nicht zuletzt den Beteiligten gegenüber in der Vertrauensverantwortung.

31 St. Rspr., z. B. BGH, Urteil vom 26.11.1953, III ZR 98/52, DNotZ 1954, 319; BGH, Urteil vom 25.2.1969, VI ZR 225/67, DNotZ 1969, 507; BGH, Urteil vom 2.5.1972, VI ZR 193/70, DNotZ 1973, 240; BGH, Urteil vom 18.11.1999, IX ZR 402/97, DNotZ 2001, 483; BGH, Urteil vom 21.1.2016, III ZR 159/15, DNotZ 2016, 711.

32 *Allerkamp*, Die sog. erweiterte Belehrungspflicht des Notars, 1989; *Ganter*, WM 1996, 701; *Reithmann*, DNotZ 1969, 73 ff.; *ders.*, NJW 1995, 3370; zusammenfassend *Winkler*, BeurkG, § 17 Rdnr. 242 ff.

b) Einsatzzeitpunkte

Auch zu dieser Thematik ist ein aktuelles Judikat des BGH³³ für die Struktur der notariellen Prüfungspflichten bedeutsam:

Ein Notar wirkte bei einer Vielzahl von Rechtsgeschäften mit, die den Zweck verfolgten, Firmen nicht im gesetzlich vorgesehenen Verfahren zu liquidieren, sondern „illegal zu bestatten“. Für die Ablehnung der notariellen Mitwirkung ist nicht mehr, wie bislang noch mehrheitlich kommentiert, die positive Kenntnis des Notars von der Unrechtmäßigkeit oder Unredlichkeit des Rechtsgeschäfts oder des Verhaltens der Urkundsbeteiligten erforderlich. Erkennbarkeit im Sinn von § 14 Abs. 2 BNotO ist nunmehr bereits dann gegeben, wenn „der Verdacht besteht, dass seine – des Notars – Tätigkeit der Begehung von Straftaten dienen könnte“.

Damit findet eine zeitliche Vorverlagerung statt: Der Notar ist in Fällen, in denen nach dem Inhalt des gewünschten Rechtsgeschäfts Zweifel an der Rechtmäßigkeit oder Redlichkeit bestehen, veranlasst, den Sachverhalt rechtlich und – Stichwort Warnpflicht – im Ausnahmefall auch wirtschaftlich weiter aufzuklären, um Rechtmäßigkeit und Redlichkeit prüfen zu können. Berufsrechtlich begründen solche Verdachtsmomente nach dem BGH eine „Signalfunktion“³⁴, deren Nichtbeachtung „ein mit den Pflichten des Notars unvereinbares sorgloses Verhalten, einen unwiederbringlichen Vertrauensverlust in die Redlichkeit des Notars“ begründen.

Die notarielle Vertrauensverantwortung setzt nach diesem Judikat früher ein, damit einher geht eine Stärkung der Funktion des Notars im Beurkundungsverfahren. Dies entspricht den bislang gefundenen Ergebnissen zu den gestiegenen Anforderungen an die Pflichten des Notars nach § 17 BeurkG im Spiegel der Rechtsprechung.

c) Fallbezogenheit als Strukturprinzip

Im Zusammenhang mit der gesteigerten inhaltlichen Pflichtenbindung des Notars möchte ich ein weiteres aktuelles Judikat zur notariellen Warnpflicht besprechen und einordnen:

Der BGH³⁵ hat auch hier das Bestehen einer notariellen Warnpflicht bejaht. Einer solchen Pflicht und manch anderen Pflichten war der Notar bei der Beurkundung nicht nachgekommen, und zwar in einem Fall, in dem der Erwerber einer zu sanierenden Eigentumswohnung im Bauträgerkaufvertrag nicht darauf hingewiesen wurde, dass sich der veräußernde Bauträger in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befand, obwohl zum Zeitpunkt der Beurkundung auf dem Grundbesitz ein Zwangsversteigerungsvermerk eingetragen war. In der Beurkundungsverhandlung und in der Urkunde wurde weder auf die durch die Zwangsversteigerungsmaßnahme eingetretene Beschlagnahme des Grundbesitzes und deren rechtlichen Folgen eingegangen noch auf die dem Notar im konkreten Fall bekannte wirtschaftlich schwierige Situation des Verkäufers.

33 BGH, Beschluss vom 23.11.2015, NotSt (Brfg) 4/15, DNotZ 2016, 227.

34 Siehe vorherige Fußnote.

35 BGH, Urteil vom 22.7.2010, III ZR 293/09, MittBayNot 2011, 78.

Die vom BGH bejahte Warnpflicht des Notars resultierte maßgeblich aus der Zusammenschau der Risikofaktoren im Einzelfall:

Es handelte sich um einen Verbrauchervertrag, ferner um einen Bauträgervertrag, bei dem vom Erwerber Abschlagszahlungen für einzelne, bereits erbrachte Gewerke zu leisten waren, das Eigentum indes erst nach vollständiger Kaufpreiszahlung auf den Erwerber übergang. Schließlich wurde der im Grundbuch eingetragene Zwangsversteigerungsvermerk verbunden mit dem Sonderwissen des Notars über die Liquiditätsschwierigkeiten des Veräußerers nicht offenbart.

Die entscheidende Frage aber ist, ob sich aus dem Judikat Verallgemeinerungen für die Struktur der notariellen Pflichten im Rahmen der Inhalts- und Vertrauensverantwortung ergeben? Dies ist zu verneinen: Der Umstand, dass es sich im konkreten Fall um einen Verbrauchervertrag handelte, wird durch die verfahrensrechtlichen Vorschriften des § 17 Abs. 2a BeurkG umfassend erfasst, es gilt uneingeschränkt die notarielle Verfahrensverantwortung. Der Bauträgervertrag begründet zwar besondere Anforderungen an die notarielle Inhaltsverantwortung, also an die Belehrung über die rechtliche Tragweite. Warnpflichten des Notars bestehen aber nicht. Schließlich wird die rechtlich und für den Vertragspartner wirtschaftlich bedeutsame Eintragung eines Zwangsversteigerungsvermerks ebenfalls bereits von der geschuldeten Belehrung über die rechtliche Tragweite eines Rechtsgeschäfts abgedeckt und muss in diesem Rahmen in einer sachgerechten Belehrung und Gestaltung für den Erwerber münden.

Das Judikat lässt damit keine verallgemeinerungsfähige Annahme einer Warnpflicht zu; ihr Einsatz muss fallbezogen veranlasst sein. Eine Warnpflicht kann nicht pauschal bei Verträgen, die ein bestimmtes Risiko für einen Verbraucher beinhalten, bejaht werden, insbesondere nicht nach einem nicht handhabbaren Maßstab „risikoreicher als üblich“.³⁶ Die allgemeinen notariellen Pflichten aus § 17 BeurkG bieten für die Vertragsbeteiligten ausreichenden und umfassenden Schutz. Der Einsatz der Warnpflicht bleibt dem von der Rechtsprechung entwickelten Rahmen vorbehalten; nur innerhalb dieses Rahmens ist es veranlasst und gerechtfertigt, zum Schutz eines Beteiligten die notarielle Neutralitätspflicht hinten anzustellen. Kurz gesagt: Die Fallbezogenheit der notariellen Betreuung erfordert kein pauschales „trigger warning“ mehr!

d) Mehrwert durch Vertrauensverantwortung

Im Ergebnis wird durch die notarielle Vertrauensverantwortung der Mehrwert der notariellen Mitwirkung für die Beteiligten offenbar:

Dem Notar obliegt die Verantwortung für den Inhalt der Urkunde. Er hat im Grenzbereich den Sachverhalt weiter zu ermitteln und letztlich zu entscheiden, ob die Beurkundung in der gewünschten Form oder mit welchen Änderungen im Hinblick auf schutzwürdige Belange der Beteiligten vorgenommen werden kann oder abgelehnt werden muss. Gerade die notarielle Vertrauensverantwortung ist es, das bestätigt die tägliche Notarpraxis, die die Beteiligten veranlasst, den Notar

um Rat zu fragen bzw. eine Beurkundung zu beauftragen. Erwartet werden die schnelle und rechtssichere Bearbeitung von Angelegenheiten sowie die Beurkundung und der reibungslose Vollzug von Rechtsvorgängen; gesucht und geschätzt wird der Rat eines neutralen und fachkundigen Beraters. Auch insofern ist die Wertigkeit der Verfahrensverantwortung im Vergleich zur Inhalts- und Vertrauensverantwortung zu gewichten.

V. Exkurs: Notarielle Prüfungs- und Belehrungspflicht in Sondergestaltungen

Im Zusammenhang mit der Pflichtenbindung des § 17 BeurkG werden im Folgenden noch zwei Sonderfälle behandelt:

1. Notarielle Pflichtenbindung bei internationalem Bezug

Ändert sich der Gesellschafterbestand einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, insbesondere im Fall einer Veräußerung von Anteilen, ist die Veränderung in den Personen der Gesellschafter in einer neuen Liste der Gesellschafter zu dokumentieren und die Liste zur Beauskunftung dem Registergericht nach den bestehenden verfahrensrechtlichen Vorschriften einzureichen. Hat ein Notar an der Veränderung im Gesellschafterkreis mitgewirkt, insbesondere durch Beurkundung einer Anteilsübertragung, so ist er verpflichtet, die Gesellschafterliste einzureichen.

Eine Besonderheit besteht für den Fall, dass ein ausländischer Notar die Veränderung im Gesellschafterkreis beurkundet. Das OLG München³⁷ war insoweit der Auffassung, dass die Gesellschafterliste eines ausländischen Notars nicht in den Registerordner aufgenommen werden könne, weil ihm die Befugnis zur Einreichung fehle. Demnach blieben die Geschäftsführer zur Listeneinreichung befugt und verpflichtet. Anders der BGH:³⁸ Aufgrund des nur formalen Prüfungsrechts der Registergerichte im Hinblick auf die Richtigkeit der einzureichenden Gesellschafterlisten könne die Listenaufnahme in den Registerordner nur verweigert werden, wenn sie von einem „offensichtlich Unbefugten“ eingereicht werde. Dies sei bei einem ausländischen Notar, vorliegend einem Baseler Notar, nicht der Fall. Aus der zwar fehlenden Verpflichtung zur Einreichung könne aber nicht auf eine fehlende Berechtigung geschlossen werden. So viel zur Listeneinreichung und zur registerrechtlichen Prüfungscompetenz.

Im Übrigen handelt es sich um eine international-privatrechtliche Fragestellung:

Das GmbH-Recht verhält sich indifferent zur Frage der Zulässigkeit und Anerkennung einer Beurkundung der Übertragung von Geschäftsanteilen im Ausland und zur darauffolgenden Listeneinreichung. Internationalprivatrechtlich ist zur Anerkennung der Auslandsbeurkundung die Gleichwertigkeit der Ur-

³⁷ OLG München, Beschluss vom 6.2.2013, 31 Wx 8/13, ZIP 2013, 458.

³⁸ BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, MittBayNot 2014, 256.

³⁶ Regler, MittBayNot 2011, 81 ff.

kundsperson und des Urkundsverfahrens³⁹ erforderlich. Aus der Prüfung dieser Gleichwertigkeit wird deutlich, dass der BGH im Hinblick auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts nicht auf die Einhaltung der Ortsform, also ggf. Schweizer Recht, sondern auf die Geschäftsform, also bei einer deutschen GmbH auf die Anforderungen der notariellen Beurkundung nach deutschem GmbH-Recht abstellt.⁴⁰

Zu hinterfragen sind die Ausführungen des BGH zu § 17 BeurkG: Für die Auslandsbeurkundung führt der BGH aus, dass „der mit der Beurkundung betraute ausländische Notar weder die dem Rechtsgeschäft materiellrechtlich zugrundeliegenden Rechtsgebiete beherrschen muss noch für die Einhaltung der Kardinalpflichten des § 17 BeurkG haftet“. Insofern unterstellt der BGH den Beteiligten, die einen ausländischen Notar mit der Beurkundung beauftragen, dass sie sich bewusst des Schutzes des § 17 BeurkG begeben. Obwohl § 17 BeurkG die Grundlage und den Maßstab allen notariellen Handelns bildet, soll die Vorschrift bei der Prüfung der Gleichwertigkeit des Beurkundungsverfahrens keine Rolle spielen? Anders gefragt: Was bleibt übrig von der Gleichwertigkeit, wenn die Anforderungen auf diese Weise reduziert werden?

Es ist deshalb die Aufgabe des Gesetzgebers und der Rechtsprechung, die Voraussetzungen der Gleichwertigkeit nach internationalem Privatrecht auf den Prüfstand zu stellen. Dies gilt umso mehr, als die Anforderungen, die an den deutschen Notar aus § 17 BeurkG im Rahmen der Verfahrens- und Inhaltsverantwortung gestellt werden, zum Schutz der Beteiligten steigen und nicht fallen.

2. Notarielle Prüfungspflichten bei der (bloßen) Beglaubigung der Echtheit einer Unterschrift

Derzeit besteht ein Diskussionsentwurf zur Ergänzung der notariellen Pflichten bei der bloßen Beglaubigung der Echtheit einer Unterschrift auf einer Erklärung, die einen Registervollzug im Grundbuch oder Handelsregister erfordert. Für den Fall, dass der Notar die Registeranmeldung oder den Grundbuchantrag selbst entworfen hat, treffen den Notar aufgrund seiner Entwurfstätigkeit stets sämtliche Prüfungs- und Belehrungspflichten. Anders liegt es beurkundungsrechtlich, wenn er die Erklärung nicht selbst entworfen hat und stattdessen lediglich die Echtheit der Unterschrift für den Registerverkehr beglaubigt. In diesem Fall hat der Notar derzeit lediglich zu prüfen, ob „Gründe bestehen, seine Amtstätigkeit zu versagen“ (§ 40 Abs. 2 BeurkG). Der Entwurf greift auf, dass der Notar in der täglichen Praxis trotz seiner eigentlich eingeschränkten Prüfungspflicht regelmäßig trotzdem prüft, ob die gewählte Formulierung eintragungsfähig ist. Die Vorname dieser Prüfung, einschließlich eines Prüfvermerks, sieht der Diskussionsentwurf nun als verpflichtend vor.

39 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2.3.2011, I-3 Wx 236/10, ZIP 2011, 564; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 15 Rdnr. 22a; *Mayer*, DNotZ 2008, 403, 411; *Palandt/Thorn*, 76. Aufl. 2017, Art. 11 EGBGB Rdnr. 9; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2304.

40 BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, MittBayNot 2014, 256.

Die Besonderheit des Entwurfs besteht darin, dass die vorgeordnete Amtspflicht des Notars lediglich drittbezogen sein soll, das heißt, sie dient nicht dem Schutz der Beteiligten, sondern ausschließlich dem Schutz des Rechtsverkehrs, also der Entlastung der Registergerichte. Korrespondierend sollen keine Amtshaftungsansprüche, aber auch keine Mehrkosten für die Beteiligten entstehen. Für den Notar, der bei bloßen Unterschriftsbeglaubigungen bereits bislang überobligatorisch gearbeitet hat, würden sich die Pflichten faktisch kaum erhöhen. Daher ist es zu begrüßen, dass die Mitwirkung des Notars an der Registerpublizität, also seine Filterfunktion, bei der Formulierung der Registeranmeldungen zur Entlastung der Justiz nun im Gesetz positiv verankert werden würde. Auch insoweit träte eine Stärkung der notariellen Verantwortung ein.

VI. Notarielle Verantwortung und Notaraufsicht

Die notarielle Verantwortung im Bereich des § 17 BeurkG ist noch unter einem anderen Blickwinkel zu würdigen, nämlich unter dem Blickwinkel der Notaraufsicht.

Effektive Aufsicht bedeutet Aufwand. Für die Aufsichtsbehörden wäre es freilich leichter, lediglich die Einhaltung der verfahrensrechtlichen Anforderungen anhand von Checklisten zu prüfen. Der Mehrwert der notariellen Mitwirkung, das zeigen die obigen Ausführungen, fußt auf der Freiheit bzw. Verantwortung des Notars bei Verfahren und Inhalt. Die Einhaltung der fallbezogen ausgeübten notariellen Verantwortung kann auch nur fallbezogen geprüft werden. Die Notaraufsicht muss dies gewährleisten, will sie effektiv sein. Hierbei können die speziellen Kenntnisse der Notarkammern nutzbar gemacht werden. Die BNotO sieht in § 93 Abs. 3 Satz 2 bereits derzeit die Möglichkeit der Einbeziehung vor. Die steigenden Anforderungen an den Notar durch Gesetzgebung und Rechtsprechung sprechen für eine Intensivierung der bestehenden Zusammenarbeit. Denn so viel muss klar sein: Bei einem Foulspiel enden die Gratulationen!

VII. Ausfüllen der notariellen Verantwortung

Was bleibt, ist die Frage nach Alternativen. Die Antwort lautet: Keine! Die Annahme der zunehmenden Anforderungen an die notarielle Verfahrens- und Inhaltsverantwortung ist alternativlos. Steigende Verantwortung hat die Stärkung der Funktion des Notars zur Folge. Sie ist für die Zukunftsfähigkeit des Berufs von essenzieller Bedeutung, da sie die Eigenständigkeit der notariellen Tätigkeit im Vergleich zu den anderen rechtsberatenden Berufen herausstellt. Der Notar hat als neutrale Instanz sowie als Verfahrens- und Urkundsgestalter ein Alleinstellungsmerkmal. Dieses muss stets gerechtfertigt werden durch die Qualität der Dienstleistung – verfahrensrechtlich, inhaltlich und organisatorisch.

Die Organisation und Gestaltung des Verfahrens unter Rücksichtnahme auf die Besonderheiten des Einzelfalls, die Möglichkeit der Aufnahme und Verarbeitung einer Vielzahl von Informationen sowie ein professioneller Registervollzug sind die Grundlagen einer modernen notariellen Dienstleistung.⁴¹ Der Notar wird auch nicht ohne ein „smart office“ auskommen.

41 Zur Qualität und Qualitätssicherung im Notariat *Vollrath*, MittBayNot 2001, 1 ff.

Zu den jüngsten technischen und rechtlichen Entwicklungen in diesem Bereich hat sich *Kirchner*⁴² 2014 in Landshut geäußert. Andernfalls würde der Notar Gefahr laufen, lediglich Berater eines Informationsproletariats zu werden, so bereits *Albrecht*⁴³ im Jahr 1999 in Bad Kissingen.

Die „Delicatesse“⁴⁴ aber – das, was den Notar ausmacht und ihn von anderen Berufen abgrenzt – ist das Ausfüllen der notariellen Inhaltsverantwortung. Diese Qualität ist nicht ersetzbar – weder von Computern noch von anderen rechtsberatenden Berufen. Hierzu gehört es, insbesondere bei Verbraucherverträgen, bei Zweifeln an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Angaben des Verbrauchers oder bei Anhaltspunkten für eine Umgehung des gesetzlich vorgesehenen Verbraucherschutzes weitergehend als üblich den Sachverhalt zu klären, hierzu Ermittlungen anzustellen und erst auf dieser Informationsbasis die Entscheidung über die Vornahme der Beurkundung zu treffen. Probleme mit einem verkürzten notariellen Verbraucherschutz im Bereich des Strukturvertriebs von Immobilien sind dann schwerlich denkbar. Der Verweis auf die nach außen und damit formal eingehaltenen Verfahrensstandards kann und darf nicht genügen. Die gebotene Sensibilität bei der notariellen Vertrauensverantwortung – eben diese „Delicatesse“ – kann ein Verfahren nicht leisten – insbesondere nicht durch Überfrachtung als „safe space“ oder durch „trigger warnings“.

VIII. Ergebnisse und Folgerungen

Welches Fazit lässt sich nun nach diesem Blick auf die Struktur der notariellen Belehrungspflichten im Spiegel von Gesetzgebung und Rechtsprechung ziehen?

42 *Kirchner*, MittBayNot 2015, 294 ff.

43 *Albrecht*, MittBayNot 2001, 346 ff.

44 So bei *Seybold/Hornig*, BNotO, 4. Aufl. 1962, Vorwort.

(1) Die notariellen Pflichten aus § 17 BeurkG beinhalten für den Notar die Übernahme von Verantwortung – für das Verfahren, für den Inhalt der Urkunde und für das Vertrauen des Gesetzgebers und der Urkundsbeteiligten.

(2) Verbraucherschutz durch Verfahren ist zwingend und essenziell. Die Ersetzbarkeit der notariellen Mitwirkung wird aber nur vermieden, wenn das Verfahren effektiv geführt werden kann, dem Notar also eine zumindest teilweise flexible Gestaltung des Verfahrens möglich bleibt. Dann gewährt die notarielle Mitwirkung einen spürbaren Mehrwert im Vergleich zu standardisierten und damit ersetzbaren Verfahren.

(3) Die notarielle Inhaltsverantwortung verlangt, dass der Notar seiner Belehrungs- und Betreuungspflicht über die rechtliche Tragweite fallbezogen nachkommen kann und auch tatsächlich nachkommt. Dies betrifft die Rücksichtnahme auf die Besonderheiten des Einzelfalls, die Belehrungsbedürftigkeit der Beteiligten und die inhaltliche Gestaltung des Rechtsgeschäfts ebenso wie den Umgang mit Beurkundungen im Grenzgebiet notarieller Vertrauensverantwortung. Auch nur nach diesem Maßstab kann sich die Pflichtenbindung des Notars zu einer Warnpflicht verdichten.

(4) Soll die notarielle Mitwirkung einen qualitativen Mehrwert aufweisen, und das muss sie, erfordert sie einen Vertrauensvorschuss des Gesetzgebers. Dieser Vertrauensvorschuss ist in der täglichen Notarpraxis zu rechtfertigen durch einen sorgsamsten Umgang mit den Kardinalpflichten des § 17 BeurkG.

Dies mag anstrengend sein für den Notar in der täglichen Praxis – und ggf. anschließend auch für die Notaraufsicht. Aber es hält den Notar nachhaltig im Rennen, bei allem notwendigen Streben nach Qualitätssicherung, Vereinheitlichung und Verfahrensschutz.

Mehrheitsentscheidungen in Personengesellschaften

Von Notar Dr. **Hartmut Wicke**, LL.M. (Univ. Stellenbosch), München

Die Formulierung von Personengesellschaftsverträgen gehört zu den zentralen Aufgaben der notariellen Praxis. Der Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft unterliegt bekanntlich einer Beurkundungspflicht, wenn diese nach dem UmwG errichtet wird. Entsprechendes kann gelten, wenn die Gründung in engem Zusammenhang mit einem Einbringungsverfahren von Immobilien erfolgt. Nicht selten sind Notare auch in anderen Konstellationen erste Ansprechpartner für die Vorbereitung personengesellschaftsrechtlicher Dokumente. In jüngerer Zeit hatte sich der BGH wiederholt mit Mehrheitsentscheidungen von Personengesellschaften zu befassen. Diese Rechtsprechung soll zum Anlass für die nachfolgenden Gestaltungsüberlegungen genommen werden.

I. Gesetzliches Einstimmigkeitsprinzip und Mehrheitsklauseln

Gesellschafterbeschlüsse von Personen(handels)gesellschaften werden nach der gesetzlichen Regelung einstimmig gefasst (§§ 119 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB, § 709 Abs. 1 BGB).¹ Dies folgt aus ihrer Struktur als persönlichem Zusammenschluss der Gesellschafter auf vertraglicher Grundlage ohne Verselbstständigung der Gesellschaft zur juristischen Person.² Das Einstimmigkeitsprinzip kann allerdings, insbesondere bei geänderten Verhältnissen, die Willensbildung der Gesellschaft und deren Handlungsfähigkeit durch das Vetorecht Einzelner erheblich beeinträchtigen. Aus diesem Grund werden in der Praxis in aller Regel Mehrheitsklauseln in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen. Da andererseits die Minderheit der Ausübung der Mehrheitsmacht nicht schrankenlos ausgesetzt werden darf, besteht für Kautelarpraxis und Gerichte die Aufgabe, die Interessen beider Seiten zu einem gerechten Ausgleich zu bringen.³

1. Die traditionelle Auffassung: Bestimmtheitsgrundsatz und Kernbereichslehre

Zu den von der Rechtsprechung entwickelten Instrumenten für eine Lösung von Minderheits-/Mehrheitskonflikten gehörten traditionell der „Bestimmtheitsgrundsatz“ und die „Kernbereichslehre“, die von der Rechtsprechung schrittweise eingeschränkt wurden.⁴ Mit Urteil vom 21.10.2014 hat der BGH

den Bestimmtheitsgrundsatz endgültig aufgegeben und ist zur Kernbereichslehre auf Distanz gegangen.⁵ Zu entscheiden war über die Zustimmung zu einer Anteilsabtretung, die nach dem Gesellschaftsvertrag der Gesellschafterversammlung zugewiesen war. Nach Auffassung des II. Zivilsenats konnte hierüber auf der Grundlage einer allgemeinen Mehrheitsklausel beschlossen werden.

2. Das „Zweistufenmodell“

a) Formelle Legitimation

Nunmehr erfolgt die Beschlusskontrolle auf der Grundlage eines „Zweistufenmodells“ mit einer Prüfung der formellen Legitimation auf der ersten und der materiellen Legitimation auf der zweiten Stufe. Auf der ersten Stufe geht es um die Beantwortung der Frage, ob die Gesellschafter es bei dem Einstimmigkeitsgrundsatz belassen oder – ganz oder teilweise – das Mehrheitsprinzip einführen wollten. Diese Frage ist nach Auffassung des II. Zivilsenats ausschließlich nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu beantworten. Eine allgemeine Mehrheitsklausel ist in dieser Hinsicht ausreichend, etwa wie folgt:

Soweit gesetzlich oder in diesem Vertrag nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist, entscheiden die Gesellschafter in Angelegenheiten der Gesellschaft durch Beschluss mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen.⁶

Bei der Auslegung des Gesellschaftsvertrags ist der frühere Bestimmtheitsgrundsatz auch nicht etwa im Sinne einer Auslegungsregel des Inhalts zu berücksichtigen, dass allgemeine Mehrheitsklauseln restriktiv auszulegen sind oder dass bestimmte Beschlussgegenstände nicht erfasst werden.⁷

b) Materielle Legitimation

Die materielle Legitimation der Mehrheitsentscheidung ist allein auf der zweiten Stufe zu überprüfen. Im Vordergrund steht insofern die Frage, ob unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls die Mehrheitsentscheidung zu einem Verstoß gegen die gesellschafterliche Treuepflicht gegenüber der Minderheit führt. Dies gilt nach Auffassung des II. Zivilsenats allgemein für alle Beschlussgegenstände, also auch bei sog. „Grundlagengeschäften“ oder Maßnahmen, die in den „Kernbereich“ der Mitgliedschaftsrechte bzw. in absolut oder

1 MünchKomm-BGB/Schäfer, 6. Aufl. 2013, § 709 Rdnr. 81; Goette/Goette, DStR 2016, 74.

2 Schäfer, a. a. O.

3 Goette/Goette, DStR 2016, 74.

4 Siehe insb. BGH, Urteil vom 15.1.2007, II ZR 245/05, NZG 2007, 259; Urteil vom 24.11.2008, II ZR 116/08, DStR 2009, 280.

5 BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 84/13, NJW 2015, 859; vgl. dazu Palandt/Sprau, 76. Aufl. 2017, § 705 Rdnr. 16a; Goette/Goette, DStR 2016, 74; Heckschen/Bachmann, NZG 2015, 531; Ulmer, ZIP 2015, 657; Wertenbruch, DB 2014, 2875; Schäfer, ZIP 2015, 1313; Schiffer, DB 2015, 584; Otte-Gräberner, GWR 2015, 11; Priester, NZG 2015, 529; Grunewald, BB 2015, 333; Keil, DZWIR 2015, 324.

6 Goette/Goette, DStR 2016, 74, 77.

7 Palandt/Sprau, § 705 Rdnr. 16a; Grunewald, BB 2015, 333.

relativ unentziehbare Rechte der Minderheit eingreifen. In den zuletzt genannten Fällen der absolut oder relativ unentziehbaren Rechte ist allerdings – bei der Prüfung auf der zweiten Stufe – regelmäßig eine treuepflichtswidrige Ausübung der Mehrheitsmacht anzunehmen, während in den sonstigen Fällen die Minderheit den Nachweis einer treuepflichtswidrigen Mehrheitsentscheidung zu führen hat.⁸ Der BGH lässt in diesem Zusammenhang ausdrücklich offen, ob und in welchem Umfang unverzichtbare und schon deshalb unentziehbare Rechte anzuerkennen sind, und stellt, abgesehen von solchen unentziehbaren Rechten, bei Eingriffen in die individuelle Rechtsstellung des Gesellschafters, d. h. in seine rechtliche und vermögensmäßige Position in der Gesellschaft, maßgeblich darauf ab, „ob der Eingriff im Interesse der Gesellschaft geboten und dem betroffenen Gesellschafter unter Berücksichtigung seiner eigenen schutzwürdigen Belange zumutbar ist“.⁹

3. Literatur und Kritik

a) Bestimmtheitsgrundsatz

Der Abschied vom Bestimmtheitsgrundsatz hat im Schrifttum ganz überwiegend Zustimmung gefunden.¹⁰ Nach dem Bestimmtheitsgrundsatz wurden im Falle einer auch auf Änderungen des Gesellschaftsvertrags bezogenen Mehrheitsklausel „ungewöhnliche“ Vertragsänderungen als nicht erfasst angesehen, die somit einstimmig zu vereinbaren waren.¹¹ Für die Kautelarpraxis bestand daher die Schwierigkeit, solche ungewöhnlichen Gegenstände durch katalogartige Aufzählungen zu erfassen. Dies konnte im Konfliktfall zu Problemen führen, wenn der zur Entscheidung berufene Richter zur Überzeugung gelangte, dass der im Streit befindliche Beschlussgegenstand in der gesellschaftsvertraglichen Aufzählung nicht enthalten war.¹² Bezweifelt wird überdies, ob der Bestimmtheitsgrundsatz zu effektivem Minderheitenschutz führt, da bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags regelmäßig niemand ernsthaft damit rechnet, dass die aufgezählten Beschlussgegenstände relevant werden könnten.¹³ Bei der Auslegung von Altverträgen ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Vertragsschließenden zum Zeitpunkt der Abfassung des Gesellschaftsvertrags oftmals von der Geltung des Bestimmtheitsgrundsatzes ausgingen.¹⁴

8 BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 84/13, NJW 2015, 859 Rdnr. 12.

9 BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 84/13, NJW 2015, 859 Rdnr. 19; dazu *Goette/Goette*, DStR 2016, 74, mit dem Hinweis, dass die Formulierung auch in der anders gearteten Konstellation der Ersetzung der Zustimmung des dissentierenden Gesellschafters aus Treuepflichtwägungen verwendet wird; siehe dazu unten II.

10 *Goette/Goette*, DStR 2016, 74, 76; *Ulmer*, ZIP 2015, 657; *Wertenbruch*, DB 2014, 2875; *Heckschen/Bachmann*, NZG 2015, 531, 537; *Grunewald*, BB 2014, 333; *Meyer*, ZIP 2015, 256, 258; *Otte-Gräbener*, GWR 2015, 11; *Schäfer*, NZG 2014, 1401; *Schiffer*, BB 2015, 584; *Chr. Weber*, JA 2015, 147; *J. Weber*, ZfPW 2015, 123; kritisch aber *Altmeyen*, NJW 2015, 2065; *BeckOK-BGB/Schöne*, Stand: 1.11.2016, § 709 BGB Rdnr. 37.

11 *Wertenbruch*, DB 2014, 2875, 2876.

12 *Goette/Goette*, DStR 2016, 74, 75.

13 *Grunewald*, BB 2015, 333.

14 *Grunewald*, a. a. O.

b) Kernbereichslehre

Kritisch wird von einigen Autoren demgegenüber die Aufgabe der Kernbereichslehre betrachtet,¹⁵ während teilweise sogar argumentiert wird, die Kernbereichslehre sei nicht aufgegeben worden.¹⁶ Bemängelt wird, dass der BGH mit seinem neuen Grundsatz eine am Treuepflichtgedanken orientierte Einzelfallprüfung an die Stelle der durch die Kernbereichslehre auf weiten Strecken klar umrissenen Eingriffstatbestände gesetzt habe. Die Bestimmbarkeit des Kernbereichs sei bei allen Unschärfen in Randbereichen leichter zu bewältigen, als ein ausschließliches Abstellen auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalls.¹⁷ Dem wird entgegengehalten, dass der Senat sich allein gegen eine katalogartige Qualifizierung von Beschlussgegenständen als einem „Kernbereich“ der Mitgliedschaft zugehörig wende, mit der Folge, dass daraus deduktiv abgeleitet werde, Eingriffe bedürften der Zustimmung des betroffenen Minderheitsgesellschafters; stattdessen werde ein induktives Vorgehen verlangt unter dem Blickwinkel, wieweit bei der gebotenen Abwägung der Interessen von Minderheit und Mehrheit der Schutz des Minderheitsgesellschafters ausgedehnt werden müsse.¹⁸

Damit erscheint es aber keineswegs ausgeschlossen, dass bei der Überprüfung von Treuegesichtspunkten im Rahmen eines induktiven Vorgehens weiterhin Erwägungen relevant sein werden, die vormalig unter dem Begriff der Kernbereichslehre erörtert wurden.¹⁹

c) Unverzichtbare Rechte

Wie bereits angedeutet, bezieht der BGH die auf der zweiten Stufe der Beschlusskontrolle vorzunehmende Prüfung, ob ein Eingriff im Interesse der Gesellschaft geboten und dem Gesellschafter unter Berücksichtigung seiner schutzwürdigen Belange zumutbar ist, ausdrücklich nicht auf die unverzichtbaren und schon deshalb unentziehbaren Mitgliedschaftsrechte, lässt aber gleichzeitig offen, ob und in welchem Umfang solche Mitgliedschaftsrechte anzuerkennen sind.²⁰ Im Schrifttum besteht im Wesentlichen Einigkeit darüber, dass zu den unverzichtbaren Rechten das außerordentliche Kontrollrecht gemäß § 118 Abs. 2 HGB, das Recht zur Teilnahme an Gesellschafterversammlungen samt Rede- und Antragsrecht, das Recht zur Anfechtung von rechtswidrigen Beschlüssen sowie das Austrittsrecht aus wichtigem Grund zählen.²¹

15 *Priester*, NZG 2015, 529; *Ulmer*, ZIP 2015, 657, 658.

16 *Schäfer*, ZIP 2015, 1313; *J. Weber*, ZfPW 2015, 123, 126 f.; *Schiffer*, BB 2015, 584.

17 *Priester*, NZG 2015, 529, 530.

18 *Goette/Goette*, DStR 2016, 74, 80; ferner *Wertenbruch*, DB 2015, 2875, 2877.

19 Siehe auch *Palandt/Sprau*, § 705 Rdnr. 16a: „weiterhin nützlich“; *Heckschen/Bachmann*, NZG 2015, 531, 537.

20 BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 84/13, NJW 2015, 859 Rdnr. 19; *Wertenbruch*, DB 2014, 2875, 2880; kritisch *BeckOK-BGB/Schöne*, § 709 Rdnr. 38a.

21 *MünchKomm-HGB/Enzinger*, 4. Aufl. 2016, § 119 Rdnr. 68; *Schiffer*, BB 2015, 584, 585 f.; *Wertenbruch*, DB 2014, 2875, 2880; *BeckOK-BGB/Schöne*, § 709 BGB Rdnr. 38a.

d) Eingriff in Rechte des Gesellschafters und Treuepflicht

Im Übrigen geht der BGH auf der zweiten Stufe der Prüfung davon aus, dass bei Eingriffen in absolut oder relativ unentziehbare Rechte regelmäßig eine treuepflichtwidrige Ausübung der Mehrheitsmacht anzunehmen sei.²² Damit wird auf Rechte Bezug genommen, die im Schrifttum auch unter den Begriff der Kernbereichslehre gefasst werden. Zu den Kernbereichsrechten werden überwiegend gezählt: das Stimmrecht, die Gewinnbeteiligung, das Recht auf Abfindung bzw. Liquidationsquote, Nachschusspflicht, Sonderrechte, Informationsrechte und die *actio pro socio*.²³

Festzuhalten bleibt aber, dass aufgrund der Distanzierung des BGH von der Kernbereichslehre Gerichte im konkreten Einzelfall nicht mehr die Grenze des Kernbereichs der Mitgliedschaftsrechte ermitteln müssen, vielmehr hat in erster Linie eine Prüfung anhand des Treuepflichtgedankens unter Berücksichtigung der konkreten Struktur der jeweiligen Personengesellschaft und einer etwaigen besonderen Stellung des betroffenen Gesellschafters zu erfolgen.²⁴ Praktisch kann sich eine Orientierung am Recht der GmbH empfehlen, das systematisch seit jeher vom Mehrheitsprinzip ausgeht, in Sonderkonstellationen die Zustimmung einzelner Gesellschafter aber ebenfalls verlangt.²⁵ Die maßgeblichen Wertungen dürften regelmäßig parallel verlaufen, es sei denn, strukturelle Unterschiede zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft fordern ausnahmsweise eine unterschiedliche Betrachtung.

Als Folge der Rechtsprechung kann einerseits der Minderheitsgesellschafter verpflichtet sein, seine Zustimmung zu erteilen, andererseits kann es der Mehrheit verwehrt sein, ihre Entscheidung ohne Zustimmung des einzelnen Gesellschafters durchzusetzen.²⁶ Letzterenfalls ist der Beschluss ohne Zustimmung des einzelnen Gesellschafters jedenfalls diesem gegenüber (relativ) unwirksam,²⁷ kann aber wohl auch insgesamt unwirksam sein, wenn er allen überstimmten Gesellschaftern gegenüber treuwidrig ist.²⁸ Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht kann allgemein definiert werden als Verpflichtung der Gesellschafter, sich gegenüber der Gesellschaft loyal zu verhalten, ihre Zwecke aktiv zu fördern, Schaden von ihr

abzuwenden und auf die mitgliedschaftlichen Interessen der Mitgesellschafter Rücksicht zu nehmen.²⁹

4. Empfehlungen für die Gestaltungspraxis

Für die Beratungspraxis folgt aus der Entscheidung, dass durch eine allgemeine Mehrheitsklausel das Einstimmigkeitsprinzip im Personengesellschaftsrecht in Gänze außer Kraft gesetzt werden und der Mehrheit eine umfassende Legitimationsmöglichkeit verschafft werden kann.³⁰ Zu berücksichtigen ist dabei, dass eine allgemeine Mehrheitsklausel die Machtposition der betreffenden Gesellschaftermehrheit verstärkt³¹ und damit die Frage des Minderheitenschutzes aufwirft. Daher empfiehlt es sich, zusätzliche Regelungen aufzunehmen, durch welche die Treuepflicht der Gesellschafter konkretisiert wird. Im Interesse der Transparenz und zur Vermeidung von Auslegungstreitigkeiten kann es sich weiterhin empfehlen, neben einer allgemeinen Mehrheitsklausel die absehbaren Konstellationen für Mehrheitsentscheidungen einschließlich der jeweils erforderlichen Mehrheiten in Regelbeispielen *expressis verbis* zu erfassen.³²

Für wesentliche Beschlussgegenstände, wie Änderungen des Gesellschaftsvertrags, Liquidation der Gesellschaft, Umstrukturierungs- bzw. Umwandlungsmaßnahmen und Einziehungstatbestände, sollten qualifizierte Mehrheiten vorgesehen werden.³³ Je nach Ausgangslage können ferner Veto- und Sonderrechte, Mehrfachstimmrechte oder Stimmausschlüsse ausdrücklich geregelt werden.³⁴ In Abgrenzung zu Mehrheitsentscheidungen der Gesellschafterversammlung sollten Individualrechte der Gesellschafter definiert und ein allgemeiner Maßstab für die Ausübung des Stimmrechts sowie die Beteiligung an Gewinn und Liquidationsüberschuss festgelegt werden, der regelmäßig an die Kapitalbeteiligung anknüpft. Unabhängig von der gewählten Gestaltung sollte der Berater darauf hinweisen, dass die Mehrheitsentscheidung auch bei sorgfältiger Formulierung der Mehrheitsklausel im Einzelfall einer Prüfung am Maßstab von Treu und Glauben unterliegt, die dazu führen kann, dass der Beschluss entweder insgesamt unwirksam ist oder aber zumindest einzelnen Gesellschaftern gegenüber keine Wirksamkeit entfaltet.³⁵

II. Belastungsverbot

1. Grundsatz

Zu den Grundlagen des Gesellschaftsrechts gehört das in § 707 BGB angelegte sog. Belastungsverbot, wonach kein

22 BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 84/13, NJW 2015, 859 Rdnr. 12.

23 Zum Meinungsstand *Koller/Kindler/Roth/Morck*, HGB, 8. Aufl. 2015, § 109 Rdnr. 5 m. w. N.; MünchKomm-HGB/Enzinger, § 119 Rdnr. 65; ferner *Schäfer*, ZGR 2013, 237, 254, der auch Einschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis und Vertragsverlängerungen zum Kernbereich zählt; ebenso *Schiffer*, BB 2015, 584, 586. Zur Einordnung der *actio pro socio* siehe auch *Baumbach/Hopt/Roth*, HGB, 37. Aufl. 2016, § 109 Rdnr. 37.

24 BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 84/13, NJW 2015, 859 Rdnr. 19; *Wertenbruch*, DB 2014, 2875, 2877.

25 Vgl. etwa *Wicke*, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 47 Rdnr. 3, § 53 Rdnr. 14 ff.

26 *Heckschen/Bachmann*, NZG 2015, 531, 535.

27 BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 84/13, NJW 2015, 859 Rdnr. 16; insoweit kritisch *Ulmer*, ZIP 2015, 657, 660.

28 *Heckschen/Bachmann*, NZG 2015, 531, 535.

29 Vgl. auch *Wicke*, GmbHG, § 13 Rdnr. 19; *Heckschen/Bachmann*, NZG 2015, 531, 535.

30 *Goette/Goette*, DStR 2016, 74, 77.

31 *Wertenbruch*, DB 2014, 2875, 2877.

32 *Heckschen/Bachmann*, NZG 2015, 531, 536; *Wertenbruch*, DB 2014, 2875, 2877.

33 *Heckschen/Bachmann*, NZG 2015, 531, 536; *Schiffer*, BB 2015, 584, 586.

34 *Heckschen/Bachmann*, NZG 2015, 531, 536.

35 Zutreffend *Heckschen/Bachmann*, NZG 2015, 531, 536; ferner BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 84/13, NJW 2015, 859 Rdnr. 16 f.; zur relativen Unwirksamkeit von Gesellschafterbeschlüssen kritisch *Ulmer*, ZIP 2015, 657, 660.

Gesellschafter zur Erhöhung des bei seinem Beitritt vereinbarten Beitrags oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage verpflichtet ist.³⁶ Die Zustimmung eines Gesellschafters zu einer Beitragserhöhung kann aber auch antizipiert erteilt, also im Vorwege ausgeübt werden. Sofern der Gesellschaftsvertrag künftige Beiträge in ausreichend bestimmter Form regelt, bezieht sich diese Zustimmung auf den die Nachschusspflicht konkretisierenden Mehrheitsbeschluss.³⁷ Die Wirksamkeit einer solchen gesellschaftsvertraglichen Bestimmung hängt dann aber davon ab, ob sie eindeutig ist und Ausmaß und Umfang der möglichen zusätzlichen Belastung erkennen lässt. Dies erfordert bei Beitragserhöhungen die Angabe einer Obergrenze oder sonstiger Kriterien, die das Erhöhungsrisiko eingrenzen.³⁸

2. Zustimmungspflicht aufgrund Treuepflicht

Nach der viel diskutierten „Sanieren oder Ausscheiden“-Rechtsprechung des BGH kann sich aus der gesellschaftlichen Treuepflicht die Pflicht ergeben, einem Mehrheitsbeschluss zuzustimmen, wonach die Gesellschafter entweder Nachschüsse leisten oder aus der Gesellschaft ausscheiden müssen verbunden mit der Verpflichtung, sodann den Ausscheidensfehlbetrag nach § 739 BGB zu zahlen.³⁹ Das Konzept „Sanieren oder Ausscheiden“ basiert auf der Grundidee, dass ein Altgesellschafter, der zur Teilnahme an einer rettenden Kapitalerhöhung nicht bereit ist, seinen Anteil verlieren soll, weil er nicht als „Trittbrettfahrer“ an dem von anderen finanzierten Sanierungserfolg beteiligt werden soll.⁴⁰ Eine Zustimmungspflicht kommt nach der Rechtsprechung allerdings nur in Betracht, wenn sie mit Rücksicht auf das bestehende Gesellschaftsverhältnis oder auf die bestehenden Rechtsbe-

ziehungen der Gesellschafter dringend erforderlich ist und die Änderung dem Gesellschafter unter Berücksichtigung seiner eigenen Belange zumutbar ist. Dies setzt neben der Sanierungsbedürftigkeit und Sanierungsfähigkeit des Unternehmens voraus, dass der Gesellschafter nicht schutzbedürftig ist, weil dessen Ausscheidensfehlbetrag den bei Auflösung von ihm zu zahlenden Auseinandersetzungsfehlbetrag nach § 735 BGB nicht überschreitet.⁴¹

3. Konkretisierende Regelungen im Gesellschaftsvertrag

Der BGH geht davon aus, dass die Treuepflicht jedem Gesellschaftsverhältnis ohne ausdrückliche Regelung immanent ist, und dass der Gesellschaftsvertrag für eine Zustimmungspflicht des Gesellschafters zu seinem Ausscheiden aus gesellschaftlicher Treuepflicht in besonders gelagerten Ausnahmefällen keine Regelung enthalten muss.⁴² Der Gesellschaftsvertrag kann allerdings diese Treuepflicht konkretisierende Regelungen (ausdrücklich oder aufgrund Auslegung) enthalten, die insbesondere die Zustimmungspflicht für bestimmte Sachverhalte einschränken oder an weitere Voraussetzungen knüpfen. Zu prüfen ist daher, ob sich dem Gesellschaftsvertrag im Wege der Auslegung eine „berechtigte Erwartungshaltung“ der sanierungswilligen Gesellschafter entnehmen lässt, dass der betroffene Gesellschafter sich entweder an der Sanierung beteiligen würde oder sein Ausscheiden zu dulden bereit ist. Eine solche Erwartungshaltung wurde bei einer im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Verwässerungsregelung verneint, mit der Konsequenz, dass der sanierungsunwillige Gesellschafter die Sanierung und eine entsprechende Verringerung seiner Beteiligungsquote dulden musste.⁴³

4. Obergrenzen für Beitragserhöhungen

Für die Gestaltungspraxis ist zunächst festzuhalten, dass Beitragserhöhungen durch Mehrheitsbeschluss zur Voraussetzung haben, dass der Gesellschaftsvertrag Art und Umfang der möglichen zusätzlichen Belastungen in Form der Angabe einer Obergrenze erkennen lässt. Zu beachten ist weiterhin, dass die fehlende Zustimmung eine eigenständige Kategorie von Beschlussmängeln darstellt: Ihr Fehlen bewirkt, dass auch der nicht (mehr) anfechtbare und nicht nichtige Beschluss dem Betroffenen gegenüber unwirksam ist.⁴⁴ In besonders gelagerten Ausnahmefällen kann der Gesellschafter aufgrund Treuepflicht verpflichtet sein, entweder Nachschüsse zu leisten oder aus der Gesellschaft gegen Zahlung des Ausscheidensfehlbetrags auszuscheiden. Daran schließt sich die Grundsatzfrage an, inwieweit die Treuepflicht der Disposition

36 K. Schmidt, JuS 2016, 173.

37 MünchKomm-BGB/Schäfer, § 707 Rdnr. 7.

38 BGH, Urteil vom 4.7.2005, II ZR 354/03, NJW-RR 2005, 1347; BGH, Urteil vom 9.2.2009, II ZR 231/07, NJW-RR 2009, 753 Rdnr. 14; BeckOK-BGB/Schöne, § 707 Rdnr. 9. Nach § 152 Abs. 3 Satz 4 und 5 KAGB sind Nachschusspflichten bei dem seit dem Jahr 2013 existierenden Sondertypus der Investment-KG, die als Rechtsformvariante für geschlossene Publikums-AIF [AIF = Alternative Investmentfonds] ab einem Investitionsvolumen von 100 Mio. € zu wählen ist, ausdrücklich verboten. Zu beachten ist weiterhin, dass gemäß § 5b VermAnlG generell keine Vermögensanlagen mit Nachschusspflicht mehr öffentlich angeboten werden dürfen. S. Henssler/Strohn/Servatius, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 707 BGB Rdnr. 1, Anhang HGB Rdnr. 183 m. w. N.

39 BGH, Urteil vom 13.10.2009, VI ZR 318/08, NJW 2010, 605; Urteil vom 25.1.2011, II ZR 122/09, NJW 2011, 1667; Urteil vom 9.6.2015, II ZR 420/13, DNotZ 2016, 306; kritisch zu dieser Rechtsprechung etwa Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 7/Hahn, 5. Aufl. 2016, § 50 Rdnr. 52; BeckOK-BGB/Schöne, § 707 Rdnr. 10c; Westermann, NZG 2016, 9; Escher-Weingart, WM 2016, 1569.

40 K. Schmidt, JuS 2016, 173. Nach der Rechtsprechung des BGH findet die Regel „Sanieren oder Ausscheiden“ auf Publikumpersonengesellschaften in Form der oHG und der Publikums-GbR Anwendung. Im Schrifttum wird darüber hinaus diskutiert, ob und inwieweit diese Grundsätze auch auf andere Publikumpersonengesellschaften, wie die KG, oder auf Kapitalgesellschaften übertragen werden können, vgl. Poelzig, BB 2015, 2708 m. w. N. Siehe auch die Girmes-Entscheidung des BGH, Urteil vom 20.3.1995, II ZR 205/94, NJW 1995, 1739.

41 BGH, Urteil vom 19.10.2009, II ZR 240/08, NJW 2010, 65 Rdnr. 32; Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 7/Hahn, § 50 Rdnr. 52; Paul, GWR 2015, 419.

42 BGH, Urteil vom 9.6.2015, II ZR 420/13, DNotZ 2016, 306 Rdnr. 23.

43 BGH, Urteil vom 25.1.2011, II ZR 122/09, NJW 2011, 1667 Rdnr. 24 ff., 29; Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 7/Hahn, § 50 Rdnr. 52.

44 Goette/Goette, DStR 2016, 74, 83; BGH, Urteil vom 5.3.2007, II ZR 282/05, DStR 2007, 771 Rdnr. 15; BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 84/13, DStR 2014, 2403 Rdnr. 17; kritisch Ulmer, ZIP 2015, 657, 660 ff.

der Gesellschafter unterliegt.⁴⁵ Für den Fall, dass eine Entscheidung zwischen „Sanieren oder Ausscheiden“ nicht gewünscht ist, wird empfohlen, dies im Gesellschaftsvertrag oder ggf. auch in einem Prospekt, auf den im Gesellschaftsvertrag Bezug genommen wird, ausdrücklich auszuschließen oder durch die Regelung entgegenstehender Folgen zu verdeutlichen.⁴⁶

5. Formulierung einer Erwartungserhaltung

Richtigerweise wird man aber die Treuepflicht auch dann, wenn man sie nicht objektivrechtlich aus dem mitgliedschaftlichen Rechtsverhältnis, sondern mit dem BGH aus dem Gesellschaftsvertrag herleitet, nicht ohne Weiteres abbedingen können.⁴⁷ Wie der BGH zutreffend ausführt, sind hingegen Konkretisierungen – die typischerweise auf eine Einschränkung hinauslaufen – zulässig. Sie bewirken eine berechtigte Erwartungshaltung der sanierungswilligen Mehrheit, mit der das Fehlen eines schutzwürdigen Vertrauens der übrigen Gesellschafter korrespondiert.⁴⁸ Wichtig ist ferner die Klarstellung des BGH, dass eine unwirksame gesellschaftsvertragliche Bestimmung „Umfang und Inhalt der sich aus der gesellschaftlichen Treuepflicht ergebenden Verpflichtungen des einzelnen Gesellschafters in der Krisensituation der Gesellschaft nicht verändert“.⁴⁹ Bei der Gestaltung von Gesellschaftsverträgen entsprechender Anlagegesellschaften sollte im Ergebnis daher eine Festlegung der Erwartungshaltung der Gesellschafter für oder gegen den Grundsatz „Sanieren oder Ausscheiden“ erfolgen. Eine Formulierung für bzw. gegen eine entsprechende Erwartungshaltung könnte wie folgt gestaltet werden:

a) Erwartungshaltung „Sanieren oder Ausscheiden“

Sollte die Gesellschaft aufgrund einer Krisensituation sanierungsbedürftig sein, können die Gesellschafter aufgrund ihrer gesellschaftlichen Treuepflicht verpflichtet sein, anteilig entweder die zur Sanierung erforderlichen Beitragszahlungen zu erbringen oder unter Zahlung des anteiligen Fehlbetrags auszuschneiden, wenn die Gesellschafterversammlung dies mit einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen beschließt.

b) Erwartungshaltung „Verbleib in der Gesellschaft und Verwässerung der Beteiligung“

Sollte die Gesellschaft aufgrund einer Krisensituation sanierungsbedürftig sein, bleibt es der Entscheidung der einzelnen Gesellschafter überlassen, ob sie sich an einer mehrheitlich beschlossenen Kapitalerhöhung zur Sanierung der Gesellschaft beteiligen wollen oder ob sie stattdessen eine Verwässerung ihrer Beteiligung hinnehmen wollen, soweit nicht aufgrund der gesellschaftlichen Treuepflicht ein Aus-

scheiden der sanierungsunwilligen Gesellschafter unter Zahlung des anteiligen Fehlbetrags zwingend geboten ist.

III. Beschlussmängelrecht

Im Unterschied zur AG und GmbH verzichtet das BGB ebenso wie das HGB darauf, die Gesellschafterversammlung als eigenständiges Gesellschaftsorgan zu regeln und Vorschriften für deren Zuständigkeit und Verfahren zu treffen.⁵⁰ Da im Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander im Recht der Personengesellschaften Vertragsfreiheit herrscht, soweit nicht ausnahmsweise zwingendes Recht entgegensteht,⁵¹ sollten, sofern die Gesellschafter die Geltung des Mehrheitsprinzips vereinbart haben, gesellschaftsvertragliche Regelungen zur Zuständigkeit und zum Beschlussverfahren der Gesellschafterversammlung (einschließlich Ladung, Versammlungsleitung, Abstimmungsverfahren und Protokollierung) getroffen werden.⁵² Im Fall der GmbH & Co. KG werden die Kompetenzordnungen und die interne Willensbildung innerhalb der Kommanditgesellschaft und ihrer Komplementärin regelmäßig harmonisiert, um Diskrepanzen zu vermeiden.⁵³

Gleichzeitig sollten Vorschriften für den Fall von Beschlussmängeln aufgenommen werden. Eine Nichtigkeits- und Anfechtungsklage wie im Aktien- und GmbH-Recht gemäß §§ 241 ff. AktG (analog) kennt das Personengesellschaftsrecht nicht, vielmehr sind Gesellschafterbeschlüsse nicht lediglich anfechtbar, sondern in der Regel nichtig. Die Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit eines Beschlusses kann durch Erhebung einer Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO geltend gemacht werden, die nicht fristgebunden ist und gegen die widersprechenden Gesellschafter zu richten ist.⁵⁴ So kann der Gesellschaftsvertrag insbesondere vorsehen, dass die Klage gegen die Gesellschaft zu erheben und innerhalb einer bestimmten Frist geltend zu machen ist, welche die Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG nicht unterschreiten darf.⁵⁵

Nach der Rechtsprechung des BGH führen allerdings Verstöße gegen Form, Frist und Inhalt der Einberufung einer Gesellschafterversammlung bei Personengesellschaften nur dann zur Nichtigkeit, wenn der mit den gesellschaftsvertraglichen oder gesetzlichen Ladungsbestimmungen verfolgte Zweck, dem einzelnen Gesellschafter die Vorbereitung auf die Tagesordnungspunkte und die Teilnahme an der Versamm-

50 MünchKomm-BGB/Ulmer/Schäfer, § 705 Rdnr. 258, § 709 Rdnr. 50; BeckOK-BGB/Schöne, § 705 Rdnr. 147; Reichert/Liebscher, GmbH & Co. KG, 7. Aufl. 2015, S. 366.

51 MünchKomm-BGB/Ulmer/Schäfer, § 705 Rdnr. 133; Baumbach/Hopt/Roth, § 109 Rdnr. 2.

52 Reichert/Liebscher, GmbH & Co. KG, S. 368; MünchKomm-BGB/Schäfer, § 705 Rdnr. 50.

53 Reichert/Liebscher, GmbH & Co. KG, S. 369; Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns/Wenzel, Handbuch GmbH & Co. KG, 21. Aufl. 2016, S. 371.

54 BeckOK-BGB/Schöne, § 709 Rdnr. 65; Reichert/Liebscher, GmbH & Co. KG, S. 429.

55 Reichert/Liebscher, GmbH & Co. KG, S. 429; BeckOK-BGB/Schöne, a. a. O.; MünchKomm-BGB/Schäfer, § 709 Rdnr. 114; BGH, Urteil vom 19.7.2011, II ZR 153/09, DStR 2011, 1913, Rdnr. 8; BGH, Urteil vom 20.1.1977, II ZR 217/75, NJW 1977, 1292; Möller, GWR 2014, 236.

45 Armbrüster, EWIR 2015, 597, 598.

46 Poelzig, BB 2015, 2708.

47 Armbrüster, ZGR 2014, 333, 350 f.

48 Armbrüster, EWIR 2015, 597.

49 BGH, Urteil vom 9.6.2015, II ZR 420/13, DNotZ 2016, 306 Rdnr. 33.

lung zu ermöglichen, vereitelt wird. Der Einladungsmangel führt demgemäß nicht zur Nichtigkeit des Beschlusses, wenn ausgeschlossen werden kann, dass sein Zustandekommen durch den Fehler beeinflusst ist.⁵⁶ Bei einem Unterschreiten einer dreiwöchigen Ladungsfrist um einen Tag hat der BGH die Nichtigkeit des Beschlusses in einer jüngeren Entscheidung abgelehnt, da nicht ersichtlich sei, dass die zur Vorbereitung zur Verfügung stehende Zeit zu knapp war, um die notwendigen Erkundigungen einzuziehen, sich zu beraten oder eine gütliche Einigung zu treffen.⁵⁷

Auffällig ist, dass der II. Zivilsenat die Kausalität des Verfahrensmangels für das Zustandekommen des Beschlusses für maßgeblich erachtet. Dieser Ansatz wird im Schrifttum zu Recht kritisiert, da das Abstellen auf die potenzielle Kausalität dazu führen kann, dass bei gefestigten Mehrheiten die Beachtung von Schutzvorschriften zugunsten der Minderheit ausgeschlossen wäre.⁵⁸ Überzeugender wäre es demgegenüber, im Einklang mit der im Kapitalgesellschaftsrecht gebräuchlichen „Relevanztheorie“ auf den Schutzzweck der verletzten Norm bzw. Vertragsregelung abzustellen und eine am Minderheitenschutz orientierte wertende Betrachtung anzustellen, ob sich hieraus die Unwirksamkeit des Beschlusses ergibt oder nicht.⁵⁹ Selbst im Wohnungseigentumsrecht hat der BGH

mittlerweile Gesichtspunkte der Relevanz gegenüber reinen Kausalitätserwägungen für maßgeblich erachtet.⁶⁰

IV. Zusammenfassung

Nach neuerer Rechtsprechung kann das Einstimmigkeitsprinzip im Personengesellschaftsrecht durch eine allgemeine Mehrheitsklausel in Gänze außer Kraft gesetzt werden und der Mehrheit auf diese Weise eine umfassende Legitimationsmöglichkeit verschafft werden. Im Interesse des Minderheitsschutzes empfehlen sich für wesentliche Beschlussgegenstände regelmäßig aber qualifizierte Mehrheiten und je nach Sachlage auch Zustimmungserfordernisse einzelner Gesellschafter. Aufgrund des Belastungsverbots kann eine Nachschusspflicht durch Mehrheitsbeschluss nur begründet werden, wenn eine eindeutige gesellschaftsvertragliche Bestimmung Ausmaß und Umfang der möglichen zusätzlichen Belastung erkennen lässt. In besonders gelagerten Ausnahmefällen kann der Gesellschafter aufgrund Treuepflicht verpflichtet sein, entweder Nachschüsse zu leisten oder aus der Gesellschaft gegen Zahlung des Ausscheidensfehlbetrags auszuscheiden. Bei der Gestaltung von Gesellschaftsverträgen entsprechender Anlagegesellschaften sollte eine Erwartungshaltung der Gesellschafter für oder gegen den Grundsatz „Sanieren oder Ausscheiden“ begründet werden. Im Fall der Geltung des Mehrheitsprinzips sind flankierende gesellschaftsvertragliche Regelungen zum Verfahren und zu Beschlussmängeln geboten.

56 BGH, Urteil vom 11.3.2014, II ZR 24/13, DNotZ 2014, 537; zust. Nave, BB 2014, 136; Mann/Eckardt, EWIR 2014, 511; Möller, GWR 2014, 236.

57 BGH, Urteil vom 11.3.2014, II ZR 24/13, DNotZ 2014, 537.

58 Henssler/Strohn/Servatius, Gesellschaftsrecht, § 705 Rdnr. 62; Müller, LMK 2014, 360670.

59 Henssler/Strohn/Servatius, Gesellschaftsrecht, § 705 Rdnr. 62; Spindler/Stilz/Wirthwein, 3. Aufl. 2015, § 243 Rdnr. 83 ff.; Wicke, GmbHG, Anhang § 47 Rdnr. 14.

60 BGH, Urteil vom 10.12.2010, V ZR 60/10, NJW 2011, 679; Beschluss vom 7.7.2016, V ZB 15/14, ZWE 2017, 55 Rdnr. 17; dazu Fleischer/Eschwey, BB 2015, 2178; Palandt/Wicke, 76. Aufl. 2017, § 23 WEG Rdnr. 20.

BUCHBESPRECHUNGEN

Süß (Hrsg.):

Erbrecht in Europa

3. Aufl., zerb verlag, 2016. 1552 S., 169 € inkl. CD-ROM

Von Notar Dr. **Benedikt Selbherr**, Weilheim i. OB

Zwischen dem Erscheinen der aktuellen 3. Auflage und der Voraufgabe dieses Standardwerks zum internationalen Erbrecht liegen nahezu acht Jahre. Diese Dauer ist der Entwicklung geschuldet, dass – wie der Herausgeber in seinem aktuellen Vorwort schreibt – mit der EU ErbVO „aus Erbrecht in Europa Europäisches Erbrecht“ wird und sich mit dieser Entwicklung das internationale Erbrecht in einem völlig veränderten Umfeld wiederfindet. Das bewährte Grundkonzept des Werks bleibt hiervon grundsätzlich unberührt: 48 Länderberichten von Albanien bis Zypern (Republik und Nord) wird ein Allgemeiner Teil vorangestellt. Formale Änderungen beschränken sich im Wesentlichen darauf, dass es neben der Inhaltsübersicht kein allgemeines Inhaltsverzeichnis mehr gibt, sondern im Allgemeinen Teil jedem Paragraphen und im Übrigen jedem Länderbericht sein Inhaltsverzeichnis vorangestellt wird.

Der Allgemeine Teil ist der veränderten Rechtslage entsprechend völlig neu gefasst, und zwar anders als in der Voraufgabe nunmehr von Herausgeber *Süß* allein.

§ 1 „Die Europäische Erbrechtsverordnung“ bietet dem Leser einen sehr straffen Überblick zu Entstehungsgeschichte und Systematik der EU ErbVO wie auch zu den für Deutschland nach wie vor vorrangig relevanten drei Nachlassabkommen. Besonderes hingewiesen sei auf die instruktiven Abschnitte „Praktisches Vorgehen bei der Lösung eines internationalen Erbfalls“ und „Prüfungsschema für die Lösung von Erbrechtsfällen unter der EU ErbVO“.

Der umfangreichste § 2 untersucht vertieft die Bestimmung des Erbstatuts nach der EU-Erbrechtsverordnung, also insbesondere die Kernthemen gewöhnlicher Aufenthalt, Rück- und Weiterverweisung sowie Rechtswahl. Auch die Unteranknüpfung bei Mehrrechtsstaaten, die Nachlassspaltung, internationaler Entscheidungsdissens sowie die Anwendung der weiter geltenden bilateralen Abkommen werden behandelt. *Süß* kann in diesem Rahmen nicht alle, zum Teil erst nach dem Erscheinen der Neuauflage in den Fokus gerückten, Fragen ansprechen, so zum Beispiel (noch) nicht die nach der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts bei „Demenztourismus“ (*Zimmer/Oppermann*, ZEV 2016, 126).

§ 3 erörtert instruktiv Fragen der Qualifikation und Abgrenzung des Erbstatuts nach der EU ErbVO zu anderen Statuten. Für den Notar besonders interessant sind zum einen Abgrenzungsfragen zum Güterstatut; unter Geltung der EU ErbVO prognostiziert *Süß* zur seit jeher umstrittenen Frage der Qualifikation von § 1371 Abs. 1 BGB einen Rückzug der güterrechtlichen Qualifikation. Spannend liest sich zum anderen der

Abschnitt zur Abgrenzung von Sachenstatut bzw. sonstigen Einzelstatuten mit griffigen Ausführungen zur dinglichen Wirkung von Vindikationslegaten, zu vom Anwendungsbereich der EU ErbVO ausgenommenen Trusts, zum für den romanischen Rechtskreis typischen Ehegattennießbrauch und zur dinglichen Wirkung pflichtteilsrechtlicher Herabsetzungsurteile, mittels derer in vielen Rechtsordnungen Noterbrechte durchzusetzen sind.

Zu den in § 4 behandelten nachlassbezogenen Verfügungen sei hingewiesen auf die knappe, aber treffende Darstellung zum Errichtungsstatut (in Abgrenzung zum „effektivem Erbstatut“), zu Formfragen, zum seit Geltung der EU ErbVO etwas unter Druck geratenen gemeinschaftlichen Testament sowie zum Erbvertrag gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. d EU ErbVO, der sehr viel weiter zu verstehen ist als der deutsche Rechtsanwender dies erwarten mag. Als solcher ist auch ein Pflichtteilsverzichtsvertrag zu verstehen, zu dessen Wirkung sich *Süß* für die Geltung des effektiven Erbstatuts ausspricht, was bei einem Wohnsitzwechsel des Erblassers zur Unwirksamkeit des Verzichtvertrags führen kann (vgl. hierzu jüngst Gutachten DNotl-Report 2016, 184 f.).

Neben Ausführungen zu Grenzen der Anwendung ausländischen Rechts – insbesondere durch den allgemeinen ordpublic-Vorbehalt und den der Gesetzesumgehung (§ 5) – und einer kompakten Darstellung zum Europäischen Nachlasszeugnisses (§ 6) bietet der Allgemeine Teil wie in der Voraufgabe eine von *Reich* verfasste knappe und sehr instruktive Einführung in die Grundzüge des deutschen internationalen Erbschaftsteuerrechts (§ 7).

Die große Stärke dieses Allgemeinen Teils liegt in der klaren, prägnanten und mit Beispielen veranschaulichten Darstellung der nach wie vor komplexen Materie, die zudem durch die durchgängigen Bezüge zu anderen europäischen Rechtsordnungen die Idee eines europäischen Erbrechts greifbar macht. Wer sich unter Zeitdruck in die Systematik des internationalen Erbrechts unter dem Regime der EU ErbVO bzw. des internationalen Erbrechts einarbeiten will oder muss, wird hier gut bedient.

Die Länderberichte entsprechen in Anzahl, Auswahl, Struktur und Schwerpunktsetzung im Wesentlichen der Voraufgabe: Dargestellt werden grundsätzlich das internationale und materielle Erbrecht sowie Erbverfahrensrecht und Grundzüge des Erbschaftsteuerrechts. Manche Berichte verzichten inzwischen allerdings auf (jedenfalls vertiefte) Ausführungen zum (bislang geltenden) nationalen Kollisionsrecht, andere – so

zum Beispiel die zu Portugal und Spanien – haben sie beibehalten, jedoch mit Bezügen zur EU ErbVO. Fast tragisch mutet es in diesem Zusammenhang an, dass das tschechische Internationale Privatrecht zum 1.1.2014 völlig neu gefasst wurde, um in seinem erbrechtlichen Teil gut eineinhalb Jahre später von der EU ErbVO verdrängt zu werden.

Im Grunde bedarf das etablierte Werk keiner Anschaffungsempfehlung mehr. In Anbetracht der im Vergleich zur Voraufgabe völlig veränderten kollisionsrechtlichen Ausgangslage im Erbrecht sei – nicht zuletzt wegen des hervorragenden Allgemeinens Teils – eine solche Empfehlung an dieser Stelle gleichwohl guten Gewissens ausgesprochen.

Brinkmann:

Die Hofnachfolge als Vorbild für die Unternehmensnachfolge – Reformüberlegungen, höferechtliche Tendenzen, Kautelarjurisprudenz

Peter Lang, 2016. 348 S., 71,95 €

Von Notar **Michael Volmer**, Starnberg

Auch wenn die hoheitliche Beleihung mit Amtsbefugnissen den Notar dazu beruft, die Grenzen der Rechtsordnung nicht nur zu respektieren, sondern sie zur Not auch gegenüber den Rechtssuchenden zur Geltung zu bringen: Die Vertragsbeteiligten sind dem Kautelarjuristen zunächst einmal „näher“ als die Nichtbeteiligten. Deswegen wundert es nicht, wenn die notarielle Wahrnehmung das Pflichtteilsrecht des BGB bei der Nachfolgegestaltung vorwiegend als Hemmschuh empfindet, insbesondere bei größerem Vermögen im unternehmerischen Bereich, denn der Erblasser sucht den Rat, nicht der Pflichtteilsberechtigte. Dabei privilegiert § 2312 BGB schon jetzt landwirtschaftliches Vermögen und verbilligt die Hofnachfolge zugunsten des Übernehmers gegenüber pflichtteilsberechtigten weichen Geschwistern. Eine Ausdehnung dieser Privilegierung auf andere wirtschaftende Vermögenseinheiten, insbesondere Unternehmen, wurde aber wohl ernsthaft nie versucht. An diesem Befund setzt nun die Arbeit von *Brinkmann* zur Reform des Unternehmenserb- und -pflichtteilsrechts an.

Nach einer ersten Einführung über den Gang ihrer Arbeit (S. 1-44) stellt *Brinkmann* zunächst den gesetzlichen Rahmen des BGB für die vorweggenommene oder „echte“ Erbfolge in Unternehmen dar (S. 45-71; darin die Vorgaben des Gesellschaftsrechts eingeschlossen), ebenso die in der Kautelarjurisprudenz entwickelten Gestaltungen, um ein unternehmerisch gebundenes Vermögen an einen einzelnen Nachfolger anstelle einer Erbengemeinschaft fallen zu lassen (S. 72-74). Interessant dabei ist ihre Darstellung der diskutierten Methode zur Unternehmensbewertung (S. 77-90) im Rahmen der Erörterung des Pflichtteilsrechts (S. 75-102). Dem stellt sie in einem zweiten Schritt das Sondererbrecht der Landwirtschaft entgegen (S. 103-155), bestehend aus dem Hofnachfolgerecht der nordwestdeutschen Höfeordnung, den Privilegierungen des BGB-Landguterbrechts sowie den Zuweisungsmöglichkeiten nach §§ 13 ff. GrdStVG. Da sie diese Anerbenrechte nachfolgend auf eine unternehmerische Beteiligung übertra-

gen will, beschäftigt sie sich besonders mit der fortdauernden verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines Sondererbrechts der Landwirtschaft, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung (S. 157-190). Entgegen kritischen Stimmen in der Literatur, die den 68. Deutschen Juristentag 2010 in seinen Beschlussfassungen offenbar überzeugt hatten, hält *Brinkmann* das bestehende Anerbenrecht der Landwirtschaft im Rahmen der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers für plausibel begründet sowie für geeignet und erforderlich in verfassungstheoretischen Kategorien, um die Benachteiligung des weichen Pflichtteilsberechtigten zu rechtfertigen. Sie wirft dann einen kurzen Blick auf das französische Erbrecht (S. 191-197), welches zunächst ein Anerbenrecht in der Landwirtschaft einführt und dieses später auf unternehmerische Beteiligungen ausdehnt. Die bisher für das deutsche Unternehmenserbrecht herausgearbeiteten Gestaltungsmöglichkeiten hält *Brinkmann* jedoch auch unter Berücksichtigung der Sondererfolge in Anteile an Personengesellschaften für nicht effektiv, da sie gegen den Willen der womöglich mehreren Miterben bei Intestaterbfolge oder gegen Pflichtteilsberechtigte, die sich einem Pflichtteilsverzicht verweigern, nicht einseitig durchgesetzt werden können (S. 199-214).

Damit kommt *Brinkmann* nach langer Vorarbeit zum eigentlichen Kern ihrer Arbeit (S. 215-310), nämlich dem Vorschlag, de lege ferenda (!) die Sondererfolge gemäß der Höfeordnung allgemein auf Unternehmen zu übertragen. Sie erwägt zwar auch die Möglichkeiten, entweder das Zuweisungsrecht gemäß Grundstücksverkehrsgesetz und die Pflichtteilsbeschränkung des § 2312 BGB auszudehnen, hält beides aber nicht für ausreichend, weil sie zwar die Pflichtteilsrechte reduzieren, aber bei fehlender Benennung eines Unternehmensnachfolgers das Problem der auseinanderdriftenden Erbengemeinschaft nicht oder erst viel zu spät (nämlich nach Abschluss des Zuweisungsverfahrens) lösen. Diese de lege ferenda ausdehnende Anwendung der HöfeO untersucht *Brinkmann* dann erneut in verfassungsrechtlichen Kategorien und hält sie eben-

falls für geeignet und angemessen, wenn nicht sogar aus Gründen der Gleichbehandlung für verfassungsrechtlich geboten. Im Zusammenhang mit der Angemessenheitskontrolle erwähnt *Brinkmann* dann auch, welche Unternehmen sie privilegieren will, nämlich jede Beteiligung an einer Personengesellschaft sowie eine mindestens 25 %ige Beteiligung an einer kleinen oder mittleren Kapitalgesellschaft (das definiert analog HGB oder Ordnungsgrößen der EU, S. 291 ff).

Das Rezensionsangebot hatte ich übernommen in der festen Überzeugung, dass die Ertragswertklausel des § 2312 BGB bei Unternehmensnachfolgen pflichtteilsmindernd aktiviert werden könnte. Das BGB hat kühnere Rechtsfortbildungen erlebt. Nun unterstützt die Arbeit eigentlich mein „Wunschergebnis“, und trotzdem bin ich skeptischer als zuvor. Dabei ist das Werk bei einzelnen Schwächen doch überzeugend in der Dogmatik und kann mit rechtspolitischem Erkenntnisgewinn gelesen werden, insbesondere zur Verteidigung des bestehenden landwirtschaftlichen Anerbenrechts. Vereinzelt liest sich die Argumentation abgehackt, wenn Argument und Gegenargument ohne Verbindung einander gegenüber gestellt werden und der Leser sich den Gedankengang der Verfasserin zusammenreimen muss. Wenn sich der Gesetzgeber gegen eine Erweiterung von Teilen des Anerbenrechts ausgesprochen hat, muss man seinen Gründen näher nachgehen und kann dies nicht in einer Fußnote mit dem Hinweis auf seine abweichende Auffassung abtun (so *Brinkmann*, S. 236). Der Gesetzgeber ist nicht bloß vereinzelt Mindermeinung. Auch zur französischen Gesetzgebung und vor allem ihrer Anwendung in der Praxis hätte ich gerne mehr erfahren.

Das Defizit der Arbeit und die noch offenen Fragen liegen meines Erachtens darin, dass *Brinkmann* allein in der Gesetzesdogmatik des BGB wie auch in der des Verfassungsrechts verhaftet ist und dabei die Realität aus den Augen verliert. Damit meine ich: In meinem Heimatdorf ist in den vergangenen 30 Jahren die Anzahl der aktiven landwirtschaftlichen Betriebe von zehn auf zwei zusammengeschmolzen, ohne dass dem zerstrittene Hofübergaben zugrunde gelegen hätten. Es fehlte schlicht der Betriebsnachfolger. Oder der designierte Nachfolger sah für sich keine Aussicht oder hat beruflich leichtere Tätigkeit übernommen. Und mangels Nachfolger wird in einer weiteren Generation die Anzahl nochmals abnehmen. Andererseits hat sich in der äußeren Feldflur wenig geändert, es wurden weder Flächen verwildert noch bewusst als Biotop geschaffen. Beides wäre auch in einer Bördelandschaft ein ziemlicher Unfug. Konsequenz bewirtschaften die verbleibenden Betriebe immer größere zugepachtete Flächen, und dies mit immer größerem technischen und maschinellen Aufwand. Die weniger werdenden landwirtschaftlichen Betriebe werden also zugleich immer technisierter, kapitalintensiver (dazu interessante Zahlen von *Brinkmann*, S. 172: Die Landwirtschaft ist pro Beschäftigtem kapitalintensiver als die Industrie), damit aber auch, nennen wir es einmal so: industrieller. Da nimmt es doch kein Wunder, wenn das landwirtschaftliche Anerbenrecht auf den verfassungsrechtlichen Prüfstand gestellt wird. Allerdings würde ich *Brinkmann* und dem Gesetzgeber insoweit noch Recht geben, wenn sie die sowieso schwierige Hofnachfolge nicht zusätzlich noch erbrechtlich belasten wollen.

Das Außerachtlassen der Realität setzt sich aber bei der Festlegung des analog zu privilegierenden unternehmerischen Ver-

mögens fort. Darin liegt mein Einwand gegen die Arbeit. Und das ist auch der Grund, weswegen – entgegen dem argumentativen Anschein der Dissertation – der Gesetzgeber eben nicht sogleich aufgerufen ist, zur Herstellung der verfassungsrechtlich gebotenen Gleichheit das Anerbenrecht schnellstmöglich auf Unternehmen zu übertragen. Bei *Brinkmann* liest sich das alles so leicht und zwingend, als folge aus dem Gleichheitsgrundsatz eine Pflicht zur Gesetzgebung in eine vordefinierte Richtung. Dem ist natürlich nicht so.

Zum Ersten: Gewiss wird der landwirtschaftliche Bereich weiterhin durch den vom Inhaber selbst (ggf. mit seiner Ehefrau) bewirtschafteten Hof geprägt. Dieser Einschätzung möchte ich folgen. Ich sehe aber nicht diese prägende Einpersonensorientierung bei Unternehmen (wobei das schon theoretisch als Teil des Analogieschlusses zu behandeln wäre, also auf argumentativ erster Stufe, nicht erst bei der Frage der verfassungsrechtlichen Angemessenheit): Bei aktuellen Start-ups finden sich häufig mehrere Bekannte oder Freunde mit einer Idee zusammen. Wenn aber im unternehmerischen Bereich die Einpersonensorientierung fehlt oder sie jedenfalls bei weitem nicht so dominiert, ist ein gesetzliches Verfahren, das bei einer Erbnachfolge die Einpersonensorientierung durchsetzen will, nicht angebracht. Außerdem ist im unternehmerischen Bereich die Bandbreite an Gestaltungen, nach denen mehrere Personen sich gesellschaftsrechtlich zusammenschließen können, wesentlich vielfältiger, zumal im Hinblick auf Varianten einer echten unternehmerischen oder einer bloß kapitalistischen Beteiligung.

Zweitens meine ich zwar (auch ohne eigene Anschauung), dass ein Zuweisungsverfahren nach Befähigung in der Landwirtschaft funktionieren kann und es in der Höfeordnung in der Vergangenheit funktioniert hat. Ein Transfer dieser Regelung in den unternehmerischen Bereich setzt aber die Klärung voraus, was Befähigung oder, bei einer Auswahl unter mehreren Anwärtern, Besserbefähigung für eine Unternehmensfortführung eigentlich bedeutet. Ist der Ingenieur besser befähigt, der Ahnung hat, was die Produktion im Betrieb eigentlich herstellt? Oder seine betriebswirtschaftlich bewanderte Schwester, weil sie Kostenrahmen und Gewinnprognosen handzuhaben weiß? Oder doch der Visionär à la Steve Jobs, der nichts von alledem weiß, aber Ziele vorgeben kann und es schafft, begeisterungsfähige Mitarbeiter mit solchen Fähigkeiten an sich zu binden? Vor einem solchen Zuweisungsverfahren scheint mir eher eine Warnung angebracht.

Und drittens unterschätzt meines Erachtens *Brinkmann* die Möglichkeiten für ein Unternehmen, Geld aufzunehmen. Umgekehrt ausgedrückt: Wenn ein Start-up in irgendeiner Finanzierungsrunde einen kapitalistisch beteiligten Investor aufnimmt, kann man kaum die verbleibenden Gründeranteile durch Anerbenrechte und Pflichtteilsbeschränkungen sakrosankt stellen: Der bloße Anteil und die Größe, die *Brinkmann* aufgrund einer Analogie zu handelsbilanziellen Normen oder Definitionen der EU heranzieht, sagt zu wenig aus über die besondere Prägung eines Unternehmens durch seinen (neuen) Inhaber. Nur diese Prägung und die darauf beruhende Erwartungshaltung der Gesellschaft zu stabilerem Engagement des Unternehmers in seinem Unternehmen (S. 34, 39, 271) kann aber eine Zurücksetzung von Miterben und Pflichtteilsberech-

tigten rechtfertigen. Beteiligungsquoten sagen angesichts der Vielschichtigkeit des Lebens nichts über die „personale Führungsverantwortung“ (S. 271) aus.

Dieses Fazit soll nicht heißen, dass die Suche nach gesetzlich fundierten Beschränkungen der Pflichtteilsansprüche im un-

ternehmerischen Bereich nicht weiter betrieben werden soll. Es zeigen sich aber Gegenargumente, auf die *Brinkmann* leider nicht eingeht, mit denen man sich bei der Einführung eines allgemeinen unternehmerischen Anerbenrechts zuvor beschäftigen muss.

Schulte-Bunert/Weinreich:

FamFG Kommentar

5. Aufl., Luchterhand, 2016. 2388 S., 149 €

Von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht Dr. **Ludwig Bergschneider**, München

Wie der Name des Gesetzes so täuscht auch der Titel des Buches. Das Werk umfasst nämlich nicht nur den Familienprozess der §§ 111 bis 270 FamFG, sondern das gesamte „Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)“, also einen Großteil des Rechtsgebiets des alten FGG. Es geht damit weit über die meisten einschlägigen Kommentare zum FamFG hinaus, die sich nur mit dem Familienrecht befassen. Das bedeutet, dass das Werk auch die für das Notariat wichtigen Teile der freiwilligen Gerichtsbarkeit kommentiert, nämlich den Allgemeinen Teil in Buch 1, die Verfahren in Nachlass- und Teilungssachen in Buch 4, die Verfahren in Registersachen und die unternehmerischen Verfahren in Buch 5. Die übrigen Teile des Gesetzes behandeln neben den Verfahren in Familiensachen in Buch 2, die Verfahren in Betreuungs- und Unterbringungssachen in Buch 3, die Verfahren in Freiheitsentziehungssachen in Buch 7, die Verfahren in weiteren Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Buch 6, die Verfahren in Freiheitsentziehungssachen in Buch 7, die Verfahren in Aufgebotsachen in Buch 8 und die Schlussvorschriften in Buch 9.

Eines der Schwergewichte des gesamten Kommentars ist das Buch 5 „Verfahren in Registersachen, unternehmensrechtliche Verfahren“ mit einem Umfang von 200 engbedruckten Seiten. Dabei geht es zunächst um die Frage der anwendbaren Vorschriften des Allgemeinen Teils des FamFG (Buch 1), von denen nämlich die allermeisten nicht oder nicht unbeschadet zum Registerverfahren passen. Die Rdnr. 6 bis 28 der Vorbemerkung zu §§ 374 bis 409 enthalten deshalb eine umfangreiche Liste von Gesetzesbestimmungen, in denen herausgefiltert wird, was sich aus dem Allgemeinen Teil für die Registerführung als brauchbar oder jedenfalls hinnehmbar erweist. Eine weitere Schwierigkeit besteht darin, dass wesentliche Detailfragen der Registerführung einerseits durch die Registerverordnungen, andererseits durch zahlreiche weitere Verfahrensvorschriften in den materiellen Gesetzen geregelt sind. Es ist deshalb besonders wichtig, dass der Kommentar in diese zerklüftete Normstruktur Klarheit bringt. Ebenso aufschlussreich, ausführlich und mit Hinweisen auf die einschlägige

Rechtsprechung wird dargestellt, welche Geschäfte der Begriff „unternehmensrechtliche Verfahren“ in § 375 umfasst. Als Beispiel sei die Ermächtigung einer Aktionärsminorität zur Einberufung der Hauptversammlung einer AG genannt (§ 375 Rdnr. 40). Auch zu dem durch das „FamFG-Reparaturgesetz“ nachträglich eingefügten § 378 Abs. 1 mit der Überschrift „Antragsrecht der Notare“ wird Stellung genommen. Streitfragen wird nicht aus dem Wege gegangen. So wird zum Beispiel zu § 378 Abs. 2 das Problem behandelt, ob es sich hierbei um eine widerlegliche Vermutung oder um eine unwiderlegbare Fiktion der Vertretungsmacht des Notars handelt. *Nedden-Boeger*, der Richter am BGH ist und das gesamte Buch 5 kommentiert, vertritt dazu mit überzeugenden Argumenten gegen die bislang herrschende Meinung den Standpunkt, dass es sich bei § 378 Abs. 2 um eine unwiderlegbare gesetzliche Vertretungsermächtigung im Außenverhältnis handelt (378 Rdnr. 11 ff.).

Es sind aber nicht nur die fundierten Kommentierungen des FamFG, die dieses Werk attraktiv machen, sondern auch die Erläuterungen der vielen Rechtsvorschriften, die im Anhang aufgenommen sind, so zum Beispiel auch das IntErbRVG vom 29.6.2015. Bei der EuErbRVO vom 4.7.2012 sind für die notarielle Praxis die Annahme öffentlicher Urkunden und gerichtlicher Vergleiche (Art. 59 EuErbRVO) und das Europäische Nachlasszeugnis (Art. 62 EuErbRVO) von besonderer Bedeutung. *Martiny* versteht es, diese Bestimmungen knapp und doch ausreichend umfassend zu kommentieren. Das alles können selbstverständlich nur wenige Beispiele aus einem – soweit ersichtlich – alle einschlägigen Fragen beantwortenden Kommentar sein.

Wenn auch das FamFG in großen Teilen Rechtsgebiete behandelt, die für den Notar von geringerem Interesse sind, so sind es allein die Kommentierungen zum Erbrecht und Registerrecht samt unternehmerischem Verfahren, welche die Anschaffung dieses umfassenden, in die Tiefe gehenden und praxisorientierten Kommentars, der auf dem neuesten Stand ist und die vielen mittlerweile bereits eingetretenen Änderungen berücksichtigt, wirklich lohnt.

Bormann/Diehn/Sommerfeldt:

GNotKG – Gesetz über Kosten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für Gerichte und Notare (Gerichts- und Notarkostengesetz) – Kommentar

2. Aufl., Beck, 2016. 1119 S., 135 €

Von Notar Dr. **Christian Fackelmann**, M. St. (Oxford), Bad Staffelstein

Bereits in 2. Auflage ist der von *Bormann/Diehn/Sommerfeldt* herausgegebene „Gelbe Kommentar“ zum GNotKG erschienen. Im handlichen Format (der Umfang hat sich, was bei einem Handkommentar positiv anzumerken ist, gegenüber der 1. Auflage nur unwesentlich vergrößert) ermöglicht das Werk neben der schnellen Beantwortung kostenrechtlicher Fragen durchaus auch tiefergehende rechtliche Prüfungen. Auf jeweils mehr als 500 Seiten widmet sich die Kommentierung einerseits dem Paragraphenteil, andererseits dem Kostenverzeichnis des Gesetzes. Dabei werden die bis Herbst 2015 – u. a. durch das Europäische Nachlasszeugnis – eingetretenen gesetzlichen Änderungen des GNotKG berücksichtigt. Kommentiert wird neben dem GNotKG auch die HandelsregistergebührenVO (Anhang zu § 58, 25 Seiten). Der Überblick über die Inhalte und deren schnelle Auffindbarkeit werden neben dem gesetzlichen Inhaltsverzeichnis vor allem durch das gelungene Sachverzeichnis und die gute Gliederung der einzelnen Kommentierungen gewahrt.

Die bereits zur 1. Auflage sehr kompetente Kommentierung wurde nochmals geschärft und aktualisiert; die – insgesamt noch recht übersichtliche – Rechtsprechung zum GNotKG wurde, soweit ersichtlich, durchgängig eingearbeitet. Einführungshinweise zum Vergleich zwischen KostO und GNotKG wurden weitgehend gestrichen. Soweit sie noch vorhanden sind, beispielsweise § 36 Rdnr. 1, dienen sie in hilfreicher Weise dem besseren Verständnis des Gesetzes (die meisten Nutzer des Kommentars sind mit der KostO „aufgewachsen“). Die große Stärke des Kurzkomentars ist die schnelle und effiziente Führung des Lesers durch die Kommentierung der einzelnen Vorschriften. Beispielhaft genannt sei etwa die Kommentierung von *Diehn* zu § 36 GNotKG: Hier werden anhand eines alphabetischen Verzeichnisses zu Beispielfällen kurz und prägnant die jeweils anzusetzenden Geschäftswerte behandelt bzw. auf die entsprechenden Kommentarstellen oder Drittwerke verwiesen. Gerade bei der Rechnungserstellung durch Mitarbeiter des Notars leistet das Werk insoweit hervorragende Dienste. In ebenfalls praktisch gut verwendbarer Weise kommentiert *Bormann* die Frage der Gegenstandsgleichheit bzw. -verschiedenheit in den §§ 109 ff. GNotKG: Neben einer sehr gelungenen Darstellung der allgemeinen Grundsätze bietet die Kommentierung dort (Rdnr. 26 ff.) ein instruktives alphabetisches Register zu den Einzelfällen der Geschäftswertbestimmung.

Die ein oder andere Schlussfolgerung der Autoren ist (was bereits zur Voraufgabe angemerkt wurde) diskutabel – allerdings liegt das in der Natur der Sache, fehlen doch auch mehr als drei Jahre nach Inkrafttreten des GNotKG zu vielen Fragen noch Stellungnahmen der Rechtsprechung. Vertiefte Auseinandersetzungen in der Literatur (und durchaus auch zum einen oder anderen Punkt abweichende Ansichten) sind allerdings vorhanden, sodass zumindest bei den strittigen Fragen ein Hinweis darauf nicht schaden und dem Nutzer bei Diskussionen etwa im Rahmen der Kostenprüfung nutzen würde.

Die Kommentierung befindet sich im Grundsatz auf dem neuesten Stand. Lediglich aufgrund des Redaktionsschlusses nicht mehr berücksichtigt werden konnte beispielsweise die Entscheidung des BGH vom 18.10.2016 (II ZB 18/15, NZG 2017, 28) zur Frage der Gegenstandsgleichheit der Anmeldung von Liquidation, Geschäftsführerabberufung und Liquidatorenbestellung: Demnach handelt es sich (so bereits *Fackelmann*, ZNotP 2015, 438) bei den Anmeldungen bzgl. der Auflösung einer GmbH, des Erlöschens der Vertretungsbefugnis der bisherigen Geschäftsführer und deren Bestellung zu Liquidatoren um einen Beurkundungsgegenstand nach § 86 Abs. 1 GNotKG (notwendige Erklärungseinheit). Der Kommentar geht hier noch (vgl. *Bormann*, § 111 Rdnr. 14) von einer Mehrheit von Gegenständen aus.

Der Schwerpunkt des Werks liegt klar auf der Kommentierung des Notarkostenrechts. Eine bereits zur Voraufgabe geäußerte Kritik ist die im Vergleich sehr unterschiedliche Ausführlichkeit der Ausführungen zum Gerichtskostenrecht: Zum Teil etwas zu knapp (zum Beispiel §§ 81 ff. GNotKG betreffend Erinnerung und Beschwerde), zum Teil deutlich über das hinausgehend, was man von einem Kurzkomentar erwarten könnte (zum Beispiel Nr. 15100 ff. KV GNotKG betreffend das landwirtschaftsgerichtliche Kostenrecht). Hier wäre etwas mehr Ausgewogenheit angetan. Der Qualität der Kommentierung tut dies jedoch keinen Abbruch.

Als Resümee lässt sich festhalten, dass den Autoren erneut ein sehr gelungenes Werk zum GNotKG gelungen ist, das dem Praktiker sehr gute Dienste leisten wird.

RECHTSPRECHUNG

BÜRGERLICHES RECHT – ALLGEMEINES

1. Vorkaufsrecht des Mieters nur bei gesetzlich normierter Abfolge der Ereignisse

BGH, Urteil vom 7.12.2016, VIII ZR 70/16 (Vorinstanz: LG Frankenthal, Urteil vom 24.2.2016, 2 S 253/15)

BGB § 469 Abs. 1 Satz 1, § 577 Abs. 1, 2

LEITSÄTZE:

- 1. Für die Entstehung eines Vorkaufsrechts nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB reicht es nicht aus, wenn nach der Überlassung der Wohnräume an den Mieter Wohnungseigentum begründet worden ist. Vielmehr ist zusätzlich erforderlich, dass der Abschluss des Kaufvertrags mit dem Dritten der Begründung von Wohnungseigentum zeitlich nachfolgt. Wird dieses erst nach dem Verkauf an den Dritten begründet, scheidet ein Vorkaufsrecht aus. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 2. Um ein Vorkaufsrecht des Mieters nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB entstehen zu lassen, muss die Überlassung an den Mieter indes zeitlich vor der nach außen dokumentierten Absicht, Wohnungseigentum begründen zu wollen, erfolgt sein. Diese Bekundung nach außen ist regelmäßig in der notariellen Beurkundung der Teilungserklärung zu sehen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

SACHVERHALT:

1 Die Kläger begehren von der Beklagten, ihrer ehemaligen Vermieterin, Schadensersatz mit der Behauptung, diese habe ihr Vorkaufsrecht vereitelt.

2 Die Kläger mieteten mit Vertrag vom 23.11.2010 eine Dachgeschosswohnung in einem im Eigentum der Beklagten stehenden Zehnfamilienhaus in L. an. Am vertraglich vereinbarten Mietbeginn (15.12.2010) wurde den Klägern die Wohnung auch überlassen.

3 Bereits vor Abschluss des Mietvertrags mit den Klägern hatte die Beklagte mit notarieller Teilungserklärung vom 28.9.2010 die Umwandlung des Anwesens (...) zu Wohnungseigentum erklärt. Am 16.12.2010 veräußerte die Beklagte die künftigen zehn Wohnungen an K. Der Kaufpreis für die Dachgeschosswohnung nebst Stellplatz belief sich auf 207.000 €. Die Anlage des Wohnungsgrundbuchs und die Eintragung der Beklagten als Eigentümer der zehn Wohnungen erfolgten kurze Zeit später am 23.12.2010. Am 18.10.2011 wurde K. als neuer Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Mit Schreiben vom 28.11.2012 bot die Beklagte, vertreten durch ihren Geschäftsführer K., dem Kläger zu 1 den Kauf der Dachgeschosswohnung nebst Stellplatz zum Preis von 224.000 € an; dieser nahm das Angebot nicht an. Die Wohnung wurde sodann anderweitig veräußert. Der neue Eigentümer teilte den Klägern auf Anfrage mit, er wolle die Wohnung künftig selbst nutzen. Daraufhin kündigten die Kläger das Mietverhältnis fristgemäß.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

13 Den Klägern steht der geltend gemachte Schadenersatzanspruch aus § 280 Abs. 1, § 577 Abs. 1 Satz 1, § 469 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht zu. Ihnen musste der Verkauf der Dachgeschosswohnung vom 16.12.2010 nicht gemäß § 469 Abs. 1 Satz 1 BGB offen gelegt werden, da ein Vorkaufsrecht an der Wohnung nach § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht bestand. Die gegenteilige Auffassung des Berufungsgerichts ist von Rechtsirrtum beeinflusst.

14 1. Der Mieter ist nach § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB unter zwei – gleichberechtigt nebeneinander stehenden – Alternativen zum Vorkauf berechtigt. Voraussetzung der ersten Alternative ist, dass nach der Überlassung der vermieteten Wohnräume an den Mieter Wohnungseigentum begründet worden ist und dieses dann an einen Dritten verkauft wird (Senatsurteil vom 6.4.2016, VIII ZR 143/15, a. a. O., Rdnr. 23 [zum Vorkaufsrecht an einer in demselben Objekt gelegenen Wohnung]; BGH, Urteil vom 22.11.2013, V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rdnr. 5). Nach der zweiten Alternative ist die Entstehung eines Vorkaufsrechts davon abhängig, dass nach der Überlassung der vermieteten Wohnräume an den Mieter Wohnungseigentum begründet werden soll und das zukünftige Wohnungseigentum an einen Dritten verkauft wird. Gegenstand des Vorkaufsrechts ist in diesem Fall ein sachenrechtlich noch nicht vorhandenes, aber in seiner Entstehung bereits angelegtes Wohnungseigentum. Das Vorkaufsrecht des Mieters entsteht in einem solchen Fall nur dann, wenn sich der Veräußerer beim Verkauf des noch ungeteilten Grundstücks gegenüber dem Dritten zur Durchführung der Aufteilung nach § 8 WEG verpflichtet und ferner die von dem Vorkaufsrecht erfasste künftige Wohneinheit in dem Vertrag bereits hinreichend bestimmt oder bestimmbar ist (Senatsurteil vom 6.4.2016, VIII ZR 143/15, a. a. O., Rdnr. 24 m. w. N.).

15 2. Im Streitfall sind die Voraussetzungen beider Alternativen des § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht erfüllt.

16 a) Das Berufungsgericht hat allerdings im Ansatz richtig gesehen, dass die Entstehung des Vorkaufsrechts nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB nicht daran scheitert, dass die Beklagte bereits am 28.9.2010 und damit vor der am 15.12.2010 erfolgten Überlassung der Mietsache an die Kläger (und sogar schon vor Abschluss des Mietvertrags vom 23.11.2010) die für die Aufteilung in Wohnungseigentum erforderliche Teilungserklärung (§ 8 WEG) hat notariell beurkunden lassen. Dies ändert nichts daran, dass Wohnungseigentum erst nach Überlassung der Wohnräume an die Kläger begründet worden ist. Denn die Teilung ist gemäß § 8 Abs. 2 Satz 2 WEG erst mit dem dinglichen Vollzug, der hier am 23.12.2010 mit der Anlage der Wohnungsgrundbücher erfolgte, wirksam geworden (Senatsurteil vom 6.4.2016, VIII ZR 143/15, a. a. O., Rdnr. 26).

17 b) Das Berufungsgericht hat jedoch übersehen, dass es für die Entstehung eines Vorkaufsrechts nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB nicht ausreicht, wenn nach der Überlassung der

Wohnräume an den Mieter Wohnungseigentum begründet worden ist. Vielmehr ist zusätzlich erforderlich, dass der Abschluss des Kaufvertrags mit dem Dritten der Begründung von Wohnungseigentum zeitlich nachfolgt. Wird dieses erst nach dem Verkauf an den Dritten begründet, scheidet ein Vorkaufsrecht aus (BGH, Urteil vom 22.11.2013, V ZR 96/12, a. a. O., Rdnr. 5; Senatsurteil vom 6.4.2016, VIII ZR 143/15, a. a. O., Rdnr. 28).

18 c) So verhält es sich auch im Streitfall. Die notarielle Beurkundung des Kaufvertrags zwischen der Beklagten und den Erwerbenden fand am 16.12.2010 statt. Wohnungseigentum wurde erst danach mit der am 23.12.2010 erfolgten Eintragung der Teilungserklärung in das Grundbuch begründet. Es wurde also nicht – wie von § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB vorausgesetzt – eine Wohnung verkauft, an der bereits vor Abschluss des Kaufvertrags Wohnungseigentum entstanden war.

19 d) Auch die Voraussetzungen des § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB sind, wie die Revision zu Recht geltend macht, im Streitfall nicht erfüllt, weil die Absicht, Wohnungseigentum zu begründen, nicht erst nach der Überlassung an den Mieter gefasst und dokumentiert worden ist.

20 aa) Der Senat hat in der bereits erwähnten, den Verkauf einer anderen Wohnung desselben Hauses betreffenden Entscheidung vom 6.4.2016 (VIII ZR 143/15, a. a. O., Rdnr. 30 ff.) ausgeführt, dass nach dem Willen des Gesetzgebers dem Mieter durch die Regelung des § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB zwar (auch) ein Vorkaufsrecht an künftig entstehendem Wohnungseigentum gesichert werden soll, das Entstehen des Vorkaufsrechts aber nicht an geringere Voraussetzungen geknüpft sein sollte, als im Falle bereits begründeten Wohnungseigentums nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB. Das Gesetz gibt in beiden Alternativen des § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB eine zeitliche Abfolge der Geschehnisse vor, die nur bei deren strikter Einhaltung zu der Entstehung eines Vorkaufsrechts führt. Soweit es um die künftige Begründung von Wohnungseigentum geht (§ 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB), muss die Absicht hierzu nach außen dokumentiert werden. Diese Bekundung nach außen ist regelmäßig in der notariellen Beurkundung der Teilungserklärung zu sehen (Senatsurteil vom 6.4.2016, VIII ZR 143/15, a. a. O., Rdnr. 42 f.). Um ein Vorkaufsrecht des Mieters entstehen zu lassen, muss die Überlassung an den Mieter indes nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB zeitlich vor der nach außen dokumentierten Absicht, Wohnungseigentum begründen zu wollen, erfolgt sein. Daran fehlt es im Streitfall. Denn die Beurkundung der Teilungserklärung erfolgte am 28.9.2010, mithin bereits mehrere Monate vor dem Abschluss des Mietvertrags mit den Klägern (23.11.2010) und deren Besitzerlangung am vertraglich vereinbarten Tag des Mietbeginns (15.12.2010).

21 bb) Soweit die Revisionsrüge geltend macht, die die Entstehung eines Vorkaufsrechts des Mieters nach § 577 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 BGB betreffenden Ausführungen des Senats im Urteil vom 6.4.2016 (VIII ZR 143/15, a. a. O.) stünden insoweit in Widerspruch zu den diesbezüglich im Urteil vom 22.11.2013 (V ZR 96/12, a. a. O.) angestellten Erwägungen des V. Zivilsenats, als der Senat für die hinreichende Absicht des Vermieters, Wohnungseigentum zu begründen, die notarielle Beurkundung der Teilungserklärung ausreichen lasse, während der V. Zivilsenat zusätzlich eine aus dem Kauf-

vertrag mit dem Dritten folgende Verpflichtung des Verkäufers zum Vollzug der Aufteilung verlange, trifft dies nicht zu.

22 Der V. Zivilsenat hat in der herangezogenen Entscheidung nicht etwa ausgesprochen, dass die Absicht zur Begründung von Wohnungseigentum erst dann hinreichend manifest sei, wenn ein Kaufvertrag mit dem Dritten geschlossen werde. Er hat vielmehr in Abgrenzung von sog. „Erwerbermodellen“ ausgesprochen, dass für das Entstehen des Vorkaufsrechts in diesen Fällen die bloße Veräußerung an den Dritten nicht ausreicht, sondern dieses nur dann entstehen kann, wenn sich der veräußernde Vermieter zusätzlich zur Begründung von Wohnungseigentum verpflichtet, nicht jedoch, wenn erst die Erwerber Wohnungseigentum begründen sollen (BGH, Urteil vom 22.11.2013, V ZR 96/12, a. a. O., Rdnr. 17). Dass der Kaufvertrag mit dem Dritten von dem Veräußerer bereits vor der Überlassung an den Mieter erfolgen müsste, um eine hinreichende Absicht, Wohnungseigentum zu begründen, annehmen zu können, lässt sich der Entscheidung hingegen nicht entnehmen (vgl. Senatsurteil vom 6.4.2016, VIII ZR 143/15, a. a. O., Rdnr. 44).

(...)

2. Abschluss und Widerruf eines Maklervertrags

BGH, Urteil vom 7.7.2016, I ZR 30/15 (Vorinstanz: OLG Schleswig, Urteil vom 22.1.2015, 16 U 89/14)

BGB a. F. § 312b Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, Abs. 3 Nr. 4, § 312d Abs. 1 Satz 1, § 312e Abs. 2

LEITSÄTZE:

- 1. Übermittelt der Immobilienmakler einem Kaufinteressenten ein Exposé, das ein eindeutiges Provisionsverlangen enthält, liegt darin ein Angebot auf Abschluss eines Maklervertrags. Dieses Angebot nimmt der Kaufinteressent bereits an, wenn er den Makler um die Vereinbarung eines Besichtigungstermins bittet. Der Vertragsschluss erfolgt in einem derartigen Fall nicht erst, wenn der Kaufinteressent den Besichtigungstermin mit dem Makler wahrnimmt.**
- 2. Ist die Übersendung des Exposés per E-Mail erfolgt und hat der Kaufinteressent den Besichtigungstermin fernmündlich vereinbart, ist der Maklervertrag unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln zustande gekommen. Für auf diese Weise zustande gekommene Maklerverträge bestand nach § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. ein Widerrufsrecht nach den Regelungen des Fernabsatzrechts, wenn der Vertrag im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- und Dienstleistungssystems abgeschlossen wurde.**
- 3. Ein Immobilienmakler nutzt ein für den Fernabsatz organisiertes Vertriebs- und Dienstleistungssystem, wenn er auf einem Onlinemarktplatz (hier: „ImmobilienScout 24“) von ihm vertriebene Immobilien**

bewirbt, den Kontakt zu seinen Kunden auf elektronischem oder telefonischem Weg herstellt und der Vertrag in dieser Weise zustandekommt. Es kommt nicht darauf an, dass die Durchführung eines solchen Maklervertrags nicht auf elektronischem Wege erfolgt.

4. Das Widerrufsrecht bei vor dem 13.6.2014 im Wege des Fernabsatzes geschlossenen Maklerverträgen erlischt mit Ablauf des 27.6.2015, wenn der Makler den Verbraucher über das Widerrufsrecht nicht belehrt hat.
5. Hat der Makler den Verbraucher nicht darauf hingewiesen, dass er nach einem erklärten Widerruf Wertersatz für bereits erbrachte Dienstleistungen zu leisten habe, steht ihm hierfür kein Wertersatzanspruch gemäß § 312e Abs. 2 BGB a. F. zu.

3. Verwendung transmortaler Generalvollmacht durch einen potenziellen Alleinerben

OLG München, Beschluss vom 4.8.2016, 34 Wx 110/16

BGB §§ 164, 167, 172, 181, 925

LEITSATZ:

Der grundbuchliche Vollzug einer Eigentumsübertragung durch zugelassenes Insichgeschäft, das der Bevollmächtigte aufgrund einer transmortalen Vollmacht des verstorbenen eingetragenen Berechtigten sowie in eigenem Namen an sich vornimmt, ist nicht zwingend von einem Erbennachweis nach § 35 GBO abhängig, auch wenn der Bevollmächtigte als potenzieller Alleinerbe in Betracht kommt (Ergänzung zu OLG Schleswig vom 15.7.2014, 2 W 48/14, MittBayNot 2015, 132; Abgrenzung zu OLG Hamm vom 10.1.2013, I-15 W 79/12, MittBayNot 2013, 395).

SACHVERHALT:

1 I. Die Beteiligte ist im Grundbuch gemeinsam mit ihrem Ehemann als Eigentümer eines Grundstücks je zur Hälfte eingetragen. Ihr Ehemann ist am 1.10.2014 verstorben. Das Grundbuchamt hat aufgrund Einsicht in die beim selben Gericht geführten Nachlassakten festgestellt, dass ein eröffnetes gemeinschaftliches eigenhändiges Testament der Eheleute vorliegt, wonach diese sich gegenseitig zu alleinigen und unbeschränkten Erben einsetzen. Ein Erbschein ist bisher nicht beantragt.

2 Zu notarieller Urkunde überließ die Beteiligte, handelnd zugleich in eigenem Namen und für die Erben ihres Ehemannes aufgrund im Original vorgelegter und notariell beglaubigter Generalvollmacht, dessen ideellen hälftigen Miteigentumsanteil an dem Grundbesitz an sich selbst zum Alleineigentum. Die Auflassung ist erklärt, deren Eintragung im Grundbuch bewilligt und beantragt. Nach der Vollmachtsurkunde bevollmächtigen sich die Eheleute unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB „über unseren Tod hinaus“ gegenseitig, (u. a.) über den ihnen hälftig zu gleichen Teilen gehörenden, im Einzelnen bezeichneten Grundstücksanteil zu verfügen und alle Erklärungen abzugeben und Rechtshandlungen vorzunehmen, die zur Übertragung des Eigentums erforderlich sind.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

11 II. Die Beschwerde erweist sich als erfolgreich.

(...)

13 2. Die Beschwerde ist begründet, weil die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen (§§ 13, 19, 20, 29 GBO) für die Umschreibung des den Regeln des Alleineigentums folgenden Bruchteilseigentums (BGH, NJW 2007, 2254 Rdnr. 11) gegeben sind und das Grundbuchamt dementsprechend zur Eintragung anzuweisen ist (*Demharter*, § 77 Rdnr. 25). Die Eintragung der Auflassung (§ 20 GBO; § 925 BGB) durch Eigentumsumschreibung kann nicht deswegen versagt werden, weil die Beteiligte als potenzielle Alleinerbin und Eigentümerin nicht die Erbfolge nachgewiesen und Grundbuchberichtigung gemäß § 22 Abs. 1 GBO beantragt hat.

14 a) Durch Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch soll eine (Mit-)Eigentumsübertragung aufgrund Auflassung (§ 873 Abs. 1, § 925 Abs. 1, § 1008 BGB) vollzogen werden. Hierbei hat das Grundbuchamt nach § 20 GBO die Einigung zu prüfen. Dazu muss ihm die Einigung in grundbuchmäßiger Form (§ 29 GBO) so nachgewiesen sein, wie sie sachlichrechtlich zur Herbeiführung der Rechtsänderung notwendig ist (*Demharter*, § 20 Rdnr. 38), also bei Handeln eines Vertreters der Nachweis einer wirksamen Vollmacht (*Demharter*, a. a. O. sowie Rdnr. 21).

15 b) Die Beteiligte hat sich durch die im Original vorgelegte Vollmachtsurkunde („Generalvollmacht“) legitimiert (vgl. § 172 BGB). Die Vorlage schafft den Rechtsschein, dass die Vertretungsmacht fortbesteht (vgl. *Palandt/Ellenberger*, BGB, 75. Aufl., § 170 Rdnr. 1).

16 aa) Die Vollmacht muss das vorgenommene Geschäft abdecken. Dazu ist sie zunächst auszulegen (§ 133 BGB; *Demharter*, § 20 Rdnr. 21). Es gelten die allgemeinen Grundsätze für die Auslegung von Grundbucheklärungen (*Demharter*, a. a. O.; ferner § 19 Rdnr. 28 und 75; aus der Rspr. BayObLG, Rpfleger 1996, 332).

17 (1) Die nach § 167 BGB wechselseitig erteilte Vollmacht regelt nicht ausdrücklich einen Geltungsbeginn, legt aber ausdrücklich fest, dass sie über den Tod hinaus gelten solle. Dies entspricht einer sog. transmortalen Vollmacht (vgl. *Palandt/Weidlich*, Vor § 2197 Rdnr. 9; *Palandt/Ellenberger*, § 168 Rdnr. 4). In diesem Fall legitimiert sie dazu, die Erben auch im Grundbuchverkehr hinsichtlich des Nachlasses zu vertreten (*Palandt/Ellenberger*, a. a. O.; vgl. ferner Senat vom 15.11.2011, 34 Wx 388/11, FGPrax 2012, 14; vom 26.7.2012, 34 Wx 248/12, FamRZ 2013, 402; OLG Frankfurt, ZEV 2012, 377). Die Rechte des Bevollmächtigten leiten sich in diesem Fall vom Erblasser ab, nicht von den Erben, die diese jedenfalls als isolierte Vollmacht frei widerrufen können (*Demharter*, § 19 Rdnr. 83; *Amann*, MittBayNot 2013, 367, 368). Die Vollmacht ist ersichtlich im umfassendsten Sinne gewollt, wofür die Bezeichnung als „Generalvollmacht“ spricht, mit der der Bevollmächtigte den Vollmachtgeber „in sämtlichen Angelegenheiten“ vertreten können solle. Sie regelt aber auch im Detail – wohl weil es den Eheleuten besonders wichtig war – ausdrücklich die Verfügungsberechtigung über den jeweiligen Grundstückshälfteanteil unter Erwähnung gerade von Erklä-

rungen und Rechtshandlungen, die zur Übertragung des Eigentums erforderlich sind. Damit umfasst sind also Auflassung (§ 925 BGB) wie Bewilligung (§ 19 GBO) nebst Umschreibungsanträgen (§ 13 GBO). Die Handlungsfähigkeit wird im Todesfall eines der beiden wechselseitig Bevollmächtigten noch sichergestellt durch die ausdrückliche Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB.

18 (2) Die Vollmacht gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass sie – soweit rechtlich zulässig (siehe zu c) – im Fall der (Allein-)Erbenstellung des Bevollmächtigten nicht gelten solle. Nächstliegend wäre wegen ihres umfassenden Charakters eine immanente auflösende Bedingung dieser Art nicht. Abgesehen davon, dass mit der textlichen Aufnahme von das gegenständliche Grundstück betreffenden Geschäften möglicherweise bereits die Konstellation bedacht war, die Erbenstellung nicht ohne Weiteres nachweisen zu können, deutet die ebenfalls enthaltene explizite Erwähnung bankbezogener Geschäfte („über alle unsere gemeinsamen und eigenen Konten des jeweiligen Vollmachtgebers zu verfügen und jene aufzulösen“) nachdrücklich darauf hin, dass die Vollmacht gerade Nachweisproblemen vorbeugen sollte, die nach Erbfällen im Verkehr mit Banken erfahrungsgemäß auftreten können. Jedenfalls im Jahr der Vollmachtserteilung (2010) war höchst-richterlich noch keineswegs abgeklärt, dass sich Banken für den Nachweis der Erbfolge mit eröffneten eigenhändigen Testamenten zufriedengeben müssen, wenn sie die Erbfolge mit der im Rechtsverkehr erforderlichen Eindeutigkeit nachweisen (vgl. BGH, Rpfleger 2016, 415).

19 bb) Die von der Vollmachtsurkunde ausgehende Legitimationswirkung gemäß § 172 BGB verschafft in deren Rahmen die Rechtsmacht, Verfügungen zu treffen, etwa Grundstücksübertragungen vorzunehmen. Diese Rechtsmacht ist vom Erblasser abgeleitet; die Gesamtrechtsnachfolge spielt insoweit keine Rolle. Im Grundbuchverkehr ist die materielle Erbenstellung grundsätzlich unerheblich, solange nicht der Nachweis in Form der in § 35 Abs. 1 GBO bezeichneten Urkunden erbracht ist. Denn insoweit besteht ein Nachweistypenzwang, der andere Beweismittel ausschließt (*Hügel/Wilsch*, GBO, 3. Aufl., § 35 Rdnr. 24). Für die Wirksamkeit der Einigung (§ 20 GBO) wäre es auch schwer verständlich, dass der transmortale Bevollmächtigte zwar aufgrund dessen wirksam auf Dritte übertragen kann (RGZ 88, 345, 348; OLG Frankfurt, ZEV 2012, 366; *Palandt/Weidlich*, Vor § 2197 Rdnr. 10; *Hügel/Wilsch*, § 35 Rdnr. 80), nicht aber – bei Befreiung nach § 181 BGB – auf sich selbst.

20 c) Die Wirksamkeit der Auflassung aufgrund transmortaler Vollmacht wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass mit dem Erbfall der Nachlass mit dem Eigenvermögen der Beteiligten als potenzieller Erbin zu einer rechtlichen Einheit verschmolzen sein kann, wodurch die Annahme eines Fortbestehens der Vollmacht für den Alleinerben auf eine gesetzlich nicht vorgesehene Fiktion hinausliefere und wofür auch kein zwingendes Bedürfnis bestünde.

21 aa) Teile von Rechtsprechung (OLG Stuttgart, JFG 12, 274; NJW 1947/1948, 627) und Literatur (*Staudinger/Reimann*, Neub. 2011, Vor §§ 2197 ff. Rdnr. 70; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, 3. Aufl., § 2197 Rdnr. 43; *Bestelmeyer*, Rpfleger 2015, 11) gehen allerdings davon aus, die für den

Alleinerben erteilte Vollmacht erlösche grundsätzlich mit dem Erbfall durch Konfusion. Dies wird im Wesentlichen aus der Logik begründet: Es erscheine nämlich unmöglich, von Stellvertretung zu sprechen, wo eine solche nicht in Frage stehe (OLG Stuttgart, JFG 12, 272, 274; NJW 1947/1948, 627 f.), es also an einer Personenverschiedenheit fehle (*Bestelmeyer*, Rpfleger 2015, 11), die § 164 BGB voraussetze. Nach der neueren Rechtsprechung des OLG Hamm (DNotZ 2013, 689) kann der Vollmachtsurkunde im Grundbuchverkehr zwar grundsätzlich weiterhin Legitimationswirkung zukommen; diese entfalle jedoch, wenn der Urkundsbeteiligte sie dadurch aufhebt, dass er ausdrücklich erklärt, als Alleinerbe berufen zu sein. Dann laufe seine Erklärung nämlich darauf hinaus, dass er eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung als Vertreter abgegeben habe, obwohl deren Wirkungen nur ihn selbst als den vertretenen Alleinerben treffen können (OLG Hamm, DNotZ 2013, 689, 690). Für eine Fiktion des Fortbestands der Vollmacht sei in diesem Fall kein Raum (OLG Hamm, a. a. O.).

22 bb) Andere Stimmen (MünchKomm-BGB/*Schubert*, 7. Aufl., § 168 Rdnr. 14; KEHE/*Volmer*, GBO, 7. Aufl., § 35 Rdnr. 26; *Bauer/von Oefele/Schaub*, GBO, 3. Aufl., AT VII Rdnr. 112; *Meikel/Böttcher*, GBO, 11. Aufl., Einl. E Rdnr. 80; *Palandt/Ellenberger*, § 168 Rdnr. 4; *Amann*, MittBayNot 2013, 367, 370; *Keim*, DNotZ 2013, 692; *Lange*, ZEV 2013, 343; *Mensch*, ZNotP 2013, 171) verneinen mit teils unterschiedlichen Ansätzen entweder bereits eine Konfusion, weil die darunter verstandene Vereinigung von Schuld und Forderung in einer Person (vgl. BGHZ 48, 214, 218) für die Vertretungsmacht schon nicht passe (*Lange*, ZEV 2013, 343), oder aber den Wegfall der von der vorgelegten Urkunde ausgehenden Legitimationswirkung (MünchKomm-BGB/*Schubert*; KEHE/*Volmer*, *Meikel/Böttcher*, *Amann*, *Keim*, *Mensch* je a. a. O.).

23 cc) Der Senat hat – soweit ersichtlich – über die Wirksamkeit transmortaler Vollmachten für den Alleinerben noch nicht entschieden, jedoch anklagen lassen, dass auch einer durch Konfusion erloschenen Vollmacht gegenüber Dritten und gegenüber dem Grundbuchamt eine fortdauernde Legitimationswirkung zukommen kann (Beschluss vom 26.7.2012, 34 Wx 248/12, FamRZ 2013, 402, 403 unter II. b. (2)). Daran hält er auch jedenfalls für die vorliegende Fallgestaltung fest.

24 (1) Die notarielle Urkunde belegt in den für das Grundbuchamt maßgeblichen Erklärungen zur Auflassung ein Rechtsgeschäft, das sich aus zwei Willenserklärungen unterschiedlicher Rechtssubjekte zusammensetzt (*Palandt/Ellenberger*, Vor § 145 Rdnr. 1). Denn die nach § 181 BGB zum Insichgeschäft befugte Beteiligte hat hier für die von ihr nicht namhaft gemachten Erben ihres verstorbenen Ehemannes als Veräußerer und für sich als Erwerblerin die nach § 20 GBO erforderlichen Erklärungen abgegeben. Dem Erfordernis gleichzeitiger Anwesenheit des Veräußerers und des Erwerbers (vgl. § 925 Abs. 1 Satz 1 BGB) wurde genügt, indem die anwesende Beteiligte zugleich für sich in eigenem Namen und gemäß § 181 BGB für die (unbekannten) Erben als deren Vertreterin die Auflassung erklärt hat (OLG Hamm, FGPrax 2010, 10, 11; *Demharter*, § 20 Rdnr. 20; *Bauer/von Oefele/Kössinger*, § 20 Rdnr. 193).

25 (2) Aus den in der notariellen Niederschrift enthaltenen Erklärungen der Beteiligten ergibt sich freilich auch, dass ihr Ehemann im Beurkundungszeitpunkt verstorben war. Das

Grundbuchamt konnte sich dieses Umstands als einer ohne Weiteres erkennbaren Tatsache (vgl. BGH, FGPrax 2015, 5; *Demharter*, § 19 Rdnr. 28) nicht verschließen. Regelmäßig ist aber selbst bei vor mehreren Jahren erteilten Vollmachten ein gesonderter Nachweis über ihren aktuellen Fortbestand nicht notwendig (OLG Hamm, FGPrax 2005, 240, 243). Selbstredend steht bei einer transmortalen Vollmacht das Ableben des Vollmachtgebers der Annahme einer fortdauernden Verfügungsbefugnis des Bevollmächtigten nicht entgegen (*Demharter*, § 19 Rdnr. 81.1; *Hügel/Reetz*, V Rdnr. 131; *Weidlich*, MittBayNot 2013, 196, 198).

26 (3) Die aus den Nachlassakten desselben AG gewonnenen Erkenntnisse bezeugen keine Erbenstellung der Beteiligten. Eine derartige Überzeugung kann sich das Grundbuchamt aus dem dort eingesehenen eigenhändigen Testament der Eheleute nämlich nicht bilden. Dies würde dem Grundsatz der strikten Nachweisbeschränkung (*Hügel/Wilsch*, § 35 Rdnr. 24) widersprechen. Ausgeblendet wären auch die vielfältigen Möglichkeiten wie etwa Errichtungsmängel, Anfechtung oder Ausschlagung, die das mutmaßliche (Allein-)Erbe der Beteiligten ausschließen könnten. Eine derartige Prüfung ist aber dem Erbscheinsverfahren vorbehalten. Lediglich die Kenntnis des eigenhändigen Testaments durchbricht deshalb nicht bereits die von der Vollmachtsurkunde ausgehende Legitimationswirkung.

27 (4) Allerdings hat das Grundbuchamt, wenn ihm – auch außerhalb der vorgelegten Eintragungsunterlagen – konkrete Anhaltspunkte für das Erlöschen der Vollmacht bekannt geworden sind, diesen im Rahmen des Legalitätsprinzips nachzugehen (vgl. OLG Frankfurt, Rpfleger 1977, 103; *Hügel/Reetz*, V Rdnr. 131). Etwaigen Zweifeln an der Wirksamkeit der Vollmacht in diesem Fall dadurch zu begegnen, dass dem Antragsteller aufgegeben wird, die fehlende (Allein-)Erbenstellung nachzuweisen, wäre aber überzogen (vgl. *Weidlich*, MittBayNot 2013, 196, 199; siehe auch LG Bremen, Rpfleger 1993, 235 mit Anm. *Meyer-Stolte*). Denn selbst wenn die (Allein-)Erbenstellung der Beteiligten aufgrund des privatschriftlichen Ehegattentestaments in Frage kommt, ist deren Verfügungsbefugnis über Erbschaftsgegenstände ohne den die Erbenstellung bezeugenden Erbschein und dem von ihm ausgehenden öffentlichen Glauben (vgl. §§ 2365 f. BGB) Beschränkungen ausgesetzt – so augenscheinlich im Grundbuchverkehr wegen § 35 GBO –, die es rechtfertigen und im Interesse eines sicheren Rechtsverkehrs auch notwendig machen, vom Fortbestand der Vollmacht auszugehen (KEHE/*Volmer*, § 35 Rdnr. 26; *Keim*, DNotZ 2013, 690, 693; *Weidlich*, MittBayNot 2013, 196, 199; *Meyer-Stolte*, Rpfleger 1993, 235, 236).

28 (5) Das Legalitätsprinzip (*Demharter*, Einl. Rdnr. 1; *Hügel/Holzer*, § 1 Rdnr. 110) steht dem auch im Übrigen nicht entgegen. Im Antragsverfahren folgt daraus die Pflicht des Grundbuchamts, zu verhindern, dass das Grundbuch – materiell – unrichtig wird (*Hügel/Holzer*, § 1 Rdnr. 112). Eine derartige Gefahr besteht hier nicht. Ist die Beteiligte nach dem bekannt gewordenen eigenhändigen Testament tatsächlich Alleinerbin des eingetragenen Miteigentümers geworden, führt ihre Eintragung als Eigentümerin zur Richtigkeit des Grundbuchs; ist die Beteiligte hingegen nicht Alleinerbin, wird sie dies durch die

gegenständliche Auffassung in Verbindung mit der beantragten Eintragung im Grundbuch (vgl. *Keim*, DNotZ 2013, 692, 694; *Amann*, MittBayNot 367, 371; OLG Schleswig, FGPrax 2014, 206, für den Fall, dass der Bevollmächtigte Miterbe ist). Deshalb erscheint es bereits zweifelhaft, ob einem Erbschein mangels Erheblichkeit für den Nachweis der Verfügungsbefugnis hier noch eine Bedeutung zukommt (*Meikell/Böttcher*, Einl. E Rdnr. 80; *Keim*, DNotZ 2013, 692, 694; *Amann*, MittBayNot 2013, 367, 371; a. A. *Bestelmeyer*, Rpfleger 2015, 11). Der Umstand, dass die Eintragungsgrundlage in Abteilung I Spalte 4 (siehe § 9 Abs. 1 lit. d GBV) möglicherweise unzutreffend bezeichnet ist, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle (vgl. BayObLGZ, 2002, 30, 31).

29 (6) Der strenge Grundsatz des Erbennachweises (nur durch die in § 35 GBO aufgeführten Urkunden wird nicht durchbrochen. Denn eine berichtigende Eigentumsumschreibung wegen nachträglicher Unrichtigkeit durch eingetretene Erbfolge (vgl. *Demharter*, § 22 Rdnr. 15) ist nicht beantragt. Nichts zwingt aber einen mit transmortalen Vollmacht ausgewiesenen und deren Rechtsscheinwirkungen nicht in Frage stellenden Beteiligten nach dem Erbfall dazu, statt einer Auffassung an sich nur den verfahrensrechtlichen Weg der Berichtigung (§§ 22, 35 GBO) zu wählen, um nach Grundbucheintragung als Eigentümer im Rechtsverkehr legitimiert zu sein (vgl. § 891 BGB). Der gegebene Fall unterscheidet sich in der unmissverständlichen Eindeutigkeit der Eintragungsunterlagen gerade von der gewählten – doppeldeutigen – Übertragungsform, die das OLG Hamm (DNotZ 2013, 689, 690) zu beurteilen hatte. Wählt der mögliche Erbe den gegenständlichen Weg, kann er freilich auch nicht die Gebührenfreiheit nach Abs. 1 zu Nr. 14110 KV GNotKG beanspruchen, weil er im Verhältnis zum Grundbuchamt gerade nicht als „Erbe des eingetragenen Eigentümers“ eingetragen wird.

(...)

HINWEIS DER SCHRIFTFÜHRUNG:

Siehe hierzu den Besprechungsaufsatz von **Keim**, MittBayNot 2017, 111 (in diesem Heft).

4. Alleinerbe mit transmortalen Generalvollmacht – Entfallen der grundbuchrechtlichen Legitimationswirkung der Vollmacht beim ausdrücklichen Handeln (auch) als Erbe

OLG München, Beschluss vom 31.8.2016, 34 Wx 273/16
GBO § 29 Abs. 1, § 35

LEITSATZ:

Grundbuchverfahrensrechtlich ist der Nachweis der Verfügungsbefugnis durch öffentliche Urkunden positiv und vollständig zu erbringen. Wird der der transmortalen Vollmacht innewohnende Rechtsschein dadurch zerstört, dass der Bevollmächtigte zugleich erklärt,

Alleinerbe der Vollmachtgeberin zu sein und als solcher zu handeln, ist die Verfügungsbefugnis ohne den Erbenachweis gemäß § 35 GBO nicht belegt (insoweit Anschluss an OLG Hamm vom 10.1.2013, I-15 W 79/12, MittBayNot 2013, 395).

SACHVERHALT:

1 I. Im Wohnungs- und Teileigentumsgrundbuch ist die verstorbene B. als Eigentümerin von Miteigentumsanteilen verbunden mit dem Sondereigentum an einer Wohnung sowie eines Tiefgaragenstellplatzes eingetragen.

2 Zu notarieller Urkunde überließ der Beteiligte zu 1, handelnd als Alleinerbe nach seiner Ehefrau und als deren Bevollmächtigter aufgrund beigefügter notarieller Vollmacht, das Wohnungs- und Teileigentum an den Beteiligten zu 2, nach Angaben das einzige (volljährige) Kind der Eheleute B. Die Urkunde enthält folgende weitere in diesem Zusammenhang erhebliche Erklärungen:

„Erbfolge

Die im Grundbuch eingetragene Eigentümerin (...) ist am 18.3.2016 verstorben und wurde nach Angabe der Beteiligten gemäß gemeinschaftlichen Testament (...), das noch nicht eröffnet wurde, von ihrem Ehemann (...) allein beerbt.

Die Berichtigung des Grundbuchs entsprechend dieser Erbfolge wird im Grundbuch (...) nur beantragt, soweit es für den Vollzug erforderlich ist.“

3 In Ziffer II. 1. überträgt der Beteiligte zu 1 als Veräußerer den Grundbesitz an den Beteiligten zu 2 als Erwerber zu Alleineigentum. Zum Rechtsgrund für die Überlassung ist unter Ziffer II. 2. aufgeführt, dass sie im Weg vorweggenommener Erbfolge stattfinde, und zwar aufgrund des Wunsches der Erblasserin und aufgrund Vereinbarung der Beteiligten im Weg der Erbfolge nach B., was dem mehrfach gegenüber den Beteiligten geäußerten Wunsch der Erblasserin entspreche, wonach das bereits vom Erwerber bewohnte Vertragsobjekt nach deren Tod direkt ins Eigentum des Sohnes übergehen solle. B. habe insbesondere wegen ihrer schweren Erkrankung in der Folgezeit lediglich versäumt, ihren bereits vorher getroffenen letzten Willen – im gemeinschaftlichen Testament von 2009 – gemeinsam mit ihrem Ehemann zu ändern.

(...)

5 Die der Urkunde beigefügte notarielle General- und Vorsorgevollmacht für die Beteiligten zu 1 und 2 vom 5.3.2009 soll nicht durch den Tod der Vollmachtgeberin erlöschen. Sie umfasst für den Beteiligten zu 1 namentlich die Vertretungsbefugnis allein und die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB. In Vermögensangelegenheiten umfasst die Vollmacht („insbesondere“), Vermögen zu erwerben, über Vermögensgegenstände zu verfügen, insbesondere Grundbesitz zu veräußern und zu belasten.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

13 II. Die nach § 11 Abs. 1 RPfG, § 71 Abs. 1 i. V. m. § 73 GBO sowie § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 FamFG statthafte und zulässige Beschwerde gegen die versagte Eintragung hat keinen Erfolg. Es fehlt an einem nach § 20 GBO erforderlichen und geeigneten (§ 29 Abs. 1 Satz 2 GBO; § 35 Abs. 1 GBO) Nachweis zur Verfügungsbefugnis des verlierenden Teils. Weder belegt die beigeheftete Vollmacht gegenüber dem Grundbuchamt die Berechtigung des Beteiligten zu 1 noch ist dieser in seiner Erbenstellung nach B. legitimiert.

14 1. Der Senat hat es in seiner Entscheidung vom 4.8.2016 (34 Wx 110/16, MittBayNot 2017, 138 [in diesem Heft]) für zulässig erachtet, dass der Bevollmächtigte aufgrund einer

transmortalen Vollmacht des verstorbenen, im Grundbuch noch eingetragenen, Berechtigten durch zugelassenes Ingeschäft eine Eigentumsübertragung ohne Erbenachweis nach § 35 GBO an sich vornehmen kann (vgl. § 164 Abs. 1 BGB), auch wenn der Bevollmächtigte als potenzieller Alleinerbe in Betracht kommt, wenngleich urkundlich nicht feststeht und sich der Bevollmächtigte nicht auf die eigene Alleinerbenstellung beruft. Ob die vorliegende Vollmacht, die nicht durch den Tod der Vollmachtgeberin erlöschen soll, in diesem Sinne (noch) eingesetzt werden könnte, braucht im Anschluss an die Entscheidung des OLG Hamm vom 10.1.2013 (I-15 W 79/12, FGPrax 2013, 148 = DNotZ 2013, 2013, 689 mit Anm. *Keim*) nicht abschließend geklärt zu werden, weil hier einerseits die Legitimationswirkung der Vollmachtsurkunde (vgl. § 173 BGB) gegenüber dem Grundbuchamt nicht fortbesteht und andererseits die Erbenstellung des Beteiligten zu 1 gemäß § 35 GBO nicht nachgewiesen ist.

15 2. (...) Ob Konfusion als Bezeichnung für die Vereinigung von Schuld und Forderung in einer Person auf die Vollmacht passt (...), kann auf sich beruhen, weil hier – anders als in der der Senatsentscheidung vom 4.8.2016 zugrundeliegenden Gestaltung (siehe dort unter II. 2. c) cc) – die Legitimationswirkung (vgl. § 172 BGB) gegenüber dem Grundbuchamt weggefallen ist.

16 Denn der Beteiligte zu 1 ist im Beurkundungstermin – neben seiner Eigenschaft als Bevollmächtigter für seine Ehefrau (...) – ausdrücklich als deren Alleinerbe aufgetreten und hat zur Erbfolge erklärt, diese erbegebe sich aus dem gemeinschaftlichen (notariellen) Testament vom 5.3.2009. Rechtsgrund für die Übertragung des Grundbesitzes durch den Beteiligten zu 1 (Ziffer II. 1.) soll neben einer „vorweggenommenen Erbfolge“ – erklärt mit den mündlich geäußerten Wünschen der Erblasserin, dem Sohn das Wohnungs- und Teileigentum direkt zukommen zu lassen, was ein Handeln als deren Bevollmächtigter in „Vorwegnahme“ einer tatsächlich schon eingetretenen Erbfolge nahelegen könnte – auch eine Vereinbarung der (Urkunds-)Beteiligten im Weg der (tatsächlichen) Erbfolge nach B. sein, was die Erbenstellung des Beteiligten zu 1 voraussetzt. Auch die Beschwerdebegündung zeigt auf, dass ersichtlich gewollt ist, nach beiderlei Richtung die Einigungsbefugnis zu belegen, entweder noch in Vertretung der Erblasserin oder aber schon in der Eigenberechtigung als Alleinerbe, ohne sich aber in der einen oder anderen Weise festzulegen. Materiellrechtlich mag eine Eigentumsübertragung wirksam sein, wenn offenbleibt, ob es sich auf Veräußererseite um ein Eigen- oder um ein Vertretergeschäft handelt, wenn nur die Sachlegitimation entweder in dem einen oder aber dem anderen Fall bestanden hat (vgl. LG Aurich, Rpfleger 1987, 194, 195; ferner *Staudinger/Pfeifer*, Neubearb. 2011, § 925 Rdnr. 43). Grundbuchverfahrensrechtlich ist der Nachweis der Verfügungsbefugnis hingegen durch öffentliche Urkunden positiv und vollständig zu erbringen (§ 29 Abs. 1 Satz 2 GBO). Die Sicherheit des Grundbuchverkehrs lässt auch dann keine Einschränkungen dieses Grundsatzes zu, sofern nur absehbar wäre, dass die Vornahme der beantragten Eintragung nicht zur Unrichtigkeit des Grundbuchs führt (OLG Hamm, FGPrax 2013, 148, 149). Der Ansicht, es komme nur darauf an, dass die Verfügungsbefugnis, sei es als Bevollmächtigter, sei es als Erbe, nachgewiesen sei, weshalb keine

Entscheidungserheblichkeit bestehe (*Meikel/Böttcher*, Einl. E Rdnr. 80; *Keim*, DNotZ 2013, 692, 694; *Amann*, MittBayNot 2013, 367, 371), folgt der Senat nicht. Denn zum einen ist die Vollmacht infolge Zerstörung des ihr innewohnenden Rechtsscheins als Urkundennachweis untauglich, zum anderen ist der Erbennachweis nicht erbracht.

17 Im Anschluss an das OLG Hamm (FGPrax 2013, 148, 149 a. E.) stellt auch der Senat ausdrücklich klar, dass seine Entscheidung nur an den Inhalt der eigenen Erklärung des Beteiligten zu 1 in der notariellen Urkunde vom 27.6.2016 anknüpft. Gegenstand der Entscheidung bildet nicht die Frage, inwieweit trans- oder postmortale Vollmachten nach dem Tod des Vollmachtgebers weiterverwendet werden können, jedenfalls solange der Bevollmächtigte nicht als (Allein-)Erbe mit den in § 35 GBO aufgezeigten Nachweisen legitimiert ist. Eine großzügige Handhabung, die an den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs ausgerichtet ist (vgl. *Weidlich*, MittBayNot 2013, 196, 199), erscheint auch dem Senat insoweit durchaus angemessen und steht mit den Nachweiserfordernissen des Grundbuchverkehrs in Einklang (siehe Beschlüsse vom 4.8.2016 sowie vom 26.7.2012, 34 Wx 248/12, FamRZ 2013, 402).

(...)

20 IV. Die Rechtsbeschwerde wird gemäß § 78 Abs. 2 GBO zugelassen. Die Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung; die Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts ist auch zur Fortbildung des Rechts erforderlich. Es stehen grundlegende Fragen zum Erlöschen von Vollmachten im Raum, darüber hinaus stellen sich erhebliche Fragen zur Rechtsscheinwirkung von Vollmachten im Grundbuchverfahren.

HINWEIS DER SCHRIFTLICHER LEITUNG:

Siehe hierzu den Besprechungsaufsatz von **Keim**, MittBayNot 2017, 111 (in diesem Heft).

-

5. Konkurrenz von transmortalen Vollmacht mit Alleinerbenstellung – Auflassung nach Nachweis der Erbfolge vollziehbar

OLG München, Beschluss vom 4.1.2017, 34 Wx 382 und 383/16

GBO § 29 Abs. 1, § 35 Abs. 1 Satz 2

LEITSATZ:

Ist die Erbfolge in der Form des § 35 Abs. 1 GBO nachgewiesen, verliert eine zugleich vorgelegte transmortalen Vollmacht ihre Wirksamkeit. Eine Auflassungsurkunde, die die Verfügungsbefugnis des Veräußerers in der Schwebe gehalten hat, ist nicht deshalb wegen fehlender Eindeutigkeit unvollziehbar (im Anschluss an Senat vom 31.8.2016, 34 Wx 273/16, MittBayNot 2017, 140 [in diesem Heft]).

HINWEIS DER SCHRIFTLICHER LEITUNG:

Die Entscheidung ist in derselben Sache ergangen wie der Beschluss des Senats vom 31.8.2016, 34 Wx 273/16 (vorstehende Entscheidung Nr. 4, MittBayNot 2017, 140 [in diesem Heft]). Der Sachverhalt ist insofern identisch. Nachträglich nach Ergehen der Vorentscheidung ergab sich folgender weiterer Sachverhalt.

SACHVERHALT:

16 2. Am 14.9.2016 hat der beurkundende Notar in beglaubigter Form vorgelegt:

- Gemeinschaftliches Testament vom 5.3.2009, wonach sich die Eheleute gegenseitig zum alleinigen und ausschließlichen Vollerben sowie den gemeinsamen Sohn (den Beteiligten zu 2) zum Schlusserben einsetzen,
- Eröffnungsniederschrift des (auswärtigen) AG vom 30.3.2016, und erneut Vollzugsantrag gestellt.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

27 1. Unter Berücksichtigung der mit dem Antrag vom 14.9.2016 vorgelegten Urkunden ist die Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 1 auf der Grundlage des notariellen Ehegattentestaments vom 5.3.2009 in der Form des § 29 GBO nachgewiesen. Demzufolge kann der Beteiligte zu 1 als Erbe der im Grundbuch eingetragenen B. den Grundbesitz wirksam an den Beteiligten zu 2 auflassen (vgl. § 20 GBO). Die Fassung der Überlassungsurkunde steht dem beantragten Grundbuchvollzug nicht entgegen.

(...)

29 2. Der Senat ist in seiner Entscheidung vom 31.8.2016 davon ausgegangen, dass einerseits die Legitimationswirkung der Vollmachturkunde (vgl. § 173 BGB) gegenüber dem Grundbuchamt nicht fortbestand und andererseits die Erbenstellung des Beteiligten zu 1 gemäß § 35 GBO nicht nachgewiesen war. Bei dieser Konstellation fehlt es für die Verfügungsbefugnis an jeglichem Nachweis. Der Ansicht, es reiche aus, dass die Verfügungsbefugnis des Veräußerers, wenn nicht aus dem einen Grund (als Bevollmächtigter), so doch aus dem anderen Grund (als Erbe) gegeben sei und deshalb keine Entscheidungserheblichkeit bestehe (*Meikel/Böttcher*, Einl. E Rdnr. 80; *Keim*, DNotZ 2013, 692, 694; *Amann*, MittBayNot 2013, 367, 371), ist der Senat nicht gefolgt.

30 Daran hält der Senat aus den dort niedergelegten Gründen fest; denn diese sind durch das weitere Vorbringen der Beteiligten nicht entkräftet.

31 3. Nach dem für das Beschwerdegericht nun maßgeblichen aktuellen Verfahrensstand (BayObLG, NJW-RR 2001, 1654; *Hügel/Kramer*, GBO, 3. Aufl., § 74 Rdnr. 16) kann die Eigentumsumschreibung auf den Beteiligten zu 2 als Erwerber weder wegen fehlender bzw. nicht nachgewiesener Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 1 noch wegen fehlender Bestimmtheit der Übertragung verweigert werden.

32 a) Zutreffend geht das Grundbuchamt davon aus, dass spätestens mit der Vorlage der die Erbfolge nachweisenden

letztwilligen Verfügung samt der Niederschrift über die Eröffnung (vgl. § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO) die ebenfalls vorgelegte Vollmachtsurkunde vom 5.3.2009 ihre Wirkung als Rechtscheinträger verloren hat (a. A. *Zimmer*, ZfIR 2016, 769, 772). Nichts anderes gilt, falls die Vollmacht durch Konfusion erloschen ist, weil der Bevollmächtigte Alleinerbe der Vollmachtgeberin geworden ist (OLG Hamm, FGPrax 2013, 148; OLG Stuttgart, JfG 12, 274; NJW 1947/1948, 627; *Staudinger/Reimann*, Neubearb. Nov. 2011, Vor §§ 2197 ff. Rdnr. 70; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, 3. Aufl., § 2197 Rdnr. 43; *Bestelmeyer*, notar 2013, 147, 160).

33 b) Das notarielle gemeinschaftliche Testament vom 5.3.2009 weist zweifelsfrei die Erbfolge nach (§ 35 Abs. 1 Satz 2 GBO). Anhaltspunkte tatsächlicher Art, dass die letztwillige Verfügung unwirksam sein könnte, bestehen nicht. Ein Erbschein kann in einem derartigen Fall nicht verlangt werden (*Demharter*, GBO, 30. Aufl., § 35 Rdnr. 39). Daraus folgt, dass die Verfügungsbefugnis gegenüber dem Grundbuchamt positiv belegt ist und ausschließlich auf der Erbenstellung des Beteiligten zu 1 beruht. Der Voreintragung des Beteiligten zu 1 als Berechtigten nach § 39 Abs. 1 GBO bedarf es wegen § 40 Abs. 1 GBO in diesem Fall nicht.

34 c) Die Mehrdeutigkeit der Übertragungsurkunde im Hinblick auf die Verfügungsbefugnis des Veräußerers – materiell wie verfahrensrechtlich lagen Erklärungen des Beteiligten zu 1 sowohl von ihm selbst als Erbe als auch in seiner Eigenschaft als Bevollmächtigter seiner verstorbenen Ehefrau für die Erben vor – steht der begehrten Eintragung nicht entgegen.

35 Inhaltlich hat die Eintragung im Grundbuch neben dem Tag und der Unterschrift (vgl. § 44 GBO) den Eintragungsgrund zu bezeichnen, so etwa die Auflassung unter Bezeichnung der maßgeblichen notariellen Urkunde (§ 9 Buchst. d GBV; dazu *Meikel/Böttcher*, GBO, 10. Aufl., § 9 GBV Rdnr. 26 unter Hinweis auf § 44 Abs. 2 Satz 2 GBO). Schwierigkeiten ergeben sich insofern nicht, als die Urkunde, die die Auflassung enthält, bestimmt ist; sie kann durch ihr Datum, den Namen des Notars und die Nummer der Urkundenrolle (siehe § 44 Abs. 2 Satz 2 GBO) bei Bedarf näher bezeichnet werden. Dass sie die Grundlage der Verfügungsbefugnis nicht eindeutig bezeichnet, berührt den Bestimmtheitsgrundsatz im Hinblick auf den nun vorliegenden Erbennachweis nicht. Denn damit steht fest (siehe zu b), dass der Beteiligte zu 1 aufgrund seiner Alleinerbenstellung nach der noch eingetragenen Eigentümerin handelt. Dass die Urkunde daneben noch einen anderen Grund bezeichnet, auf den die Berechtigung gestützt wird, schadet nicht, weil die alternativ bezeichnete Befugnis aus der Vollmacht nachgewiesenermaßen nicht besteht.

(...)

HINWEIS DER SCHRIFTLICHTUNG:

Siehe hierzu den Besprechungsaufsatz von **Keim**, MittBayNot 2017, 111 (in diesem Heft).

BÜRGERLICHES RECHT – SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

6. Dingliche Einigung für dingliches Vorkaufsrecht nicht beurkundungspflichtig

BGH, Urteil vom 8.4.2016, V ZR 73/15 (Vorinstanz: OLG Bremen, Urteil vom 10.3.2015, 5 U 15/14)

BGB § 311b Abs. 1 Satz 1, §§ 873, 1094

LEITSATZ:

Die zur Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts gemäß § 873 BGB erforderliche Einigung muss, anders als das Verpflichtungsgeschäft, nicht notariell beurkundet werden.

SACHVERHALT:

1 Der Kläger ist Eigentümer eines unbebauten Grundstücks, das hinter dem an die öffentliche Straße angrenzenden Grundstück der Beklagten belegen ist. (...)

2 (...) Mit notariellem Vertrag (...) verkaufte der Testamentsvollstrecker das an die Straße angrenzende Grundstück [unter Mitwirkung des Rechtsvorgängers des Klägers] an die Beklagten. Bei der notariellen Beurkundung vereinbarten die Beklagten, [der Rechtsvorgänger des Klägers] und der Testamentsvollstrecker, dass die Beklagten ein Geh- und Fahrrecht zugunsten des hinteren Grundstücks einräumen sollten, da es diesem infolge des Verkaufs an einer Zuwegung fehlte. Im Gegenzug wurde vereinbart, dass den Beklagten hinsichtlich des hinteren Grundstücks ein auf den ersten Verkaufsfall beschränktes dingliches Vorkaufsrecht eingeräumt werden sollte. Diese Abreden fanden in dem notariellen Vertrag keinen Niederschlag. [Die Beteiligten] erteilten jedoch jeweils die Eintragungsbewilligung. Beide Rechte wurden in die jeweiligen Grundbücher eingetragen. (...) Der Kläger verkaufte sein Grundstück an einen weiteren angrenzenden Nachbarn. Nachdem den Beklagten eine Abschrift des Vertrags zugestellt worden war, übten sie das Vorkaufsrecht aus.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

10 a) Rechtsfehlerfrei und mit zutreffender Begründung verneint das Berufungsgericht zunächst einen Grundbuchberichtigungsanspruch des Klägers gemäß § 894 BGB. Das Grundbuch ist hinsichtlich des dinglichen Vorkaufsrechts nicht unrichtig.

11 aa) Das dingliche Vorkaufsrecht im Sinne von § 1094 BGB ist ein eigenständiges Sachenrecht (Senat, Urteil vom 22.11.2013, V ZR 161/12, NJW 2014, 622 Rdnr.10). Es entsteht gemäß § 873 BGB durch Einigung und Eintragung in das Grundbuch. Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Dass die Einigung nicht notariell beurkundet worden ist, ist unschädlich.

12 (1) Der notariellen Beurkundung bedarf gemäß (...) § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben. Nach allgemeiner Ansicht erfasst dies auch die schuldrechtliche Vereinbarung über die Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts, da hierdurch zugleich die Verpflichtung begründet wird, das Eigentum an dem Grundstück

unter bestimmten Umständen an den Vertragspartner zu übertragen (vgl. Senat, Urteil vom 17.5.1967, V ZR 96/64, DNotZ 1968, 93; RGZ 72, 385, 392 f.; RGZ 110, 327, 333; RGZ 148, 105, 108 f.; *Staudinger/R. Schumacher*, Neubearb. 2012, § 311b Abs. 1 Rdnr. 24). Wird ein Vertrag, der eine solche Verpflichtung begründet, nicht notariell beurkundet, ist er gemäß § 125 Satz 1 BGB nichtig. In analoger Anwendung von § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB kann der Formmangel jedoch durch Einigung und Eintragung des dinglichen Vorkaufsrechts in das Grundbuch geheilt werden (Senat, Urteil vom 17.5.1967, V ZR 96/64, DNotZ 1968, 93 f.).

13 (2) Uneinheitlich wird die Frage beurteilt, ob auch die dingliche Einigung über die Belastung eines Grundstücks mit einem Vorkaufsrecht gemäß § 1094 BGB notariell beurkundet werden muss. Der XII. Zivilsenat des BGH hat in einem Urteil vom 7.11.1990 (XII ZR 11/89, NJW-RR 1991, 205, 206) ohne nähere Begründung die Auffassung vertreten, die Formvorschrift des § 313 Satz 1 BGB a. F. erstrecke sich auf eine solche Einigung. Dem haben sich Rechtsprechung (OLG Rostock, OLGR 2000, 245, 246 f.) und Literatur teilweise angeschlossen (vgl. MünchKomm-BGB/*Kanzleiter*, 7. Aufl., § 311b Rdnr. 34 Fn. 100; *Erman/Grziwotz*, BGB, 14. Aufl., § 1094 Rdnr. 5; BeckOGK-BGB/*Omlor*, Stand 8.1.2016, § 1094 Rdnr. 50). Überwiegend wird die Einigung jedoch im Anschluss an die Rechtsprechung des Reichsgerichts als formfrei angesehen (RGZ 110, 327, 335; RGZ 125, 261, 262 f.; *Staudinger/R. Schumacher*, § 311b Rdnr. 24; *Staudinger/Gursky* Neubearb. 2012, § 873 Rdnr. 50; *Staudinger/Schermaier*, Neubearb. 2009, § 1094 Rdnr. 23; MünchKomm-BGB/*Westermann*, 7. Aufl., § 1094 Rdnr. 7; NK-BGB/*Reetz*, 3. Aufl., § 1094 Rdnr. 36; *Soergel/Stürner*, BGB, 13. Aufl., § 1094 Rdnr. 7; *Palandt/Bassenge*, 75. Aufl., § 1094 Rdnr. 5).

14 (3) Richtigerweise muss die gemäß § 873 BGB zur Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts erforderliche Einigung, anders als das darauf bezogene Verpflichtungsgeschäft, nicht notariell beurkundet werden. Soweit der XII. Zivilsenat dies in seinem Urteil vom 7.11.1990 (XII ZR 11/89, NJW-RR 1991, 205, 206) anders gesehen hat, hat er auf Nachfrage mitgeteilt, hieran nicht festzuhalten.

15 (a) Im Ausgangspunkt ist nach dem Grundsatz der Formfreiheit davon auszugehen, dass eine besondere Form nur dann eingehalten werden muss, wenn das Gesetz dies ausdrücklich vorschreibt. Eine solche Bestimmung enthält das Gesetz für die Einigung gemäß § 873 BGB nicht (vgl. *Staudinger/Gursky*, § 873 Rdnr. 50). Nur grundbuchrechtlich soll die für die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderliche Eintragungsbewilligung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden (§ 29 Abs. 1 Satz 1 GBO).

16 (b) Aus § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB lässt sich ein auf das Erfüllungsgeschäft bezogenes Formerfordernis nicht herleiten.

17 (aa) Die Vorschrift regelt nach Wortlaut und systematischer Stellung nur das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft. Ihre analoge Anwendung scheidet schon in Ermangelung einer planwidrigen Regelungslücke aus (unzutreffend daher BeckOGK-BGB/*Omlor*, § 1094 Rdnr. 50.1), weil das Erfüllungsgeschäft nach dem das deutsche Recht beherrschenden

Trennungsprinzip bewusst eigenen Regeln unterworfen wird. Das Argument, die dingliche Einigung enthalte zugleich die obligatorische Verpflichtung zu der späteren Eigentumsübertragung, hat bereits das Reichsgericht mit der zutreffenden Überlegung verworfen, dass die Einigung – anders als das Verpflichtungsgeschäft – nur auf die Entstehung des dinglichen Rechtsverhältnisses (also des Vorkaufsrechts) gerichtet sei (RGZ 125, 261, 262 f.). Da der Inhalt der Einigung sich im Einigsein über die vereinbarte dingliche Rechtsänderung erschöpft, fehlt ihr jede verpflichtende Wirkung zu einem Tun oder Unterlassen (vgl. Mot. III 172; *Staudinger/Gursky*, § 873 Rdnr. 59).

18 (bb) Die Formbedürftigkeit der Einigung widerspräche zudem der in § 925 Abs. 1 BGB enthaltenen Regelung für die Auflassung, die als Einigung im Sinne von § 873 BGB auf die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück gerichtet ist. Da selbst die Auflassung nicht notariell beurkundet, sondern (nur) vor der zuständigen Stelle erklärt werden muss (vgl. Senat, Urteil vom 5.12.1956, V ZR 61/56, BGHZ 22, 312, 315 ff.; Urteil vom 25.10.1991, V ZR 196/90, NJW 1992, 1101, 1102; RGZ 99, 65, 67 ff.; RGZ 132, 406, 408), gilt dies erst recht für eine Einigung im Sinne von § 873 BGB, die nicht § 925 BGB unterfällt.

19 (cc) Unvereinbar wäre die Formbedürftigkeit schließlich mit der in § 313 Satz 2 BGB a. F. bzw. § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB vorgesehenen Heilung des formunwirksamen Verpflichtungsgeschäfts. Hierzu käme es nur unter besonderen Umständen, wenn auch die Einigung der notariellen Beurkundung bedürfte. Der Zweck der Heilungsvorschrift, das bislang unwirksame Kausalgeschäft aufgrund der Erfüllung seinem ganzen Inhalt nach wirksam werden zu lassen (vgl. hierzu eingehend Senat, Urteil vom 8.10.2004, V ZR 178/03, BGHZ 160, 368, 372 f.), würde verfehlt, wenn die Verfügung denselben Formanforderungen wie das Verpflichtungsgeschäft unterworfen würde und dessen Erfüllung infolgedessen nicht eintreten könnte.

(...)

22 b) Schließlich ist nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht einen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung verneint. Der für die Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechts erforderliche Rechtsgrund liegt in der darauf bezogenen schuldrechtlichen Vereinbarung. Zwar war der Kaufvertrag aufgrund der nicht beurkundeten Nebenabreden gemäß § 139 BGB zunächst insgesamt formunwirksam; dieser Mangel ist jedoch durch die erfolgte Einigung und den Vollzug der Abreden in den jeweiligen Grundbüchern (...) geheilt worden.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Benedikt Schreindorfer**, Straubing

Kern der Entscheidung ist die Aussage des BGH, dass die (dingliche) Einigung über die Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts nicht der notariellen Beurkundung nach § 311b Abs. 1 BGB bedarf. Im zugrundeliegenden Fall ist das dingliche Vorkaufsrecht ursprünglich lediglich aufgrund

einer Eintragungsbewilligung des Eigentümers zur Eintragung gelangt. Vor Gericht kam die Frage bezüglich der wirklichen Bestellung des Vorkaufsrechts, nachdem der Vorkaufsberechtigte nach Abschluss eines Kaufvertrags über das Grundstück die Ausübung des Vorkaufsrechts erklärte, woraufhin der Eigentümer den Vorkaufsberechtigten auf Löschung des Vorkaufsrechts (Erteilung der Lösungsbeurkundung) verklagte.

1. Rechtliche Hintergründe und Bewertung

a) Rechtsprechungsänderung und Argumentation des BGH

Der V. Senat des BGH stellt sich mit seiner Entscheidung gegen die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung¹ und einen großen Teil der Literatur.² Die Begründung stützt sich zuvorderst auf folgende Erwägungen: Eine Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 BGB (analog) bestehe nicht, da die Norm lediglich schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäfte regelt, der Bestellungsakt sich aber im Einigsein über die dingliche Rechtsänderung erschöpfe. Für eine Analogie fehle es an einer planwidrigen Regelungslücke.³ Schließlich widerspreche eine Beurkundungspflicht § 925 BGB, der sogar für die Auflassung keine Beurkundungspflicht vorsehe, und wäre mit der Heilungsmöglichkeit nach § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB nur schwerlich in Einklang zu bringen.⁴

b) Kritik

Die recht formale Argumentation des BGH vermag im Ergebnis nicht zu überzeugen.⁵ Schon die Grundannahme, dass eine Anwendung des § 311b Abs. 1 BGB auf dingliche Verfügungsgeschäfte per se ausgeschlossen ist, geht fehl. Zwar trifft es zu, dass § 311b Abs. 1 BGB primär das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft im Auge hat;⁶ indes ist zu beachten, dass eine Erwerbs- oder Veräußerungsverpflichtung in Ansehung des Grundeigentums in Ausnahmefällen auch durch ein Verfügungsgeschäft begründet

werden kann (zum Beispiel bei einer auf die Erwerbs- oder Veräußerungsverpflichtung bezogenen Schuldübernahme) – auch für solche Rechtsgeschäfte greift aber richtigerweise die Formvorschrift des § 311b Abs. 1 BGB ein.⁷ Sofern man die systematische Stellung und/oder den Wortlaut der Norm – wie offenbar der BGH – hierfür als Hemmschuh ansieht, kommt jedenfalls eine Analogie in Betracht.

Dies muss gerade beim dinglichen Vorkaufsrecht gelten. Unabhängig von seiner dogmatischen Qualifikation als dingliche Absicherung eines doppelt bedingten Kaufvertrags, Anwartschaftsrecht oder Gestaltungsrecht⁸ ist der Wille der Vertragsbeteiligten hierbei ohne Zweifel unmittelbar auf die Begründung einer unter gewissen Voraussetzungen stehenden Verpflichtung zur Veräußerung von Grundbesitz gerichtet, wenn auch über den „Umweg“ eines dinglichen Rechts. Diese unmittelbare Ausrichtung auf das Entstehen schuldrechtlicher Verpflichtungen ist in der Tat eine an sich dinglichen Rechten fremde Besonderheit des dinglichen Vorkaufsrechts („Zwitterstellung zwischen Schuld- und Sachenrecht“⁹), bedingt und rechtfertigt daher aber gerade die partielle Anwendbarkeit schuldrechtlicher Vorschriften. Hier von geht im Übrigen auch das Gesetz selbst aus, wie sich aus der Verweisung des § 1098 Abs. 1 Satz 1 BGB auf die §§ 463 ff. BGB ergibt.

Vor diesem Hintergrund vermag übrigens auch der Verweis des BGH auf § 925 BGB nicht zu überzeugen. Selbst wenn man die für die Auflassung erforderliche Form als „minderwertig“ gegenüber § 311b Abs. 1 BGB ansehen würde,¹⁰ was sich in der Praxis freilich faktisch nicht auswirkt, ergäbe sich der Bedarf für die Anwendung der „weitergehenden“ Formvorschrift schlicht aus den weitergehenden – nicht nur rein dinglichen – Rechtswirkungen des dinglichen Vorkaufsrechts.

Um ebenso wie der BGH einen gesetzessystematischen Erst-Recht-Schluss anzuführen, sei auf die Funktionsäquivalenz des dinglichen Vorkaufsrechts mit einem vormerkungsgesicherten schuldrechtlichen Vorkaufsrecht¹¹ hingewiesen. Wenn die Begründung des Letzteren als bloße dingliche Absicherung eines schuldrechtlichen Rechts unstrittig der notariellen Beurkundung nach § 311b Abs. 1 BGB bedarf, muss dies a minori ad maius auch für das „echte“ dingliche Recht gelten.

Entscheidend spricht aber gegen die Auffassung des BGH, dass der Normzweck der Formvorschrift des § 311b Abs. 1 BGB¹² unmittelbar auch für den dinglichen Bestellungsakt einschlägig ist und daher deren Anwendung gebietet.¹³ Da hier unmittelbar durch das in Rede stehende Rechtsge-

- 1 BGH, Urteil vom 7.11.1990, XII ZR 11/89, NJW-RR 1991, 205, 206; vgl. ferner OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 23.4.1998, 15 U 165/97, NJW-RR 1999, 16, 17; OLG Rostock, Urteil vom 17.5.1999, 3 U 108/98, BeckRS 1999, 30998547.
- 2 MünchKomm-BGB/Kanzleiter, 7. Aufl. 2016, § 311b Rdnr. 34; BeckOGK-BGB/Schreindorfer, Stand 11.6.2016, § 311b Rdnr. 78 f.; Erman/Grzizwotz, BGB, 14. Aufl. 2014, § 311b Rdnr. 42, § 1094 Rdnr. 5; BeckOGK-BGB/Omlor, Stand 1.8.2016, § 1094 Rdnr. 50 f.; gegen eine Beurkundungsbedürftigkeit hingegen schon bisher OLG Bremen, Urteil vom 10.3.2015, 5 U 15/14, BeckRS 2015, 06237 Rdnr. 38 f.; Staudinger/Schumacher, Neubearb. 2012, § 311b Abs. 1 Rdnr. 24; MünchKomm-BGB/Westermann, 6. Aufl. 2013, § 1094 Rdnr. 7; BeckOGK-BGB/Wegmann, Stand 1.2.2016, § 1094 Rdnr. 14; Palandt/Bassenge, 75. Aufl. 2016, § 1094 Rdnr. 5.
- 3 Zum Vorstehenden Rdnr. 17 der besprochenen Entscheidung.
- 4 Rdnr. 18 f. der besprochenen Entscheidung.
- 5 Im Ergebnis wie hier dezidiert auch BeckOGK-BGB/Omlor, § 1094 Rdnr. 50.1; ebenfalls krit. – wenn auch im Ergebnis zustimmend – Wais, NJW 2016, 2037.
- 6 Vgl. nur BeckOGK-BGB/Schreindorfer, § 311b Rdnr. 70.

- 7 Allgemein BeckOGK-BGB/Schreindorfer, § 311b Rdnr. 71, zur Schuldübernahme Rdnr. 90 m. w. N.
- 8 BeckOGK-BGB/Omlor, § 1094 Rdnr. 2 ff.
- 9 So treffend BeckOGK-BGB/Omlor, § 1094 Rdnr. 50.1.
- 10 Zu den unterschiedlichen Anforderungen BeckOGK-BGB/Weber, Stand 1.7.2016, § 925 Rdnr. 111 ff.
- 11 Vgl. nur BeckOGK-BGB/Daum, Stand 1.7.2016, § 463 Rdnr. 11.
- 12 Hierzu nur BeckOGK-BGB/Schreindorfer, § 311b Rdnr. 7 ff.
- 13 So zutr. auch BeckOGK-BGB/Omlor, § 1094 Rdnr. 50.1.

schafft eine wenn auch nur unter gewissen Voraussetzungen greifende Verpflichtung zur Veräußerung von Grundbesitz entsteht, erlangt insbesondere die Warnfunktion des § 311b Abs. 1 BGB in gleicher Weise Bedeutung wie beim „normalen“ Kaufvertragsschluss. Eine mindestens ebenso großen Bedeutung kommt hier, worauf soweit ersichtlich nirgends hinreichend deutlich eingegangen wird, der Beratungsfunktion zu: Der einmal vorgeschlagenen Bestellung eines Vorkaufsrechts wird in der Praxis erfahrungsgemäß von unerfahrenen Beteiligten nach dem Motto „Hilft dem einen, tut dem anderen nicht weh“ nur allzu gerne zugestimmt. Dass ein dingliches Vorkaufsrecht jedoch für den Eigentümer mit ernsthaften Nachteilen verbunden ist – Erschwernisse bei etwaiger späterer Beleihung, Abschreckung von Kaufinteressenten, Schwierigkeiten bei der Löschung¹⁴ (gerade bei unsachgemäßer Formulierung – Klarstellungsfunktion!) –, wird hierbei selten bedacht.¹⁵ Eine Aufklärung hierüber führt regelmäßig dazu, dass die Beteiligten vom Wunsch nach einem (jedenfalls dinglichen) Vorkaufsrecht abrücken.

Schließlich vermag auch das letzte vom BGH angeführte Argument, eine Heilung des unwirksamen Verpflichtungsgeschäfts wäre bei Formbedürftigkeit des dinglichen Bestellungsakts nur unter besonderen Umständen denkbar,¹⁶ nicht zu überzeugen. Dass eine Heilung einer formunwirksamen Vorkaufsrechtsbestellung bzw. Verpflichtung hierzu gemäß § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB nach richtiger Auffassung konsequenterweise die Wahrung der Form des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB für die dingliche Einigung voraussetzt,¹⁷ spricht nicht gegen die Beurkundungsbedürftigkeit des Bestellungsakts. Denn auch im „Normalfall“ des § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB bedarf es für den Eintritt der Heilungswirkung eines wirksamen dinglichen Rechtsgeschäfts – der Auflassung –, die ebenfalls einer besonderen Form (§ 925 Abs. 1 BGB) unterliegt. Warum beim Vorkaufsrecht insoweit geringere Anforderungen gelten sollen, ist nicht ersichtlich, zumal bei der formunwirksamen Bestellung eines Vorkaufsrechts auch noch eine zweite Heilungschance durch den Vollzug des Vertrags, zu dessen Zustandekommen die Ausübung des wirksamen Vorkaufsrechts führen würde, besteht.¹⁸

2. Fazit und Folgerungen für die Praxis

Die Entscheidung des BGH überzeugt nicht. Die rein formaljuristische Argumentation verkennt die rechtlichen Folgen, vor allem aber auch die praktischen Konsequenzen des dinglichen Vorkaufsrechts. Richtigerweise ist daher weiter von der Formbedürftigkeit des dinglichen Bestellungs-

akts zur Begründung eines dinglichen Vorkaufsrechts auszugehen.

Selbst wenn man dem BGH folgt, dürften die Auswirkungen des Urteils für die Praxis indes begrenzt sein. Ein ohne wirksames – nach insoweit nahezu einhelliger Meinung gemäß § 311b Abs. 1 BGB zu beurkundendes¹⁹ – schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft begründetes dingliches Vorkaufsrecht ist kondizierbar,²⁰ würde also dem Vorkaufsberechtigten keine dauerhaft gesicherte Rechtsposition bieten. Notargebühren können durch die isolierte Beurkundung nur des Verpflichtungsgeschäfts ebenfalls nicht gespart werden. Des Weges zum Notar bedarf es aufgrund der Formbedürftigkeit der Eintragungsbewilligung gemäß § 29 Abs. 1 GBO schließlich ohnehin. Es besteht daher keinerlei Anlass für die Kautelarpraxis, zukünftig von der üblichen – wenn auch meist ohnehin sprachlich nicht getrennten – Zusammenbeurkundung sowohl des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts und des dinglichen Bestellungsakts abzurücken.

19 BGH, Urteil vom 7.11.1990, XII ZR 11/89, NJW-RR 1991, 205, 206; *Staudinger/Schumacher*, § 311b Abs. 1 Rdnr. 85; *MünchKomm-BGB/Kanzleiter*, § 311b Rdnr. 34; *BeckOGK-BGB/Schreindorfer*, § 311b Rdnr. 77.

20 Hierauf weist zutr. *Wais*, NJW 2016, 2037 hin. Allerdings soll nach der – auch insoweit unzutreffenden – Auffassung des BGH mangels Formbedürftigkeit der Einigung offenbar schon die Eintragung des Vorkaufsrechts im Grundbuch zu einer Heilung des formunwirksamen Verpflichtungsgeschäfts führen. Damit würde die Kondiktionssage enden.

7. Rechtliche Einordnung einer Aufdach-solaranlage

OLG Nürnberg, Urteil vom 10.10.2016, 14 U 1168/15

BGB §§ 93, 94, 97, 98, 929, 1120
ZVG §§ 20, 55, 90 Abs. 2

LEITSATZ:

Eine sog. Aufdach-solaranlage, die auf dem Dach eines Wohngebäudes montiert ist, zu dessen Stromversorgung sie nicht beiträgt, stellt weder einen (wesentlichen) Bestandteil noch Zubehör des Grundstücks bzw. des Gebäudes dar, wenn sie ohne einen unverhältnismäßigen Aufwand und ohne Verursachung von Beschädigungen vom Gebäude getrennt und andernorts wieder installiert werden kann.

SACHVERHALT:

1 I. Die Parteien streiten um das Eigentum an einer auf dem Dach eines vom Beklagten in der Zwangsversteigerung erworbenen Gebäudes montierten Photovoltaikanlage.

2 Im Mai 2007 vereinbarten die Eheleute A. und B. Z. mit der Klägerin ein Darlehen über nominell 49.482 € zur Finanzierung einer Photovoltaikanlage, die mit einer Spitzenleistung von ca. 9,2 Kilowatt auf dem Dach des Hauses auf dem Grundstück, das im alleinigen Eigentum von A. Z. stand, errichtet werden sollte.

14 Zwei aktuelle Beispiele aus der Rspr. hierzu: BGH, Beschluss vom 21.1.2016, V ZB 43/15, NJW 2016, 3242; OLG München, Beschluss vom 25.9.2015, 34 Wx 121/15, MittBayNot 2016, 319.

15 Ausführlich zu den negativen faktischen Auswirkungen von Vorkaufsrechten *Amann*, NotBZ 2010, 201 ff.; Beck'sches Notar-Handbuch/*Everts*, 6. Aufl. 2015, A. VIII Rdnr. 10 ff.

16 Rdnr. 19 der besprochenen Entscheidung.

17 A. A. offenbar (unklar) Rdnr. 19 der besprochenen Entscheidung.

18 *BeckOGK-BGB/Schreindorfer*, § 311b Rdnr. 372.

3 Der schriftliche Darlehensvertrag (...) enthielt u. a. folgende Regelungen:

„6.1 Sicherungsübereignung der finanzierten Photovoltaikanlage siehe Ziffer 4.

(1) Die unter Ziffer 4. dieses Vertrages näher bezeichnete Photovoltaikanlage (Sicherungsgut) übereignet der Darlehensnehmer der X-Bank zur Sicherung der Ansprüche aus diesem Kreditvertrag.

(2) [Regelung zu künftigem Eigentum und Anwartschaftsrechten]

(3) Die Übergabe des Sicherungsgutes an die X-Bank wird dadurch ersetzt, dass der Darlehensnehmer es von der X-Bank leiht und sorgfältig behandelt. (...)

(4) (...)

(5) Der Darlehensnehmer hat der X-Bank unverzüglich anzuzeigen, wenn die Rechte der X-Bank an dem Sicherungsgut durch Pfändung oder sonstige Maßnahmen Dritter beeinträchtigt oder gefährdet werden sollten (...). Außerdem hat der Darlehensnehmer den Pfändungsgläubiger oder sonstige Dritte unverzüglich schriftlich von dem Eigentumsrecht der X-Bank in Kenntnis zu setzen.

(...)

(8) (...) Bei Hausverkauf oder Versteigerung bleibt das Sicherungsgut Eigentum der X-Bank. Der Darlehensnehmer muss in diesem Falle vorher die X-Bank und den Käufer darüber informieren, ansonsten ist er schadenersatzpflichtig.

6.2 Abtretung der Einspeisevergütung

(1) Der Darlehensnehmer tritt hiermit der X-Bank den Anspruch auf Zahlung der Einspeisevergütung ab, der gegen den jeweiligen Stromabnehmer (Drittschuldner) besteht oder künftig entsteht und aus der Stromproduktion der durch die X-Bank mitfinanzierten Photovoltaik-Anlage resultiert.

(...)

7 Sonstige Sicherheiten

Dem Darlehensgeber werden (...) folgende weiteren Sicherheiten bestellt:

– Befindet sich die Photovoltaikanlage auf einem Standort, der sich im Eigentum des Anlagenbetreibers befindet, werden zur dinglichen Absicherung der X-Bank in Abteilung II des Grundbuches des Anlagenstandortes eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit zugunsten der X-Bank und eine inhalts- und ranggleiche Vormerkung ebenfalls zugunsten der X-Bank eingetragen. (...).“

4 Die Photovoltaikanlage wurde mit den darlehensweise ausgereichten Mitteln der Klägerin bezahlt und auf dem Dach des bezeichneten Gebäudes errichtet. Als sog. Aufdachanlage ist sie mit Halterungen derart am Dach montiert, dass die Montagevorrichtungen durch entsprechend ausgeschnittene Ziegel geführt sind. Die Elektroverkabelung verläuft am Dach zum Kamin, von dort hinab ins Kellergeschoß und in den dortigen Heizraum, in dem sich zwei Wechselrichter befinden. Der produzierte Strom wird ausschließlich in das öffentliche Stromnetz eingespeist.

5 Zugunsten der Klägerin erfolgte die Eintragung einer auf dem Grundstück lastenden beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (Erstellungs-, Betriebs- und Nutzungsrecht einer Photovoltaikanlage) im Grundbuch.

6 Auf Betreiben eines Grundschuldgläubigers wurde das Grundstück zwangsversteigert. Den Zuschlag erhielt (...) B. Z. Im Zuschlagsbeschluss (...) war die „auf dem Dach des Anwesens befindliche Photovoltaikanlage [von der Versteigerung ausgenommen]“. Rechte im Grundbuch blieben nicht bestehen; die zugunsten der Klägerin bestellte beschränkte persönliche Dienstbarkeit wurde (...) gelöscht.

7 Nachdem der [nun] im Grundbuch als Eigentümer eingetragene B. Z. das Meistgebot i. H. v. 110.000 € nicht berichtigt hatte, erfolgte

auf Betreiben einer Gläubigerin die Wiederversteigerung des Grundstücks nach § 133 ZVG, ohne dass die Klägerin hiervon Kenntnis erlangt hätte.

8 Im [weiteren] Versteigerungstermin (...) erklärte B. Z. in Anwesenheit des Beklagten, dass die Photovoltaikanlage Eigentum der Klägerin sei.

9 Mit Beschluss (...) wurde das Grundstück dem Beklagten, der das Meistgebot i. H. v. 100.000 € abgegeben hatte, zugeschlagen. (...)

10 Die Klägerin meint, die Aufdachphotovoltaikanlage sei weder Bestandteil noch Zubehör der Immobilie, die Wohnzwecken diene, und sei deshalb von der Beschlagnahme des Grundstücks nicht erfasst gewesen. Die Anlage sei überdies nicht in den Besitz des B. Z. gelangt. Dieser habe das Meistgebot lediglich zur Vereitelung des Zuschlags an einen – außerhalb der Familie stehenden – Dritten abgegeben; es habe von Anfang an festgestanden, dass er das Meistgebot nicht bezahlen könne.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

20 II. Die zulässige Berufung der Klägerin hat auch in der Sache Erfolg. Denn sie hat ihr Eigentum an der streitgegenständlichen Photovoltaikanlage (1.) nicht gemäß § 90 Abs. 2 ZVG aufgrund des dem Beklagten erteilten Zuschlags verloren (2.), sodass ihre von einem Feststellungsinteresse (§ 256 Abs. 1 ZPO) getragene Klage begründet ist.

21 1. Die Klägerin ist Eigentümerin der streitgegenständlichen Photovoltaikanlage geworden.

22 a) Bei der streitgegenständlichen Photovoltaikanlage handelt es sich um einen Gegenstand, auf den die Vorschriften der §§ 929 ff. BGB über den Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen, zu denen auch Schein- und nichtwesentliche Grundstücksbestandteile sowie Zubehörstücke zählen (*Palandt/Ellenberger*, 75. Aufl. 2016, § 97 Rdnr. 1 und *Palandt/Bassenge*, Vor § 929 Rdnr. 1 m. w. N.), Anwendung finden.

23 aa) Die streitgegenständliche Photovoltaikanlage ist kein wesentlicher Bestandteil des Grundstücks oder des Gebäudes, auf dem sie betrieben wird und dessen rechtliches Schicksal sie – ggf. mit der Folge des Erlöschens an ihr bestehender Rechte nach §§ 946 ff. BGB (*Palandt/Ellenberger*, § 93 Rdnr. 1, 4) – teilen würde, sondern – auch nach der Rechtsauffassung beider Parteien – eine eigenständige Sache.

24 (1) Sie ist kein wesentlicher Bestandteil des Gebäudes nach § 94 Abs. 2 BGB, weil sie nicht zur Herstellung des Gebäudes eingefügt wurde. Bei dem Gebäude handelt es sich, wie die Klägerin (...) unwidersprochen vorgetragen hat, um ein im Jahr 1975 errichtetes Wohnhaus, dessen Fertigstellung nach der Verkehrsanschauung nicht erst mit der Montage der Photovoltaikanlage im Jahr 2007 erfolgt ist, zumal diese als Aufdachanlage weder die Funktion des Daches unterstützt noch zur Stromversorgung des Gebäudes beiträgt.

25 (2) Die Anlage ist auch kein wesentlicher Bestandteil des Grundstücks nach § 94 Abs. 1 Satz 1 BGB, weil sie ihrerseits kein Gebäude darstellt und auch nicht mit dem Grund und Boden fest verbunden ist. Zwar mag eine Verbindung der Anlage mit dem Erdboden mittelbar über das Gebäude genügen. Sachen sind aber nach der Verkehrsanschauung nur dann

fest verbunden, wenn die Trennung zur Beschädigung oder Änderung des Wesens der mit dem Grundstück verbundenen Sache führt bzw. auch schon dann, wenn sie nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist (*Palandt/Ellenberger*, § 94 Rdnr. 2). Aufgrund der vom Beklagten (...) geschilderten Befestigung der Photovoltaikanlage ist nicht damit zu rechnen, dass diese im Falle des ordnungsgemäßen Rückbaus beschädigt oder in ihrer weiteren Nutzung als Anlage zur Gewinnung von Solarstrom beeinträchtigt werden würde. Anhaltspunkte dafür, dass ein Rückbau einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde, sind nicht ersichtlich.

26 (3) Auch nach den Kriterien des § 93 BGB liegen mit dem Grundstück bzw. dem Gebäude und der Photovoltaikanlage keine wesentlichen Bestandteile vor. Mit dem fachgerechten Rückbau der Anlage wäre weder eine Zerstörung des Grundstücks oder des in seinen Zustand vor Errichtung der Photovoltaikanlage zurückversetzten Wohnhauses noch der Photovoltaikanlage selbst verbunden. Auch an der auch nach erfolgtem Rückbau weiterhin gegebenen wirtschaftlichen Nutzbarkeit von Grundstück, Wohnhaus und Photovoltaikanlage besteht kein Zweifel. Dementsprechend werden Aufdachphotovoltaikanlagen in der Regel nicht als wesentlicher Bestandteil angesehen (vgl. OLG Oldenburg, Beschluss vom 27.9.2012, 12 W 230/12, juris Rdnr. 4; LG Passau, Beschluss vom 28.2.2012, 2 T 22/12, juris Rdnr. 10; FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 10.2.2011, 6 K 2607/08, juris Rdnr. 27; FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 22.9.2011, 6 K 1963/11, juris Rdnr. 24; *Nobbe/Fischer/Klindworth*, Kommentar zum Kreditrecht, 2. Aufl. 2012, §§ 929-930 Rdnr. 162 f.; *Kappler*, ZfIR 2012, 264, 266; *Welsch/Woinar*, NotBZ 2014, 161, 163).

27 (4) Eine andere sachenrechtliche Einordnung der Photovoltaikanlage ist auch nicht im Hinblick darauf veranlasst, dass der BGH eine Qualifizierung der Anlage selbst als Bauwerk für möglich hält (BGH, Urteil vom 2.6.2016, VII ZR 348/13, juris Rdnr. 28). Denn zum einen ist die genannte Entscheidung – ebenso wie das frühere zu § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB ergangene Urteil vom 9.10.2013, VIII ZR 318/12 – zur Auslegung des (in § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB verwendeten) Tatbestandsmerkmals „Bauwerk“ ergangen und hat dabei ausdrücklich deutlich gemacht, dass die technische Anlage selbst als Bauwerk angesehen werden könne, ohne dass es sich um wesentliche Bestandteile im Sinne der §§ 93, 94 BGB handeln müsse (BGH, Urteil vom 2.6.2016, VII ZR 348/13, juris Rdnr. 29). Zum anderen ist der Begriff des Bauwerks weiter als der in den §§ 93 ff. BGB verwendete Ausdruck „Gebäude“. Die für das Verständnis der in den § 438 Abs. 1 Nr. 3, § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB verwendeten Begrifflichkeit entwickelten Grundsätze, die dem Interessenausgleich zwischen den Vertragspartnern von Kauf- und Werkverträgen Rechnung tragen, können nicht unbesehen für die sachenrechtliche Zuordnung herangezogen werden, die in erster Linie die Erhaltung wirtschaftlicher Werte und die Sicherheit des Rechtsverkehrs im Blick hat (BGH, Urteil vom 3.12.1998, VII ZR 109/97, juris Rdnr. 13 f.).

28 bb) Ob es sich bei der streitgegenständlichen Photovoltaikanlage überhaupt um einen Bestandteil des Grundstücks bzw. des Gebäudes handelt oder ob – bejahendenfalls – einer der in § 95 BGB geregelten Ausnahmetatbestände gegeben ist, spielt für die Frage des ursprünglichen Eigentumserwerbs

der Klägerin keine Rolle. Auch darauf, ob es sich bei der Anlage um Zubehör im Sinne der §§ 97, 98 BGB handelt, kommt es an dieser Stelle nicht an. Denn eigenständige Sachen, „Scheinbestandteile“ und Zubehörstücke sind uneingeschränkt nach §§ 929 ff. BGB verkehrsfähig.

29 b) Ausweislich der zwischen den Eheleuten Z. und der Klägerin in Abschnitt 6.1 des Darlehensvertrags getroffenen Vereinbarungen waren sich die Vertragsparteien darüber einig, dass das Eigentum an der Photovoltaikanlage zur Sicherheit auf die Klägerin übergehen solle (§ 929 Satz 1 BGB). Sofern der Verkäufer der Photovoltaikanlage diese den Eheleuten Z. im Zuge der Lieferung und Montage übereignet hat, ging das Eigentum aufgrund des bereits zusammen mit dem Darlehen vereinbarten Leihvertrags (vorweggenommenes Besitzkonstitut) auf die Klägerin über (§ 930 BGB). Aber auch in dem Fall, dass sich der Verkäufer der Anlage das Eigentum zunächst bis zur (vollständigen) Kaufpreiszahlung vorbehalten hat, ist das (Sicherungs-)Eigentum nach Entrichtung des Kaufpreises unmittelbar und automatisch vom bisherigen (Vorbehalts-)Eigentümer auf die Klägerin als Inhaberin des an sie abgetretenen Anwartschaftsrechts übergegangen.

30 2. Die Klägerin hat ihr Eigentum nicht gemäß § 90 Abs. 2 ZVG aufgrund des dem Beklagten erteilten Zuschlags verloren.

31 a) Zwar hat der Beklagte als Ersteher bei – hier gegebener – Wirksamkeit des Zuschlags das Eigentum am Grundstück (§ 90 Abs. 1 ZVG) und an den Gegenständen, auf welche sich die Versteigerung erstreckt hat (§ 90 Abs. 2 ZVG), durch rechtsgestaltenden Hoheitsakt unabhängig vom Eigentum des Vollstreckungsschuldners und ohne Rücksicht auf guten oder bösen Glauben erworben (BGH, Urteil vom 8.11.2013, V ZR 155/12, juris Rdnr. 16), sodass sich die Klägerin nicht darauf berufen kann, der Beklagte habe Kenntnis von ihrem Sicherungseigentum an der Photovoltaikanlage gehabt.

32 b) Einem Eigentumserwerb des Beklagten nach § 20 Abs. 2, § 55 Abs. 1, § 90 Abs. 2 ZVG, § 1120 BGB, der das Eigentum oder jedenfalls ein bestehendes Anwartschaftsrecht (vgl. hierzu *Palandt/Bassenge*, § 1120 Rdnr. 8) des Grundstückseigentümers – hier: B. Z. – an der Photovoltaikanlage voraussetzt, oder nach § 55 Abs. 2, § 90 Abs. 2 ZVG, der den Besitz des Vollstreckungsschuldners oder des neu eingetretenen Grundstückseigentümers – hier: B. Z. – an der Photovoltaikanlage erfordert, stand jedenfalls entgegen, dass die streitgegenständliche Anlage kein Zubehör im Sinne der § 1120 BGB, § 55 Abs. 2 ZVG ist.

33 aa) Im Hinblick auf § 1120 BGB, aber auch im Rahmen des § 55 Abs. 2 ZVG bemisst sich die Zubehöreigenschaft nach den §§ 97, 98 BGB (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.11.1993, 11 U 46/93, juris Rdnr. 38).

34 bb) Zubehör – so insbesondere das gewerbliche Inventar eines Gebäudes (§ 98 Nr. 1 BGB) – sind bewegliche Sachen, die ohne Bestandteile der Hauptsache zu sein, dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen bestimmt sind und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnis stehen (§ 97 Abs. 1 Satz 1 BGB), es sei denn sie werden nach der Verkehrsanschauung nicht als Zubehör angesehen (§ 97 Abs. 1 Satz 1 BGB). Diesem rechtlichen Maßstab entsprechend handelt es sich bei der streitgegen-

ständlichen Photovoltaikanlage nicht um Zubehör des Grundstücks oder des Gebäudes.

35 (1) Zwar weist die vorliegende Photovoltaikanlage, deren Rückbau erwartungsgemäß weder einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern noch zu Schäden führen würde, die die Nutzbarkeit des Grundstücks oder Gebäudes oder der Anlage selbst beeinträchtigen, und die deshalb nicht als Grundstücks- oder Gebäudebestandteil anzusehen ist, den notwendigen räumlichen Bezug zu dem als Hauptsache in Betracht kommenden Grundstück bzw. Gebäude auf.

36 (2) Auch ist eine Verkehrsanschauung, die Photovoltaikanlagen der vorliegenden Art nicht als Grundstücks- oder Gebäudezubehör ansehen würde, weder ersichtlich noch von der insoweit darlegungspflichtigen (vgl. hierzu *Palandt/Ellenberger*, § 97 Rdnr. 9) Klägerin substantiiert geltend gemacht worden.

37 (3) Der Senat teilt aber nicht die in der bisherigen Rechtsprechung und in der Literatur vertretene Auffassung, sog. Aufdachsolaranlagen seien auch dann Zubehör, wenn sie ohne größeren Aufwand vom Gebäude getrennt und andernorts wieder installiert werden können und wenn der erzeugte Strom nicht für das Gebäude selbst verwendet wird (vgl. OLG Oldenburg, Beschluss vom 27.9.2012, 12 W 230/12, juris Rdnr. 5; LG Passau, Beschluss vom 28.2.2012, 2 T 22/12, juris Rdnr. 8 ff.; *Erman/Schmidt*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 97 Rdnr. 23; BeckOK-BGB *Bamberger/Roth/Fritzsche*, Stand: 1.8.2016, § 97 Rdnr. 18; *Goldbach*, ZfIR 2014, 37, 38 und ZfIR 2014, 787, 788; *Stöber*, ZVG, 6. Aufl. 2016, § 20 Rdnr. 3, der die Frage jedoch „nicht [für] sicher geklärt“ hält; MünchKomm-BGB/*Stresemann*, 7. Aufl. 2015, § 97 Rdnr. 33; jurisPK-BGB/*Herberger/Martinek/Rüßmann/Vieweg*, 7. Aufl. 2014, § 97 Rdnr. 24; a. A. *Welsch/Woinar*, NotBZ 2014, 161, 163: Einordnung als einfacher Bestandteil oder als schlichte bewegliche Sache, wenn der erzeugte Strom ausschließlich in das öffentliche Stromnetz eingespeist wird, ähnlich auch *Stresemann*, a. a. O., Fn. 118; nach *Nobbe/Fischer/Klindworth*, Kommentar zum Kreditrecht, §§ 929-930 Rdnr. 163 sollen abhängig vom Ausmaß des Eingriffs in die Substanz des bestehenden Daches und einer durch den Wiederabbau erfolgenden Zerstörung die Umstände des Einzelfalls entscheidend sein).

38 Denn es kann nicht davon die Rede sein, dass eine Photovoltaikanlage, die nachträglich auf das Dach eines bereits bestehenden Wohngebäudes montiert wird, zu dessen Stromversorgung sie nichts beiträgt, dem wirtschaftlichen Zweck des Wohngebäudes oder des mit dem Wohngebäude bebauten Grundstücks zu dienen bestimmt ist.

39 Auch wenn der Begriff des wirtschaftlichen Zwecks, der eine gewerbliche Nutzung nicht erfordert, weit auszulegen ist und von daher auch einer gemischten Nutzung des Grundstücks bzw. des Gebäudes zu Wohnzwecken einerseits und als räumlicher Ausgangspunkt für das Einspeisen von Solarstrom in das öffentliche Stromnetz andererseits nicht entgegensteht, ist es doch erforderlich, dass zwischen der Hauptsache und dem Zubehör ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, das durch Überordnung der Hauptsache (des Grundstücks bzw. des Gebäude) und Unterordnung der Hilfssache (Zube-

hör) gekennzeichnet ist (BGH, Urteil vom 2.11.1982, VI ZR 131/81, juris Rdnr. 17; BGH, Urteil vom 19.3.1965, V ZR 270/62, juris Rdnr. 16).

40 Ein Grundstück oder ein Gebäude erhält jedoch noch nicht allein aufgrund der Tatsache, dass dort Bemühungen entfaltet werden, durch Einleitung von Solarstrom in das öffentliche Stromnetz Entgelte in Form von Einspeisevergütungen zu erzielen, die Eignung, Hauptsache für das Inventar dieses Betriebs zu sein. Es muss hinzukommen, dass der wirtschaftliche Schwerpunkt des Betriebs auf dem Grundstück oder Gebäude, nicht aber auf dem Inventar liegt.

41 So stellt auch § 98 Nr. 1 BGB aus diesem Grund klar, dass bei einem Grundstück, das für einen bestimmten gewerblichen Betrieb dauernd eingerichtet ist, die zu dem Betrieb bestimmten Maschinen und sonstigen Gerätschaften dem wirtschaftlichen Zweck des Gebäudes zu dienen bestimmt sind. Diese gesetzliche Regelung wird von der Vorstellung getragen, dass in den Fällen, in denen das Betriebsgrundstück und die darauf errichteten Gebäude – wie etwa bei den im Gesetz erwähnten Betriebsarten einer Mühle, einer Schmiede, eines Brauhauses und einer Fabrik – dem Betriebszweck entsprechend besonders ausgestaltet sind, der wirtschaftliche Schwerpunkt des Betriebs auf dem Betriebsgrundstück liegt. Wenn daher der konkrete wirtschaftliche Zweck des Grundstücks so nach außen in Erscheinung tritt, dass sich damit zugleich der konkretisierte Betriebszweck darstellt, ist die Verknüpfung des Rechtsschicksals der dienenden Mobilien mit dem wirtschaftlich im Vordergrund stehenden Grundstück und seinen Gebäuden nahegelegt. Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass der Wert und die Nutzbarkeit eines gewerblich genutzten Grundstücks wesentlich von der Aufrechterhaltung der Verbindung des Betriebsinventars mit dem Grundstück abhängen (vgl. BGH, Urteil vom 2.11.1982, VI ZR 131/81, juris Rdnr. 17).

42 Ein in diesem Sinne nach außen in Erscheinung tretender wirtschaftlicher Zweck des Grundstücks bzw. des Gebäudes ist vorliegend nicht feststellbar. Das nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag der Klägerin im Jahr 1975 errichtete Wohnhaus war bis zu der über 30 Jahre später erfolgten Montage der streitgegenständlichen Photovoltaikanlage nicht als ein Gebäude erkennbar, das (in Teilen) dauernd zur Gewinnung von Solarstrom eingerichtet ist. Einen entsprechenden äußeren Anschein erhielt das Gebäude erstmals mit Errichtung der Anlage auf dem schon vorhandenen Dach. Dass ein mit einem Wohnhaus bebautes Grundstück bereits nach seiner objektiven Beschaffenheit, etwa nach der Ausrichtung des Dachs des Wohngebäudes, dauerhaft für den gewerblichen Betrieb der Solarstromerzeugung eingerichtet sein kann (so aber LG Passau, Beschluss vom 28.2.2012, 2 T 22/12, juris Rdnr. 14), vermag der Senat nicht zu erkennen. Nach einer Entfernung der Anlage bliebe dementsprechend auch – in der Terminologie des dem technisch-wirtschaftlichen Entwicklungsstand des 19. Jahrhunderts entstammenden § 98 BGB ausgedrückt – beispielsweise kein Mühlengebäude ohne das zugehörige Inventar zurück, sondern ein durchgehend als solches genutztes Wohngebäude. Dieser nach außen in Erscheinung tretende Unterschied beruht darauf, dass die Erzeugung von Strom durch die Nutzung der Son-

neneinstrahlung ausschließlich in der Photovoltaikanlage stattfindet. Dieser Vorgang hat im Falle einer Aufdachsolaranlage genauso wenig Bezug zu einem konkreten Grundstück oder Gebäude wie der ortsferne Verbrauch des in das öffentliche Netz eingespeisten Stroms oder die wirtschaftliche Vereinnahmung von Vergütungen und etwaigen Steuervorteilen durch den Anlagenbetreiber. Allein das Bedürfnis nach einer bestimmten (Dach-)Fläche zur wirtschaftlich effektiven Stromgewinnung lässt die zur Stromerzeugung benötigten Gerätschaften (Sonnenkollektoren etc.) nicht im Sinne einer Unterordnung hinter die in einer bestimmten Ausrichtung zur Sonne benötigte Dachfläche zurücktreten. Ließe das geltende Recht zu, dass auch Grundstücke oder deren wesentliche Bestandteile Zubehör einer anderen (beweglichen) Sache sein könnten (wogegen sich der BGB-Gesetzgeber bewusst ausgesprochen hat, vgl. *Mugdan* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 35), müsste tatsächlich die Möglichkeit in Betracht gezogen werden, nicht die Photovoltaikanlage, sondern das Gebäude, auf dem sie montiert ist, als Zubehör anzusehen. Denn letztlich hat die Anlage, die an ihrem konkreten Ort nur deshalb montiert worden ist, weil es dem Betreiber zweckdienlich erschien, für das Gebäude keine Funktion (vgl. BGH, Urteil vom 9.10.2013, VIII ZR 318/12, juris Rdnr. 21), während das Dach des Gebäudes der Photovoltaikanlage, die Strom auch an anderen Orten (im Freien) und an andere stationäre oder mobile Haltevorrichtungen montiert erzeugen könnte, als Verankerungsplattform dient und damit eine untergeordnete Rolle spielt.

(...)

•

8. WEG als Verband kann Eigentum an unbeweglichen Sachen erwerben

OLG München, Beschluss vom 11.5.2016, 34 Wx 73/15

WEG § 10 Abs. 6 Satz 1, 4, Abs. 7, § 21 Abs. 3

LEITSÄTZE:

- 1. Die Wohnungseigentümergeinschaft kann als (Mit-)Eigentümerin von Grundbesitz in das Grundbuch eingetragen werden (Anschluss an BGH vom 18.3.2016, V ZR 75/15, MittBayNot 2016, 494).**
- 2. Offen bleibt, ob das Grundbuchamt den Verwaltungscharakter des Erwerbsgeschäfts zu prüfen hat. Stellt sich nach dem Inhalt der Urkunde der Erwerb als Verwaltungsmaßnahme dar, kann der Nachweis jedenfalls im Rahmen der freien Beweiswürdigung als geführt angesehen werden.**

SACHVERHALT:

1 I. Im Teileigentumsgrundbuch ist ein 4/1000stel Miteigentumsanteil an einem Grundstück, verbunden mit dem Sondereigentum an einem Vierfachparker in der Tiefgarage gemäß Aufteilungsplan, gebucht. Als Miteigentümerin zu 1/2 an dieser Einheit ist seit 19.4.2013 die Beteiligte zu 1 eingetragen. Nach der durch Bezugnahme ein-

getragenen Gebrauchsregelung ist ihrem Miteigentumsanteil die Nutzung der oberen Stellplätze des Vierfachparkers zugewiesen. Mit ihrem hälftigen Miteigentumsanteil ist außerdem das Sondernutzungsrecht an vier im Freien gelegenen Stellplätzen verbunden.

2 Das Eigentum an dem angrenzenden Nachbargrundstück teilte die Beteiligte zu 1 als damalige Alleineigentümerin mit notarieller Erklärung vom 30.5.2014 in der Weise auf, dass sieben Miteigentumsanteile, verbunden jeweils mit dem Sondereigentum an einer Wohnung, gebildet wurden. Nach dem Verkauf von sechs dieser Wohnungen übertrug die Beteiligte zu 1 gemäß notarieller Urkunde vom 25.7.2014 die Hälfte ihres oben genannten Miteigentumsanteils (mithin einen 1/4-Anteil) an dem mit dem Sondereigentum am Vierfachparker verbundenen Teileigentum auf die „Wohnungseigentümergeinschaft Dr.-H.-Straße“ – der Beteiligten zu 2 –, bestehend aus der Beteiligten zu 1 und den bei der Beurkundung anwesenden und im eigenen Namen sowie im Namen der (künftigen) Gemeinschaft auftretenden Wohnungskäufer. Die Urkundsbeteiligten wiesen dem Viertel-Anteil das Recht zur alleinigen und ausschließlichen Nutzung des Stellplatzes „links oben“ im Vierfachparker sowie der vier im Freien gelegenen Stellplätze zu (...). Das Recht zur ausschließlichen Nutzung des weiteren Stellplatzes „rechts oben“ im Vierfachparker sollte bei dem nicht verkauften Viertel-Anteil der Beteiligten zu 1 verbleiben.

3 Des Weiteren trafen die Urkundsbeteiligten eine „Vereinbarung zur Nutzung des Vertragsobjekts“ (...). Bezugnehmend auf die Regelung in der Gemeinschaftsordnung (...), wonach die für das Verwaltungsvermögen der Eigentümergemeinschaft erworbenen Stellplätze einzelnen Wohnungseigentümern entgeltlich oder unentgeltlich zur Nutzung überlassen werden können, ordneten sie den veräußerten Wohnungseigentumseinheiten das unbefristete Recht zur Nutzung konkreter Stellplätze zu, „wie wenn er (= der Nutzungsberechtigte) Sondereigentümer des entsprechenden Stellplatzes wäre“; für die Nutzungszuweisung hatten die Erwerber der jeweils begünstigten Wohnung ein Entgelt in Höhe des anteiligen Kaufpreises zu entrichten, und zwar unmittelbar an die Beteiligte zu 1.

4 Außerdem verband die Beteiligte zu 1, bezugnehmend auf eine Ermächtigung in der Gemeinschaftsordnung, das Sondereigentum an der nicht übertragenen Wohnung mit dem Sondernutzungsrecht an zwei weiteren Stellplätzen im Freien (...).

5 Am 4.2.2015 beantragte der Notar gemäß § 15 GBO und namens der Urkundsbeteiligten aufgrund erteilter Vollmacht (...), gemäß der von ihm namens der Beteiligten zu 1 am 3.2.2015 urkundlich erklärten Bewilligung zur Eigentumsumschreibung in das Grundbuch einzutragen:

- die Auflassung des Viertel-Anteils an die Wohnungseigentümergeinschaft unter gleichzeitiger Löschung der (für die GbR, bestehend aus den Mitgliedern der Eigentümergemeinschaft) eingetragenen Vormerkung,
- die Sondernutzungsrechte (...) und
- die sonstigen noch nicht vollzogenen Bewilligungen (...), mithin die Zuweisung der Sondernutzungsrechte nach Ziffer I. 5 zum übertragenen Viertel-Anteil.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

10 II. Das Rechtsmittel hat Erfolg. (...)

11 1. Gegen die Zurückweisung des Eintragungsantrags findet die unbeschränkte Beschwerde statt, § 11 Abs. 1 RPfIG, § 71 Abs. 1 GBO. Die Beteiligten, in deren Namen der Notar das Rechtsmittel eingelegt hat, sind auch beschwerdebefugt, § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO, weil zugunsten der Beteiligten zu 2 die beantragte Eintragung erfolgen soll und das Recht der Beteiligten zu 1 von der Eintragung betroffen ist. Die Beteiligungsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft als

Verband folgt – als doppelrelevante Tatsache – aus der Erwerbserstellung, deren Eintragung in das Grundbuch mit der Beschwerde weiterverfolgt wird, § 8 Nr. 2 FamFG.

12 2. Das danach zulässige Rechtsmittel ist auch begründet.

13 a) Der teilrechtsfähige Verband der Wohnungseigentümergeinschaft kann Eigentum an unbeweglichen Sachen erwerben.

14 Die Eigentümergemeinschaft kann im Rahmen der ihr nach § 10 Abs. 6 Satz 1 WEG zuerkannten Rechtsfähigkeit, somit „im Rahmen der gesamten Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums“, sowohl gegenüber Dritten als auch gegenüber Wohnungseigentümern Rechte erwerben und Pflichten eingehen. Auch § 10 Abs. 7 WEG sieht die Möglichkeit des Erwerbs von Sachen – ohne Differenzierung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen – und Rechten als Maßnahme der Verwaltung vor. Die gesetzliche Kompetenzbeschränkung auf die Verwaltung gemeinschaftlichen Eigentums steht dem Erwerb unbeweglichen Eigentums durch den teilrechtsfähigen Verband nicht entgegen (BGH, V ZR 75/15). Ein solcher Immobilienerwerb berührt nicht die sachenrechtliche Grundlage der Eigentümergemeinschaft, denn durch ihn entsteht nicht Gemeinschaftseigentum, sondern in das Verwaltungsvermögen des Verbands fallendes Verbandseigentum.

15 Die Rechtsfähigkeit des Verbands ist zwar nicht umfassend ausgestaltet, sondern bleibt auf diejenigen Teilbereiche des Rechtslebens beschränkt, bei denen die Wohnungseigentümer im Rahmen der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums als Gemeinschaft am Rechtsverkehr teilnehmen (BGH, a. a. O.; BGHZ 163, 154, 177). Im Hinblick auf den weit zu verstehenden Verwaltungsbegriff (BGH, NJW 2015, 3713 Rdnr. 11) und mit Blick auf das Erfordernis des Schutzes des Rechtsverkehrs (V ZR 75/15 Rdnr. 27) scheidet ein Immobilienerwerb allerdings erst dann an fehlender Beschluss- oder Vereinbarungskompetenz (V ZR 75/15 Rdnr. 17) der Wohnungseigentümer, wenn der Erwerb offenkundig keine Maßnahme der Verwaltung darstellt (V ZR 75/15 Rdnr. 27).

16 b) Nach diesen Grundsätzen kann die Beteiligte zu 2 Inhaberin des gegenständlichen Viertel-Anteils sein und als Mit-eigentümerin eingetragen werden.

17 Den Gegenstand des Erwerbs bildet zwar ein Bruchteil an dem Teileigentum, das seinerseits als besonders ausgestaltetes Miteigentum nach Bruchteilen angelegt ist (BGHZ 150, 109, 114; 108, 156, 160; *Weitnauer/Briesemeister*, WEG 9. Aufl., Vor § 1 Rdnr. 25 ff., 28). Als solcher ist er aber seinem Wesen nach dem Alleineigentum gleichartig und unterliegt daher den Regeln des Eigentums, soweit sich nicht aus Sinn und Zweck der in Rede stehenden sachenrechtlichen Norm etwas anderes ergibt (BGHZ 115, 1, 7; NJW 2007, 2254, 2255). Die Fähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft zum Erwerb von Miteigentum nach Bruchteilen (hier an Teileigentum), § 1008 BGB, ist deshalb nicht anders zu beurteilen als die Fähigkeit zum Erwerb des Vollrechts selbst.

18 Offen bleiben kann hier, ob das Grundbuchamt mit Blick auf die Beschränkung der Rechtsfähigkeit von Wohnungseigentümergeinschaften auf Verwaltungsmaßnahmen (§§ 20 ff. WEG) und das Legalitätsprinzip (*Demharter*,

GBO, 30. Aufl., Einl. Rdnr. 1) den Verwaltungscharakter des Erwerbsgeschäfts und damit auch der Eintragungsbewilligung im Einzelfall zu prüfen hat (siehe *Bauer/von Oefele*, GBO, 3. Aufl., AT V Rdnr. 313c m. w. N.). Dass der Eigentumserwerb durch die Beteiligte zu 2 der Sicherung ausreichender Stellplatzflächen für die Wohnanlage dient und daher eine Verwaltungsmaßnahme im Sinne von § 10 Abs. 6 Satz 1 WEG darstellt, geht aus dem Inhalt der Urkunde (...) hervor und kann – wenn auch nicht belegt durch öffentliche Urkunden (§ 29 Abs. 1 GBO) – im Rahmen der freien Beweiswürdigung als nachgewiesen angesehen werden (vgl. BayObLG, Rpfleger 1975, 95, 96; sowie Senat vom 4.2.2009, 34 Wx 114/08, Mitt-BayNot 2009, 222; und vom 18.5.2015, 34 Wx 116/15, juris Rdnr. 31, jeweils zum Nachweis der Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters einer bayerischen Gemeinde; *Demharter*, § 29 Rdnr. 63).

19 Auch auf die Frage, ob das Grundbuchamt die Ordnungsmäßigkeit der Verwaltungsmaßnahme prüfen muss (siehe *Bauer/von Oefele*, a. a. O.), kommt es für die Entscheidung nicht an. Weil der Erwerb hier auf einem allstimmigen Willensentschluss der Wohnungseigentümer beruht, greift die für Mehrheitsbeschlüsse geltende Beschränkung auf Maßnahmen ordnungsgemäßer Verwaltung gemäß § 21 Abs. 3 WEG ohnehin nicht.

20 3. Für die weitere Sachbehandlung wird noch – unverbindlich – darauf hingewiesen, dass die gemäß § 10 Abs. 6 Satz 4 WEG an die Bezeichnung des Verbands zu stellenden Anforderungen mit der Angabe der postalischen Anschrift gemäß Nachtragsurkunde vom 2.11.2015 erfüllt sein dürften (vgl. *Bärmann/Suilmann*, WEG, 13. Aufl., § 10 Rdnr. 214).

21 Rechtlich in Vollzug gesetzt ist die Wohnungseigentümergeinschaft, wenn nach Anlegung der Wohnungsgrundbücher neben dem teilenden Eigentümer der erste Wohnungseigentümererwerber im Grundbuch eingetragen wird (BGHZ 177, 53 Rdnr. 12). Jedenfalls ab diesem Zeitpunkt kann die Gemeinschaft unter ihrer Bezeichnung gemäß § 10 Abs. 6 Satz 4 WEG als teilrechtsfähiger Verband in das Grundbuch eingetragen werden (so bereits BGH, NJW 2005, 2061, 2065). Auf die am 2.11.2015 bestätigte Auflassung und Bewilligung der Eigentumseintragung wird hingewiesen. Auf die bisher nicht höchstrichterlich entschiedenen Fragen, ob auch der werdenden Gemeinschaft (vgl. BGHZ 177, 53 Rdnr. 14; *Bärmann/Suilmann*, § 10 Rdnr. 16 f.) Teilrechtsfähigkeit im Außenverhältnis zukommt (vgl. BGH, ZfIR 2016, 237, 238 Rdnr. 7 f. m. Anm. *Dötsch*; *Riecke/Schmid/Lehmann-Richter*, WEG, 4. Aufl., § 10 Rdnr. 39 f.; *Bärmann/Suilmann*, § 10 Rdnr. 205 je m. w. N.) und nach welchen Regeln sich ggf. der Übergang von Rechten (und Pflichten) von der werdenden Gemeinschaft auf den Verband vollzieht, dürfte es deshalb für die weitere Bearbeitung des Eintragungsantrags genauso wenig ankommen wie auf die Frage, ob bei Auflassung am 25.7.2014 die Wohnungseigentümergeinschaft bereits als werdende Gemeinschaft entstanden war und wie dies – insbesondere der dafür erforderliche Besitzübergang – in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen werden könnte.

(...)

ANMERKUNG:

Von Regierungsdirektor Dr. **Johannes Holzer**, München

Das OLG München folgt in seiner zutreffenden Entscheidung der neuesten Rechtsprechung des BGH,¹ der ebenfalls beizutreten ist. Angesichts einer sich abzeichnenden Kontinuität der Rechtsprechung zur Grundbuchfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft stellt sich die Frage, weshalb diese nicht auf andere Gemeinschaften anwendbar ist, insbesondere den nicht eingetragenen Verein. Die dafür maßgeblichen Gründe werden besonders deutlich, wenn ein Blick auf die Gesellschaft Bürgerlichen Rechts (GbR) geworfen wird. Der Gesetzgeber hat die Entwicklung der Rechtsprechung des BGH, wonach die Außen-GbR rechtsfähig ist,² durch das „Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren“³ unter anderem in § 899a BGB umgesetzt und damit im Ergebnis die ihr zugrundeliegende „Gruppen-Lehre“⁴ anerkannt. Die (Außen-)GbR ist spätestens seit dieser Klarstellung als Rechtssubjekt Trägerin des im Grundbuch eingetragenen Rechts.⁵

Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR bedeutet indes nicht, dass die „Gruppen-Lehre“ unterschiedslos auf andere Gemeinschaften anwendbar wäre. Der BGH hat sich mehrfach in diese Richtung geäußert,⁶ insbesondere auch im Hinblick auf den nicht eingetragenen Verein,⁷ dessen Mitglieder mangels gemeinsamen Organisationsakts nach wie vor gemäß § 54 Satz 1 BGB gesamthänderische Träger des Vereinsvermögens sind. Dies führt zwingend zur Versagung der Grundbuchfähigkeit.

Die für den nicht eingetragenen Verein geltenden Grundsätze können jedoch nicht auf die Wohnungseigentümergeinschaft übertragen werden, weil es für die Anerkennung der Rechts- und Grundbuchfähigkeit von Gemeinschaften entscheidend auf deren organisatorische Verfassung ankommt. Je näher diese der rechtsfähigen (Außen-)GbR steht, desto naheliegender ist auch die Annahme der von der „Gruppen-Lehre“ vorausgesetzten „überindividuellen“ Wirkungseinheit ihrer Mitglieder als Folge eines organisatorischen, mithin also gesellschaftsrechtlichen Akts. Bei der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer folgt dieser nach der eingangs zitierten Entscheidung des BGH aus deren Beschlusskompetenz für den Erwerb von Verwaltungsver-

mögen, die so weit reicht, wie § 10 Abs. 6 Satz 1 WEG der Gemeinschaft die Rechtsfähigkeit gewährt. Damit liegt eine zumindest teilrechtsfähige Gemeinschaft *sui generis* vor,⁸ die der (Außen-)GbR in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht so nahe steht, dass sie auch von den Instanzgerichten⁹ und der Literatur¹⁰ als grundbuchfähig angesehen wird.

Wie das OLG München zutreffend feststellt, ist das Auftreten der Wohnungseigentümergeinschaft nicht so weitgehend wie das der (Außen-)GbR, weil es sich auf diejenigen Teilbereiche des Rechtslebens beschränkt, bei denen die Wohnungseigentümer im Rahmen der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums als Gemeinschaft am Rechtsverkehr teilnehmen. Der Tätigkeitsbereich der Wohnungseigentümergeinschaft ändert allerdings nichts an der Begründung einer „überindividuellen Wirkungseinheit“ ihrer Mitglieder, die in ihrer Tiefe umfassend, in ihrer Breite aber gegenständlich auf Verwaltungsmaßnahmen i. S. d. §§ 20 ff. WEG beschränkt ist. Nach der Entscheidung des OLG München gilt dies auch für den Erwerb von Bruchteilseigentum.¹¹ Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft bedeutet allerdings nicht, dass die Wohnungseigentümer mit dieser rechtlich identisch sind. Das Sonder- und Gemeinschaftseigentum verbleibt vielmehr den jeweiligen Eigentümern mit der Folge, dass zwei unterschiedliche Zuordnungsobjekte für (Grundstücks-)Rechte bestehen.¹²

Erwirbt die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer Eigentum, so ist im Grundbuchverfahren der Verwaltungscharakter des Erwerbsgeschäfts zu prüfen. Die Wohnungseigentümergeinschaft darf die mit der Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit verbundenen Beschränkungen nicht überschreiten, hat aber naturgemäß Probleme damit, ihr Handeln innerhalb der rechtlich vorgegebenen Grenzen nachzuweisen. Im Antragsverfahren der §§ 13 ff. GBO sind Eintragungsunterlagen grundsätzlich formgerecht (§ 29 Abs 1 GBO) einzureichen. Dies wäre insoweit als unnötiger Formalismus anzusehen, da sich die Wohnungseigentümergeinschaft ihr Handeln innerhalb der gegenständlichen Grenzen ihrer Befugnisse entweder selbst bescheinigen müsste oder bei der Forderung anderer Nachweise in unüberwindliche Beweisnot kommen könnte. Der Senat nimmt daher zu Recht wie auch bei anderen Fallgestaltungen¹³ von der Forderung nach einem formgerechten Nachweis Abstand und verweist das Grundbuchamt auf den auch im

1 BGH, Beschluss vom 18.3.2016, V ZR 75/15, MittBayNot 2016, 494, 405 f.
 2 BGH, Urteil vom 29.1.2001, II ZR 331/00, MittBayNot 2001, 192 ff.
 3 Dazu Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13437, S. 26.
 4 *Steffek*, ZIP 2009, 1445.
 5 Siehe nur *Steffek*, ZIP 2009, 1445, 1446.
 6 BGH, Beschluss vom 17.10.2006, VIII ZB 94/05, NJW 2006, 3715, 3716; BGH, Urteil vom 2.7.2007, II ZR 111/05, DNotZ 2008, 144 ff.
 7 BGH, Beschluss vom 21.1.2016, V ZB 19/15, MittBayNot 2016, 405, 406 f.; ebenso KG, Beschluss vom 6.1.2015, 1 W 250, 251, 252/14, FGPrax 2015, 105, 106.

8 BGH, Beschluss vom 2.6.2005, V ZB 32/05, MittBayNot 2005, 495.
 9 OLG Hamm, Beschluss vom 20.10.2009, 15 Wx 81/09, DNotZ 2010, 130, 131; a. A. LG Hannover, Beschluss vom 3.7.2007, 3 T 35/07, ZMR 2007, 893, 894.
 10 BeckOK-GBO/*Hügel/Holzer*, Stand: 1.11.2016, § 1 Rdnr. 56; BeckOK-GBO/*Hügel/Reetz*, Stand: 1.11.2016, § 13 Rdnr. 96; *Wilsch*, RNotZ 2005, 536, 537, 540; *Bub/Petersen*, NJW 2005, 2590, 2592.
 11 Dazu auch OLG Hamm, Beschluss vom 20.10.2009, 15 Wx 81/09, DNotZ 2010, 130, 131.
 12 BGH, Beschluss vom 2.6.2005, V ZB 32/05, NJW 2005, 2061, 2068; KG, Beschluss vom 11.10.2013, 1 W 195, 196/13, FGPrax 2014, 4, 5.
 13 Dazu BeckOK-GBO/*Hügel/Otto*, Stand: 1.11.2016, § 29 Rdnr. 31.

Antragsverfahren der §§ 13 ff. GBO ausnahmsweise gelten den Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Dies erscheint nicht nur als praxistaugliche, sondern auch rechtlich richtige Lösung eines ansonsten kaum löslichen Problems. Die Umsetzung der Grundbuchfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft in die Rechtswirklichkeit ist damit einen entscheidenden Schritt vorangekommen.

BÜRGERLICHES RECHT – FAMILIENRECHT

9. Rechtliche Nachteilhaftigkeit eines Gesellschaftsvertrages mit Wettbewerbsverbot

BFH, Urteil vom 12.5.2016, IV R 27/13 (Vorinstanz: FG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 23.5.2013, 1 K 1568/07)

ESTG § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2

BGB § 1795 Abs. 2, § 181

LEITSÄTZE:

- Allgemeines Erfordernis der steuerrechtlichen Berücksichtigung von Vereinbarungen zwischen Familienangehörigen ist es, dass die Vereinbarungen, die Grundlage der Besteuerung werden sollen, ernsthaft gemeint sind und damit die Gewähr ihrer tatsächlichen Durchführung für die Zeitdauer ihrer Gültigkeit bieten. Der Abschluss der Vereinbarung in einer Form, die keine Zweifel an ihrer zivilrechtlichen Wirksamkeit aufkommen lässt, ist insoweit ein maßgebliches Beweisanzeichen für die Ernsthaftigkeit der Vereinbarung. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- Ein Wettbewerbsverbot in einem Gesellschaftsvertrag über die Begründung einer stillen Gesellschaft mit seinen minderjährigen Kindern ist rechtlich nachteilig. (Leitsatz der Schriftleitung)**

SACHVERHALT:

1 I. A ist Einzelunternehmer und erzielte gewerbliche Einkünfte. Mit gleichlautenden Verträgen vom 27.12.2002 vereinbarte A mit seinen beiden Kindern, dem 1987 geborenen B und der 1990 geborenen C, zum 1.1.2003 mit ihm eine stille Gesellschaft zu gründen. B und C sollten sich als stille Gesellschafter mit jeweils einer Einlage i. H. v. 17.500 € beteiligen und eine Gewinnbeteiligung i. H. v. jeweils 12,5 % erhalten. Sie sollten am Verlust der Gesellschaft teilnehmen. Eine Haftung der stillen Gesellschafter gegenüber Dritten sollte ausgeschlossen und im Innenverhältnis auf die Höhe der Beteiligung beschränkt sein. Bei Ausscheiden eines stillen Gesellschafters sollte eine Auseinandersetzung erfolgen, bei der die stillen Reserven aufzulösen wären.

2 Die Verträge enthielten auch ein Wettbewerbsverbot folgenden Inhalts:

„§ 17 Wettbewerbsverbot

(1) Dem stillen Gesellschafter ist es untersagt, sich während der Dauer des Gesellschaftsverhältnisses an einem Unternehmen zu beteiligen, noch ein Konkurrenzunternehmen zu gründen oder zu erwerben, das zu der Firma in einem Wettbewerbsverhältnis

steht. Dies gilt sowohl für eine unternehmerische Beteiligung als auch für Kapitalbeteiligungen jeglicher Art.

(2) Der Abschluss eines Arbeitsvertrages oder eines ähnlichen Vertragsverhältnisses mit dem Konkurrenzunternehmen muss der Firma angezeigt werden. Ein solches Vertragsverhältnis berechtigt die Firma zur fristlosen Kündigung des Gesellschaftsvertrages. (...)

(3) Für jeden Fall der Zuwiderhandlung ist der stille Gesellschafter zur unverzüglichen Zahlung einer Vertragsstrafe (...) verpflichtet. (...)

3 Unterschriften waren die Verträge von A, B und C sowie jeweils durch D, neben dessen Unterschrift vermerkt war „Vertrag und Unterschrift genehmigt durch den Ergänzungspfleger“. D war jedoch nicht zum Ergänzungspfleger im Sinne des BGB bestellt worden.

(...)

6 Im Rahmen einer Außenprüfung gelangte der Prüfer zu der Auffassung, die Verträge über die Gründung der (atypisch) stillen Gesellschaft mit B und C seien aufgrund einer zivilrechtlichen Unwirksamkeit auch steuerrechtlich unbeachtlich. Die Gewinnfeststellung habe deshalb zu unterbleiben. Die im Jahr 2003 als Betriebsausgaben gebuchten Gewinnanteile der stillen Gesellschafter seien bei A als Privatentnahme zu berücksichtigen.

7 Dem folgte das FA. (...)

8 Nach erfolgreichem Einspruchsverfahren erhoben die Kläger gegen die vorgenannten Bescheide (...) Klage vor dem FG. Das FG gab der Klage mit Urteil vom 23.5.2013, 1 K 1568/07, statt. Zwischen den Klägern sei eine atypisch stille Gesellschaft begründet worden, da B und C sowohl am Gewinn als auch am Verlust und an den stillen Reserven des Unternehmens beteiligt seien. Die Gesellschaftsverträge seien auch nicht rechtsunwirksam. Insbesondere sei weder die Mitwirkung eines gerichtlich bestellten Ergänzungspflegers noch die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich gewesen, da die im Schenkungsweg gewährten Beteiligungen an der (atypisch) stillen Gesellschaft nebst Einlage für B und C lediglich rechtlich vorteilhaft seien.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

13 II. Die Revision des FA ist begründet.

(...)

20 2. Das FG ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Streitgegenständlichen Gesellschaftsverträge für die damals minderjährigen B und C lediglich rechtlich vorteilhaft waren und es deshalb der gerichtlichen Bestellung eines Ergänzungspflegers nicht bedurft hätte. Die darauf beruhende steuerrechtliche Anerkennung der zwischen den Klägern abgeschlossenen Gesellschaftsverträge hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Das FG hat daher im zweiten Rechtsgang, ausgehend von der (schwebenden) Unwirksamkeit der Gesellschaftsverträge, im Rahmen der ihm dann obliegenden Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls erneut darüber zu entscheiden, ob die Gesellschaftsverträge steuerrechtlich anzuerkennen sind.

(...)

24 Allgemeines Erfordernis der steuerrechtlichen Berücksichtigung von Vereinbarungen zwischen Familienangehörigen ist es, dass die Vereinbarungen, die Grundlage der Besteuerung werden sollen, ernsthaft gemeint sind und damit die Gewähr

ihrer tatsächlichen Durchführung für die Zeitdauer ihrer Gültigkeit bieten. Die Ernsthaftigkeit der Vereinbarung, beispielsweise der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags zwischen Familienangehörigen, wird damit zum Element des auf einer solchen Vereinbarung aufbauenden steuerrechtlichen Tatbestandes. Der Abschluss der Vereinbarung in einer Form, die keine Zweifel an ihrer zivilrechtlichen Wirksamkeit aufkommen lässt, ist insoweit ein maßgebliches Beweisanzeichen für die Ernsthaftigkeit der Vereinbarung (vgl. BFH, Urteile vom 19.9.1974, IV R 95/73, BFHE 113, 558, BStBl. II 1975, 141, und BFHE 246, 349). Die Nichtbeachtung zivilrechtlicher Formerfordernisse bei Abschluss einer solchen Vereinbarung stellt demgegenüber ein Indiz dafür dar, dass die Vereinbarung nicht ernsthaft gemeint und nicht dem steuerrechtlich relevanten Bereich zuzuordnen ist. Dies gilt im verstärkten Maße dort, wo die Nichtbeachtung der Formerfordernisse den Vertragspartnern angelastet werden kann. Ein Versäumnis dieser Art ist insbesondere dort anzunehmen, wo sich das nicht beachtete Formerfordernis aus der klaren Lage des Zivilrechts ergibt (vgl. BFH, Urteile vom 13.7.1999, VIII R 29/97, BFHE 191, 250, BStBl. II 2000, 386; vom 22.2.2007, IX R 45/06, BFHE 217, 409, BStBl. II. 2011, 20; vom 23.4.2009, IV R 24/08, BFH/NV 2009, 1427; vom 11.5.2010, IX R 19/09, BFHE 229, 301, BStBl. II 2010, 823).

25 c) Das FG hat bei der gebotenen Gesamtabwägung betreffend die steuerrechtliche Anerkennung der Gesellschaftsverträge rechtsfehlerhaft angenommen, dass diese zivilrechtlich wirksam sind.

26 aa) Vereinbarungen, die ein Elternteil mit seinen beschränkt geschäftsfähigen (vgl. § 106 BGB) Kindern schließt, bedürfen nach §§ 107, 108 Abs. 1 BGB der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Die Vertretungsbefugnis der Eltern durch ihr elterliches Sorgerecht nach § 1629 Abs. 1 Satz 1 BGB schließt Geschäfte aus, für die auch ein Vormund keine Vertretungsmacht für sein Mündel hätte, insbesondere also ein Ingeschäft nach § 1795 Abs. 2, § 181 BGB. In diesem Fall kann die notwendige Einwilligung nur durch einen vom Gericht bestellten Ergänzungspfleger erteilt werden (§ 1909 Abs. 1 Satz 1 BGB).

27 Diese rechtlichen Mechanismen zum Schutz des Minderjährigen finden jedoch nur dann Anwendung, wenn der Minderjährige durch das Geschäft nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt (§ 107 BGB). Was als ein in diesem Sinn rechtlich vorteilhaftes Geschäft zu beurteilen ist, muss unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Norm bestimmt werden. § 107 BGB dient in erster Linie dazu, den Minderjährigen vor einer Gefährdung seines Vermögens zu schützen. Da die Beurteilung der wirtschaftlichen Folgen eines Rechtsgeschäfts allerdings mit erheblichen praktischen Schwierigkeiten verbunden sein kann, knüpft die Vorschrift die Genehmigungsbedürftigkeit im Interesse der Rechtssicherheit an das formale Kriterium des rechtlichen Nachteils an, das im Regelfall eine Vermögensgefährdung indiziert. Diese Entscheidung des Gesetzgebers schließt es zwar aus, den von § 107 BGB vorausgesetzten rechtlichen Vorteil durch den wirtschaftlichen Vorteil zu ersetzen. Möglich ist es jedoch, bestimmte Rechtsnachteile wegen eines typischerweise ganz unerheblichen Gefährdungspotenzials als von dem Anwendungsbereich der Vorschrift nicht erfasst anzusehen (vgl. BGH, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, BGHZ 161, 170, für die mit der

Übertragung von Grundstückseigentum einhergehenden öffentlichen Lasten als begrenzte und wirtschaftlich unbedeutende persönliche Verpflichtungen; vgl. auch BGH, Urteil vom 27.9.1972, IV ZR 225/69, BGHZ 59, 236).

28 bb) Entgegen seiner Rechtsansicht waren die vom FG festgestellten Vereinbarungen in den mit B und C geschlossenen Gesellschaftsverträgen zivilrechtlich schwebend unwirksam.

29 (1) Die Auslegung von Willenserklärungen – und damit auch von daraus resultierenden Gesellschaftsverträgen (vgl. BFH, Urteil vom 24.9.2015, IV R 9/13, BFHE 251, 227, BStBl. II 2016, 154) – gehört zwar grundsätzlich zu der dem FG obliegenden Feststellung der Tatsachen. Der BFH ist als Revisionsinstanz aber nicht gehindert, die Auslegung des FG daraufhin zu überprüfen, ob die gesetzlichen Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB), die Denkgesetze und die gesetzlichen Erfahrungssätze zutreffend angewandt worden sind (vgl. BFH, Urteile vom 29.11.2007, IV R 62/05, BFHE 220, 85, BStBl. II 2008, 557; und BFHE 251, 227, BStBl. II 2016, 154).

30 (2) Das FG hat bei seiner rechtlichen Würdigung darauf abgestellt, dass B und C nach den Gesellschaftsverträgen „Gewinnchancen“ erhalten hätten und „Anhaltspunkte für besondere Bindungen und Beschränkungen, denen [sie] innerhalb dieser [atypisch stillen Gesellschaft] unterworfen sind und die die Beteiligung als insgesamt rechtlich nachteilig erscheinen lassen“, nicht zu erkennen seien.

31 Dieser Schluss verstößt gegen die Denkgesetze, denn das FG hat außer Acht gelassen, dass B und C mit den Gesellschaftsverträgen unabhängig von der durch das FG erörterten Frage der Verlusttragung bzw. Haftung auch erhebliche rechtlich nachteilige Verpflichtungen auferlegt worden sind.

32 So sind die Gesellschafter B und C nach § 17 Abs. 1 der Gesellschaftsverträge während der Dauer des Gesellschaftsverhältnisses einem Wettbewerbsverbot unterworfen, das es ihnen untersagt, sich an einem Unternehmen zu beteiligen oder ein Konkurrenzunternehmen zu gründen oder ein solches zu erwerben, das zum Einzelunternehmen des A in einem Wettbewerbsverhältnis steht. Das Wettbewerbsverbot gilt dabei nicht nur für unternehmerische Beteiligungen, sondern sogar für reine Kapitalbeteiligungen. Es unterliegt schon insoweit keinem Zweifel, dass B und C durch das vorgenannte Wettbewerbsverbot erheblich in ihren Freiheiten eingeschränkt werden. Die Wirkung dieses Wettbewerbsverbots wird zudem (faktisch) noch dadurch verstärkt, dass A zur fristlosen Kündigung der Gesellschaftsverträge berechtigt ist, wenn B und C ein Arbeitsverhältnis bei einem Konkurrenzunternehmen aufnehmen (§ 17 Abs. 2 der Gesellschaftsverträge). Ein besonderes Gewicht kommt diesen rechtlichen Beschränkungen auch dadurch zu, dass jeder Verstoß nach § 17 Abs. 3 der Gesellschaftsverträge mit einer empfindlichen Vertragsstrafe von 10.000 € für jeden Fall der Zuwiderhandlung belegt ist.

33 An der deshalb bestehenden zivilrechtlichen schwebenden Unwirksamkeit der Gesellschaftsverträge im Streitzeitraum würde eine von B und C nach dem Erreichen ihrer Volljährigkeit erteilte – von dem FG allerdings nicht festgestellte – nachträgliche Genehmigung nichts ändern (vgl. BFH, Beschluss vom 5.3.1981, IV R 150/76, BFHE 132, 563, BStBl. II 1981, 435; BFH, Urteil vom 8.10.1981, IV R 222/79, n. v.).

34 cc) Da das FG von anderen Rechtsgrundsätzen ausgegangen ist, war sein Urteil aufzuheben. Im zweiten Rechtsgang wird das FG unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats im Rahmen einer erneuten Gesamtwürdigung aller Umstände des vorliegenden Einzelfalls darüber zu entscheiden haben, ob die Gesellschaftsverträge ungeachtet der zivilrechtlichen (schwebenden) Unwirksamkeit steuerrechtlich anzuerkennen sind. Dabei wird es zu beachten haben, dass sich das Erfordernis zur Bestellung eines Ergänzungspflegers im Streitfall klar aus der Zivilrechtslage ergab. Das Absehen der Kläger von der Beiziehung eines durch das Gericht zu bestellenden Ergänzungspflegers stellt daher ein sehr starkes Indiz dafür dar, dass die Gesellschaftsverträge nicht ernsthaft gewollt und sie vielmehr dem steuerrechtlich nicht relevanten Privatbereich zuzuordnen waren. Die Indizwirkung wird noch dadurch verstärkt, dass die Verträge durch einen Verwandten in der behaupteten Eigenschaft als Ergänzungspfleger für B und C mitunterzeichnet worden sind. Die Beteiligten gingen also ersichtlich selbst davon aus, dass der Abschluss der Gesellschaftsverträge der Mitwirkung eines Ergänzungspflegers bedurft hätte.

35 Auf die weitere Rechtsfrage, ob die Gesellschaftsverträge zusätzlich auch noch der Genehmigung durch das Familiengericht nach § 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 3 BGB bedurft hätten, kommt es im Streitfall daher nicht mehr an.

(...)

10. Verzögerung eines genehmigungsbedürftigen Grundstückskaufvertrags durch Betreuer

OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.2.2016, I-24 U 102/15

BGB §§ 278, 280 Abs. 1, § 1821 Abs. 1 Nr. 4, § 1829 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, § 1908i Abs. 1 Satz 1

LEITSÄTZE:

- Bei einem nach § 1821 Abs. 1 Nr. 4, § 1829 Abs. 1 Satz 1 BGB genehmigungsbedürftigen Grundstückskaufvertrag sind beide Parteien verpflichtet, das Ihrige zur Herbeiführung der Genehmigung zu tun. Verzögert der Betreuer des Verkäufers die Erteilung der Genehmigung dadurch, dass er Anfragen des Familiengerichts nicht beantwortet, haftet dafür der Betreute gemäß § 278 BGB.**
- Die haftungsausfüllende Kausalität zwischen der Pflichtwidrigkeit des Betreuers und dem Schaden entfällt nicht, weil der Käufer den Betreuer vergeblich gemäß § 1829 Abs. 2 BGB zur Mitteilung aufgefordert hat, ob die Genehmigung erteilt sei, sofern der Betreuer durch seine Untätigkeit Anlass zu dieser Aufforderung gegeben hat.**

SACHVERHALT:

1 Der Kläger nimmt den Betreuten und den Betreuer auf Schadensersatz in Anspruch. Der Betreuer habe pflichtwidrig die be-

treuungsrechtliche Genehmigung des notariellen Kaufvertrags vom 7.10.2013 über eine Eigentumswohnung des Betreuten verzögert. Der Kläger habe deshalb eine Frist gemäß § 1829 Abs. 2 BGB gesetzt, die der Betreuer verstreichen ließ. Das LG Krefeld (Urteil vom 15.5.2015, 3 O 315/14, BeckRS 2016, 12015) hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers war teilweise erfolgreich.

AUS DEN GRÜNDEN:

2 I. Der Kläger hat einen Anspruch gegen die Beklagten auf Ersatz von 1.015,55 € angefallener Notarkosten und von 2.743,43 € aufgewandter Rechtsanwaltskosten, mithin gesamt 3.758,98 € nebst Zinsen. Im Übrigen ist die Berufung unbegründet.

3 1. Zu Recht hat das LG festgestellt, dass die damalige Betreuerin des vormaligen Beklagten die Erteilung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung zum notariellen Kaufvertrag vom 7.10.2013 verzögert hat. Diese hätte nach der schriftlichen Mitteilung des AG Neuss vom 15.4.2014 unstreitig im April 2014 erteilt werden können, wenn nicht zu diesem Zeitpunkt der Kläger bereits durch sein Schreiben vom 11.2.2014 die endgültige Unwirksamkeit des Vertrags gemäß § 1829 Abs. 2, § 1908i Abs. 1 Satz 1 BGB herbeigeführt hätte. Die Untätigkeit der Betreuerin bei der Einholung der betreuungsrechtlichen Genehmigung stellte eine dem inzwischen verstorbenen Beklagten zuzurechnende schuldhaftige Pflichtverletzung dar.

4 Zutreffend hat das LG ausgeführt, dass im Normalfall eines genehmigungsbedürftigen Vertrags beide Vertragspartner gegenseitig verpflichtet sind, das Ihrige zur Herbeiführung der Genehmigung zu tun; bei Verletzung dieser Pflicht haften sie auf Schadensersatz aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen (BGH, Urteil vom 22.5.1970, V ZR 130/67, RdNr. 11 m. w. N.). Dementsprechend hat auch ein Betreuer im Interesse des Betreuten dessen Genehmigungsförderungspflicht wahrzunehmen. Der betreute, inzwischen verstorbene vormalige Beklagte muss sich insoweit auch das Verschulden seiner Betreuerin gemäß § 278 BGB zurechnen lassen; entlastende Umstände gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB sind weder dargetan noch ersichtlich.

5 2. Allerdings fehlt es – entgegen den Ausführungen des LG – nicht an der haftungsbegründenden Kausalität zwischen der Pflichtwidrigkeit der Betreuerin und Schaden.

6 Es trifft zwar zu, dass das Wirksamwerden des notariellen Kaufvertrags letztlich daran gescheitert ist, dass der Kläger zwischenzeitlich eine Frist gemäß § 1829 Abs. 2 BGB gesetzt hatte und diese fruchtlos verstrichen war. Mithin sind die geltend gemachten Schäden (auch) auf das eigene Verhalten des Klägers zurückzuführen. Allerdings kann hier nicht außer Acht gelassen werden, dass letztlich die durch die Untätigkeit der Betreuerin verursachten Verzögerungen den Kläger zur Fristsetzung veranlasst haben. In Fällen, in denen ein Schaden durch eine Handlung verursacht wird, die auf einem Willensentschluss des Verletzten beruht, ist eine psychische Kausalität zu bejahen, wenn für das tatsächliche Verhalten des Geschädigten nach dem haftungsbegründenden Ereignis ein rechtfertigender Anlass bestand oder es durch das haftungsbegründende Ereignis herausgefordert wurde und eine nicht ungewöhnliche oder unangemessene Reaktion auf dieses Ereignis darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 17.10.2000, X ZR 169/99,

Rdnr. 15, juris; *Palandt/Grüneberg*, 73. Aufl. 2014, Vor § 249 Rdnr. 41). Entsprechendes ist hier anzunehmen. Da einerseits die Betreuerin auf die Aufforderungen des Betreuungsgerichts nicht reagiert, andererseits aber die Übergabe der Eigentumswohnung zum 17.2.2014 vertraglich vereinbart war, durfte der Kläger mit Schreiben vom 11.2.2014 um eine entsprechende Erklärung bitten, um Klarheit über das Wirksamwerden des Kaufvertrags zu erhalten.

7 3. Die haftungsausfüllende Kausalität zwischen Rechtsgutverletzung und geltend gemachten Schaden ist gegeben.

8 Ein Schaden ist nach der Lehre vom Schutzzweck der Norm dann erstattungsfähig, wenn er nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der verletzten Norm fällt; es muss sich um Nachteile handeln, die aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen oder die verletzte vertragliche oder vorvertragliche Pflicht übernommen worden ist (vgl. *Palandt/Grüneberg*, Vor § 249 Rdnr. 29). Nichts anderes kann für den im Falle einer schuldhaften vorvertraglichen Pflichtverletzung zu ersetzende Vertrauensschaden gelten. Die o. g. Pflicht einer jeden Vertragspartei, bei einem genehmigungsbedürftigen Vertrag das Ihrige zur Herbeiführung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung zu tun, dient gerade dazu, dem schwebend unwirksamen Vertrag möglichst zügig zur Wirksamkeit zu verhelfen, um den Interessen des Vertragspartners am Wirksamwerden des Vertrags, mithin an der Amortisation seiner Aufwendungen Rechnung zu tragen.

9 Es fehlt hier auch nicht – wie das LG meint – an dem nötigen schutzwürdigen Vertrauen des Klägers. Dies kann nicht damit verneint werden, dass das Zustandekommen des Notarvertrags von Anfang an unter dem Vorbehalt der betreuungsgerichtlichen Genehmigung stand, was dem Kläger bekannt war. Für den Sonderfall der betreuungsgerichtlichen Genehmigung ergeben sich zwar aus § 1829 BGB Grenzen der Genehmigungsförderungspflicht: Das Gesetz berechtigt und verpflichtet den gesetzlichen Vertreter dann, wenn er bei einem genehmigungspflichtigen Vertrag Interessen seines Mündels für gefährdet hält, den Antrag auf vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu unterlassen oder nach Antragstellung und vor der Entscheidung dem Vormundschaftsgericht seine Bedenken mitzuteilen oder sogar noch nach Erteilung der Genehmigung von deren Mitteilung an den Vertragspartner abzuweichen und es dadurch bei der Unwirksamkeit des Vertrags zu belassen (BGH, Urteil vom 22.5.1970, V ZR 130/67, Rdnr. 11, juris). Allerdings haben sich vorliegend weder die Unwägbarkeiten in der pflichtgemäßen Beurteilung des Betreuers noch diejenigen in der Entscheidung des Betreuungsgerichts ausgewirkt. Es ist weder ersichtlich noch dargetan, dass eine Gefährdung der Interessen des Betreuten möglich erschien – bezeichnenderweise hatte hier die Betreuerin für den Verkäufer unterschrieben – noch dass einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung sonstige Versagungsgründe entgegenstanden; hierauf hat der Kläger zu Recht hingewiesen. Dann aber kann dem Kläger auch nicht entgegengehalten werden, er habe im Hinblick auf das Erfordernis der betreuungsrechtlichen Genehmigung ohnehin nicht auf das Wirksamwerden des notariellen Kaufvertrages vertrauen dürfen.

10 4. Hinsichtlich des Umfangs des zu ersetzenden Schadens

ist zu berücksichtigen, dass bei der Entstehung des Schadens zum Teil ein Verschulden des Klägers mitgewirkt hat und aufgrund dessen gemäß § 254 Abs. 1 BGB die Ersatzpflicht der Beklagten ausgeschlossen ist.

11 a) Dies gilt für die Finanzierungskosten gemäß Forderungsaufstellung vom 16.4.2014 i. H. v. 6.239,32 €, die mithin nicht erstattungsfähig sind. Es trifft zwar zu, dass es dem Käufer obliegt, vor Unterzeichnung eines Notarvertrags die Finanzierung des Kaufpreises sicherzustellen. Allerdings bedarf es hierzu nicht der finalen Unterzeichnung von verbindlichen Darlehensverträgen; es genügt – worauf im Übrigen auch der Kläger erstinstanzlich hingewiesen hat – eine verbindliche Finanzierungszusage des finanzierenden Kreditinstituts. Unterzeichnet der Käufer dennoch bereits vor Abschluss des Notarvertrags einen verbindlichen Darlehensvertrag, ohne die Möglichkeit einer Abstandnahme für den Fall vorzusehen, dass es nicht zu der Beurkundung des Grundstückskaufvertrags kommt, so ist ihm zumindest in dem hier vorliegenden Fall, in welchem der notarielle Kaufvertrag zudem noch einer betreuungsrechtlichen Genehmigung bedurfte, ein Verschulden vorzuwerfen. Dieses Verschulden überwiegt den dem vormaligen Beklagten zurechnenden Verursachungsbeitrag der Betreuerin in einem Maße, dass dieser vollständig dahinter zurücktritt.

12 Nach den vorstehenden Ausführungen sind auch die Notarkosten gemäß Kostenrechnung vom 24.3.2014, soweit sie für die Beurkundung und den Vollzug der zur Absicherung des Darlehens bestellten Grundschuld angefallen sind, mithin i. H. v. 427,80 € zuzüglich MwSt., also insgesamt 509,08 €, nicht erstattungsfähig.

13 b) Im Übrigen kann dem Kläger ein mitwirkendes Verschulden nicht entgegengehalten werden. Der Betreute hatte sich im notariellen Kaufvertrag schwebend unwirksam verpflichtet, das Kaufobjekt bis zum 17.2.2014 vollständig zu räumen. Mithin kann es dem Kläger nicht vorgeworfen werden, dass er – nachdem er durch das AG Neuss aufgrund der Schreiben vom 21.1.2014 davon in Kenntnis gesetzt worden war, dass die Betreuerin auf gerichtliche Schreiben nicht reagiere und daher eine Entscheidung nicht ergehen könne – mit anwaltlichem Schreiben vom 11.2.2014 eine Frist zur Erklärung setzte, um Klarheit über die Wirksamkeit des notariellen Vertrags zu bekommen.

14 Zu ersetzen sind daher die Notarkosten für die Beurkundung und den Vollzug des Grundstückskaufs gemäß Kostenrechnung vom 24.3.2014 i. H. v. 853,40 € zuzüglich MwSt., mithin 1015,55 €. Diese hätten sich nicht als nutzlos erwiesen, wenn die Betreuerin die Genehmigung des Betreuungsgerichts nicht verzögert hätte. Demgegenüber kann nicht geltend gemacht werden, die Frage der Genehmigung hätte vorab geklärt werden können. Vorab hätte das Betreuungsgericht signalisiert, dass eine Genehmigung erteilt werden könne, wenn denn alle erforderlichen Unterlagen eingereicht würden. Gerade dies ist aber nicht geschehen.

(...)

11. Auftrag bei Erteilung einer Vorsorgevollmacht und Bestehen eines besonderen Vertrauensverhältnisses

LG Bonn, Urteil vom 20.5.2016, 1 O 80/16

LEITSATZ:

An einem Rechtsbindungswillen für ein Auftragsverhältnis als Grundgeschäft zu einer Vorsorgevollmacht fehlt es, wenn bei der Vollmachterteilung ein besonderes Freundschafts- und Vertrauensverhältnis zwischen Bevollmächtigtem und Vollmachtgeber bestanden hat. In Abgrenzung zu einem rechtlich bindenden Auftrag wird im Rahmen eines solchen Vertrauensverhältnisses keine Auskunft oder gar Rechenschaft verlangt, insbesondere soll der mit der Bevollmächtigung besonders Betraute nicht im Nachhinein dem einseitigen (Haftungs-)Risiko ausgesetzt werden, Ausgaben genauer angeben und belegen zu müssen. (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

1 Der Kläger ist der einzige Sohn und Alleinerbe der am (...) 2012 verstorbenen Frau S. Die Erblasserin hatte dem Beklagten mit notarieller Urkunde vom 21.6.2001 (...) eine generelle Vollmacht erteilt.

2 Die Parteien kennen sich seit Jahrzehnten. Als der Kläger etwa zehn Jahre alt war, zog die am (...) 1930 geborene Erblasserin mit ihm von L. nach X. Dort heiratete die Erblasserin den aus X. stammenden Stiefvater des Klägers, der seinerseits drei ältere Söhne mit in die Ehe brachte. Die Eltern des Beklagten und der Beklagte selbst unterhielten zu der Erblasserin ein enges freundschaftliches, nahezu verwandtschaftliches Verhältnis.

3 Anfang der 2000er Jahre wanderte der Kläger auf die Q. aus, wo er seitdem lebt. Die Erblasserin war nach dem Tode des Stiefvaters und der Auswanderung des Klägers weitgehend auf sich allein gestellt. Die drei Stieföhne kümmerten sich nicht um die Erblasserin. In dieser Situation ließ sich die Erblasserin im Jahre 2001 durch den Notar M. in F. beraten. Vor diesem Notar errichtete die Erblasserin am 21.6.2001 neben der dem Beklagten erteilten Vollmacht ein Testament, mit dem sie den Kläger zu ihrem alleinigen und unbeschränkten Erben einsetzte (...) und zu dessen Anschrift es in dieser Urkunde heißt: „wohnhaft auf den Q. (nähere Anschrift ist mir nicht bekannt)“.

4 Im Januar 2007 musste sich die Erblasserin wegen eines Nierenleidens in das Krankenhaus in U. begeben. Wegen ihres gesundheitlichen Allgemeinzustandes sowie der familiären Situation entschied sie sich dann zum Umzug in ein Senioren- bzw. Pflegeheim in X. Diesen Umzug organisierte der Beklagte auf Wunsch der Erblasserin. Zuvor war der Beklagte von dem Mitarbeiter der X2-Bank in X. und Zeugen S3 darauf angesprochen worden, dass die Erblasserin teilweise zwei bis dreimal täglich auf der Bank erscheine und größere Beträge abhebe und dass das Konto bereits überzogen sei. Ferner rief der Zeuge Dr. C. als Hausarzt der Erblasserin den Kläger an und teilte ihm mit, dass er sich unbedingt um die Erblasserin kümmern müsse, möglicherweise sei auch eine Betreuung angezeigt. Die Einsetzung des Klägers als Betreuer wurde von dem AG (...) abgelehnt.

5 Den Umzug der Erblasserin in das Seniorenheim versuchte der Kläger – letztendlich erfolglos – rückgängig zu machen. Als er dort einmal alkoholisiert erschien und die Entlassung der Erblasserin begehrte, wurde er durch den Leiter des Heimes und Zeugen S4 des Hauses verwiesen.

6 Nachdem der Kläger erkannt hatte, dass die Erblasserin in dem Seniorenheim bleiben wollte, räumte er das Haus der Erblasserin und verschifft das Inventar auf die Q. Dem Beklagten gelang es

in der Folgezeit, das Haus zu vermieten. Die Mieterlöse flossen der Erblasserin zur Deckung der Heim- und Pflegekosten zu, wobei die konkrete Verwendung der Geldmittel der Erblasserin im Einzelnen zwischen den Parteien streitig ist.

7 Der Beklagte, der sich dazu aufgrund der jahrzehntelang bestehenden Freundschaft verpflichtet fühlte, kümmerte sich weiterhin um die Erblasserin. Das von ihm mit dem Ziel der Bestellung eines Berufsbetreuers angestrebte Betreuungsverfahren vor dem AG (...) führte zu der Einsetzung eines fremden Betreuers. Da sich dieser nicht so gut um die Erblasserin kümmerte, entschloss sich der Beklagte dazu, sich persönlich weiter um die Erblasserin zu kümmern, wodurch sich das Betreuungsverfahren erledigte.

8 Die Pflegekosten der Erblasserin wurden zunächst durch ihre Rente sowie die Einnahmen aus der Vermietung ihres Hauses weitgehend gedeckt. In der Folgezeit entschloss sich der Beklagte dazu, dieses Haus zu verkaufen. Der Verkauf ist Gegenstand eines weiteren Rechtsstreites des Klägers gegen den Beklagten (...). Während der sich hinziehenden Verkaufsverhandlungen dieses Objektes verstarb die Erblasserin. Die Bestattung, zu der der Kläger nicht erschien, wurde von dem Beklagten organisiert.

9 Der Kläger vertritt die Rechtsansicht, dass ihm der Beklagte aus § 666 BGB auskunfts- und rechenschaftspflichtig sowie aus den §§ 1833, 1908i BGB zum Schadensersatz verpflichtet sei. Er hat ursprünglich mit der Klageschrift behauptet, der Beklagte sei aufgrund der ihm erteilten Vollmacht bereits seit dem Jahre 2001 für die Erblasserin tätig gewesen, in den letzten Jahren ihres Lebens als ihr rechtlicher Betreuer. In der mündlichen Verhandlung hat die Prozessbevollmächtigte des Klägers erklärt, derartige Tätigkeiten des Beklagten seien tatsächlich erst 2006 erfolgt.

10 Der Kläger beantragt,

1. den Beklagten zu verurteilen, ihm eine geordnete Zusammenstellung aller Einnahmen und Ausgaben des seiner Verwaltung unterliegenden Vermögens der am (...) 2012 verstorbenen Frau S. nebst Belegen für die Zeit vom 21.6.2001 bis zum 30.04.2013 zu erteilen;

2. den Beklagten zu verurteilen, an Eides statt zu versichern, die Zusammenstellung nach bestem Wissen und so vollständig vorgenommen zu haben, wie er hierzu imstande war;

3. nach Beauskunftung den Beklagten dazu zu verurteilen, einen noch näher zu beziffernden Schadensersatzanspruch an ihn herauszuzahlen.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

14 Die gemäß § 254 ZPO zulässige Stufenklage des Klägers ist nicht begründet.

15 Da in Ermangelung eines gesetzlichen oder vertraglichen Schuldverhältnisses zwischen den Parteien und/oder zwischen der Erblasserin und dem Beklagten schon dem Grunde nach keine Auskunfts- und Rechnungslegungsansprüche des Klägers gegen den Beklagten bestehen, war die Klage insgesamt und damit auch in Bezug auf den in der mündlichen Verhandlung noch nicht zur Entscheidung gestellten (unbezifferten) Zahlungsantrag abzuweisen (vgl. *Zöller/Greger*, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 254 Rdnr.14).

16 Der Kläger hat keinen Anspruch gegen den Beklagten auf Erteilung der mit dem Klageantrag zu Ziffer 1. begehrten Auskunft aus den §§ 666, 662, 1922 Abs. 1 BGB oder unmittelbar aus § 242 BGB.

17 § 666 BGB setzt als vertraglicher Anspruch, der auf den Kläger als Erben gemäß § 1922 Abs. 1 BGB übergegangen sein könnte, die Begründung eines rechtsgeschäftlichen Auf-

trages zwischen dem Beklagten und der Erblasserin voraus. Ein Auftragsverhältnis zwischen der Erblasserin und dem Beklagten kann indes nicht allein aufgrund der unter dem 21.6.2001 erteilten Vollmacht bejaht werden. Denn es fehlt an hinreichenden objektiven Kriterien, anhand derer positiv festgestellt könnte, dass sich der Beklagte und die Erblasserin insoweit rechtlich binden wollten (vgl. OLG Köln, Urteil vom 19.9.2012, 16 U 196/11, ZEV 2013, 339; OLG Brandenburg, Urteil vom 7.12.2011, 3 U 94/11, BeckRS 2012, 20712 unter I. 2.; LG Bonn, Teilurteil vom 8.12.2014, 1 O 147/13, BeckRS 2015, 06598).

18 Für die Auslegung des Erklärungsverhaltens des Beklagten und der Erblasserin kommt es unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles entscheidend darauf an, ob für die Erblasserin wesentliche wirtschaftliche Interessen bei der Erteilung und Ausübung der Vollmacht auf dem Spiel standen, ob sie sich deshalb auf eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Beklagten verlassen wollte, ob dies für den Beklagten erkennbar war und ob der Beklagte sich seinerseits nach Treu und Glauben den Gefahren einer vertraglichen Haftung aussetzen wollte (§§ 133, 157, 242 BGB; vgl. *Palandt/Sprau*, 75. Aufl. 2016, Vor § 662 Rdnr. 4 ff., *Fischer in Bamberger/Roth*, BeckOK-BGB, Stand 1.8.2015, § 662 Rdnr. 3 ff.; *MünchKomm-BGB/Seiler*, 6. Aufl. 2012, § 662 Rdnr. 59 ff.; *Staudinger/Martinek*, Neubearb. 2006, § 662 Rdnr. 8 jeweils m. w. N.).

19 Schon hinreichend konkrete Tatsachen, die einen Rückschluss auf den erforderlichen Rechtsbindungswillen des Beklagten und der Erblasserin tragen könnten, hat der Kläger weder vorgetragen noch unter Beweis gestellt (vgl. zur Darlegungs- und Beweislast: *Fischer*, a. a. O., § 662 Rdnr. 17). Indes ergibt sich bereits aus einer Gesamtschau der zu den Akten gereichten Unterlagen in Verbindung mit dem insoweit unstreitigen substantiierten Vorbringen des Beklagten, dass der Vollmachterteilung im Sommer 2001 ein besonderes Freundschafts- und Vertrauensverhältnis zwischen dem Beklagten und der Erblasserin zugrunde gelegen hat, das gegen den Abschluss eines Auftragsvertrages spricht. In Abgrenzung zu einem rechtlich bindenden Auftrag wird nämlich im Rahmen eines solchen Vertrauensverhältnisses keine Auskunft oder gar Rechenschaft verlangt, insbesondere soll der mit der Bevollmächtigung besonders Betraute nicht im Nachhinein dem einseitigen (Haftungs-)Risiko ausgesetzt werden, Ausgaben genauer angeben und belegen zu müssen (OLG Köln, a. a. O.; OLG Brandenburg, a. a. O., LG Bonn, a. a. O.).

20 Ausgehend von diesen Erwägungen kann für den Zeitraum 2001 bis in das Jahr 2007 hinein schon in tatsächlicher Hinsicht keine Bindung des Beklagten im Rahmen eines Auftragsverhältnisses bejaht werden. Denn der Beklagte hat bereits in der Klageerwidern im Einzelnen dargelegt, dass er erst mit dem Umzug der Erblasserin in das Senioren- bzw. Pflegeheim im Jahre 2007 Anlass hatte, von der ihm erteilten Vollmacht Gebrauch zu machen. Dafür, dass der Beklagte bereits zu einem früheren Zeitpunkt für die Erblasserin tätig geworden ist, ist nichts ersichtlich. Die abweichenden Angaben in der Klageschrift beruhen nach den Angaben der Prozessbevollmächtigten des Klägers in der mündlichen Verhandlung auf einem Missverständnis.

21 Aber auch die beklagtenseits ab dem Jahr 2007 für die Erblasserin entfalten Tätigkeiten beruhen nicht auf einem rechtsgeschäftlichen Auftrag in dem vorbezeichneten Sinn. Vielmehr handelte es sich bei diesen Unterstützungs- und Hilfeleistungen um solche, die aufgrund eines besonderen Freundschafts- und Vertrauensverhältnisses von dem Beklagten für die Erblasserin erbracht worden sind. Dies wird im Einzelnen schon aus der im Tatbestand dargestellten familiären und gesundheitlichen Lage der Erblasserin deutlich, die mit Ausnahme des Beklagten keinerlei nennenswerte Unterstützung bei der Bewältigung des von ihr gewünschten Umzuges und dessen Finanzierung erfahren hat. Die in den von dem Kläger (...) eingereichten Schreiben der Erblasserin zum Ausdruck kommende Dankbarkeit gegenüber dem Beklagten unterstreicht diese Würdigung. Denn hierin ist dokumentiert, dass die Erblasserin dem Beklagten für seine ehrenamtlichen Betreuerleistungen (vgl. Schreiben vom 22.8.2007) Zahlungen als Anerkennungs- und Ausgleichsbeträge bzw. Aufwandsentschädigungen zuwenden wollte, um dem Beklagten gegenüber damit zugleich ihre Dankbarkeit für dessen Unterstützungsleistungen zu zeigen. Zugleich wird hiermit deutlich, dass die Unterstützungsleistungen des Beklagten die volle Billigung der Erblasserin erfahren haben. Der Umstand, dass die Erblasserin den Beklagten nach seinem insoweit unwidersprochenen Vortrag (...) auch in der Vergangenheit nie zu einer näheren Auskunftserteilung oder gar Rechnungslegung aufgefordert hat, unterstreicht diese Würdigung. Das aus dieser Gesamtentwicklung klar zutage tretende besondere persönliche Nähe- und Vertrauensverhältnis zwischen dem Beklagten und der Erblasserin bestand, wie nicht zuletzt die allein von dem Beklagten organisierte Bestattung zeigt, bis zum Tode der Erblasserin fort. Ein rechtsgeschäftlicher Bindungswille der Erblasserin und des Beklagten kann in Anbetracht dieser Gesamtumstände nicht bejaht werden.

22 Vor diesem Hintergrund begründet auch allein der Rechtsgedanke von Treu und Glauben (§ 242 BGB) keinen Auskunftsanspruch des Klägers gegen den Beklagten. Es fehlt an der hierfür erforderlichen Sonderverbindung zwischen den Parteien (vgl. OLG Köln, a. a. O.; *Palandt/Grüneberg*, a. a. O., § 242 Rdnr. 5 jeweils m. w. N.).

23 Die Frage, ob der Beklagte von der ihm unter dem 21.6.2001 erteilten Vollmacht überhaupt als Vorsorgevollmacht im Rechtssinne (vgl. zum Begriff nur *Palandt/Götz*, Vor § 1896 Rdnr. 5 m. w. N.) Gebrauch gemacht hat, ob die tatsächlichen Voraussetzungen dafür vorlagen und ob deshalb ein bindendes Auftragsverhältnis zwischen dem Beklagten und der Erblasserin eher bejaht werden kann (so etwa OLG Brandenburg, a. a. O.; *Palandt/Götz*, Vor § 1896 Rdnr. 6), bedarf hier keiner Vertiefung. Denn der Kläger hat dazu nichts vorgetragen.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Valentin Spernath**, Bad Königshofen i. Gr.

1. Die Entscheidung des LG Bonn¹

Anders als ein gerichtlich bestellter Betreuer unterliegt ein Bevollmächtigter keiner primären Kontrolle durch das Betreuungsgericht. Der Schutz des Vollmachtgebers bzw. seiner Erben wird, soweit der Vollmachtgeber selbst zu einer Beaufsichtigung nicht mehr in der Lage ist, auf der Ebene von Sekundäransprüchen, insbesondere Schadensersatzansprüchen, gewährleistet. Um solche ggf. geltend machen zu können, sind der Vollmachtgeber bzw. dessen Erben auf einen Auskunftsanspruch gegen den Bevollmächtigten angewiesen.

Vor diesem Hintergrund ist die Entscheidung des LG Bonn, die Auskunftsansprüche des Erben einer Vollmachtgeberin gegen deren Generalbevollmächtigten pauschal unter Hinweis auf ein fehlendes Auftragsverhältnis ausschließt, überraschend.

Das LG Bonn begründet dies mit einem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen den Beteiligten und nimmt Bezug auf eine Entscheidung des OLG Köln.² Dieser Entscheidung zufolge wurde bei Bestehen eines besonderen Vertrauensverhältnisses durch den Gebrauch einer einem Kind erteilten Bankvollmacht kein Auftragsverhältnis mit entsprechenden Auskunftspflichten begründet. Dass die Erteilung einer Bankvollmacht an eigene Kinder im Rahmen eines reinen Gefälligkeitsverhältnisses oder sogar in der Absicht geschehen kann, dem Bevollmächtigten (auch) etwas Gutes zu tun und ihm Zugriff auf eigenes Geldvermögen zu gewähren, ist denkbar.

Anders verhält es sich aber nach der bisherigen Rechtsprechung bei einer umfassenden Vollmachtserteilung an Dritte. Hier spricht auf den ersten Blick nichts dafür, dass der Bevollmächtigte frei und ohne Bindung an die Interessen des Vollmachtgebers soll schalten und walten können. Ebenso sieht dies auch das vom LG Bonn zur Begründung angeführte OLG Brandenburg, das im Gegensatz zum LG Bonn bei Ausübung einer General- und Vorsorgevollmacht regelmäßig ein Auftragsverhältnis bejaht, da Umfang und Bedeutung derselben auf einen Rechtsbindungswillen schließen lassen.³

Da *jede* Generalvollmacht umfassendes Vertrauen in die Redlichkeit des Bevollmächtigten voraussetzt, ein aufgrund eines Vertrauensverhältnisses Bevollmächtigter aber nach Ansicht des LG Bonn nicht rechenschaftspflichtig sein soll, müsste mit der Argumentation des LG Bonn ein Generalbevollmächtigter niemals Rechenschaft über den Gebrauch der Vollmacht ablegen. Im konkreten Fall kommt hinzu, dass die Vollmachtgeberin am gleichen Tag, an dem sie die Generalvollmacht erteilte, eine andere Person, nämlich ihren

Sohn, zum Erben einsetzte. Wollte sie wirklich, dass der Bevollmächtigte ohne Bindung an einen Auftrag, also „im rechtsfreien Raum“, über ihr Vermögen verfügte, obwohl ihr doch andererseits erkennbar an der Absicherung des Sohnes lag? Nichts spricht für diese Auslegung. Dass das Gericht zur Begründung seiner Ansicht auf das Verhalten der Vollmachtgeberin und Erblasserin gegenüber dem Bevollmächtigten im Jahr 2007 abstellt, also sechs Jahre nach Erteilung der Vollmacht und zu einem Zeitpunkt, als sie laut den Tatbestandsausführungen des Gerichts schon erkennbar demenzhaft war, ist schwer nachvollziehbar.

2. Abgrenzung zwischen Auftrag und Gefälligkeit

Die Entscheidung wirft allerdings grundsätzlich die Frage auf, wie im Rahmen der Ausübung einer General- und Vorsorgevollmacht das Auftragsverhältnis mit den damit verbundenen Auskunftspflichten und Haftungsrisiken von einem bloßen Gefälligkeitsverhältnis ohne rechtliche Bindung sinnvoll abgegrenzt werden kann.

a) Umfang und Bedeutung der Angelegenheit

Generell wird bei der Abgrenzung des Auftragsverhältnisses von einem rechtlich unverbindlichen Gefälligkeitsverhältnis vor allem auf Umfang und Bedeutung der Angelegenheit für den Auftraggeber abgestellt.⁴

Dieses Abgrenzungskriterium spricht dafür, in der Ausübung einer General- und Vorsorgevollmacht auch das konkludente Zustandekommen eines Auftragsverhältnisses zu sehen.⁵ Zwar kann die bloße einseitige Erteilung einer Generalvollmacht den Bevollmächtigten noch nicht binden. Wer aber von einer derart umfassenden Befugnis Gebrauch macht, nimmt damit auch den der umfassenden Vollmachtserteilung zugrunde liegenden Auftrag, alle Angelegenheiten des Vollmachtgebers zu besorgen, an. Insofern führt die Ausübung der in einer General- und Vorsorgevollmacht erteilten Befugnisse regelmäßig zu einem Auftragsverhältnis. Lediglich in besonderen, nachstehend zu erörternden Fällen kann ausnahmsweise ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis gegeben sein.

b) Vertrauensverhältnis?

Das LG Bonn verneint das Auftragsverhältnis mit Hinblick auf ein zwischen Vollmachtgeberin und Bevollmächtigtem bestehendes Vertrauensverhältnis.

Nach der Rechtsprechung kann ein besonderes Vertrauensverhältnis gegen einen Rechtsbindungswillen der Beteiligten und damit gegen ein Auftragsverhältnis sprechen.⁶

1 Zur Rechenschaftspflicht des Vorsorgebevollmächtigten siehe auch *Volmer*, MittBayNot 2016, 386.

2 OLG Köln, Urteil vom 19.9.2012, 16 U 196/11, ZEV 2013, 339.

3 OLG Brandenburg, Urteil vom 7.12.2011, 3 U 94/11, BeckRS 2012, 20726.

4 MünchKomm-BGB/*Seiler*, 6. Aufl. 2012, § 662 Rdnr. 60; *Pa-landt/Sprau*, 74. Aufl. 2015, Vor § 662 Rdnr. 4; OLG Schleswig, Urteil vom 18.3.2014, 3 U 50/13, FamRZ 2014, 1397 Rdnr. 20.

5 OLG Brandenburg, Urteil vom 7.12.2011, 3 U 94/11, BeckRS 2012, 20726; OLG Brandenburg, Urteil vom 19.3.2013, 3 U 1/12, Rdnr. 82, ZEV 2013, 341; OLG Schleswig, Urteil vom 18.3.2014, 3 U 50/13, FamRZ 2014, 1397 Rdnr. 21.

6 BGH, Urteil vom 5.7.2000, XII ZR 26/98, NJW 2000, 3199 Rdnr. 13; einschränkend BGH, Beschluss vom 26.6.2008, III ZR 30/08, ZErB 2009, 91, Ls. 1.

Die Anforderungen dafür seien aber „sehr hoch“.⁷ Letztlich sei diese Konstellation auf die eheliche Lebensgemeinschaft beschränkt.⁸ Sonstige enge verwandtschaftliche Beziehungen rechtfertigten demnach nicht ohne Weiteres die Annahme eines bloßen Gefälligkeitsverhältnisses.⁹

Jedenfalls kann dasjenige Vertrauen, das der Erteilung einer General- und Vorsorgevollmacht immer zugrunde liegt, kaum als Argument dafür dienen, dass es sich stets um ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis handele.

c) Eigennützigkeit und Fremdnützigkeit

Richtiger als auf das ohnehin vorauszusetzende Vertrauensverhältnis ist meines Erachtens darauf abzustellen, ob ein Vollmachtgeber dem Bevollmächtigten primär in *dessen* oder jedenfalls im *gemeinsamen* Interesse Zugriff auf das Vermögen gestatten will, was gegen eine rechtliche Bindung im Rahmen eines Auftragsverhältnisses spricht, oder ob es dem Vollmachtgeber primär um die *eigene* Absicherung geht – dann kommt mit Ausübung der erteilten Vollmacht konkludent ein Auftragsverhältnis zustande. Im Regelfall wird mangels hinreichender gegenteiliger Anhaltspunkte von einem Auftragsverhältnis auszugehen sein. Anhaltspunkte für die Fremdnützigkeit der Vollmachtserteilung können etwa die wechselseitige Bevollmächtigung unter Ehegatten, die damit ihre eheliche Lebensgemeinschaft vor einer „Einmischung“ durch Dritte bewahren wollen, sowie eine in der Vollmacht ausdrücklich enthaltene Befugnis zur Vornahme von Schenkungen an den Bevollmächtigten selbst sein. Die Befreiung von § 181 BGB allein ist allerdings noch kein Hinweis auf eine gewollte Fremdnützigkeit. Soweit Anhaltspunkte in der Vollmachtsurkunde fehlen, kommt es darauf an, ob es außerhalb der Urkunde Anzeichen dafür gibt, dass der Vollmachtgeber primär den Bevollmächtigten vor einem Zugriff Dritter oder staatlicher Kontrolle schützen wollte. Indizien wären etwa eine gleichzeitige (Allein-)Erbeinsetzung des Bevollmächtigten oder im Zusammenhang mit der Vollmachtserteilung an ihn getätigte umfangreiche Schenkungen.¹⁰ Das Abgrenzungskriterium der Fremdnützigkeit erklärt besser als das des Vertrauensverhältnisses, warum in der Ehe, bei der die gemeinsame Wirtschaftsführung im Vordergrund steht, regelmäßig keine wechselseitigen Auftragsverhältnisse angenommen werden, beim Handeln von Kindern für ihre Eltern aber schon.¹¹

Lässt sich die gewollte Fremdnützigkeit der Vollmachtserteilung nicht feststellen, ist von einem Auftragsverhältnis auszugehen.

3. Folgen eines Auftragsverhältnisses

a) Auskunftsanspruch

Bejaht man ein Auftragsverhältnis, hat der Bevollmächtigte nach § 666 BGB Rechenschaft abzulegen. Dies muss aber nicht zu dem regelmäßig nicht gewollten Ergebnis führen, dass an den vom Vollmachtgeber ausgesuchten Bevollmächtigten gleich strenge Anforderungen hinsichtlich der Mittelverwendung und der Rechnungslegung hierüber zu stellen sind wie an einen gerichtlich bestellten Betreuer. Denn Inhalt und Umfang der Pflicht zur Auskunft und Rechenschaftslegung aus § 666 BGB richten sich nach Treu und Glauben, der Verkehrssitte und den Umständen des Einzelfalles.¹² Insofern gelten bei einem auf Vertrauen beruhenden Dauerauftragsverhältnis teilweise abgemilderte Rechenschaftspflichten. So soll bei regelmäßigen Bargeldabhebungen für wiederkehrende Ausgaben der Haushaltsführung keine Pflicht zur Buchführung über „jede kleine Ausgabe“ bestehen,¹³ jedenfalls aber dann nicht, wenn jahrelang wegen des Vertrauensverhältnisses Abrechnungen nicht verlangt worden sind.¹⁴

b) Haftung

Der Beauftragte hat nach § 667 BGB das aus der Geschäftsbesorgung Erlangte herauszugeben. Zudem haftet er bei Pflichtverletzungen auf Schadensersatz nach § 280 BGB. Trotz der Unentgeltlichkeit des Auftragsverhältnisses gilt im Auftragsrecht keine Haftungserleichterung. Der Beauftragte haftet also grundsätzlich für jede Fahrlässigkeit.¹⁵ Jedoch kann ausdrücklich oder konkludent eine Milderung des Haftungsmaßstabs vereinbart sein.¹⁶ Letztlich wird die Frage des Haftungsmaßstabs im Einzelfall nach Angemessenheitsgesichtspunkten gelöst.¹⁷

4. Fazit

Die Entscheidung des LG Bonn ist falsch. Sie steht auch in Widerspruch zur obergerichtlichen Rechtsprechung. Aus kautelarjuristischer Sicht empfiehlt es sich, die weitere Entwicklung der Rechtsprechung zu beobachten und ggf. in der Vollmachtsurkunde klarzustellen, ob bei Ausübung der Vollmacht ein Auftragsverhältnis zustande kommt und nach welchen Maßstäben der Bevollmächtigte in diesem Fall Rechenschaft abzulegen hat und haftet.¹⁸

7 OLG Schleswig, Urteil vom 18.3.2014, 3 U 50/13, FamRZ 2014, 1397 Rdnr. 21.

8 BGH, Beschluss vom 26.6.2008, III ZR 30/08, ZErB 2009, 91, Ls. 1.

9 BGH, Beschluss vom 26.6.2008, III ZR 30/08, ZErB 2009, 91, Ls. 1.

10 Man denke an die in privatschriftlichen Testamenten anzutreffende Formulierung „Wenn ich sterbe oder geschäftsunfähig werde, soll alles mein Kind X bekommen“.

11 BGH, Beschluss vom 26.6.2008, III ZR 30/08, ZErB 2009, 91, Ls. 1.

12 BGH, Beschluss vom 4.7.1985, III ZR 144/84, NJW 1985, 2699; OLG Brandenburg, Urteil vom 7.12.2011, 3 U 94/11, BeckRS 2012, 20726.

13 OLG Köln, Urteil vom 19.9.2012, 16 U 196/11, ZEV 2013, 339 Rdnr. 16.

14 OLG Schleswig, Urteil vom 18.3.2014, 3 U 50/13, FamRZ 2014, 1397 Rdnr. 27.

15 MünchKomm-BGB/Seiler, § 662 Rdnr. 51; jurisPK-BGB/Hönn, 7. Aufl., § 662 Rdnr. 33.

16 OLG München, Urteil vom 6.4.2006, 1 U 4142/05, NJW 2006, 1883 Rdnr. 46; Litzemberger, NotBZ 2007, 1, 4.

17 JurisPK-BGB/Hönn, 7. Aufl., § 662 Rdnr. 33.

18 Zu möglichen Gestaltungen vgl. ausführlich Litzemberger, NotBZ 2007, 1.

BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

12. Grundbuchberichtigung im Zusammenhang mit einer testamentarischen Verwirkungsklausel

BGH, Beschluss vom 2.6.2016, V ZB 3/14 (Vorinstanz: OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.11.2013, 20 W 138/13)

GBO § 29, § 35 Abs. 1
BGB §§ 2075, 2084

LEITSATZ:

Enthält ein Testament eine bedingte Erbeinsetzung, so genügt das Testament als Nachweis der Erbfolge nicht, sondern das Grundbuchamt ist unter Reduktion seines Ermessens nach § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO gehalten, einen Erbschein oder für den Nachweis ausreichende Erklärungen der Beteiligten in der Form des § 29 GBO zu verlangen. (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

1 I. Die Eltern der Beteiligten errichteten am 8.3.1985 ein notariell beurkundetes gemeinschaftliches Testament, in welchem sie sich (...) wechselseitig zu Alleinerben des Erstversterbenden und ihre drei Kinder, die Beteiligten des vorliegenden Verfahrens, zu Schlusserben des Letztversterbenden einsetzten. Für die Schlusserbeneinsetzung enthält das Testament eine Teilungsanordnung, nach welcher die drei Beteiligten einzelne jeweils näher bezeichnete Grundstücke erhalten sollen, die Beteiligte zu 3 mit der Maßgabe, dass sie im Fall des Verkaufs oder einer Schenkung den Beteiligten zu 1 und 2 eine Ausgleichszahlung zu leisten hat. Am Schluss des Testaments heißt es:

„Derjenige, der mit diesen Testamentsbestimmungen nicht einverstanden ist, erhält nur den Pflichtteil unter Anrechnung dessen, was er bereits zu Lebzeiten von uns bekommen hat, wozu auch die Kosten einer Ausbildung, Ausstattung oder sonstige Zuwendungen gehören.“

2 Der Vater der Beteiligten verstarb zuerst. Die Beteiligte zu 3 verlangte von der überlebenden Mutter den Pflichtteil und verständigte sich mit ihr 2012 in einem gerichtlichen Vergleich auf eine Zahlung von 10.500 € zum Ausgleich aller wechselseitigen Ansprüche aus Anlass des Todes des Vaters. Am 1.1.2013 verstarb die Mutter.

3 Nach Eröffnung des Testaments durch das Nachlassgericht hat das Grundbuchamt auf Antrag der Beteiligten zu 3 alle drei Beteiligten in Erbengemeinschaft als neue Eigentümer der Grundstücke ihrer Eltern in das Grundbuch eingetragen. Hiergegen haben die Beteiligten zu 1 und 2 mit der Begründung Widerspruch erhoben, die Beteiligte zu 3 habe ihr Erbrecht verloren, weil sie nach dem Tod des Vaters ihren Pflichtteil geltend gemacht habe. Das Grundbuchamt hat den Widerspruch zurückgewiesen. Die Beschwerde ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde möchten die Beteiligten zu 1 und 2 in erster Linie die Löschung der Eintragung der Beteiligten zu 3 als Miterbin, hilfsweise die Eintragung eines Amtswiderspruchs gegen diese Eintragung erreichen.

4 II. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung unter anderem in ZEV 2014, 257 veröffentlicht worden ist, meint, die Voraussetzungen für die Eintragung eines Amtswiderspruchs lägen nicht vor. Die vorgenommene Eintragung sei inhaltlich zulässig. Es könne dahinstehen, ob das Grundbuchamt gesetzliche Vorschriften verletzt habe. Eine etwaige Verletzung solcher Vorschriften habe jedenfalls nicht zur Unrichtigkeit des Grundbuchs geführt. Dafür müsse ebenfalls nicht entschieden werden, ob die Verwirkungsklausel am Ende des Testaments mangels Bestimmtheit unwirksam sei, wie das

Grundbuchamt angenommen habe. Jedenfalls habe die Beteiligte zu 3 ihr Erbrecht nicht verwirkt. Nach der Klausel verliere sie es nur, wenn sie mit den testamentarischen Bestimmungen nicht einverstanden sei. Das Verlangen des Pflichtteils stelle kein Nichteinverständnis dar. Die Beteiligte zu 3 habe mit der Geltendmachung des Pflichtteils im Gegenteil ihre Enterbung durch das Testament anerkannt.

AUS DEN GRÜNDEN:

5 III. Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Prüfung nur im Ergebnis stand.

6 1. Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Beschwerdegerichts. Im Wege der Beschwerde kann die Löschung einer Eintragung nach § 71 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO nur verlangt werden, wenn die vorgenommene Eintragung inhaltlich unzulässig ist. Die Beschwerde gegen inhaltlich zulässige Eintragungen ist nach den genannten Vorschriften nur mit dem Antrag zulässig, gegen die Eintragung einen Amtswiderspruch einzutragen. Die hier vorgenommene Eintragung ist inhaltlich zulässig. Die Beschwerde kann deshalb nur Erfolg haben, wenn ein Amtswiderspruch einzutragen ist. Das setzt nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO voraus, dass das Grundbuchamt die Eintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen hat und das Grundbuch dadurch unrichtig (geworden) ist. Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Das Grundbuchamt hat die Eintragung zwar unter Verletzung von § 35 GBO vorgenommen (unten 2.). Es kann aber nicht angenommen werden, dass das Grundbuch dadurch unrichtig geworden ist (unten 3.).

7 2. Das Grundbuchamt hätte die vorgenommene Eintragung nicht ohne Vorlage eines Erbscheins vornehmen dürfen.

8 a) Die Eintragung der Beteiligten als Eigentümer der Grundstücke ihrer Eltern setzte den Nachweis ihrer Erbfolge voraus. Der Nachweis der Erbfolge kann nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO im Grundsatz nur durch einen Erbschein geführt werden. Ergibt sich die Erbfolge nach dem eingetragenen Eigentümer aus einem notariell beurkundeten Testament, so genügt als Nachweis nach § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO die Vorlage des Testaments und der Niederschrift über dessen Eröffnung durch das Nachlassgericht. Uneingeschränkt gilt diese Möglichkeit aber nur, wenn die Erbeinsetzung in dem notariell beurkundeten Testament unbedingt erfolgt ist. Enthält das Testament dagegen eine bedingte Erbeinsetzung, so genügt es allein als Nachweis der Erbfolge nicht. Vielmehr ist das Grundbuchamt unter Reduktion seines Ermessens nach § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO gehalten, einen Erbschein oder für den Nachweis ausreichende Erklärungen der Beteiligten in der Form des § 29 GBO zu verlangen. Anerkannt ist das für den Fall eines notariell beurkundeten Testaments, das eine sog. Pflichtteilsstrafklausel enthält. Darunter sind Klauseln zu verstehen, nach denen der eingesetzte Erbe sein Erbrecht verlieren soll, wenn er nach dem ersten Erbfall den Pflichtteil verlangt. Bei solchen Klauseln muss das Grundbuchamt nach herrschender Meinung entweder die Vorlage eines Erbscheins verlangen (so: LG Kassel, Rpfleger 1993, 397; Demharter, GBO, 30. Aufl., § 35 Rdnr. 39; für Möglichkeit: OLG Frankfurt/Main, FamRZ 2012, 1591) oder wenigstens Erklärungen der Erben in der Form des § 29 GBO, dass sie den Pflichtteil nicht geltend gemacht haben (OLG Braunschweig, DNotZ 2013, 125, 126; OLG Hamm, ZEV 2011, 592, 593; OLG Köln,

FGPrax 2010, 82 f.; *Hügel/Wilsch*, GBO, 3. Aufl., § 35 Rdnr. 117; *KEHE/Volmer*, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 35 GBO Rdnr. 87; wohl auch *Meikel/Krause*, GBO, 11. Aufl., § 35 Rdnr. 124 f.).

9 b) Entsprechendes gilt bei allgemein gehaltenen Verwirkungsklauseln und bei speziellen Verwirkungsklauseln mit nicht eindeutigen Verhaltensanforderungen.

10 aa) Solche Verwirkungsklauseln führen ebenso wie eine Pflichtteilsstrafklausel nach § 2075 BGB dazu, dass die vorgesehene Erbeinsetzung durch den Umstand oder das Verhalten auflösend bedingt ist, an welchen oder welches die Klausel anknüpft (*MünchKomm-BGB/Leipold*, 6. Aufl., § 2074 Rdnr. 29; *Soergel/Loritz*, BGB, 13. Aufl., § 2075 Rdnr. 5; *Staudinger/Otte*, Neubearb. 2013, § 2074 Rdnr. 62). Für die Ermittlung, ob ein im Sinne solcher Verwirkungsklauseln sanktionsbewehrtes Verhalten des Bedachten vorliegt, bedarf es allerdings regelmäßig zunächst der Testamentsauslegung. Für diese ist allein der sich aus den Gesamtumständen ergebende Wille des Erblassers maßgeblich, der im Testament einen, wenn auch unvollkommenen Ausdruck gefunden haben muss (zum Ganzen BGH, Urteil vom 24.6.2009, IV ZR 202/07, NJW-RR 2009, 1455 Rdnr. 23).

11 bb) Die bei der Ermittlung des Erblasserwillens gebotene Berücksichtigung der Gesamtumstände ist im Grundbucheintragungsverfahren regelmäßig nicht möglich. In diesem Verfahren können nämlich nach § 29 Abs. 1 GBO die für die Eintragung erforderlichen Erklärungen nur durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden, andere Eintragungsvoraussetzungen, soweit sie nicht bei dem Grundbuchamt offenkundig sind, nur durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden. Das Grundbuchamt darf deshalb bei der Berichtigung des Grundbuchs auf Grund eines öffentlichen Testaments regelmäßig nur das Testament, in der Form des § 29 Abs. 1 GBO abgegebene Erklärungen der Beteiligten und offenkundige Umstände berücksichtigen, nicht jedoch andere Umstände, die nach dem materiellen Erbrecht bei der Ermittlung des Erblasserwillens aber zu berücksichtigen sind. Deshalb wird sich im Grundbucheintragungsverfahren regelmäßig nicht feststellen lassen, welches Verhalten des Bedachten bei einer allgemein gehaltenen Verwirkungsklausel oder bei einer speziellen Verwirkungsklausel mit nicht eindeutigen Verhaltensanforderungen zum Verlust des in dem Testament zugedachten Erbrechts führt. Das dem Grundbuchamt mit § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO eingeräumte Ermessen reduziert sich deshalb bei Testamenten mit solchen Verwirkungsklauseln auf null. Es bleibt dann bei der Regelung in § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO, wonach das Erbrecht durch einen Erbschein nachzuweisen ist.

12 c) Danach hätte das Grundbuchamt die Berichtigung des Grundbuchs nicht allein auf der Grundlage des eröffneten öffentlichen Testaments der Eltern der Beteiligten vornehmen dürfen, sondern diese von der Vorlage eines Erbscheins abhängig machen müssen.

13 aa) In dem Testament der Eltern der Beteiligten ist die Einsetzung der Beteiligten als Schlusserben dadurch auflösend bedingt, dass diese mit den Testamentsbestimmungen nicht einverstanden sind. Welches der Bezugspunkt des Nichteinverständnisses ist – die testamentarischen Anordnun-

gen oder ein darüber hinaus angestrebtes wirtschaftliches Ziel –, ist ebenso wenig offensichtlich wie die Frage, ob als Betätigung des Nichteinverständnisses jedes Verhalten ausreicht (vgl. etwa RG, Recht 1907 Nr. 313) oder ob an diese Betätigung strengere Anforderungen zu stellen sind (vgl. etwa RG, JW 1924, 1717; *Soergel/Loritz*, BGB, 13. Aufl., § 2075 Rdnr. 7 a. E.). Allein auf der Grundlage des Testaments konnte das Grundbuchamt deshalb nicht beurteilen, ob die Beteiligten oder einzelne von ihnen bei Vornahme der Berichtigung noch Schlusserben waren.

14 bb) Allein auf der Grundlage des Testaments konnte das Grundbuchamt auch nicht zu dem Ergebnis gelangen, die Beteiligten seien deshalb noch Schlusserben, weil die Verwirkungsklausel mangels ausreichender Bestimmtheit nichtig sei.

15 (1) Das Grundbuchamt ist zwar befugt und verpflichtet, ein notariell beurkundetes Testament als Grundlage der Eintragung einer Erbfolge auszulegen (OLG Zweibrücken, RNotZ 2001, 589, 590; *Bauer/von Oefele/Schaub*, GBO, 3. Aufl., § 35 GBO, Rdnr. 145; *Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 43). Richtig ist auch, dass eine Verwirkungsklausel wegen fehlender Bestimmtheit unwirksam sein kann. Dies kann im Hinblick auf das Gebot einer geltungserhaltenden Auslegung nach § 2084 BGB aber nur angenommen werden, wenn sich der mit der Klausel verfolgte Erblasserwille auch bei der gebotenen Berücksichtigung aller Umstände nicht feststellen lässt. Deshalb darf das Grundbuchamt von der Unwirksamkeit einer Verwirkungsklausel nur ausgehen, wenn es allein aufgrund der Eintragungsunterlagen zu der gebotenen (BGH, Urteile vom 8.12.1982, IVa ZR 94/81, BGHZ 86, 41, 45 f.; und vom 24.6.2009, IV ZR 202/07, NJW-RR 2009, 1455 Rdnr. 23, 25) umfassenden Würdigung aller Umstände in der Lage und das Ergebnis der Auslegung eindeutig ist (OLG Zweibrücken, RNotZ 2001, 589, 590; *Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 43), jedenfalls keine konkreten Zweifel verbleiben (OLG Schleswig, FGPrax 2006, 248).

16 (2) Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Nach dem Wortlaut der Klausel kommen als Bezugspunkt des Nichteinverständnisses jedenfalls die Testamentsbestimmungen in Betracht. Es ist nach dem Wortlaut des Testaments möglich, dass jede Form der Betätigung des Nichteinverständnisses zur Verwirkung ausreicht (vgl. RG, Recht 1907 Nr. 313). Angesichts dessen konnte das Grundbuchamt nicht zu dem Ergebnis gelangen, die Klausel sei sicher unwirksam. Daran verblieben vielmehr auf der Grundlage der im Grundbucheintragungsverfahren zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen nicht auflösbare Zweifel. Das Grundbuchamt musste deshalb davon ausgehen, dass die Klausel wirksam sein und die Beteiligten oder einzelne von ihnen ihre Stellung als Schlusserben verloren haben könnten. Es musste die Berichtigung des Grundbuchs von der Vorlage eines Erbscheins abhängig machen. Das ist unterblieben. Dieses Versäumnis verstieß gegen § 35 GBO.

17 3. Es kann aber nicht angenommen werden, dass das Grundbuch dadurch unrichtig geworden ist.

18 a) Die Unrichtigkeit des Grundbuchs muss nicht bewiesen werden. Analog § 899 Abs. 2 Satz 2 BGB genügt vielmehr die Glaubhaftmachung (allg. Meinung: BayObLGZ 1995, 249,

254 f.; OLG Hamm, FGPrax 2006, 146, 147, und 2011, 322, 324; *Demharter*, GBO, § 53 Rdnr. 28; *Lemke/Böttcher*, Immobilienrecht, 2. Aufl., § 53 GBO Rdnr. 7; *Meikel/Schneider*, GBO, § 53 Rdnr. 113). Zur Glaubhaftmachung müssen die Beteiligten zu 1 und 2 nicht beweisen, dass die Klausel nur in dem von ihnen für richtig gehaltenen Sinne verstanden werden kann. Es genügt vielmehr, wenn das unter freier Würdigung der nach § 294 ZPO zugelassenen Beweismittel überwiegend wahrscheinlich ist (zu diesem Beweismaß: Senat, Beschluss vom 21.10.2010, V ZB 210/09, NJW-RR 2011, 136 Rdnr. 7; BGH, Beschluss vom 9.2.1998, II ZB 15/97, NJW 1998, 1870; MünchKomm-ZPO/Prütting, 5. Aufl., § 294 Rdnr. 24). Diese Würdigung hat das Beschwerdegericht nicht vorgenommen. Der Senat kann sie aber nachholen, weil andere im Grundbucheintragungsverfahren verwertbare Erkenntnisquellen nicht ersichtlich sind.

19 b) Auf dieser Grundlage ist nicht überwiegend wahrscheinlich, dass das Grundbuch unrichtig ist.

20 aa) Das lässt sich allerdings entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts nicht schon mit der Erwägung begründen, die Beklagte habe mit ihrer Klage auf Auszahlung des Pflichtteils die Testamentsbestimmung nicht in Frage gestellt, sondern ihre darin enthaltene Enterbung ausdrücklich anerkannt (ähnlich allerdings OLG Colmar, Recht 1905 Nr. 2556). Hintergrund der Verwirkungsklausel kann nämlich der Wunsch der Eltern gewesen sein, dass dem überlebenden Teil bis zu seinem Tod der Nachlass ungeschmälert verbleibt (vgl. BayObLGZ, 2004, 5, 8; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2011, 1515 f.). Dieser Wille wäre durchkreuzt, wenn Kinder Pflichtteilsansprüche nach dem Tod des zuerst versterbenden Ehegatten geltend machen (vgl. BGH, Urteil vom 15.12.1956, IV ZR 101/56, BGHZ 22, 364, 368). Es ist deshalb ohne Weiteres möglich, dass die Eltern der Beteiligten unter einem Nichteinverständnis mit den Testamentsbestimmungen auch die Geltendmachung des Pflichtteils verstanden haben.

21 bb) Ob ein solches Verständnis der Klausel mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zutrifft, lässt sich aber auf der Grundlage der im Grundbucheintragungsverfahren allein verwertbaren Testamentsurkunde nicht feststellen.

22 (1) Die Eltern der Beteiligten haben ein notariell beurkundetes sog. Berliner Testament errichtet. Dieses enthält indessen nicht die bei solchen Testamenten übliche Pflichtteilsstrafklausel, sondern eine allgemeiner gefasste Klausel, die auf das Nichteinverständnis mit den Testamentsbestimmungen abstellt. Sie lässt sich nach ihrem Wortlaut als eine Klausel deuten, die die übliche Pflichtteilsstrafklausel erweitern und neben der Geltendmachung des Pflichtteils noch andere Tatbestände erfassen soll. Sie kann aber auch als eine Einschränkung der üblichen Pflichtteilsstrafklausel verstanden werden, die nicht die Geltendmachung des Pflichtteils sanktionieren will, sondern nur einen Angriff auf die in dem Testament bestimmte Erbfolge und die darin vorgesehene Teilungsanordnung für den Schlusserbfall.

23 (2) Der Wortlaut des Testaments bietet keine greifbaren Anhaltspunkte dafür, ob die Auslegung der Verwirkungsklausel in dem einen Sinne näher liegt als ihre Auslegung in dem anderen Sinn. Aufschluss hierüber kann nur der Erblasserwille

geben. Welche Vorstellungen die Eltern der Beteiligten mit der Verwirkungsklausel verbunden haben, erschließt sich aus dem Testament nicht. Sie können und müssen aufgrund außerhalb des Testaments liegender Umstände ermittelt werden. Die Ermittlung solcher Umstände ist, wie bereits ausgeführt, im Grundbucheintragungsverfahren wegen der in § 29 GBO bestimmten Beschränkung der verwertbaren Erkenntnisquellen auf öffentliche und öffentlich beglaubigte Urkunden nicht möglich. Dieser Umstand wiederum führt dazu, dass sich im vorliegenden Verfahren nicht klären lässt, welches Verständnis der Klausel mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zutrifft. Die Auslegung muss vielmehr in einem Verfahren erfolgen, in dem auch außerhalb des Testaments liegende Umstände in dem materiellrechtlich gebotenen Umfang berücksichtigt werden können, etwa in einem Rechtsstreit vor dem Prozessgericht. Die Durchführung eines solchen Verfahrens wird den Beteiligten weder durch die Eintragung noch durch die Versagung eines Amtswiderspruchs versperrt.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Johannes Weber**, LL.M. (Cambridge), Würzburg

1. Ausgangssituation

Bestimmen Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament oder Erbvertrag einen Schlusserben, muss der Schlusserbe nach dem Tod des Erstversterbenden nicht zwangsläufig eine endgültig gesicherte Rechtsposition erlangen. Um auf spätere Entwicklungen flexibel reagieren zu können, arbeitet die Gestaltungspraxis regelmäßig mit Abänderungsvorbehalten. Der überlebende Ehegatte ist (zumeist innerhalb gewisser Grenzen) von der Bindungswirkung befreit. Seltener sind in notariell beurkundeten letztwilligen Verfügungen Pflichtteilsstrafklauseln anzutreffen: Hiernach entfällt die Schlusserbeinsetzung, wenn der Schlusserbe nach dem Tod des Erstversterbenden seinen Pflichtteil verlangt.

Der BGH-Entscheidung lag eine allgemeine Verwirkungsklausel (§ 2075 BGB) in einem notariell beurkundeten gemeinschaftlichen Testament zugrunde.¹ Die Schlusserbenstellung sollte entfallen, wenn einer der Erben „mit diesen Testamentsbestimmungen nicht einverstanden ist.“ Der Erbe sollte in diesem Fall nur den Pflichtteil erlangen.

Nach dem Tod des Ehemanns forderte die zur Schlussmiterbin eingesetzte Tochter den Pflichtteil. Es wurde ein gerichtlicher Vergleich geschlossen. Kurze Zeit später starb die Ehefrau. Zum Nachlass gehörte ein Grundstück. Es wurden alle testamentarisch zu Schlusserben bestimmten Kinder (einschließlich der Tochter) als Eigentümer in Erbengemeinschaft im Grundbuch eingetragen. Grundlage für die Eintragung war das notariell beurkundete gemeinschaftliche Testament nebst Eröffnungsniederschrift.

¹ Vgl. zu Verwirkungsklauseln etwa BGH, Urteil vom 24.6.2009, IV ZR 202/07, DNotZ 2010, 201 Rdnr. 17; MünchKomm-BGB/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 2074 Rdnr. 29 ff.; Lützenburger, ZEV 2014, 259.

2. Argumentation des BGH

Nach Auffassung des BGH hätte das Grundbuchamt die Eintragung nicht vornehmen dürfen. Das notarielle Testament war nicht ausreichend, um die Erbfolge der eingesetzten Schlusserben zu belegen (§ 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO). Es war nicht durch öffentliche Urkunden (§ 29 Abs. 1 GBO) nachgewiesen, dass die eingesetzten Schlusserben mit den Testamentsbestimmungen nicht „nicht einverstanden“ und damit Erben geworden waren. Die Verwirkungsklausel war auch nicht etwa unbeachtlich, weil sie wegen Unbestimmtheit nichtig war. Es kam zumindest eine geltungserhaltende Reduktion der unbestimmten Klausel in Betracht (§ 2084 BGB). Auch unbestimmte Klauseln sind auslegungsfähig.² Maßgeblich ist dabei der Erblasserwille. Diesen kann das Grundbuchamt angesichts der im Grundbuchverfahren bestehenden Beweismittelbeschränkungen auf öffentliche Urkunden jedoch nicht ermitteln. Das Grundbuchamt musste daher von der Möglichkeit einer Verwirkung des Erbrechts ausgehen und hätte die testamentarisch bestimmten Schlusserben nicht in das Grundbuch eintragen dürfen.

3. Auslegung der Verwirkungsklausel

Was hatten die Erblasser im Sinn, als sie den Kindern mit auf den Weg gaben, sie würden ihre Rechtsstellung als Schlusserbe verlieren, wenn sie mit dem Testament nicht „einverstanden“ sein sollten? Darüber kann man spekulieren. Die Vorinstanz³ legte die Erklärung im formaljuristischen Sinn aus. Die Erblasser hätten nur den Fall im Blick gehabt, dass der Erblasser die Bestimmungen des Testaments juristisch angreift und sich gegen sie auflehnt (zum Beispiel durch eine Anfechtung). Lässt sich der Erblasser lediglich seinen Pflichtteil ausbezahlen, fordert er das ein, was ihm gesetzlich zusteht. Er ist mit dem Testament einverstanden. Eine Verwirkungsklausel sei – so die Vorinstanz – keine Pflichtteilsstrafklausel.

Der BGH hält ohne Weiteres auch eine andere Lesart für denkbar: Nämlich, dass ein „Nichteinverständnis“ auch in der Geltendmachung des Pflichtteils liegen kann. Auch wenn sich diese Auslegung im Grundbuchverfahren nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit klären lässt, dürfte sie meines Erachtens im Ergebnis naheliegend sein. Die Auslegung der Vorinstanz verhartet zu sehr in begrifflich-konstruktiven Erwägungen und geht zumindest bei lebensnaher Betrachtung an dem Willen der Erblasser vorbei.⁴ Die Erblasser haben ein gemeinschaftliches Testament mit einem bestimmten Verteilungsplan errichtet: Zuerst soll das Vermögen auf den überlebenden Ehegatten übergehen. Die Kinder müssen sich bis zum zweiten Erbfall gedulden und werden dann Schlusserben. Gegen diesen Verteilungsplan geht der Schlusserbe vor, wenn er bereits nach dem Tod

des Erblassers seinen Pflichtteil fordert. Der Erstversterbende hat die Kinder vollständig enterbt und nicht als Erben in Höhe ihrer Pflichtteilsquote eingesetzt. Auch dies ist ein weiteres Indiz dafür, dass die Kinder nach dem Inhalt des Testaments nach dem Tod des Erstversterbenden keine Pflichtteilsansprüche geltend machen sollten. Die Erblasser dürften gerade den Fall des Pflichtteilsverlangens im Blick gehabt haben. Die Annahme, dass der Schlusserbe juristisch gegen das Testament vorgehen würde, wird beim notariell errichteten Testament wahrscheinlich nicht das prägende Motiv der Erblasser gewesen sein. Wenn Erblasser ein notariell beurkundetes Testament errichten, entscheiden sie sich für eine besonders sichere Lösung. Sie nehmen im Zweifel nicht an, dass das Testament unwirksam oder rechtlich angreifbar ist. Es kommt Folgendes hinzu: Als Schlusserben waren mehrere Kinder eingesetzt. Fordert eines der Kinder seinen Pflichtteil, ohne die Schlusserbenstellung zu verlieren, steht es besser als die anderen Kinder/Schlusserben. Man hätte daher auch diesen Umstand für die Begründung heranziehen können, dass der Erbe mit dem Testament „nicht einverstanden“ ist, wenn er seinen Pflichtteil fordert.

Der Erblasserwille lässt sich im Grundbuchverfahren nicht abschließend aufklären. Es ist daher überzeugend, wenn der BGH auch die Eintragung eines Widerspruchs (§ 899 Abs. 2 Satz 2 BGB) ablehnt. Wie die Klausel auszulegen ist, bleibt der gerichtlichen Entscheidung in einem Erbscheinsverfahren oder einem Erbschaftsprozess vorbehalten.

4. Pflichtteilsstrafklauseln und Grundbuchberichtigung

Wendet man sich von dem etwas exotisch anmutenden Fall des BGH ab, fragt sich, welche Schlüsse aus der Entscheidung für die Grundbuchberichtigung bei automatisch wirkenden Pflichtteilsstrafklauseln zu ziehen sind. Nach der Entscheidung des BGH steht fest, dass die Vorlage eines notariell beurkundeten Testaments für die Grundbuchberichtigung bei automatisch wirkenden Pflichtteilsstrafklauseln nicht genügt. Es besteht keine hinreichend hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Bedingung (Pflichtteilsverlangen) nicht eingetreten ist und die im notariellen Testament benannten Schlusserben tatsächlich Schlusserben geworden sind. Der BGH zieht eine Parallele zwischen Verwirkungsklauseln und Pflichtteilsstrafklauseln. Die herrschende Meinung, auf die der BGH Bezug nimmt (vgl. Rdnr. 8 f.), lässt jedoch eine vor dem Notar abzugebende eidesstattliche Versicherung (§ 352 Abs. 3 Satz 3 FamFG) sämtlicher Erben über die Nichtgeltendmachung des Pflichtteils ausreichen und verlangt keinen Erbschein.⁵

Anders liegt der Fall wiederum, wenn eine testamentarisch zum Schlusserben bestimmte Person ihren Pflichtteil geltend gemacht hat und andere Schlusserben die Grundbuchberichtigung zu ihren Gunsten verlangen. Soweit es

2 Vgl. etwa OLG Dresden, Beschluss vom 16.2.1999, 7 W 1571/98, NJW-RR 1999, 1165, 1166.

3 OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.11.2013, 20 W 138/13, ZEV 2014, 257, 259.

4 Zutreffend *Litzenburger*, ZEV 2014, 259; *Odersky*, notar 2014, 247, 249. Vgl. in diesem Sinne auch OLG Braunschweig, Beschluss vom 13.1.1976, 2 Wx 30/75, OLGZ 1977, 185, 186.

5 OLG Braunschweig, Beschluss vom 30.8.2012, 2 W 138/12, DNotZ 2013, 125, 126; OLG Hamm, Beschluss vom 8.2.2011, 15 W 27/11, ZEV 2011, 592, 593; BeckOK-GBO/*Wilsch*, Stand: 1.6.2016; DNotl-Report 2002, 129, 130; *Schöner/ Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 790.

um den Nachweis über die positive Tatsache des Pflichtteilsverlangens geht, genügt die eidesstattliche Versicherung nicht. Die eidesstattliche Versicherung kann im Grundbuchverfahren nur einen Nachweis über eine negative Tatsache erbringen. Im Falle eines Pflichtteilsverlangens kann bei einer Pflichtteilsstrafklausel eine Grundbuchberichtigung nur mit einem Erbschein erreicht werden.⁶

5. Fakultative Verwirkungsklauseln – Abänderungsvorbehalt

Wichtig ist, dass die BGH-Entscheidung nur den Fall einer automatisch wirkenden Verwirkungsklausel betrifft. Haben die Erblasser nicht bestimmt, dass die Schlusserbenstellung *eo ipso* mit einem bestimmten Verhalten entfällt (wie zum Beispiel einem Pflichtteilsverlangen), sondern den Überlebenden lediglich über einen Abänderungsvorbehalt von der Bindungswirkung befreit, genügt die Vorlage des notariellen Testaments nebst der Eröffnungsniederschrift für die Grundbuchberichtigung.⁷ Der Erblasser könnte zwar eine spätere Verfügung von Todes wegen errichtet haben. Dies ändert jedoch nichts daran, dass das dem Grundbuchamt vorliegende notarielle Testament nebst Eröffnungsniederschrift eine hinreichende Eintragungsgrundlage für die Berichtigung bildet. § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO lässt ein notarielles Testament trotz der Möglichkeit eines später errichteten abweichenden Testaments als Nachweis ausreichen.

Schwierigkeiten können sich jedoch ergeben, wenn der Erblasser von dem Abänderungsvorbehalt Gebrauch gemacht hat und der Abänderungsvorbehalt an bestimmte Bedingungen geknüpft ist, deren Eintritt nicht durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden kann. In einem solchen Fall wird man an der Vorlage des Erbscheins nicht vorbeikommen.

6. Rücktrittsvorbehalt

Die für die Praxis überaus wichtige Problematik des erbvertraglichen Rücktrittsrechts ist nach der jüngeren obergerichtlichen Rechtsprechung so wie der Fall des Abänderungsvorbehalts zu lösen.⁸ Für die Grundbuchberichtigung genügt die Vorlage des Erbvertrags samt Eröffnungsniederschrift. Es ist weder ein Erbschein erforderlich noch eine eidesstattliche Versicherung der Erben darüber, dass der Erblasser nach ihrer Kenntnis nicht vom Erbvertrag zurückgetreten ist. Durch § 34a BeurkG und die Registrierung des Rücktritts im Zentralen Testamentsregister ist sichergestellt,

dass die Rücktrittserklärung dem Nachlassgericht und dem Grundbuchamt bekannt wird.⁹

7. Grundbuchnachweis bei möglicher Unwirksamkeit wegen Scheidung

Nicht zur Zufriedenheit der Praxis gelöst ist bislang die Konstellation, dass die Erbeinsetzungen nach dem Erbvertrag in Abweichung von § 2279 Abs. 2, § 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB bereits gegenstandslos werden sollen, wenn der Erblasser im Zeitpunkt seines Versterbens einen Scheidungsantrag eingereicht hatte und es auf das Vorliegen der Voraussetzungen der Scheidung nicht ankommen soll. Das OLG München verlangt in diesem Fall eine eidesstattliche Versicherung des Erben, dass kein Scheidungsverfahren anhängig war, als der Erblasser verstarb.¹⁰ Diese Rechtsprechung kann nicht überzeugen. Es ist zwar selbstverständlich nicht auszuschließen, dass im Zeitpunkt des Todes des Erblassers ein Scheidungsverfahren anhängig war. Nach der gesetzgeberischen Wertung ist dieses Risiko aber vernachlässigbar. Denn § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO lässt auch bei verheirateten Erblassern das notarielle Testament nebst Eröffnungsniederschrift zu. Die Vorschrift lässt nicht erkennen, dass sie bei verheirateten Erblassern die Grundbuchberichtigung von weiteren Nachweisen wie einer eidesstattlichen Versicherung abhängig machen würde. Auch wenn die Erbeinsetzung eines Ehegatten nach § 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam geworden sein könnte, ändert dies nichts daran, dass das notariell beurkundete Testament nebst Eröffnungsniederschrift für die Grundbuchberichtigung ausreicht. Dass die Vertragsklausel die Erbenstellung bereits mit der Einreichung des Scheidungsantrags entfallen lässt, kann keine abweichende Beurteilung rechtfertigen.¹¹

8. Fazit

Die Entscheidung des BGH führt dem Vertragsgestalter einmal mehr vor Augen: Je klarer und konkreter der Grund für den Ausschluss eines Erben definiert ist, umso besser. Allgemein gehaltene Verwirkungsklauseln sorgen für enorme Auslegungsschwierigkeiten und sind vor diesem Hintergrund kaum zu empfehlen.

6 OLG Hamm, Beschluss vom 27.5.2014, I-15 W 144/13, ZEV 2014, 609.

7 AG Marl, Beschluss vom 1.4.1976, MittBayNot 1976, 180; *Böhlinger*, ZEV 2001, 387, 389; *Bauer/v. Oefele/Schaub*, GBO, 3. Aufl. 2013, § 35 Rdnr. 134; *Weber*, ZEV 2014, 410; *Wurmnest*, WM 2015, 1597, 1603.

8 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.4.2013, I-3 Wx 219/12, FGPrax 2013, 195; OLG München, Beschluss vom 28.10.2015, 34 Wx 92/14, MittBayNot 2016, 144; OLG München, Beschluss vom 28.10.2015, 34 Wx 274/15, ZEV 2016, 401; aus der Literatur etwa *Braun*, MittBayNot 2013, 48, 49; *Tönnies*, RNotZ 2012, 326, 327.

9 OLG München, Beschluss vom 28.10.2015, 34 Wx 92/14, MittBayNot 2016, 144.

10 OLG München, Beschluss vom 28.10.2015, 34 Wx 274/15, ZEV 2016, 401, 402.

11 *Volmer*, ZEV 2016, 402, 403; DNotI-Report 2006, 181, 183; so im Ergebnis auch KG Berlin, Beschluss vom 13.11.2012, 1 W 382/12, ZEV 2013, 41, 42.

13. Entlassung eines Nachlassgegenstandes aus der angeordneten Nacherbfolge

OLG Hamm, Beschluss vom 13.5.2016, I-15 W 594/15

BGB §§ 2113, 2217, 2120

LEITSÄTZE:

1. **Durch eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung zwischen dem Vorerben und dem Nacherben kann ein zum Nachlass gehörendes Grundstück aus der Verfügungsbeschränkung der angeordneten Nacherbfolge entlassen werden.**
2. **Es bedarf dann nicht der Zustimmung von Ersatznacherben zur Löschung eines eingetragenen Nacherbenvermerks.**

SACHVERHALT:

1 I. Die Beteiligten zu 1 und 2 sind eingetragene Miteigentümerinnen der im Rubrum näher bezeichneten Grundstücke. In Abt. II der Grundbücher ist jeweils ein Nacherbenvermerk eingetragen, der wie folgt lautet:

„[Die Beteiligten zu 1 und 2] sind Vorerben. Die Nacherbfolge tritt bei Tod der Vorerben ein. Nacherben sind [die Beteiligten zu 3 und 4]. Ersatznacherben sind deren Abkömmlinge nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge, ersatzweise der überlebende Nacherbe.“

2 Die Beteiligten zu 1 und 2 haben mit den Nacherben, den Beteiligten zu 3 und 4, hinsichtlich des oben aufgeführten Grundbesitzes eine notariell beurkundete Vereinbarung geschlossen, die in den wesentlichen Passagen wie folgt lautet:

„Um den Vorerben eine uneingeschränkte Verfügungsmöglichkeit über den vorbezeichneten Grundbesitz einzuräumen, verzichten [die Beteiligten zu 3 und 4] auf ihr Nacherben- und Ersatznacherbenrecht (...) bezüglich des vorbezeichneten in § 2 aufgeführten Grundbesitzes.“

[Die Beteiligten zu 1 und 2] nehmen diesen Verzicht an. Die Grundstücke scheiden damit aus dem Nachlass aus und werden von der Nacherbeneinsetzung nicht erfasst. (...)

Die Beteiligten zu 3 und 4 bewilligen und die Beteiligten zu 1 und 2 beantragen die Löschung des Nacherbenvermerks in den Grundbüchern (...).“

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

4 II. Die zulässige Beschwerde ist begründet.

5 Richtig ist allerdings zunächst der Ausgangspunkt des Grundbuchamtes, dass nämlich die Löschung des Nacherbenvermerks nur in Betracht kommt, wenn entweder die Löschungsbewilligung aller potenziell Betroffenen (§ 19 GBO) vorgelegt oder die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen wird (§ 22 GBO). Richtig ist weiter, dass zu den Betroffenen im Sinne des § 19 GBO auch die Ersatznacherben gehören (OLG Düsseldorf, NJOZ 2014, 1735 f.; *Bauer/von Oefele/Schaub*, GBO, 3. Aufl. § 51 Rdnr.116). Da von diesen hier keine Löschungsbewilligungen beigebracht worden sind, ist die Löschung des Nacherbenvermerks auf diesem Wege nicht möglich.

6 Hingegen ist nach Auffassung des Senats die Unrichtigkeit des Grundbuchs im Hinblick auf den Nacherbenvermerk nachgewiesen. Der Senat teilt insoweit zwar die Auffassung, dass vorliegend keine Verfügung der Vorerben über das Grundstück im Sinne des § 2113 BGB vorliegt, bei welcher nach allgemeiner Auffassung allein die Zustimmung des Nacherben, nicht hingegen zusätzlich auch die eines Ersatznacherben, erforderlich ist, um die Verfügungsbeschränkung durch die Nacherbfolge für das Grundstück aufzuheben (aus jüngerer Zeit vgl. OLG München, ZEV 2012, 674; ZEV 2015, 347 f.). Nicht zu teilen vermag der Senat hingegen die Annahme des Grundbuchamtes, dass dies der einzige Weg ist, auf dem ein Nachlassgegenstand ohne Mitwirkung des/der Ersatznacherben durch ein Ausscheiden aus dem Nachlass von der Verfügungsbeschränkung der Nacherbfolge frei werden kann.

7 In der jüngeren Rechtsprechung und Literatur besteht weitgehende Einigkeit, dass dem Vor- und dem Nacherben hinsichtlich einzelner Nachlassgegenstände eine solche rechtsgeschäftliche Gestaltungsmacht (ohne Mitwirkung eines Ersatznacherben) einzuräumen ist (vgl. BGH, NJW-RR 2001, 217 f.; BayObLG, NJW-RR 2005, 956 f.; OLG Köln, BeckRS 2011, 10906; *Palandt/Weidlich*, 75. Aufl., § 2100 Rdnr.18; *Burandt/Rojahn/Lang*, ErbR, 2. Aufl., § 2102 BGB Rdnr. 20; *Hügel/Zeiser*, GBO, 26. Aufl., § 51 Rdnr.107 f.; sehr grundlegend *Keim*, DNotZ 2003, 822, ff; *Hartmann*, ZEV 2009, 107 ff.; *Heskamp*, RNotZ 2014, 517 ff.). Dies entspricht auch der Auffassung des Senats.

8 § 2113 BGB kann, wie bereits das Reichsgericht in seiner grundlegenden Entscheidung vom 8.11.1934 (RGZ 145, 316 ff.) ausgeführt hat, nur im Zusammenhang mit § 2120 BGB richtig eingeordnet werden. Das heißt aus Sicht des Senats, dass der Schutz des Nacherben uneingeschränkt seiner rechtsgeschäftlichen Disposition unterliegt. Denn die Regelung des § 2120 BGB begründet nicht erst eine (auf Verfügungen des Vorerben beschränkte) Rechtsmacht des Nacherben, sie setzt diese vielmehr voraus. Auch ein sachlicher Grund, diese Dispositionsbefugnis auf die Zustimmung zu Verfügungen des Vorerben zugunsten eines Dritten zu beschränken, ist nicht erkennbar.

9 Soweit an dieser Stelle der Schutz eines Ersatznacherben in Betracht genommen ist, ist dies nach Auffassung des Senats schon im Ansatz verfehlt. Das Reichsgericht hat hierzu in seiner vorgenannten Entscheidung – ebenso plastisch wie überzeugend – ausgeführt, dass das Gesetz den Geltungsgrund für die gestufte Erbfolge und die hiermit verbundene Beschränkung des Vorerben allein in der Anordnung des Erblassers sieht. Aus dessen Sicht sei der Ersatznacherbe jedoch kein (künftig) Berechtigter, sondern lediglich ein Ersatz für den primär bestimmten Nacherben. Soweit das Gesetz also im Interesse des Erblasserwillens den Nacherben schützt und ihm aber auch die rechtliche Befugnis zugesteht, sich dieses Schutzes zu begeben, ist hiermit immer nur der aktuelle Nacherbe angesprochen.

10 Auch aus dem Erblasserwillen lässt sich keine Beschränkung der Dispositionsbefugnis des Nacherben herleiten. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Erblasser es bei seiner Nachlassgestaltung durchaus in der Hand hat, die Position des Ersatzerben stärker auszugestalten, wenn es ihm denn um mehr als die Vorsorge gegen einen möglichen Wegfall des

(ersten) Nacherben geht, zum Beispiel indem er den Ersatznacherben zugleich zum bedingten Nach-Nacherben einsetzt. Davon abgesehen gilt allerdings auch, dass das Gesetz eine Durchsetzung des Erblasserwillens gegen den übereinstimmenden Willen der Lebenden nicht vorsieht (vgl. im Einzelnen *Keim*, a. a. O., S. 830).

11 Kann nach alledem davon ausgegangen werden, dass die Bindung des Vorerben hinsichtlich der einzelnen Nachlassgegenstände grundsätzlich einer rechtsgeschäftlichen Befreiung durch den Nacherben zugänglich ist, so besteht doch keine Klarheit bzw. Einigkeit hinsichtlich der dogmatischen Einordnung eines solchen Rechtsgeschäfts und damit hinsichtlich der Wirksamkeitsvoraussetzungen. Der BGH (a. a. O.) hat in einem obiter dictum die Möglichkeit einer Auseinandersetzung zwischen Vor- und Nacherben grundsätzlich anerkannt, sich zu deren rechtlicher Ausgestaltung, insbesondere in dinglicher Hinsicht, jedoch nicht geäußert. Das OLG Köln musste die Frage der rechtlichen Konstruktion nicht beantworten und hat diese letztlich offen gelassen.

12 Der Ansatz des BayObLG (a. a. O.), den Vorgang als Verfügung über den Nachlassgegenstand selbst, bei einem Grundstück also als Auflassung (§§ 873, 925 BGB), einzuordnen, ist aus Sicht des Senats dogmatisch nicht tragfähig. Mit dem Eintritt des Erbfalls wird der Vorerbe Volleigentümer bzw. Vollberechtigter der Nachlassgegenstände, Mitvorerben in der gesamthänderischen Bindung der Erbengemeinschaft. Wenn in diesem Zusammenhang häufig von dem Nachlass als einem Sondervermögen des Vorerben gesprochen wird, so macht sich dies nicht an der sachenrechtlichen Zuordnung der Gegenstände (zum Rechtsträger), sondern allein an der (bedingten) Verfügungsbeschränkung fest. Ein Rechtsgeschäft, das diese sachenrechtliche Zuordnung, wie im vorliegenden Fall, nicht verändern soll, kann dementsprechend nie eine Verfügung über den Nachlassgegenstand im Sinne seiner dinglichen Zuordnung, sondern nur ein rechtliches Einwirken auf die Verfügungsbeschränkung sein (mit ähnlichen Bedenken auch OLG Köln, a. a. O.).

13 Der Senat neigt dazu, sich der Auffassung von *Keim*, *Hartmann* und *Heskamp* (jeweils a. a. O.) anzuschließen, wonach ein solches Rechtsgeschäft als Freigabe analog zu den entsprechenden Handlungsmöglichkeiten des Testamentsvollstreckers (§ 2217 BGB) und des Insolvenzverwalters (§ 32 Abs. 3 InsO) zu verstehen ist. Die genannten Autoren haben aus Sicht des Senats überzeugend nachgewiesen, dass die zweifellos bestehenden Unterschiede kein hinreichender Grund sind, von einer solchen Analogie Abstand zu nehmen.

14 Da die wesentliche Erkenntnis aus einer solchen Analogie jedoch darin besteht, dass das Gesetz die Entlassung von einzelnen Vermögensgegenständen aus einem durch Verfügungsbeschränkungen gebundenen Sondervermögen durchaus kennt, hat der Senat Bedenken, auch die Form des Rechtsgeschäfts aus der Analogie abzuleiten. Richtig ist, dass die Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ist, deren Wirkungen nicht an das Einvernehmen mit dem Schuldner geknüpft sind. Fraglich ist jedoch, ob dies auf die Freigabe eines Gegenstandes aus dem Nachlass übertragen lässt, bei welcher die Interessenlage der Beteiligten deutlich abweicht.

15 Für die Notwendigkeit einer Mitwirkung des Vorerben spricht zunächst, dass die Vorerbschaft auch im Interesse des Vorerben angeordnet sein kann (vgl. hierzu *Heskamp*, a. a. O., S. 522). Weiter kann gerade bei der Freigabe von Grundstücken die Frage nach der Haftung für Verbindlichkeiten aufkommen, die an diesen Grundstücken dinglich gesichert worden sind, (vgl. hierzu *Hartmann*, a. a. O., S.112). Letztlich kann die Frage, ob die Freigabe ein vertragliches Zusammenwirken von Vor- und Nacherbe erfordert, jedoch dahinstehen, da vorliegend eine allseitige Vereinbarung beurkundet worden ist, die nach dem oben Gesagten den Wegfall der Nacherbenbindung an den betroffenen Grundstücken bewirkt, gleich welcher Sichtweise man sich in der letztgenannten Frage anschließt.

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Dietmar Weidlich**, Roth b. Nürnberg

In Anlehnung an die Möglichkeit, Verfügungen des Vorerben durch Zustimmung des Nacherben für den Eintritt des Nacherbfalls Bestandskraft zu verleihen, wird nach der nunmehr wiederum vom OLG Hamm bestätigten Rechtsprechung auch die Aufhebung der Nacherbenbindung in Bezug auf Einzelgegenstände für zulässig gehalten.¹ Eine Zustimmung etwaiger Ersatznacherben ist hier in gleicher Weise, wie wenn der Vorerbe über einen Einzelgegenstand verfügt, entbehrlich.² Die dem Vorerben freigegebenen Gegenstände scheiden endgültig aus dem Nachlass aus und werden damit von der Nacherbeneinsetzung nicht mehr erfasst.

Strittig ist die dogmatische Einordnung dieses Rechtsgeschäfts. Nach dem BayObLG kommt dies einer Erbauseinandersetzung durch Übertragung entsprechend § 2042 BGB nahe, was unter Umständen die Erklärung einer Auflassung (§§ 873, 925 BGB) mit sich bringt.³ Das Schrifttum befürwortet teilweise eine formlose Freigabe entsprechend § 2217 BGB.⁴ Das OLG Hamm zeigt zwar Sympathie mit letzterer Ansicht und versteht ein solches Rechtsgeschäft als Freigabe analog zu den entsprechenden Handlungsmöglichkeiten des Testamentsvollstreckers (§ 2217 BGB) und des Insolvenzverwalters (§ 32 Abs. 3 InsO). Allerdings äußert das Gericht Zweifel, ob eine Freigabe in der Gestalt eines einseitigen, abstrakten dinglichen Rechtsgeschäfts des Freigebenden als ausreichend erachtet werden kann und nicht vielmehr eine im Einvernehmen mit dem Vorerben abgeschlossene und bei Grundstücken formbedürftige

1 BGH, Urteil vom 13. 10. 2000, V ZR 451/98, NJW-RR 2001, 217, 218; BayObLG, Beschluss vom 1.3.2005, 2 Z BR 231/04, NJW-RR 2005, 956; OLG München, Beschluss vom 14.3.2014, 34 Wx 502/13, FamRZ 2014, 2027.

2 Siehe hierzu BGH, Urteil vom 25.9.1963, V ZR 130/61, BGHZ 40, 115, 118; *Palandt/Weidlich*, 76. Aufl. 2017, § 2113 Rdnr. 6.

3 Auch der BGH spricht von einer Auseinandersetzung, siehe Urteil vom 13.10.2000, V ZR 451/98, NJW-RR 2001, 217, 218. Die Auffassung von *Maurer*, DNotZ 1981, 223, 229 ff., der eine vorherige Übertragung des Einzelgegenstands auf den Nacherben bzw. Dritten für notwendig hält, wird kaum noch vertreten.

4 *Keim*, DNotZ 2003, 823, 829; *ders.*, DNotZ 2016, 751, 767 f.; *Hartmann*, ZEV 2009, 107, 112; *Heskamp*, RNotZ 2014, 517, 520.

(§ 311b Abs. 1 BGB) rechtsgeschäftliche Vereinbarung notwendig ist. Unter dem Gesichtspunkt des sichersten Weges empfiehlt sich für die notarielle Praxis daher nach wie vor, eine Freigabe- bzw. Erwerbsvereinbarung zwischen Vor- und Nacherben zu beurkunden und rein vorsorglich, auch wenn dies nach dem OLG Hamm nicht erforderlich erscheint, die Anforderungen des § 925 BGB einzuhalten. Ist ein Grundstück aufgrund entsprechender Vereinbarung zwischen dem Vorerben und allen Nacherben aus dem nacherbengebundenen Nachlass ausgeschieden und dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen, ist ein im Grundbuch eingetragener Nacherbenvermerk nach § 22 GBO zu löschen.

Der Fall des OLG Hamm darf allerdings nicht zu der Annahme verleiten, dass die Aufhebung einer Nacherbenbindung durch entsprechende Vereinbarung zwischen dem Vor- und den Nacherben in allen Fällen problemlos möglich ist. In der Konstellation des OLG Hamm hatte der Erblasser als Nacherben nur bestimmte Personen (Beteiligte zu 3 und 4) eingesetzt und deren Abkömmlingen ausdrücklich die Stellung als Ersatznacherben zugewiesen. Unbekannte Nacherben waren daher nicht vorhanden, sodass eine in der Praxis nur schwer erreichbare Zustimmung familienfremder Dritter (Pfleger und Betreuungsgericht, §§ 1915, 1821 Nr. 1 BGB) sich als entbehrlich erwies. Anders ist dies, wenn der Erblasser auf eine namentliche Aufzählung der Nacherben verzichtet und allgemein nur „die beim Tod des Vorerben vorhandenen Abkömmlinge“ als Nacherben einsetzt.⁵ Das Problem, ob eine unterlassene namentliche Bezeichnung des Nacherben zwangsläufig zur Annahme unbekannter Nacherben führt,⁶ dürfte sich zwar dadurch entschärft haben, dass aufgrund einer neueren Entscheidung des BGH ein Nacherbe nicht schon deshalb unbekannt ist, weil dieser in der letztwilligen Verfügung nur abstrakt bestimmt worden und ungewiss ist, ob er den Nacherbfall erleben, also den Vorerben überleben wird (vgl. § 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB). Denn im Zweifel ist davon auszugehen, dass ein nur abstrakt bestimmter Nacherbe ebenso bekannt ist wie ein namentlich bezeichneter Erbe, wenn feststeht, wer die abstrakte Bestimmung erfüllt und sich daran bis zum Nacherbfall außer durch den Tod der bestimmten Person nichts mehr ändern kann.⁷ Auch hier würden die Abkömmlinge von den Beteiligten zu 3 und 4 als weitere mögliche Nacherben insoweit nur die Rechtsstellung von Ersatznacherben einnehmen, sodass sich die Bestellung eines Pflegers und einer gerichtlichen Genehmigung insoweit erübrigt.

Dies gilt aber nicht für diejenigen Nacherben, denen bei Eintritt des Nacherbfalls eine Miterbenstellung neben den existenten Kinder (Beteiligte zu 3 und 4) zukommen würde. Sind die „Abkömmlinge“ des Vorerben als Nacherben eingesetzt, so gehören nach dem allgemeinen Sprachgebrauch auch

Adoptivkinder dazu.⁸ Wenn es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass der Erblasser entgegen dem Wortlaut des Testaments nur leibliche Kinder einsetzen wollte, können daher bis zum Ableben des Vorerben durch eine Adoption, die keinen zeitlichen oder biologischen Grenzen unterliegt, noch jederzeit Nacherben hinzukommen.⁹ Selbst die Einsetzung leiblicher Kinder einer weiblichen Vorerbin im vorgerückten Lebensalter erweist sich inzwischen als problematisch. Während das OLG Hamm in einer Entscheidung aus dem Jahre 1997 bei einer 65-jährigen Vorerbin die Notwendigkeit einer Pflegerbestellung für unbekannte Nacherben gemäß § 1913 BGB nicht für erforderlich hielt,¹⁰ da diese wegen ihres Lebensalters keine eigenen leiblichen Nachkommen mehr haben könne, ist dasselbe Gericht in einer neuen Entscheidung hiervon wieder abgewichen. Anlässlich des Falles einer 59-jährigen Vorerbin hat das OLG Hamm darauf hingewiesen, dass inzwischen auch bei vorgerücktem Lebensalter kein allgemeiner Erfahrungssatz mehr bestehe, der eine Schwangerschaft ausschließe. In den seit 1997 vergangenen fast zwanzig Jahren habe die sog. Reproduktionsmedizin Möglichkeiten, insbesondere durch künstliche Befruchtung, geschaffen, nach denen auch Frauen jenseits der Menopause noch schwanger werden können.¹¹ Die Rechtsprechung des BGH zum abstrakt bestimmten Nacherben führt konsequenterweise auch dazu, dass, anders als nach der früher herrschende Meinung,¹² die Zustimmung allein des Pflegers zur Löschung des Nacherbenvermerks aufgrund Unrichtigkeit (§ 22 GBO) nicht mehr ausreicht, da ein Fall des unbestimmten Nacherben, der dazu führt, dass alle Nacherben unbekannt sind, nicht gegeben ist. Die Kinder des Vorerben, die Beteiligten zu 3 und 4, sind vielmehr bekannte Nacherben, auf deren Zustimmung in solchen Fällen nicht mehr verzichtet werden kann.

Ein weiteres von der Rechtsprechung und auch vom OLG Hamm bisher nicht aufgegriffenes Problem liegt noch in der Frage, ob eine Aufhebung der Nacherbenbindung ohne Zustimmung der Ersatznacherben dann möglich ist, wenn das Grundstück den wesentlichen Wert des Nachlasses darstellt. Übertragen die Nacherben ihr Anwartschaftsrecht auf den Vorerben, so lässt dies die Rechte der Ersatznacherben nach allgemeiner Meinung unberührt.¹³ Für die Löschung des Nacherbenvermerks im Grundbuch ist daher eine Bewilligung der Ersatznacherben nach § 19 GBO erforderlich, sofern diese nicht ihrerseits ihr Anwartschaftsrecht auf den

5 Siehe allgemein hierzu *Weidlich*, ZErB 2014, 325 ff.; *Osterloh-Konrad*, AcP 215 (2015), 107 ff.

6 Siehe hierzu *Haegeler*, Rpfleger 1969, 348 f.

7 BGH, Beschluss vom 19.12.2013, V ZB 209/12, NJW 2014, 1593.

8 Vgl. etwa MünchKomm-BGB/*Leipold*, 6. Aufl. 2013, § 1924 Rdnr. 3.

9 Vgl. OLG München, Beschluss vom 13.1.2014, 34 Wx 166/13, NJW-RR 2014, 1161, 1162 m. w. N..

10 OLG Hamm, Beschluss vom 11.2.1997, 15 W 439/96, NJW-RR 1997, 1095; siehe auch OLG Köln, Beschluss vom 16.2.2011, 2 Wx 22/11, BeckRS 2011, 10906.

11 OLG Hamm, Beschluss vom 15.12.2015, I-15 W 514/15, ZEV 2016, 200.

12 BGH, Beschluss vom 20.2.1968, V BLW 34/67, MDR 1968, 484; OLG Hamm, Beschluss vom 9.5.1969, 15 W 543/68, Rpfleger 1969, 347; BayObLG, Beschluss vom 22.6.1966, BReg. 1 b Z 12/66, BayObLGZ 66, 227.

13 Vgl. *Palandt/Weidlich*, § 2100 Rdnr. 16.

Vorerben übertragen.¹⁴ Einige Autoren im Schrifttum gehen dagegen davon aus, dass bei einer intendierten „Gesamtverfügung“ über den Nachlass der Weg über die Übertragung des Anwartschaftsrechts zu wählen sei,¹⁵ mit der Folge der Notwendigkeit einer Zustimmung der Ersatznacherben zum Erlöschen der Nacherbfolge. Hierbei handelt es sich allerdings um eine Problematik, die, wie das OLG Köln bereits betont hat,¹⁶ sich kaum auf Rechtsgeschäfte zwischen Vor- und Nacherben beschränken lässt. Wenn ein Grundstück den Hauptwert des Nachlasses ausmacht, müsste sich diese Frage dann bei jeder ohne Zustimmung des Nacherben nicht gedeckten Verfügung des Vorerben nach § 2113 BGB stellen, auch soweit sie an Dritte erfolgt.¹⁷ Konsequenterweise wäre dies dann auch bei entgeltlichen Grundstücksverfügungen eines nicht befreiten Vorerben nach § 2113 Abs. 1 BGB relevant, ohne dass berücksichtigt würde, dass das Entgelt aufgrund der Regelung des § 2111 BGB weiterhin der Vor- und Nacherbfolge unterliegt. Insofern spricht vieles für die Richtigkeit der in diesen Zusammenhang von *Hartmann* vertretenen formalen Auffassung, wonach eine Bündelung von Freigabeerklärungen ohne Mitwirkung der Ersatznacherben auch dahingehend zulässig ist, dass sie die Freigabe sämtlicher Nachlassgegenstände erfasst.¹⁸ Demzufolge muss im Grundbuchverfahren nicht geprüft werden, ob ein Einzelgegenstand den wesentlichen Teil des Nachlasses ausmacht.

14 Siehe BGH, Beschluss vom 19.12.2013, V ZB 209/12, NJW 2014, 1593, 1594; OLG München, Beschluss vom 25.2.2015, 34 Wx 3/15, ZEV 2015, 347, 348.

15 J. Mayer, MittBayNot 2010, 345, 349; Warlich, Die Auseinandersetzung zwischen Vor- und Nacherben, 2012, S. 94 ff.

16 OLG Köln, Beschluss vom 16.2.2011, 2 Wx 22/11, BeckRS 2011, 10906.

17 OLG Köln, Beschluss vom 16.2.2011, 2 Wx 22/11, BeckRS 2011, 10906.

18 *Hartmann*, ZEV 2009, 107, 112 mit Hinweisen auch auf die haftungsrechtlichen Konsequenzen.

14. Anforderungen an die Vollständigkeit eines notariellen Nachlassverzeichnisses und die damit einhergehenden Prüfungs- und Ermittlungspflichten des Notars

OLG Bamberg, Beschluss vom 16.6.2016, 4 W 42/16

BGB § 2314 Abs. 1 Satz 3

LEITSÄTZE:

1. Ein notarielles Nachlassverzeichnis im Sinne des § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB ist bereits dann unvollständig, wenn es schon an der formalen Kongruenz zwischen einer im Auskunftstitel thematisch vorgegeben Erklärungsposition und den beurkundeten Angaben der Schuldnerseite fehlt.

2. Auch dann, wenn eine auskunftspflichtige Vermögensverschiebung und ihr Schenkungscharakter jeweils offenkundig sind, ist ihre Aufnahme in das Bestandsverzeichnis keine in das Ermessen des Notars gestellte Frage der Zweckmäßigkeit.
3. Die dem Notar obliegende Plausibilitätskontrolle schließt die Verpflichtung ein, bei offenkundig klärungsbedürftigen Punkten – insbesondere bei auffälligen Vorgängen im Bereich des sog. fiktiven Nachlasses – die Erbenseite einer „qualifizierten“ Befragung zu unterziehen und den Erben ggf. auch dazu anzuhalten, seine eigenen Auskunftsansprüche durchzusetzen.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die zulässige (...) sofortige Beschwerde hat in der Sache im Wesentlichen Erfolg und führt – ausgenommen die angestrebte Verhängung einer ersatzweisen Zwangshaft – zu einer antragsgemäßen Festsetzung gegen die Schuldnerseite.

2 1. Entgegen der (nicht näher begründeten) Ansicht des LG und dem in der Stellungnahme des Notars vom 5.1.2016 erweckten Eindruck sind der Gegenstand und insbesondere auch der Umfang der einem Notar bei der Vorbereitung und Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses nach § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB obliegenden Prüfungs- und Ermittlungspflichten im Wesentlichen geklärt (vgl. etwa BGHZ 33, 373, Rdnr. 11; OLG Celle, DNotZ 2003, 62, Rdnr. 9; OLG Düsseldorf, RNotZ 2008, 105, Rdnr. 9; OLG Schleswig, NJW-RR 2011, 946, Rdnr. 15; OLG Saarbrücken, FamRZ 2010, 2026, Rdnr. 13; und 2011, 1258, Rdnr. 12, 17, 22; OLG Köln, ErbR 2013, 328, Rdnr. 9 ff.; OLG Koblenz, NJW 2014, 1972, Rdnr. 18 ff.; Beschluss des KG vom 12.6.2014, 1 U 32/13, dort Rdnr. 26, 33, 37; LG Kleve, NJW-RR 2015, 1288, Rdnr. 24, 25; ferner die den aktuellen Stand der OLG-Rechtsprechung prägnant zusammenfassende und weiterführende Darstellung bei *Staudinger/Herzog*, 2015, § 2314 Rdnr. 72 ff.

3 a) Danach liegt ein durch einen Notar aufgenommenes Nachlassverzeichnis nur dann vor, wenn der Notar den Nachlassbestand selbst ermittelt hat und in den das Bestandsverzeichnis konstituierenden Feststellungen bzw. in den diese Feststellungen erläuternden Angaben des Notars oder in den von ihm aufgenommenen Erklärungen der Erbenseite zugleich zum Ausdruck kommt, dass der Notar für den Inhalt verantwortlich ist (so bereits BGHZ a. a. O.). Dementsprechend genügt es nicht, dass der Notar lediglich Erklärungen der Erbenseite beurkundet, ohne diese Angaben einer kritischen (und so auch dokumentierten) Plausibilitätskontrolle zu unterziehen und den sich daraus ergebenden – konkreten – Anhaltspunkten für eine weitere Aufklärung des Sachverhalts nachzugehen. Mit diesen Vorgaben wird dem Notar weder die Rolle eines Detektivs überbürdet noch werden ihm die Fähigkeiten eines Hellsehers abverlangt. Er ist insbesondere nicht verpflichtet, ohne bestimmte Anhaltspunkte in alle denkbaren Richtungen zu ermitteln, um weiteres Nachlassvermögen aufzuspüren. Sowohl die Anforderungen an die Plausibilitätskontrolle des Notars als auch der Umfang der ihm obliegenden Ermittlungen richten sich nach den konkreten Umständen des

Einzelfalls. Als Richtschnur kann für beide Aufgaben jeweils die Frage dienen, welche greifbaren Zweifel bzw. welche naheliegenden Nachforschungen sich aus der objektiven Sicht eines den auskunftsberechtigten Gläubiger sachkundig beratenden Dritten aufdrängen würden (in diesem Sinne etwa OLG Saarbrücken, FamRZ 2011, 1258, Rdnr. 12). Hierbei darf der Notar seine Verantwortung dadurch eingrenzen, dass er die von ihm vorgenommenen Ermittlungen bzw. die seiner eigenen Ermittlungstätigkeit gezogenen Grenzen dokumentiert (OLG Saarbrücken, a. a. O.).

4 Der Umstand allein, dass sich ein umfangreicher, insbesondere sehr zeitintensiver Prüfungs- bzw. Ermittlungsaufwand abzeichnet, bildet noch keine akzeptable Grenze des Aufklärungsgebots (OLG Düsseldorf, a. a. O.; Koblenz, a. a. O.; MünchKomm-BGB/Lange, 6. Aufl., § 2314 Rdnr. 30). Denn der Zweck des Auskunftsanspruchs, der Beweisnot des Pflichtteilsberechtigten abzuwehren, legt auch in dieser Hinsicht keine engherzige, sondern eine weite Grenzziehung der Pflichtenlage der Amtsperson nahe (so zutreffend OLG Schleswig, a. a. O., Rdnr. 27 im Anschluss an BGHZ, a. a. O., Rdnr. 11).

5 b) Dementsprechend hat der Notar zunächst den Erben anzuhalten, seine Mitwirkungspflichten zu erfüllen und ihm wahrheitsgemäße, insbesondere auch vollständige Auskünfte zu erteilen sowie die zur Überprüfung benötigten Urkunden und sonstigen Belege lückenlos vorzulegen. Wie in der Notarpraxis nicht selten vernachlässigt wird, schließt dieses Standardprogramm zugleich die Verpflichtung ein, den Erben auf dessen eigene Aufklärungsmöglichkeiten nachhaltig hinzuweisen. Hierbei darf und muss der Notar die Wissensressourcen des Erben sowie das in seiner Person vorhandene Aufklärungspotenzial ggf. in der Weise nutzbar machen, dass die Erbenseite aufgefordert und instruiert wird, ihre eigenen Auskunftsansprüche gegen Geldinstitute bzw. sonstige Dritte durchzusetzen; die vom Erben geschuldete Kooperation kann insoweit auch in der Anweisung an den Wissensträger bestehen, die benötigten Auskünfte unmittelbar gegenüber dem Notar zu erteilen (*Staudinger/Herzog*, a. a. O., Rdnr. 74).

6 Hat die Plausibilitätskontrolle des Notars klärungsbedürftige Punkte aufgedeckt, so wird es in der Regel geboten sein, den Erben mit dem Ergebnis der Überprüfung zu konfrontieren und von ihm ergänzende Angaben einzufordern. Sofern substantielle Zweifel fortbestehen, wird es sich häufig empfehlen, nach einem im Wege eines Ausschlussverfahrens aufgebauten Frageschema schrittweise auf (möglichst wortgetreu aufzunehmende) Erklärungen hinzuwirken, mit denen sich die (nochmals eindringlich an ihre Wahrheitspflicht erinnerte) Erbenseite definitiv darauf festlegt, aus welchen konkreten Gründen sie über keine (weiteren) Erkenntnisse verfügt und insbesondere auch nichts von noch bislang ungenutzten Erkenntnisquellen weiß. Eine solche bereits in der „qualifizierten“ Belehrung und Befragung der Erbenseite zum Ausdruck kommende Kontrolldichte ist, wie die Gegebenheiten des Streitfalls exemplarisch veranschaulichen, von vornherein bei auffälligen Vorgängen angezeigt und geboten, die auf Vermögensverschiebungen im Bereich des sog. fiktiven Nachlasses hindeuten (vgl. auch *Staudinger/Herzog*, a. a. O., Rdnr. 74). Schließlich hat der Notar in den Blick zu nehmen, dass ihm unabhängig von der Kooperationsbereitschaft der Erbenseite bei der

Durchführung der gebotenen Nachforschungen auch eine Reihe eigener Ermittlungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen (vgl. etwa OLG Saarbrücken, FamRZ 2011, 1258, Rdnr. 22; OLG Koblenz, a. a. O., Rdnr. 21 ff.).

7 2. Diesen Anforderungen an eine eigenverantwortliche Kontroll- und Ermittlungspflicht des Notars genügen die vorliegenden Nachlassverzeichnisse vom 2.7.2015 jedenfalls in den von der Beschwerde beanstandeten Punkten offenkundig nicht.

8 Im Einzelnen:

2.1 Ausgleichspflichtige Zuwendungen, insbesondere Ausstattungen

9 Wie die Beschwerde zutreffend darlegt, sind beide Nachlassverzeichnisse zu dieser Auskunftsposition allein deshalb unvollständig, weil der im Vollstreckungstitel unter Ziffer I. 1 lit. f bzw. II. 1 lit. f jeweils ausdrücklich so rubrizierte Gegenstand der Auskunftspflicht in dem betreffenden V. bzw. VII. Abschnitt der Verzeichnisse nicht thematisiert ist. Diese Unvollständigkeit wird in der Stellungnahme des Notars vom 5.1.2016 auch zugestanden (...). Es handelt sich somit um eine evidente Lücke, die sich bereits aus dem Vergleich des titulierten Auskunftsprogramms mit den vom aufnehmenden Notar dokumentierten Vorgaben erschließt. Da die von der Gläubigerseite vermisste Position auch im einleitenden Erläuterungsteil des V. bzw. VII. Abschnitts nicht auftaucht, sind die beurkundeten Angaben der Schuldner schon aus diesem Grund – formal – unvollständig. Denn gerade dann, wenn wie hier den Angaben der Schuldnerseite zu bestimmten Einzelvorgängen eine einleitende Negativauskunft vorausgestellt ist, die nach Art einer allgemeinen Vorbemerkung das gesamte Themenspektrum der Schenkungen und der sonstigen dem Bereich des sog. fiktiven Nachlassbestandes unterfallenden Zuwendungen abzudecken bestimmt ist, darf kein Zweifel darüber bestehen, welche der im Auskunftstitel vorgegebenen Bezugspunkte von dieser Sammelerklärung umfasst sind. Andernfalls fehlt es von vornherein an der notwendigen inhaltlichen Kongruenz zwischen der durch den Auskunftstitel „thematisch“ vorgegebenen Position und den beurkundeten Erklärungen der Schuldner.

10 Darüber hinaus hatte die Gläubigerseite bereits mit Schreiben vom 11.3.2015 auf den unter diesem Blickwinkel bestehenden Aufklärungsbedarf hingewiesen sowie die reklamierte Feststellungslücke zusätzlich anhand der in dem Schreiben näher erläuterten Vorgänge plausibel begründet. Da die geschilderten Zuwendungen offenbar außer Streit stehen, ist jeder der vier benannten Zuwendungen schon bei einer oberflächlichen Plausibilitätskontrolle im Sinne eines auskunftsrelevanten Sachverhalts „selbsterklärend“.

11 2.2 Schenkungen

12 a) Barabhebungen und sonstige Abflüsse von den S.-Depots (richtig wohl: Depotkonten)

13 Bereits die von der Gläubigerseite zusammengeführten Barabhebungen und die sich aus dieser Übersicht zugleich ergebenden „Umschichtungen“ eines Teils der ermittelten „Abflüsse“ auf ein drittes Depot bei der V. Bank stellen einen ins Auge springenden Sachverhalt dar, der im Zuge der geboten

tenen Auswertung der Kontounterlagen auch dem Notar unbedingt hätte auffallen müssen. Zudem hatte die Schuldnerin – wiederum erst auf gezielte Nachfragen der Gläubigerseite – offengelegt, an dem Depotkonto mit der End-Nr. 0002 bereits bei dessen Eröffnung im Jahre 2004 schenkungshalber mit etwa der Hälfte der Einlagesumme beteiligt worden zu sein (...). Wie die Schuldnerin inzwischen vor dem Notar außerdem eingeräumt hat, war das (dritte) Depot mit der End-Nr. 040, auf welches ein kleiner Teil der vom Depotkonto mit der End-Nr. 0002 abgehobenen Beträge in bar (!) eingezahlt worden war, mit „gemeinsamen Mitteln“ des Erblassers und der Schuldnerin bei (in etwa) jeweils hälftiger Beteiligung eingerichtet worden (...). Allein diese – immer noch erkennbar ausweichenden – Einlassungen der Schuldnerseite begründen den dringenden Verdacht, dass die Schuldnerin bereits weit vor der Eröffnung des Depots mit der End-Nr. 0002 in die Abwicklung sämtlicher Depotgeschäfte mit der V. Bank eingebunden gewesen war bzw. (noch naheliegender) diese Geschäfte – und zunächst über das Ausgangsdepot mit der End-Nr. 0001 – spätestens seit Ende der 90-er Jahre weitgehend „selbstständig“ für den damals fast 80-jährigen Erblasser abgewickelt hatte. Jede andere Einschätzung wäre lebensfremd. Es ist daher schlechthin unverständlich, dass in der Stellungnahme des Notars vom 5.1.2016 nach wie vor von Mutmaßungen „ins Blaue hinein“ gesprochen wird (...). Demzufolge stehen immer noch exakte und lebensnahe Angaben der Schuldner dazu aus, zu welchen konkreten Transaktionen die gegenständlichen Barabhebungen im Einzelnen gedient hatten. Schon die Befragung der Schuldnerin zu den allgemeinen Abläufen der Abhebungs- und Umschichtungsvorgänge wird mit hoher Wahrscheinlichkeit aufdecken, dass jedenfalls die Schuldnerin seit jeher genaue Einblicke in die Zweckbestimmung und die Verwendung der Abhebungen hatte und hat. Ggf. wird die Schuldnerseite aufzufordern sein, auch die ihr persönlich bekannten Ansprechpartner der V. Bank zu benennen und etwaige Auskunftsansprüche zu nutzen (vgl. oben 1 b). Im Rahmen seiner Vorbereitung auf die gezielte Nachbefragung der Schuldnerseite wird der Notar um eine sorgfältige Auswertung der von den Erben vorgelegten Kontounterlagen nicht herumkommen, zumal es im Verzeichnis a. a. O. heißt, aus den beigefügten Kontounterlagen würden „sich nach Mitteilung der Auskunftspflichtigen die rechtlich relevanten Informationen (...) ergeben.“ Eine – wenigstens stichpunktartige – Überprüfung der Belege gehört bei einer derart auffälligen Konstellation wie hier zum selbstverständlichen Pflichtprogramm eines Notars und darf deshalb bei der gebotenen Plausibilitätsprüfung nicht ausgelassen werden (vgl. auch OLG Saarbrücken, a. a. O., Rdnr. 22).

14 b) Übertragung des Miteigentumsanteil am Anwesen E-Straße 3 auf die Ehefrau

15 Da es sich hierbei unstreitig um eine Schenkung handelt, muss das Bestandsverzeichnis über den Nachlass C. D. (...) um diesen Vorgang zwingend ergänzt werden. Denn auch dann, wenn die auskunftspflichtige Vermögensverschiebung und ihr Schenkungscharakter offenkundig sind, ist ihre Aufnahme in das Verzeichnis keine in das Ermessen des Notars gestellte Frage der Zweckmäßigkeit, worauf auch die in diesem Punkt rechtsirrigte Stellungnahme des Notars hinaus will (...).

16 c) Zahlung von Versicherungsprämien

17 Da in diesem Punkt das Vorliegen eines auskunftsrelevanten Vorgangs mit Schenkungshintergrund feststeht, ist das VZ II – was die Stellungnahme des Notars ausdrücklich einräumt – schon aus diesem Grund evident lückenhaft, ohne dass es darauf ankommt, dass die Gläubigerseite (...) das Fehlen jeglicher Angaben über Lebensversicherungen usw. beanstandet hatte.

18 d) Sonstige Schenkungen an die vorverstorbene Ehefrau

19 Die von der Beschwerde aufgezeigte Lücke im VZ II ergibt sich wiederum bereits aus der fehlenden Kongruenz zwischen dem in diesem Punkt geschuldeten Auskunftsinhalt und der pauschalen Negativerklärung der Schuldnerseite (vgl. oben 2.1).

20 2.3 Erlöse aus Aktienverkäufen

21 Auch in diesem Punkt sind die Ausführungen unter Ziffer 2 c der Stellungnahme des Notars nicht frei von Rechtsirrtum: Der unstreitige Anfall der Gewinne aus den Aktienverkäufen im Jahr 2011 stellt einen Vermögenszuwachs dar, dessen Verbleib – weil perspektivisch dem sog. fiktiven Nachlassbestand zuzuordnen – schon im Hinblick darauf klärungsbedürftig erscheint, dass der – inzwischen 89 Jahre alte – Erblasser bereits wenige Monate später verstorben war. Ebenso wie bei den postmortal erzielten Aktiengewinnen im Jahre 2012 spricht alles dafür, dass auch die Transaktionen des Vorjahres durch die Schuldnerin abgewickelt worden waren und sie daher zuverlässige Angaben zur Verwendung der erzielten Erlöse aus den Wertpapiergeschäften im Jahre 2011 machen kann; hierbei liegt auf der Hand, dass die Schuldnerin entweder im Rahmen einer pauschalen „Schenkungsabrede“ oder aber ohne konkrete Absprache mit dem 89-jährigen Erblasser oder aber erst nach seinem Tod über die Gewinne disponiert hatte. Unter jedem Blickwinkel besteht eine offenkundige Beweisnot der Klägerseite, der wiederum durch eine zielführende Befragung der Schuldnerin Rechnung getragen werden muss. Im Übrigen hätten bereits gezielte Anfragen des Notars an die beiden Hausbanken des Erblassers eine weitgehende Klärung des Sachverhalts erwarten lassen.

22 2.4 Vermögensverschiebungen infolge der Änderungen der Verfügungsbefugnis bezüglich der Depotkonten der vorverstorbenen Erblasserin

23 Die von der Gläubigerseite aufgedeckten Umstände sind im Sinne der unter Ziffer 1. erläuterten Faustregel aus zwei Gründen klärungsbedürftig: Zum einen wegen des Zeitpunkts nur 14 Tage vor dem Ableben der schwerkranken Erblasserin und zum zweiten wegen des – zugleich signifikante Parallelen zu den erwähnten Umschichtungsvorgängen im Bereich der S.-Depotkonten aufweisenden – Umstands, dass am selben Tag zwei eigene Depotkonten für die Schuldnerin neu eingerichtet worden waren.

24 3. Nach alledem sind die Voraussetzungen für die antragsgemäße Festsetzung eines Zwangsgeldes nach § 888 Abs. 1 ZPO ohne Weiteres erfüllt, ohne dass es auf die Frage ankommt, wer für die Unvollständigkeit der vorliegenden Nachlassverzeichnisse im Einzelnen verantwortlich ist (vgl. etwa OLG Saarbrücken, a. a. O., Rdnr. 33). Die Höhe des festge-

setzten Zwangsgeldes orientiert sich an dem auf das Hauptsacheverfahren bezogene Vollstreckungsinteresse der Gläubigerseite und berücksichtigt außerdem die Hartnäckigkeit, mit der sich die Schuldnerseite bislang einer vollständigen Erfüllung ihrer Auskunftspflichten verweigert hat. Wie in der Antragsbegründung zutreffend dargelegt wird, weisen bereits die vorliegenden – nach wie vor defizitären – Verzeichnisse gegenüber der ursprünglichen Aufstellung vom 19.11.2012 einen um rund 300.000 € (entspricht etwa 30 %) höheren Reinnachlass aus, obwohl die hierfür maßgebenden Umstände den beiden Erben bereits seit jeher bekannt gewesen waren.

25 4. Nicht entsprochen werden kann dem Antrag dagegen, soweit die pauschale Anordnung einer ersatzweisen Zwangshaft verlangt wird.

(...)

ANMERKUNG:

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

Schon wieder eine obergerichtliche Entscheidung zum notariellen Nachlassverzeichnis!¹ Angesichts dessen, dass einerseits die Erstellung derartiger Verzeichnisse in der notariellen Praxis eine eher untergeordnete Bedeutung hat und andererseits – wie das OLG Bamberg in der vorliegenden Entscheidung anmerkt – der Gegenstand und insbesondere auch der Umfang der einem Notar bei der Vorbereitung und Erstellung eines solchen Verzeichnisses obliegenden Prüfungs- und Ermittlungspflichten im Wesentlichen geklärt sind, vermag diese hohe Frequenz durchaus zu überaschen.

Für die Streitfähigkeit dieses Bereichs dürften die regelmäßig hohen Streitwerte in Erbschaftsangelegenheiten und nicht zuletzt die enttäuschten (Erb-)Erwartungen der Auskunftsberechtigten eine nicht unerhebliche Rolle spielen. Ein wesentlicher Grund für diese Vielzahl an Verfahren könnte aber auch darin liegen, dass der Notar nach geltendem Recht zwar verpflichtet ist, den entsprechenden Nachlassbestand selbst zu ermitteln,² der Notar jedoch nur über beschränkte Ermittlungsmöglichkeiten verfügt. In aller Regel ist der Notar daher auf die Mitwirkung des jeweiligen Auskunftsverpflichteten angewiesen, auch wenn er sich – anders als bei sonstigen notariellen Verfahren üblich – nicht darauf beschränken darf, dessen Erklärungen über den Nachlassbestand zu beurkunden.³ Da es nähere gesetzliche Vorgaben zum Inhalt des Verzeichnisses und zum Verfahren bei der Verzeichnisaufnahme nicht gibt, stellt sich somit in jedem Einzelfall die Frage, welchen über die Angaben des Auskunftsverpflichteten hinausgehenden Ermittlungsaufwand

der Notar zu betreiben hat. Es sind vor allem die Ausführungen des OLG Bamberg zu dieser Frage, die eine Beschäftigung mit dieser Entscheidung über die Besonderheiten des Einzelfalles hinaus lohnenswert erscheinen lassen.

Die Entscheidung hält für den mit einem Nachlassverzeichnis befassten Notar sowohl einige tröstliche Feststellungen als auch Kritik bereit. So möchte das OLG Bamberg dem Notar zwar weder „die Rolle eines Detektivs“ überbürden noch ihm die „Fähigkeiten eines Hellsehers“ abverlangen. Andererseits bemängelt das Gericht, dass die Verpflichtung des Notars, den Auskunftsverpflichteten auf seine eigenen Aufklärungsmöglichkeiten hinzuweisen „in der Notarpraxis nicht selten vernachlässigt wird“ – jeder Kollege möge hier selbst entscheiden, ob er sich von dieser Kollektivkritik angesprochen fühlt.

Für die Praxis hilfreich sind jedoch vor allem die Vorgaben und Empfehlungen des Gerichts zur konkreten Vorgehensweise bei der Aufnahme des Verzeichnisses. So hält es das OLG Bamberg durchaus für zulässig, wenn der Notar die Angaben des Erben zum Ausgangspunkt seiner Ermittlungen macht. Allerdings hat der Notar diese Angaben einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen und, sofern sich hieraus konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass eine weitere Aufklärung notwendig ist, diesen nachzugehen. Maßgebliches Kriterium kann dabei – wie das Gericht zu Recht anmerkt – nicht der Ermittlungs- und Prüfungsaufwand des Notars sein. Vielmehr soll als Richtschnur für die Kontrolldichte im notariellen Verfahren die Frage dienen, welche greifbaren Zweifel bzw. welche naheliegenden Nachforschungen sich aus der objektiven Sicht eines den auskunftsberechtigten Gläubiger sachkundig beratenden Dritten aufdrängen würden. Es bleibt freilich die Frage offen, wodurch sich greifbare Zweifel auszeichnen bzw. unter welchen Umständen weitere Nachforschungen naheliegen. Immerhin schlägt das Gericht jedoch einen Weg vor, wie der Notar solche Zweifel aufspüren und die nötigen Nachforschungen vornehmen kann. Dieser Weg lässt sich wie folgt skizzieren:

- Der Notar belehrt den Auskunftsverpflichteten über den erforderlichen Inhalt des Verzeichnisses und dessen Verpflichtung zu vollständigen und wahrheitsgemäßen Angaben sowie über die zur Überprüfung der Angaben benötigten, vom Auskunftsverpflichteten ggf. auch erst noch zu beschaffenden Unterlagen.
- Der Notar prüft die gemachten Angaben und Unterlagen auf Plausibilität und fordert dann ggf. ergänzende Angaben und Unterlagen.
- Verbleiben hiernach Zweifel, so soll der Notar „nach einem im Wege eines Ausschlussverfahrens aufgebauten Frageschema schrittweise auf (möglichst wortgetreu aufzunehmende) Erklärungen hinzuwirken, mit denen sich die (nochmals eindringlich an ihre Wahrheitspflicht erinnerte) Erbenseite definitiv darauf festlegt, aus welchen konkreten Gründen sie über keine (weiteren) Erkenntnisse verfügt und insbesondere auch nichts von noch bislang ungenutzten Erkenntnisquellen weiß“.
- Daneben kann und muss der Notar ggf. auch sonstige eigene Ermittlungsmöglichkeiten (etwa Registerinsichten und Beiziehung der Nachlassakte etc.) nutzen.

1 Vgl. zuletzt etwa BVerfG, Beschluss vom 25.4.2016, 1 BvR 2423/14, NJW 2016, 2943; OLG München, Beschluss vom 23.2.2016, 3 W 264/16, ZEV 2016, 331; OLG Koblenz, Beschluss vom 18.3.2014, 2 W 495/13, NJW 2014, 1972 f.; LG Kleve, Urteil vom 9.1.2015, 3 O 280/14, NJW-Spezial 2015, 104.

2 BGH, Urteil vom 2.11.1960, V ZR 124/59, NJW 1961, 602, 604.

3 Vgl. hierzu S. Braun, MittBayNot 2008, 351 m. w. N.

Die vom OLG Bamberg dargestellte Verfahrensweise dürfte sicherlich in vielen Fällen hilfreich sein. Es ist freilich zu beachten, dass besondere gesetzliche Vorgaben für das bei der Nachlassermittlung zu beachtende Verfahren weder in § 2314 BGB noch in § 20 Abs. 1 BNotO oder den Vorschriften des BeurkG enthalten sind und die Gestaltung des Verfahrens daher im pflichtgemäßen Ermessen des Notars liegt.⁴ Auch wenn das Gericht, die dargestellte Vorgehensweise für „in der Regel geboten“ ansieht, kann der Notar natürlich je nach den Erfordernissen des Einzelfalles auch ein anderes sachgerechtes Verfahren wählen.⁵

In jedem Fall sollte der Notar das von ihm gewählte Verfahren und die von ihm vorgenommenen Ermittlungstätigkeiten im Nachlassverzeichnis selbst dokumentieren. Insbesondere erscheint es sinnvoll, die vom Notar gegebenen Hinweise und die abgegebenen Erklärungen in das Verzeichnis aufzunehmen. Hierfür bietet es sich häufig an, das Verzeichnis – auch wenn es neben den Erklärungen des Auskunftspflichtigen natürlich auch die eigenen Wahrnehmungen des Notars zu enthalten hat – in der Form der Beurkundung von Willenserklärungen gemäß §§ 8 ff. BeurkG zu errichten.⁶

Überraschend ist, dass das Gericht nicht auf die Möglichkeit eingeht, den Auskunftsberechtigten frühzeitig in die Ermittlungen des Notars einzubeziehen und diesem ggf. den Entwurf des Verzeichnisses zur Stellungnahme zu übersenden.⁷ Auch wenn dies eine eigene Plausibilitätskontrolle des Notars nicht ersetzt und der Notar nicht verpflichtet ist, jedem noch so vagen Ermittlungswunsch des Auskunftsberechtigten nachzugehen, können sich aus einer Stellungnahme des in der Praxis meist anwaltlich vertretenen Auskunftsberechtigten durchaus neue Ansätze für die Ermittlungen des Notars ergeben. Erklärt der Auskunftsberechtigte dagegen, dass er weitere Ermittlungen für entbehrlich hält, so kann der Notar dies natürlich bei seiner Entscheidung über den nötigen Ermittlungsaufwand berücksichtigen.

Nicht hinreichend deutlich wird in der vorliegenden Entscheidung auch Folgendes: Eine Auskunftspflicht kann sich aus § 2314 BGB nur gegenüber dem Auskunftsberechtigten, nicht aber gegenüber dem Notar ergeben.⁸ Dies gilt umso mehr, als die Aufnahme des Verzeichnisses stets einen Auftrag des Auskunftspflichtigen, nicht des -berechtigten voraussetzt.⁹ Der Notar kann und muss zwar den Auskunftspflichtigen auf die von ihm geforderten Angaben zum Nachlassbestand und zum fiktiven Nachlass hinweisen, den Auskunftspflichtigen zur Vorlage der erforderlichen

Unterlagen auffordern und den Versuch unternehmen, etwaige Zweifel durch Rückfragen auszuräumen. Erhält der Notar jedoch die nötigen Unterlagen vom Auskunftspflichtigen nicht oder werden Fragen nicht hinreichend beantwortet und kann der Notar sich die Informationen nicht – etwa durch Grundbuch und Handelsregistereinsicht beschaffen –, kann der Notar die Mitwirkung des Auskunftspflichtigen nicht erzwingen. Es obliegt dann vielmehr dem Auskunftsberechtigten und nicht dem Notar, erforderlichenfalls Druck auf den Auskunftspflichtigen auszuüben, etwa diesen auf Vorlage des Verzeichnisses, Mitwirkung beim Erstellen,¹⁰ und ggf. auf Abgabe einer Versicherung an Eides statt (§ 2314 Abs. 1 Satz 2, § 260 Abs. 2 BGB) zu verklagen.¹¹ Erfolgt eine hinreichende Mitwirkung des Auskunftspflichtigen nicht, so bleibt dem Notar nichts anderes übrig, als die Tatsache, dass er noch weitere Informationen angefordert, diese jedoch nicht erhalten hat, im Verzeichnis zu dokumentieren, oder aber – sofern ohne die entsprechenden Informationen ein ordnungsgemäßes Verzeichnis nicht erstellt werden kann – die weitere Durchführung des Verfahrens zur Aufnahme des Verzeichnisses abzulehnen.¹²

10 Zu einer Klage des Auskunftsberechtigten auf persönliches Erscheinen des Auskunftspflichtigen vor dem Notar vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 29.12.2006, 1 W 662/06, RNotZ 2007, 414 f. m. Anm. Sandkühler, RNotZ 2008, 33.

11 S. Braun, MittBayNot 2008, 353.

12 Schreinert, RNotZ 2008, 61, 71; S. Braun, MittBayNot 2008, 353.

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

15. Ermittlung des Wertes von Geschäftsanteilen an einer GmbH

BGH, Beschluss vom 28.6.2016, II ZR 290/15 (Vorinstanz: KG, Urteil vom 30.7.2015, 19 U 112/11)

HGB § 172 Abs. 4

LEITSÄTZE:

1. Eine Rückbezahlung der Einlage eines Kommanditisten gemäß § 172 Abs. 4 HGB liegt bei jeder Zuwendung an den Kommanditisten vor, durch die dem Gesellschaftsvermögen ein Wert ohne eine entsprechende Gegenleistung entzogen wird. Eine solche Zuwendung ohne entsprechende Gegenleistung ist auch im Rahmen eines Austauschgeschäfts gegeben, wenn die Gesellschaft von dem Kommanditisten einen Gegenstand bei Anwendung eines Drittvergleichs zu einem überhöhten Preis kauft.
2. Der Wert der Geschäftsanteile der GmbH, die keinen Geschäftsbetrieb hat und deren alleiniger Zweck darin besteht, das in ihrem Eigentum stehende Grund-

4 Zimmer, NotBZ, 2005, 208; DNotI Report 2003, 137, 138; S. Braun, MittBayNot 2008, 352.

5 Vgl. zur möglichen Vorgehensweise auch S. Braun, MittBayNot 2008, 352 f.

6 Näher hierzu: S. Braun, MittBayNot 2008, 354; siehe auch Nieder, ZErB 2004, 60, 64.

7 Vgl. hierzu S. Braun, MittBayNot 2008, 353.

8 Schreinert, RNotZ 2008, 61, 71.

9 Baumann in Limmer/Hertel/Frenz/Mayer, Würzburger Notarhandbuch, 1. Aufl. 2005, Teil 4 Rdnr. 686; Bittler in Handbuch Pflichtteilsrecht, 2003, Rdnr. 28; Palandt/Edenhofer, 75. Aufl. 2016, § 2314 Rdnr. 6 m. w. N.

stück zu verwalten, ist wirtschaftlich dem Wert der Grundstücke gleichzustellen. Liegt eine Erbbaurechtsbelastung vor und ist mit keinen Einnahmen zu rechnen, ist dies bei der Grundstücksbewertung zu berücksichtigen (Parallelenentscheidung zu BGH, Beschluss vom 28.6.2016, BGH II ZR 291/15).

SACHVERHALT:

1 A. Der Kläger ist Insolvenzverwalter in dem am 1.5.2008 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der G. GmbH & Co. KG (im Folgenden: Schuldnerin). Der Beklagte ist seit 29.11.1996 als Kommanditist mit einer Hafteinlage von 2 Mio. DM (1.022.583,76 €) an ihr beteiligt. Neben dem Beklagten gab es weitere elf Kommanditisten. Die Gesamthafteinlage betrug 20.000.000 DM (10.225.837,62 €).

2 Mit Vertrag vom 24.9.1991 erwarb die Schuldnerin von der evangelischen Kirchengemeinde B. ein Erbbaurecht an dem Grundstück A. in B. für die Dauer von 99 Jahren und zahlte dafür einen kapitalisierten Erbbauzins i. H. v. 3.360.000 DM (1.717.940,72 €). Sie bebaute das Grundstück mit einer Tiefgarage und Gebäuden, die als Wohn- und Geschäftszentrum genutzt werden.

3 Mit Vertrag vom 26.6.1996 veräußerte die Kirchengemeinde das Grundstück zum Preis von 140.000 DM an die zu diesem Zweck gegründete Grundbesitz A.-GmbH. Mit Vertrag vom 23.6.1997 beteiligte sich der Beklagte an dieser GmbH mit einem Geschäftsanteil von 2.500 DM. Die zehn Gesellschafter der GmbH waren zugleich Kommanditisten der Schuldnerin und gewährten der GmbH Darlehen in Höhe von insgesamt 112.010 DM, wovon auf den Beklagten ein Betrag von 11.500 DM entfiel. Die GmbH hatte keinen Geschäftsbetrieb, ihr einziger Vermögensgegenstand war das Grundstück.

4 Mit Vertrag vom 29.12.1998 verkauften sämtliche Gesellschafter der GmbH, ausgenommen Dr. S., der erst 2005 der Schuldnerin beigetreten war, ihre Geschäftsanteile (97,4 % des Stammkapitals) an der GmbH sowie ihre Darlehensforderungen gegen die GmbH von insgesamt 2.060.010 DM (1.053.266,39 €) an die Schuldnerin. Dabei entfielen 1.948.000 DM (995.996,58 €) auf die Geschäftsanteile und 112.010 DM (57.269,80 €) auf die zum Nominalwert verkauften Darlehensforderungen. Der Beklagte erhielt einen Kaufpreisanteil i. H. v. 211.500 DM (108.138,53 €).

5 Mit der Klage hat der Kläger mit der Begründung, es handele sich um eine Einlagenrückgewähr, die zum Wiederaufleben der Haftung führe, vom Beklagten die Zahlung des anteiligen Kaufpreises i. H. v. 108.138,23 € nebst Anwaltskosten verlangt. Das LG hat den Beklagten zur Zahlung von 108.138,23 € verurteilt. Auf die Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht den Beklagten unter Abweisung der Klage im Übrigen zur Zahlung von 67.234,88 € nebst Zinsen verurteilt. Dagegen richten sich die vom Berufungsgericht zugelassenen Revisionen des Klägers, der die Wiederherstellung des Urteils des LG erreichen will, und des Beklagten, der seinen Klagabweisungsantrag weiterverfolgt.

AUS DEN GRÜNDEN:

6 B. Die Revisionen sind durch Beschluss zurückzuweisen. Ein Zulassungsgrund besteht nicht. Die Revisionen haben auch in der Sache keine Aussicht auf Erfolg (§ 552a ZPO).

(...)

9 1. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass eine Rückbezahlung der Einlage eines Kommanditisten gemäß § 172 Abs. 4 HGB bei jeder Zuwendung an den Kommanditisten vorliegt, durch die dem Gesellschaftsvermögen ein Wert ohne eine entsprechende Gegenleistung entzogen wird. Eine solche Zuwendung ohne entsprechende Gegenleistung kann auch in einer Leistung im Rahmen eines Austausch-

geschäfts bestehen, etwa wenn die Gesellschaft von dem Kommanditisten einen Gegenstand zu einem überhöhten Preis kauft (*Strohn in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, 3. Aufl., § 172 Rdnr. 25; *Oetker*, HGB, 4. Aufl., § 172 Rdnr. 20; *MünchKomm-HGB/K. Schmidt*, 3. Aufl., §§ 171, 172 Rdnr. 68; *Staub/Thiessen*, HGB, 5. Aufl., § 172 Rdnr. 97). In Höhe des Unterschiedsbetrags zu der angemessenen Gegenleistung lebt die persönliche Haftung des Kommanditisten wieder auf, sobald er die vereinbarte vertragliche Leistung erhält (*Strohn in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, § 172 Rdnr. 25).

10 2. Das Berufungsgericht hat den Wert der Geschäftsanteile an der GmbH rechtsfehlerfrei aufgrund einer Beweisaufnahme mit 800.000 DM (409.033,50 €) ermittelt.

(...)

12 a) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht den Wert der Geschäftsanteile der GmbH, die keinen Geschäftsbetrieb hat und deren alleiniger Zweck darin besteht, das in ihrem Eigentum stehende Grundstück zu verwalten, wirtschaftlich dem Wert des Grundstücks gleich gestellt (vgl. BGH, Urteil vom 27.1.2010, V ZR 272/10, ZIP 2012, 680 Rdnr. 11). Darauf, ob ein Umgehungsgeschäft vorliegt, kommt es für diese Bewertungsfrage entgegen der Auffassung der Revision des Klägers nicht entscheidend an. Dass der Wert der Geschäftsanteile bei einer solchen GmbH wirtschaftlich dem Grundstückswert entspricht, gilt auch dann, wenn kein Umgehungsgeschäft vorliegt.

13 Entgegen der Auffassung der Revision des Klägers musste das Berufungsgericht nicht ausnahmsweise von der Wertlosigkeit der veräußerten GmbH-Anteile ausgehen, weil das Grundstück mit dem Erbbaurecht belastet war, keine Einnahmen zu erwarten waren und lediglich Aufwendungen für Jahresabschlüsse und Steuer anfielen. Damit setzt die Revision lediglich ihre Würdigung der festgestellten Tatsachen an die Stelle derjenigen des Berufungsgerichts. Dass aus dem Erbbaurecht keine Einnahmen zu erzielen waren, war vielmehr bei der Bewertung der Belastung mit dem Erbbaurecht zu berücksichtigen, wie im Berufungsurteil auf der Grundlage des eingeholten Sachverständigengutachtens geschehen ist.

14 Zu Recht hat das Berufungsgericht auch für die Bewertung des Grundstücks nicht auf die Sicht der Gläubiger, sondern darauf abgestellt, ob das Preis-Leistungs-Verhältnis für die Gesellschaft so ungünstig ist, dass sie sich einem Dritten gegenüber bei vernünftigen kaufmännischen Denken nicht darauf eingelassen hätte, und hat deshalb zur Bewertung der Gegenleistung den Drittvergleich herangezogen (vgl. *Strohn in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, § 172 Rdnr. 25).

15 b) Auch die Revision des Beklagten zeigt keine Rechtsfehler bei der tatrichterlichen Feststellung des Grundstückswerts auf.

16 aa) Rechtlich möglich, widerspruchsfrei und ohne Verstoß gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze hat das Berufungsgericht den vom Beklagten hervorgehobenen Umstand, dass das Grundstück für die Schuldnerin als Inhaberin des Erbbaurechts einen höheren Vermögenswert dargestellt habe als für jeden anderen, durch die Einbeziehung in den Haftungsverband der Grundschuld der B.-Bank AG als neutralisiert ange-

sehen. Aus der Einbeziehung in den Haftungsverband der Grundschuld von 5,5 Mio. DM ergibt sich entgegen der Revision des Beklagten auch nicht, dass die B.-Bank AG den Wert des Grundstücks auf 5,5 Mio. DM geschätzt hat, sondern allenfalls den Wert des Haftungsverbands mit dem Erbbaurecht.

17 bb) Kein Rechtsfehler liegt auch darin, dass das Berufungsgericht dem Einwand des Beklagten nicht gefolgt ist, dass die Abschläge für Lärm und Baulast in Höhe von jeweils 5 % vom Bodenwert des unbelasteten Grundstücks durch den Sachverständigen bereits in einem rückläufigen Bodenrichtwert eingepreist gewesen seien. Eine fehlerhafte Doppelberücksichtigung liegt nicht vor. Das Berufungsgericht hat sich mit diesem Einwand befasst und dazu ausgeführt, dass die Lärmbelastung bei der Festlegung des Bodenrichtwerts nicht abschließend berücksichtigt worden sei, weil die zu bewertende Fläche in einem Bereich liege, der besonders lärmbelastet sei (...).

18 cc) Die Würdigung des Berufungsgerichts ist auch nicht widersprüchlich. Erfolglos beanstandet der Beklagte, dass das Berufungsgericht unter Anschluss an die Bekundungen des Sachverständigen B. bei der Berücksichtigung des Erbbaurechts gemäß der WertR 2002 einen Wertfaktor von 0,8 anwendet. Die Erwägungen des Berufungsgerichts, dieser Wertfaktor sei vor dem Hintergrund gerechtfertigt, dass der Erbbauzins gezahlt und hinsichtlich der Auswirkungen des Erbbauvertrags beim Erbbauberechtigten Sicherheit bestehe, sind nachvollziehbar und jedenfalls nicht rechtsfehlerhaft.

19 Einem Wertfaktor von 0,8 steht auch nicht entgegen, dass der Sachverständige bei der Verzinsung als Besonderheit berücksichtigt hat, dass der Erbbauzins bereits bezahlt war, und dies deshalb bei einer Verzinsung mit einem Betrag von Null angesetzt hat. Eine Doppelberücksichtigung liegt auch hier nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts nicht vor. Bei der Frage, welche Rendite der Eigentümer erzielen kann, ist der Umstand wertmindernd zu berücksichtigen, dass der Erbbauzins bereits bezahlt worden ist. Bei der Ermittlung des Wertfaktors für den Bodenwertanteil des Erbbaurechts ist dagegen als für den Erbbauberechtigten positiv und werterhöhend zu berücksichtigen, dass der Erbbauzins nicht mehr laufend bezahlt werden muss und der Erbbauberechtigte keinen Unsicherheiten unterliegt. Bei der Ermittlung des Wertfaktors 0,8 ist außerdem nicht allein die Vorauszahlung des Erbbauzinses gewürdigt worden, sondern die gesamte Vertragsgestaltung.

(...)

16. Zulässiger Gründungsaufwand von 100 % des Stammkapitals bei der UG

KG, Beschluss vom 31.7.2015, 22 W 67/14

*GmbHG §§ 5a, 9c Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2
AktG § 26 Abs. 2*

LEITSATZ:

Eine Verletzung der auf die UG entsprechend anwendbaren Gläubigerschutzvorschrift des § 26 Abs. 2 AktG folgt nicht daraus, dass der gesellschaftsvertraglich bestimmte Gründungsaufwand genau dem vereinbarten Stammkapital (von hier 1.000 €) entspricht.

SACHVERHALT:

1 Die Gesellschaftergeschäftsführer (...) meldeten die am 14.4.2014 gegründete Beteiligte zur Eintragung ins Handelsregister an. Die Gründungsgesellschafter haben im Gesellschaftsvertrag (GV) u. a. vereinbart, dass das Stammkapital 1.000 € beträgt (§ 3) und die Gesellschaft die Gründungskosten bis zu einem Betrag von 1.000 € trägt (§ 20). (...)

AUS DEN GRÜNDEN:

5 Die Beschwerde hat Erfolg.

(...)

10 Das AG Charlottenburg hat die Eintragung der Betroffenen im Handelsregister zu Unrecht abgelehnt. Das Registergericht darf gemäß § 9c Abs. 1 Satz 1 GmbHG die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister nur dann vornehmen, wenn sie ordnungsgemäß errichtet und angemeldet ist. Diese Voraussetzungen sind hier – entgegen der Auffassung des AG Charlottenburg – erfüllt.

11 Die registergerichtliche Prüfung erstreckt sich bei der Erstanmeldung auf die Rechtmäßigkeit und die inhaltliche Richtigkeit des Eintragungsgegenstandes (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 25.6.2013, 3 W 28/13, juris Rdnr. 8). Das Registergericht darf nach § 9c Abs. 2 Nr. 2 GmbHG die Eintragung einer mangelhaften Bestimmung des Gesellschaftsvertrages ablehnen, wenn sie Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend dem Schutz der Gläubiger der Gesellschaft oder sonst dem öffentlichen Interesse dienen. Der hier als Gläubigerschutzvorschrift in Betracht kommende § 26 Abs. 2 AktG, der auf die GmbH und damit auch die UG entsprechende Anwendung findet (vgl. BGH, Beschluss vom 20.2.1989, II ZB 10/88, juris Rdnr. 13; OLG Zweibrücken, a. a. O., juris Rdnr. 8), wird aber durch die Regelung des Gründungsaufwandes in § 20 GV nicht verletzt.

12 § 26 Abs. 2 AktG soll im Interesse der Gläubiger und Gesellschafter sicherstellen, dass in der Satzung offen gelegt wird, wieweit das Grundkapital durch Gründungsaufwand vorbelastet ist (OLG Zweibrücken, a. a. O.). Deshalb muss die gesellschaftsvertragliche Regelung den von der Gesellschaft zu tragenden Gesamtbetrag des Gründungsaufwandes erkennen lassen (OLG Zweibrücken, a. a. O., juris Rdnr. 9). Es ist nämlich die Aufgabe der Gründungsgesellschafter, nicht aber außenstehender Dritter, die Kosten zu errechnen und in einem

Gesamtbetrag zusammenzufassen (BGH, a. a. O., juris Rdnr. 14). Diese Voraussetzung ist hier erfüllt, da in § 20 GV bestimmt ist, dass die Beteiligte die Gründungskosten bis zu einem Betrag von 1.000 € trägt.

13 Eine Verletzung des § 26 Abs. 2 AktG folgt nicht daraus, dass der in § 20 GV bestimmte Gründungsaufwand in Höhe von 1.000 € genau dem in § 3 bestimmten Stammkapital entspricht. Entgegen der Auffassung des AG Charlottenburg ist auf die Beteiligte nicht die in Nr. 5 des Musterprotokolls für die Gründung einer Einpersonengesellschaft vorgesehene Höchstgrenze von 300 € oder die in der Registerpraxis etablierte Obergrenze von 10 % des Stammkapitals (vgl. dazu OLG Hamburg, Beschluss vom 18.3.2011, 11 W 19/11, juris Rdnr. 14) zu übertragen. Dies folgt aus der vorgenannten Bestimmung, die zulässt, dass die UG die mit der Gründung verbundenen Kosten „höchstens jedoch bis zum Betrag des Stammkapitals“ trägt. Ausdrücklich gilt dies im Musterprotokoll nur bis zur Grenze von 300 €. Wenn aber bei einer UG bis zur Grenze von 300 € der Gründungsaufwand dem Stammkapital entsprechen darf, ist nicht nachvollziehbar, warum dies anders sein soll, wenn Gründungsaufwand und Stammkapital 1.000 € betragen. Denn durch die Deckelung auf die Höhe des Stammkapitals wird ausgeschlossen, dass die neue Gesellschaft allein aufgrund des Gründungsaufwands bilanziell überschuldet ins Leben tritt. Nur ein Überschreiten der Stammkapitalgrenze und die damit einhergehende Überschuldung der Gesellschaft bildet ein vom Registergericht zu berücksichtigendes Eintragungshindernis (*Krafka/Kühn*, Registerrecht, 9. Aufl. 2013, Rdnr. 940c), aufgrund dessen der Geschäftsführer sofort nach Beurkundung des Gründungsprotokolls einen Insolvenzantrag stellen müsste (*GroßKomm-GmbHG/Ulmer/Löbbe*, 2. Aufl. 2013, § 2 Rdnr. 121; *Scholz/Wicke*, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 2 Rdnr. 109). Dem stehen die Erfordernisse des Gläubigerschutzes nicht entgegen. Die Gläubiger werden bereits durch die zwingende Firmierung als „UG“ und den nach § 5a Abs. 1 GmbHG zu führenden Zusatz „haftungsbeschränkt“ auf im Zusammenhang mit einer UG bestehende Risiken hingewiesen (OLG Hamburg, a. a. O., juris Rdnr. 15; *MünchKomm-GmbHG/Rieder*, 2. Aufl. 2015, § 5a Rdnr. 11a). Außerdem können sie sich durch Einsichtnahme in den Gesellschaftsvertrag über die Höhe einer Vorbelastung des Stammkapitals durch den Gründungsaufwand informieren (OLG Hamburg, a. a. O., juris Rdnr. 15; *MünchKomm-GmbHG/Rieder*, a. a. O.). Dass die Gesellschaft bei einem Aufwand zur Gründung in Höhe des Stammkapitals keine werbende Tätigkeit mehr ausüben kann, ist vom Gesetzgeber gesehen und bei der UG angenommen worden, wie sich aus Ziffer 5 des Musterprotokolls ergibt.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Christian Vedder**, Gunzenhausen

1. Einordnung in die Systematik des Stammkapitals und seiner Belastung durch Gründungsaufwand

Im Ergebnis entscheidet das Kammergericht richtig. Das Gericht begründet seine Entscheidung jedoch ausschließlich mit der Regelung in Ziffer 5 des Musterprotokolls (An-

lage zu § 2 Abs. 1a GmbHG). Damit versäumt es das Gericht leider, die zur Begründung herangezogene Regelung in Ziffer 5 des Musterprotokolls und die vom Gericht selbst zitierte „in der Registerpraxis etablierte Obergrenze von 10 % des Stammkapitals“ teleologisch zu hinterfragen und in die Systematik des Nennkapitals und seiner Belastung durch Gründungsaufwand einzuordnen. Vielmehr lässt das Gericht im letzten vorstehend abgedruckten Satz der Entscheidung sein eigenes Unbehagen mit der Regelung in Ziffer 5 des Musterprotokolls erkennen, indem es die Verantwortung für die Konsequenzen der vom Gericht offenbar für sinnwidrig gehaltenen Regelung allein dem Gesetzgeber zuweist.

Im Folgenden soll versucht werden, die vom Gericht versäumte teleologische Einordnung der vorgenannten Regelung des Musterprotokolls und der zitierten „10 %-Obergrenze“ nachzuholen und damit den vom Gericht selbst erweckten Eindruck der Sinnwidrigkeit der gesetzlichen Regelung zu zerstreuen. Voraussetzung ist dazu jedoch zunächst, sich noch einmal kurz mit dem Zweck des Stammkapitals zu befassen.

2. Bedeutung des Stamm- bzw. Grundkapitals

Die Anmerkung des Gerichts, dass eine Gesellschaft keine werbende Tätigkeit ausüben kann, wenn sie Gründungsaufwand in Höhe ihres Stammkapitals zu tragen hat, wird man kaum wörtlich verstehen dürfen. Denn zu offensichtlich sind die Möglichkeiten der Gesellschaft, sich die für ihre werbende Tätigkeit erforderlichen Mittel auch ohne Zuführung von Stammkapital von ihren Gesellschaftern oder Dritten zu verschaffen, zum Beispiel als Darlehen, Vorschuss oder Zahlung eines Gesellschafters. In der Anmerkung des Gerichts spiegelt sich vielmehr die Vorstellung wider, dass das nach Abzug des Gründungsaufwandes verbleibende Stammkapital einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung so bemessen sein sollte, dass die Gesellschaft eine für die unternehmerische Tätigkeit ausreichende Kapitalausstattung erhält. Diese Vorstellung war jedoch schon illusorisch, als vor Inkrafttreten des MoMiG im Jahre 2008 das Mindestnennkapital für die Gründung von Kapitalgesellschaften in Deutschland noch bei 25.000 € lag (= Stammkapital der GmbH). Denn abhängig vom gewählten Unternehmensgegenstand waren auch mit diesem Mindestbetrag viele Gesellschaften von Anfang an zumindest nominell unterkapitalisiert, ohne dass dies ihrer Eintragung ins Handelsregister entgegenstand. Spätestens mit Herabsetzung des Mindestnennkapitals für die Gründung einer Kapitalgesellschaft auf 1 € (= Mindeststammkapital der Ein-Personen-UG gemäß § 5a GmbHG) hat der Gesetzgeber jedoch unzweideutig zu erkennen gegeben, dass es den Gesellschaftern frei steht, ob sie der Gesellschaft die für den Beginn ihrer unternehmerischen Tätigkeit notwendige Kapitalausstattung über das Stammkapital oder auf anderem Wege zuführen wollen. Infolge dessen kann man die Höhe des Stammkapitals nur als den zur Information der Gläubiger im Handelsregister veröffentlichten Betrag verstehen, den die Gesellschafter aus ihrem eigenen Vermögen für das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen zu riskieren bereit sind. Das Mindeststammkapital für die GmbH in Höhe von 25.000 € (§ 5 Abs. 1 GmbHG) bzw. das Mindestgrundkapital für die AG in

Höhe von 50.000 € (§ 7 AktG) erklären sich demnach als gesetzgeberische Seriositätsschwelle,¹ die nur denjenigen Gesellschaften die Firmierung als „GmbH“ oder „AG“ erlaubt, deren Gesellschafter mindestens 25.000 € bzw. 50.000 € an eigenem Vermögen für das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen zu riskieren bereit sind.

In der Höhe, in der das Stamm- bzw. Grundkapital bereits bis zur Eintragung zu leisten ist (vgl. § 7 Abs. 2 GmbHG und § 36a AktG), wird durch das registergerichtliche Verfahren zudem sichergestellt, dass die Gründer zu den versprochenen Leistungen auch in der Lage sind. Dieser Aspekt spielt jedoch für die folgenden Überlegungen zum Gründungsaufwand keine Rolle.

3. Zulässigkeitsgrenzen der Entschädigung und Belohnung des Gründungsaufwandes von anderen Personen als Gesellschaftern

Versteht man die Höhe des Stammkapitals im vorstehenden Sinne (d. h. ausschließlich als den zur Information der Gläubiger im Handelsregister veröffentlichten Betrag, den die Gesellschafter aus ihrem eigenen Vermögen für das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen zu riskieren bereit sind), so begegnen im Hinblick auf den Zweck des Stammkapitals diejenigen Entschädigungen und Belohnungen im Sinne des § 26 AktG keinen Bedenken, die an andere Personen als Gesellschafter geleistet werden. Das gilt auch dann, wenn die Höhe des übernommenen Gründungsaufwandes die Höhe des Stammkapitals erreicht (wie unter Umständen nach Ziffer 5 des Musterprotokolls). Denn damit bringen die Gründer in aller Registeröffentlichkeit zum Ausdruck, dass sie nicht mehr eigenes Vermögen für das Unternehmen der Gesellschaft zu riskieren bereit sind, als zur Begleichung der Gründungskosten der Gesellschaft erforderlich ist. Die Gläubiger können daraus ihre Schlüsse über die Seriosität der Unternehmensgründung ziehen und überlegen, ob sie der Gesellschaft mehr Kredit entgegen zu bringen bereit sind als ihre Gründer.

Daher gebietet der Zweck des Stammkapitals keine über den Betrag des Stammkapitals hinausgehende Begrenzung der Höhe, in der die Gesellschaft aufgrund Satzungsregelung Aufwand übernimmt, der an andere Personen als Gesellschafter zur Entschädigung oder Belohnung für die Gründung oder ihre Vorbereitung gewährt wird. Das entspricht genau der Regelung in Ziffer 5 des Musterprotokolls. Ist die Höhe einer einzelnen Belohnung allerdings unangemessen hoch angesetzt, muss das Gericht prüfen, ob der Vorgang dadurch unter Umständen unter dem Aspekt anderer für die Eintragung erheblicher Regelungen unzulässig ist, zum Beispiel weil sich die Belohnung im Ergebnis als Sondervorteil im Sinne des § 26 Abs. 1 AktG (der ebenso wie § 26 Abs. 2 AktG im Recht der GmbH analog anwendbar ist²) darstellt und die dafür geltenden Regelungen nicht eingehalten wurden.³

1 Vgl. *Eidenmüller/Engert*, AG 2005, 97, 99; *Merk*, ZGR 2004, 305, 317 f.

2 *Roth/Altmeyen/Roth*, GmbHG, 8. Aufl. 2015, Rdnr. 71.

3 *MünchKomm-AktG/Pentz*, 4. Aufl. 2016, § 26 Rdnr. 33.

4. Zulässigkeitsgrenzen der Entschädigung und Belohnung des Gründungsaufwandes von Gesellschaftern

Der ebenfalls von § 26 Abs. 2 AktG erfasste Aufwand, der zur Entschädigung oder Belohnung für die Gründung oder ihre Vorbereitung an Gesellschafter gewährt wird, ist dagegen insgesamt unter dem Aspekt der Kapitalerhaltung vom Registergericht zu prüfen.⁴ Denn hier kommt es zu einem Rückfluss des Stammkapitals an die Gesellschafter, der das Risiko birgt, dass – insbesondere durch eine überhöhte Entschädigung bzw. Belohnung – der Zweck des satzungsmäßig festgelegten Stammkapitals (vgl. Ziffer 2) konterkariert wird. Hier muss wie bei der Festsetzung von Sacheinlagen (vgl. § 5 Abs. 4 GmbHG) dem Fehlanreiz entgegengewirkt werden, dass sich Gesellschafter durch eine Überbewertung der eigenen Leistungen das Stammkapital teilweise wieder zurückzahlen lassen. Wie bei der Sacheinlage (vgl. § 9c Abs. 1 Satz 2 GmbHG) muss das Gericht daher prüfen, ob der von den Gesellschaftsgründern angesetzte Wert angemessen ist, d. h. ob der Wert der entschädigten oder belohnten Leistung für die Gesellschaft den Wert der in der Satzung festgelegten Belohnung oder Entschädigung erreicht.⁵

Die Höhe des von der Gesellschaft übernommenen Aufwandes, der an Gesellschafter zur Entschädigung oder Belohnung für die Gründung oder ihre Vorbereitung gewährt wird, unterliegt daher unter dem Aspekt der Kapitalerhaltung der Grenze der Angemessenheit, die vom Registergericht im Eintragungsverfahren zu prüfen ist. Für die Frage, wer einem Gesellschafter gleichgestellt ist, kann auf die Rechtsprechung zu § 30 Abs. 1 GmbHG zurückgegriffen werden.

5. Bedeutung der vom Gericht zitierten Obergrenze von 10 % des Stammkapitals

Nicht nur Ziffer 5 des Musterprotokolls, sondern auch alle vorstehenden Überlegungen zeigen, dass es abgesehen von der Höhe des Stamm- oder Grundkapitals keine normative Grundlage für eine Begrenzung der zulässigen Gesamthöhe des von der Gesellschaft zu übernehmenden Gründungsaufwandes gibt. Das gilt für die UG (haftungsbeschränkt) ebenso wie für die GmbH und die AG.⁶ Das Gericht muss lediglich prüfen, ob die Höhe einzelner Belohnungen oder Entschädigungen unter dem Aspekt anderer für die Eintragung erheblicher Regelungen unzulässig ist,⁷ zum Beispiel weil sich die Belohnung wegen ihrer unangemessenen Höhe im Ergebnis als nicht ordnungsgemäß festgesetzter Sondervorteil im Sinne des § 26 Abs. 1 AktG (vgl. Ziffer 3) oder als verbotene Einlagenrückgewähr (vgl. Ziffer 4) darstellt.

4 *MünchKomm-AktG/Pentz*, § 26 Rdnr. 33; *Roth/Altmeyen/Roth*, GmbHG, Rdnr. 73 f.

5 *Cramer*, NZG 2015, 373, 376 f.; *MünchKomm-AktG/Pentz*, § 26 Rdnr. 33.

6 Ebenso: *Wachter*, NZG 2010, 734, 736; *Cramer*, NZG 2015, 373, 376.

7 Vgl. auch *Cramer*, NZG 2015, 373, 376 f.

Damit kann auch der vom Gericht zitierten „in der Registerpraxis etablierten Obergrenze von 10 % des Stammkapitals“ für den von der Gesellschaft zu übernehmenden Gründungsaufwand nicht die Bedeutung einer Zulässigkeitschranke zukommen. Die zitierte Grenze wird daher verbreitet auch nur so verstanden, dass die Registergerichte bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung⁸ bis zur Gesamthöhe von 10 % des Stammkapitals keine Einzelnachweise verlangen.⁹ So kann sich die 10 %-Grenze im Sinne einer in der Praxis verwendeten Vermutungsregelung für die Angemessenheit der einzelnen Belohnungen und Entschädigungen in die vorstehend dargestellte Systematik einfügen.

8 Bei der AG sind wegen § 37 Abs. 4 Nr. 2 AktG ohnehin Nachweise bei der Anmeldung vorzulegen.

9 OLG Hamburg, Beschluss vom 18.3.2011, 11 W 19/11, DNotZ 2011, 457, 459; Spindler/Stilz/Limmer, AktG, 3. Aufl. 2015, § 26 Rdnr. 9; Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 26 Rdnr. 6; Cramer, NZG 2015, 373, 376.

ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

17. Kenntnis des Anfechtungsgegners über Umstände der Gläubigerbenachteiligung

BGH, Urteil vom 8.9.2016, IX ZR 151/14 (Vorinstanz: OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 17.12.2013, 6 U 24/13)

InsO § 134 Abs. 1, § 143 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2

LEITSÄTZE:

1. Sind dem Anfechtungsgegner Umstände bekannt, die mit auffällender Deutlichkeit dafür sprechen und deren Kenntnis auch einem Empfänger mit durchschnittlichem Erkenntnisvermögen ohne gründliche Überlegung die Annahme nahe legt, dass die Befriedigung der Gläubiger infolge der Freigiebigkeit verkürzt ist, muss er den Umständen nach wissen, dass die empfangene Leistung die Gläubiger benachteiligt.
2. Die Kenntnis des Anfechtungsgegners muss sich über die Zugehörigkeit der empfangenen unentgeltlichen Leistung zu der den Gläubigern haftenden Vermögensmasse hinaus nicht auf weitere Umstände erstrecken.

BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

18. Nachweis der Bevollmächtigung bei Vollmachtsketten

BGH, Beschluss vom 22.9.2016, V ZB 177/15 (Vorinstanz: OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 16.11.2015, 20 W 316/15)

BNotO § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3

GBO § 34

LEITSÄTZE:

1. Eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht, die auf die gesetzlichen Vertreter einer im Handelsregister eingetragenen juristischen Person zurückgeht, kann dem Grundbuchamt durch eine notarielle Vollmachtsbescheinigung nur nachgewiesen werden, wenn der Notar sämtliche Einzelschritte der Vollmachtskette nach § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bzw. Abs. 3 BNotO bescheinigt.
2. Die Bescheinigung einer Vollmachtskette kann in einem Vermerk zusammengefasst werden, in dem der Notar die von ihm geprüften Einzelschritte aufführt. Eine Kombination von notariellen Bescheinigungen nach § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Abs. 3 BNotO ist zulässig.
3. Im Falle einer im Handelsregister eingetragenen juristischen Person ist auch der Nachweis der Vertretungsberechtigung des gesetzlichen Vertreters erforderlich. (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

1 I. Die Antragstellerin, eine GmbH, ist Eigentümerin des im Eingang dieses Beschlusses bezeichneten Grundbesitzes. Sie beantragt die Eintragung einer Grundschuld und einer Vollstreckungsunterwerfung des jeweiligen Eigentümers wegen des Anspruchs aus der Grundschuld in das Grundbuch. Der verfahrensbevollmächtigte Notar hat dem Grundbuchamt eine beglaubigte Ablichtung der Grundschuldbestellungsurkunde vorgelegt, die Herr T., der nicht der organschaftliche Vertreter der Antragstellerin ist, für diese unterzeichnet hat. Der Beglaubigungsvermerk enthält den Hinweis, dass Herr T. aufgrund einer (von einem anderen Notar beglaubigten) Vollmacht vom 4.12.2012 für die Antragstellerin gehandelt hat. Der verfahrensbevollmächtigte Notar hat dem Beglaubigungsvermerk folgende Bescheinigung hinzugesetzt:

„Des Weiteren bescheinige ich gemäß § 21 Abs. (3) BNotO, dass die vorerwähnte Vollmacht heute bei Unterzeichnung in Ausfertigung vorgelegen hat, dass ich diese eingesehen habe und mir so Gewissheit über die Vertretungsmacht des Herrn T. verschafft habe.“

2 Der Notar hat dem Grundbuchamt darüber hinaus eine Ausfertigung der notariell beurkundeten Zwangsvollstreckungsunterwerfung vorgelegt. Auch bei Errichtung dieser Urkunde hat Herr T. aufgrund der notariell beglaubigten Vollmacht vom 4.12.2012 für die Antragstellerin gehandelt. Die Urkunde enthält dazu folgende Bescheinigung des Notars:

„Der Notar bescheinigt gemäß § 21 Abs. (3) BNotO, dass die vorerwähnte Vollmacht heute bei Unterzeichnung in Ausfertigung vorgelegen hat, dass er diese eingesehen hat und sich so Gewissheit über die Vertretungsmacht des Herrn T. verschafft hat. Der Erschienene ist dem Notar von Person bekannt.“

3 Das AG – Grundbuchamt – hat im Wege der Zwischenverfügung dem verfahrensbevollmächtigten Notar aufgegeben, jeweils ergänzend zu bescheinigen, dass er die Legitimationskette, die zu der Vollmacht des Herrn T. vom 4.12.2012 geführt habe, überprüft habe. Das Beschwerdegericht hat die hiergegen eingelegte Beschwerde der Antragstellerin zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde wendet sich die Antragstellerin weiterhin gegen die Beanstandung des Grundbuchamts.

4 II. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung in NotBZ 2016, 224 veröffentlicht ist, meint, die dem Grundbuchamt vorgelegten Notarbescheinigungen seien inhaltlich nicht hinreichend, um die Berechtigung des Herrn T. zur Vertretung der Antragstellerin nachzuweisen. Eine notarielle Vollmachtsbescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO sei nur auf der Basis solcher Vollmachten zulässig, die ihrerseits den Anforderungen des Registerverkehrs genügen (§ 29 GBO). Der Notar müsse sich deshalb die Legitimationskette, die zu der Vollmacht führe, in der Form nachweisen lassen, in der sie gegenüber dem Grundbuchamt nachzuweisen wäre. Reiche der Notar die Vollmachtsurkunde nicht beim Grundbuchamt ein, sei es erforderlich, die Einzelschritte der Legitimationskette in der Bescheinigung offenzulegen. Zumindest müsse klargestellt sein, was der Notar zur Grundlage seiner Prüfung gemacht habe.

AUS DEN GRÜNDEN:

5 III. Die Rechtsbeschwerde ist aufgrund der Zulassung in dem angefochtenen Beschluss statthaft (§ 70 Abs. 1 und 2 FamFG i. V. m. § 78 Abs. 1 und 2 GBO) und auch im Übrigen zulässig (§ 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 71 FamFG). Sie ist unbegründet. Das Beschwerdegericht nimmt rechtsfehlerfrei an, dass die vorgelegten Notarbescheinigungen (§ 21 Abs. 3 BNotO) nicht geeignet sind, um gegenüber dem Grundbuchamt den Nachweis der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht des Herrn T. zu führen (§ 34 GBO).

6 1. Zwar kann nach § 34 GBO dem Grundbuchamt eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht durch eine notarielle Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO nachgewiesen werden. Die von der Antragstellerin vorgelegten Notarbescheinigungen sind jedoch nicht ausreichend, weil sie nicht alle Teile der Legitimationskette umfassen. Da die Antragstellerin eine GmbH ist, muss die Herr T. erteilte Vollmacht auf einen organ-schaftlichen Vertreter der Gesellschaft zurückgehen. Der Nachweis von dessen Vertretungsberechtigung fehlt jedoch.

7 a) Anders als die Rechtsbeschwerde meint, besteht insoweit eine eigene Prüfungskompetenz des Grundbuchamts.

8 aa) Allerdings hat der Gesetzgeber mit der Neufassung von § 21 Abs. 3 BNotO und § 34 GBO durch das Gesetz zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare vom 26.6.2013 (BGBl. I, S. 1800) die Möglichkeit eröffnet, Vollmachten durch eine notarielle Bescheinigung nachzuweisen. Wird davon Gebrauch gemacht, verlagert sich ein Teil der Prüfung der Vertretungsberechtigung von dem Grundbuchamt auf den Notar. Der Notar darf die Bescheinigung ausstellen, wenn er sich zuvor durch Einsichtnahme in eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Vollmachtsurkunde über die Begründung der Vertretungsmacht vergewissert hat (§ 21 Abs. 3 Satz 2 BNotO). Die Vollmachtsurkunde muss nur dem Notar, nicht auch dem Grundbuchamt vorgelegt werden (vgl. BT-Drucks. 17/1469, S. 14).

9 bb) Inwieweit das Grundbuchamt eine inhaltliche Prüfung der bescheinigten Vertretungsmacht vorzunehmen hat, wird in

Rechtsprechung und Schrifttum unterschiedlich beurteilt. Teilweise wird angenommen, das Grundbuchamt sei nach dem Legalitätsprinzip gehalten, die Wirksamkeit der Vollmacht und den Umfang der Vertretungsmacht selbstständig zu prüfen (*Spieker*, notar 2014, 196, 198 unter Hinweis auf OLG Bremen, DNotZ 2014, 636, 637). Nach einer anderen Auffassung kann das Grundbuchamt nur den „Tenor“ und die äußerlichen Förmlichkeiten der notariellen Bescheinigung prüfen, nicht aber deren Inhalt (*KEHE/Volmer*, Grundbuchrecht, 7. Aufl. § 34 Rdnr. 11, 12; *Zimmer*, ZfIR 2014, 566 f.; *ders.*, NJW 2014, 337, 341). Eine vermittelnde Ansicht meint, das Grundbuchamt dürfe Tatsachen, die es kenne und die der bescheinigten Vertretungsmacht entgegenstünden, berücksichtigen und die notarielle Vollmachtsbescheinigung ggf. zurückweisen (OLG Hamm, Rpfleger 2016, 550, 551; *Demharter*, GBO, 30. Aufl., § 34 Rdnr. 6; *Meikel/Krause*, GBO, 11. Aufl., § 34 Rdnr. 8; *BeckOK-GBO/Otto*, 26. Edition, § 34 Rdnr. 19 f.; *Böttcher*, NJW 2015, 2770, 2773). Der Senat muss diesen Meinungsstreit hier nicht entscheiden.

10 cc) Von der Frage, ob das Grundbuchamt eine Prüfungskompetenz im Hinblick auf die von dem Notar bescheinigte Vollmacht hat, ist die Frage zu trennen, ob die notarielle Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO ihrem Wortlaut und ihrer Form nach geeignet ist, den Nachweis der Vertretung (§ 15 Abs. 1 GBO) in grundbuchmäßiger Form zu führen. Die Notarbescheinigung kann für das Grundbuchamt grundsätzlich nur die Prüfung entbehrlich machen, ob die rechtsgeschäftliche Vollmacht besteht und der Vertreter das konkrete Rechtsgeschäft kraft Vollmacht tätigen darf. Ist hingegen die Reichweite der notariellen Vollmachtsbescheinigung betroffen, ist die Prüfungskompetenz des Grundbuchamts eröffnet. Um einen solchen Fall handelt es sich hier.

11 b) Das Beschwerdegericht nimmt zutreffend an, dass eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht, die auf die gesetzlichen Vertreter einer im Handelsregister eingetragenen juristischen Person zurückgeht, dem Grundbuchamt durch eine notarielle Vollmachtsbescheinigung nur nachgewiesen werden kann, wenn der Notar sämtliche Einzelschritte der Vollmachtskette nach § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bzw. Abs. 3 BNotO bescheinigt (ebenso OLG Hamm, Rpfleger 2016, 550, 551).

12 aa) Das ergibt sich aus der Systematik der §§ 29, 32, 34 GBO.

13 (1) Eintragungen in das Grundbuch aufgrund von Erklärungen rechtsgeschäftlich bevollmächtigter Personen konnten vor der Einführung von § 21 Abs. 3 BNotO und § 34 GBO nur vorgenommen werden, wenn die Vertretungsmacht dem Grundbuchamt in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO nachgewiesen wurde (vgl. Senat, Beschluss vom 6.3.1959, V ZB 3/59, BGHZ 29, 366, 368). Ist der Bevollmächtigte seinerseits bevollmächtigt worden, musste dem Grundbuchamt jede einzelne Vollmacht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden. Der Nachweis konnte durch die Vorlage der Ausfertigung (§ 47 BeurkG) oder des Originals einer unterschiftsbeglaubigten Vollmacht geführt werden. Die Vorlage einer beglaubigten Abschrift der Vollmachtsurkunde genügte grundsätzlich nicht, weil zum Nachweis der Vertretungsmacht der Besitz der Vollmachtsurkunde erforderlich ist (§ 172 BGB;

vgl. Senat, Beschluss vom 13.10.2011, V ZB 90/11, FGPrax 2012, 4 Rdnr. 12). Sie wurde nur dann als ausreichend angesehen, wenn der Notar in dem Beglaubigungsvermerk bestätigte, dass ihm die Vollmacht surkunde im Original oder in Ausfertigung zu einem bestimmten Zeitpunkt vorgelegen hatte (vgl. BayObLG, Rpfleger 2000, 62 f.; *Demharter*, GBO, § 29 Rdnr. 59; *Bauer/von Oefele*, GBO, 3. Aufl., § 29 Rdnr. 153; *KEHE/Volmer*, Grundbuchrecht, § 29 Rdnr. 155).

14 (2) Mit der Neufassung von § 21 Abs. 3 BNotO und § 34 GBO hat der Gesetzgeber die Möglichkeit, Vertretungsberechtigungen, die sich aus einer Eintragung im Handelsregister oder in einem ähnlichen Register ergeben, durch eine notarielle Bescheinigung nachzuweisen (§ 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNotO, § 32 GBO), auf die rechtsgeschäftliche Vertretungsbefugnis übertragen. Der Nachweis der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht kann nunmehr auch gegenüber dem Notar erbracht werden. Eine notarielle Vollmachtsbescheinigung ist allerdings nur auf Basis solcher Vollmachten zulässig, die ihrerseits den Anforderungen des § 29 GBO genügen. Ist der Bevollmächtigte seinerseits durch einen Dritten bevollmächtigt worden (sog. Vollmachten- oder Legitimationskette), darf der Notar sich nicht auf die Einsichtnahme in die letzte Vollmachtsurkunde beschränken, sondern er muss sich alle Glieder der Vollmachtenkette, die zu der Vollmacht führen, in der Form des § 29 GBO nachweisen lassen. Denn die bisherigen Anforderungen an den Nachweis einer Vollmacht wurden nicht verringert; es ist nur die Möglichkeit geschaffen worden, den Nachweis gegenüber dem Notar zu erbringen (vgl. BT-Drucks. 17/1469, S. 14; vgl. OLG Hamm, Rpfleger 2016, 550, 551; OLG München, RNotZ 2016, 97, 100; *Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 8. Aufl., § 21 Rdnr. 31; *Meikel/Krause*, GBO, § 34 Rdnr. 6; *Spieker*, notar 2016, 188, 192).

15 (3) Davon zu trennen ist die Frage, was der Notar gegenüber dem Grundbuchamt nachweisen muss. Richtigerweise hat er nicht nur das Endergebnis der Prüfung der ihm vorgelegten Nachweise der rechtsgeschäftlichen Vertretungsberechtigung zu bescheinigen. Das folgt aus § 21 Abs. 3 Satz 3 BNotO; danach hat der Notar in der Bescheinigung anzugeben, in welcher Form und an welchem Tag ihm die Vollmachtsurkunde vorgelegen hat. Hintergrund dieser Vorschrift ist die in § 172 BGB geregelte Wirkung der Vollmachtsurkunde. Die Notarbescheinigung ist im Grundbuchverfahren nur dann nachweisbar, wenn von dem Fortbestand der Vollmacht ausgegangen werden kann. Das hat das Grundbuchamt anhand der Angaben nach § 21 Abs. 3 Satz 3 BNotO zu prüfen (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 17/13136, S. 20; *Demharter*, GBO, § 34 Rdnr. 5; *Preuß*, DNotZ 2013, 740, 748). Beruht die Vertretungsmacht auf mehreren rechtsgeschäftlichen Vollmachten, muss das Grundbuchamt folglich prüfen, ob und wann dem Notar die einzelnen Vollmachtsurkunden in einer dem § 29 GBO genügenden Form vorgelegen haben. Demgemäß muss der Notar in der notariellen Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO entsprechende Angaben zu allen Vollmachtsurkunden machen.

16 (4) Durch die Notarbescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO können organschaftliche Vertretungsverhältnisse nicht nachgewiesen werden (BeckOK-GBO/Otto, § 34 Rdnr. 2). Für sie ist eine notarielle Bescheinigung nach § 21 Abs. 1 Satz 1

Nr. 1 BNotO erforderlich (§ 32 GBO). Eine solche Bescheinigung wird durch diejenige nach § 21 Abs. 3 BNotO weder ersetzt noch entbehrlich gemacht. Geht – wie hier – die Vollmacht bzw. die Vollmachtenkette auf einen organschaftlichen Vertreter zurück, muss der Notar deshalb zusätzlich dessen Vertretungsmacht nach § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNotO bescheinigen.

17 bb) Ein anderes Verständnis ginge über den Zweck der Vorschriften der § 21 Abs. 3 BNotO, § 34 GBO hinaus. Dieser besteht darin, den Aufwand für den Nachweis der Bevollmächtigung bei Vollmachtenketten gegenüber dem Grundbuchamt zu reduzieren (vgl. BT-Drucks. 17/1469, S. 14, 19). Die notarielle Vollmachtsbescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO soll zu einer Entlastung der Bediensteten der Grundbuchämter führen, weil sie nicht mehr sämtliche Vollmachten einer Vollmachtenkette prüfen müssen. Zugleich sollen die Urkundensammlungen innerhalb der Grundakte dadurch reduziert werden, dass die Vollmachtsurkunden nicht mehr vorgelegt und aufbewahrt werden müssen. Für Unternehmensträger hat die notarielle Vollmachtsbescheinigung den Vorteil, dass sie den Notar ihres Vertrauens beauftragen können, der auch in anderen Angelegenheiten für sie tätig ist und dem damit die erforderlichen Unterlagen bereits vorliegen (vgl. BT-Drucks. 17/1469, S. 14). Diese gesetzgeberischen Ziele werden auch dann erreicht, wenn der Notar die Einzelschritte einer Vollmachtenkette nach § 21 Abs. 3 BNotO bescheinigen muss. Die Möglichkeit, eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht durch eine notarielle Bescheinigung nachzuweisen, wird hierdurch nicht nennenswert erschwert. Da sich der Notar die Legitimationskette, die zu der Vollmacht des Handelnden führt, stets in der Form des § 29 GBO nachweisen lassen muss (vgl. BT-Drucks. 17/1469, S. 14), wird von ihm nur verlangt, Bescheinigungen über die ihm ohnehin vorliegenden Nachweise auszustellen.

18 cc) Es ist allerdings nicht erforderlich, dass der Notar für jede einzelne Vollmacht bzw. für die organschaftliche Vertretungsmacht separate notarielle Bescheinigungen nach § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Abs. 3 BNotO erstellt. Die Bescheinigung einer Vollmachtenkette kann in einem Vermerk zusammengefasst werden, in dem der Notar die von ihm geprüften Einzelschritte, die die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht ergeben, aufführt (vgl. BeckOK-GBO/Otto, § 34 Rdnr. 13). Auch eine Kombination von notariellen Bescheinigungen nach § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Abs. 3 BNotO ist zulässig (vgl. *Meikel/Hertel*, GBO, § 29 Rdnr. 224). Für jede in einem Vermerk bescheinigte Vertretungsmacht fällt, worauf die Rechtsbeschwerde zutreffend hinweist, eine Gebühr nach Nr. 25214 KV-GNotKG an (vgl. *Sikora in Korintenberg*, GNotKG, 19. Aufl., KV Nr. 25214 Rdnr. 13; BeckOK-KostR/Berger, 13. Edition, GNotKG KV 25214 Rdnr. 4; *Diehn in Bormann/Diehn/Sommerfeldt*, GNotKG, 2. Aufl., Nr. 25214 KV Rdnr. 4). Das ist wegen des erhöhten Prüfungsaufwands und Haftungsrisikos des Notars gerechtfertigt.

19 2. Daran gemessen durfte das Grundbuchamt dem Notar mit der Zwischenverfügung aufgeben, lückenlose Bescheinigungen über die Vollmachtenkette nach § 21 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 BNotO vorzulegen.

(...)

KOSTENRECHT

19. Geschäftswert bei notarieller Registeranmeldung der Auflösung einer GmbH

BGH, Beschluss vom 18.10.2016, II ZB 18/15 (Vorinstanz: OLG München, Beschluss vom 17.11.2015, 32 Wx 313/15 Kost)

GNotKG § 86 Abs. 1, § 111, § 127 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Eine Zusammenrechnung der Werte für die Erstellung des Entwurfs einer Registeranmeldung der Auflösung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, des Erlöschens der Vertretungsbefugnis der bisherigen Geschäftsführer und deren Bestellung zu Liquidatoren für die Notarkostenrechnung kommt nicht in Betracht, weil es sich insoweit um einen Beurkundungsgegenstand nach § 86 Abs. 1 GNotKG handelt.
2. Die Auflösung der Gesellschaft ist für die Registeranmeldung wesensprägend. Die weiteren darin zur Eintragung vorgesehenen Veränderungen vollständig als gesetzliche Regelfolgen diesen Anmeldetatbestand, mit dem die vormals werbende Gesellschaft nunmehr als Abwicklungsgesellschaft dem Rechtsverkehr gegenüber öffentlich gemacht werden soll.

SACHVERHALT:

1 I. Der Beteiligte zu 1 (nachfolgend: Notar) war von der Beteiligten zu 2, einer UG (haftungsbeschränkt), im März 2014 damit beauftragt worden, die notwendigen Schritte zur Auflösung der Gesellschaft vorzubereiten. Dazu fertigte der Notar die Entwürfe eines Auflösungsbeschlusses sowie der entsprechenden Handelsregisteranmeldung. Nach Unterzeichnung der Handelsregisteranmeldung beglaubigte der Notar diese und reichte sie bei dem Registergericht ein. In seiner Kostenrechnung vom 18.3.2014 über 881,43 € legte der Notar den Gebührenratbeständen, die sich mit dem Entwurf der Handelsregisteranmeldung befassten, einen Geschäftswert von 150.000 € zugrunde, den er durch Addition von insgesamt fünf Einzelwerten in Höhe von jeweils 30.000 € für die Anmeldung der Auflösung der Gesellschaft, die Anmeldung des jeweiligen Erlöschens der Vertretungsbefugnis beider bisheriger Geschäftsführer und die Anmeldung ihrer Bestellung zu Liquidatoren der Gesellschaft ermittelte. Dies beanstandete die Beteiligte zu 2, nach deren Auffassung ein Geschäftswert von 30.000 € anzunehmen sei.

2 Der Notar hat daraufhin Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt (§ 127 Abs. 1 GNotKG).

3 Das LG hat die Kostenberechnung abgeändert, auf der Grundlage eines Geschäftswertes von 30.000 € neu gefasst und die Höhe um 354,26 € niedriger auf 527,17 € festgesetzt. Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Notars ist erfolglos geblieben. Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde beantragt der Notar die Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen und die Zurückweisung der Beanstandungen der Beteiligten zu 2.

4 II. Das Beschwerdegericht (OLG München, ZNotP 2015, 438) hat zur Begründung seiner Entscheidung unter Bezugnahme auf die Entscheidung des LG im Wesentlichen ausgeführt:

5 Bei den einzelnen Anmeldetatbeständen handele es sich um gegenstandsgleiche Anmeldungen. Infolge des inneren Zusammen-

hangs der Erklärungen liege eine Erklärungseinheit vor. Dies gelte jedenfalls dann, wenn – wie vorliegend – die bisherigen Geschäftsführer zu Liquidatoren bestellt und angemeldet würden und es deshalb nicht zu einem Personenwechsel komme. Die Erklärungseinheit sei auch eine notwendige, weil die von den Gesellschaftern beschlossene Auflösung der GmbH nicht von den bisherigen Geschäftsführern, sondern nur durch die Liquidatoren angemeldet werden könne, die zugleich mit der Anmeldung der Auflösung der Gesellschaft anzumelden seien. Bereits mit der Auflösung der Gesellschaft habe der Geschäftsführer seine Vertretungsmacht verloren. Die Anmeldungen, denen zufolge die Vertretungsmacht der Geschäftsführer beendet und diese nunmehr als Liquidatoren der Gesellschaft bestellt seien, stellten bei gleichzeitiger Anmeldung der Auflösung der GmbH nur die gesetzlichen Folgen nach § 66 Abs. 1 GmbHG dar.

AUS DEN GRÜNDEN:

6 III. Die aufgrund der Zulassung durch das Beschwerdegericht statthafte und auch im Übrigen gemäß § 129 Abs. 2, § 130 Abs. 3 GNotKG, § 70 Abs. 1, § 71 FamFG zulässige Rechtsbeschwerde des Notars hat in der Sache keinen Erfolg. Der Beschluss des Beschwerdegerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

7 Das Beschwerdegericht hat mit Recht angenommen, dass eine Zusammenrechnung der Werte für die Erstellung des Entwurfs einer Registeranmeldung der Auflösung der Gesellschaft, des Erlöschens der Vertretungsbefugnis der bisherigen Geschäftsführer und deren Bestellung zu Liquidatoren für die Notarkostenrechnung nicht in Betracht kommt, weil es sich insoweit um einen Beurkundungsgegenstand nach § 86 Abs. 1 GNotKG handelt.

8 1. Beurkundungsgegenstand ist gemäß § 86 Abs. 1 GNotKG das Rechtsverhältnis, auf das sich die Erklärungen beziehen, bei Tatsachenbeurkundungen die beurkundete Tatsache oder der beurkundete Vorgang. Mehrere Rechtsverhältnisse, Tatsachen oder Vorgänge sind verschiedene Beurkundungsgegenstände, soweit nicht ausnahmsweise von demselben Beurkundungsgegenstand gemäß § 109 GNotKG auszugehen ist (§ 86 Abs. 2 GNotKG). Nach § 111 Nr. 3 GNotKG gilt die Anmeldung zu einem Register stets als besonderer Beurkundungsgegenstand. Die Werte mehrerer Beurkundungsgegenstände innerhalb eines Beurkundungsverfahrens sind grundsätzlich zusammenzurechnen (vgl. § 35 Abs. 1, §§ 85, 86 Abs. 2 GNotKG). Dies gilt auch im Fall der Fertigung eines Entwurfs, dessen Geschäftswert sich gemäß § 119 Abs. 1 GNotKG nach den für die Beurkundung maßgeblichen Vorschriften richtet.

9 2. Die Bemessung des Geschäftswerts für die Erstellung des Entwurfs einer Registeranmeldung, mit der die Auflösung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (hier: einer UG [haftungsbeschränkt]) im Handelsregister eingetragen werden soll, ist streitig, wenn die Anmeldung zusätzlich das Erlöschen der Vertretungsbefugnis der bisherigen Geschäftsführer und die Benennung der bisherigen Geschäftsführer zu Liquidatoren enthält.

10 a) Nach einer Meinung soll die Anmeldung der Auflösung der Gesellschaft zusammen mit den weiteren genannten Umständen jedenfalls dann einen einheitlichen Beurkundungsgegenstand bilden, wenn die bisherigen Geschäftsführer ihre Tätigkeit als „geborene“ Liquidatoren fortsetzen (so H.

Schmidt, JurBüro 2015, 565, 566; BeckOK-KostR/*Bachmayer*, Stand: 15.2.2006, § 111 GNotKG Rdnr. 29; *Notarkasse A. d. ö. R.*, Streifzug GNotKG, 11. Aufl., Rdnr. 996a; *Fackelmann*, ZNotP 2015, 438, 439 f.; Würzburger Notarhandbuch/*Tiedtke/Sikora*, 4. Aufl., Teil 5, Kap. 9 Rdnr. 20; *Korintenberg/Tiedtke*, GNotKG, 19. Aufl., § 105 Rdnr. 98). Hänge eine Tatsache von der anderen ab oder setze diese voraus, sodass die eine Tatsache aus Rechtsgründen nicht ohne die andere angemeldet werden könne, liege eine „notwendige Anmeldungseinheit“ vor (vgl. BeckOK-KostR/*Bachmayer*, § 111 GNotKG Rdnr. 29, 32) bzw. eine Erklärungseinheit (*Notarkasse A. d. ö. R.*, Streifzug GNotKG, 11. Aufl., Rdnr. 996 a, 1009). Die eine Anmeldung sei ohne die andere nicht denkbar (*H. Schmidt*, JurBüro 2015, 565, 566). Kostenrechtlich handele es sich um unselbstständige Bestandteile desselben Anmeldebestands (*Fackelmann*, ZNotP 2015, 438, 439).

11 b) Nach anderer Meinung soll die Anmeldung der Auflösung der Gesellschaft aus jeweils einzeln zu bewertenden Beurkundungsgegenständen bestehen, wenn mit ihr zugleich der bisherige Geschäftsführer als Liquidator sowie das Erlöschen seiner Geschäftsführung angemeldet werden, sodass sich der Geschäftswert für den Entwurf dieser Registeranmeldung aus der Addition sämtlicher Einzelwerte ergebe (so LG Bochum, RNotZ 2016, 263; *Diehn/Volpert*, Praxis des Notarkostenrechts, 2014, Rdnr. 786 ff.; *Gustavus*, Handelsregisteranmeldungen, 8. Aufl., A 115; *Diehn*, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl., Rdnr. 1370; *H. Schmidt/Sikora/Tiedtke*, Praxis des Handelsregister- und Kostenrechts, 7. Aufl., Teil 1, E Rdnr. 1815).

12 c) Schließlich wird auch vertreten, dass bei einem geborenen Liquidator die rein deklaratorische Änderung vom Geschäftsführer zum Liquidator durch Abberufung und Bestellung ohne Änderung der Vertretungsbefugnisse kostenrechtlich eine einzige Anmeldung zum Register darstelle. Diese sei aber als gesonderte Anmeldung gegenüber der Auflösung der Gesellschaft zu betrachten. Im Fall zweier Geschäftsführer, die bei Auflösung der Gesellschaft sodann als Liquidatoren ohne Änderung der Vertretungsbefugnis fungierten, führe dies zu insgesamt drei bewertungsbedürftigen Anmeldungen (so *Ländernotarkasse*, NotBZ 2015, 220, 221).

13 d) Der Senat folgt der erstgenannten Auffassung. Erstellt der Notar nach Beschlussfassung über die Auflösung der GmbH bzw. der UG (haftungsbeschränkt) den Entwurf einer entsprechenden Handelsregisteranmeldung, so handelt es sich jedenfalls dann nur um einen Beurkundungsgegenstand gemäß § 86 Abs. 1 GNotKG, wenn – wie vorliegend – mit der Anmeldung der Auflösung der Gesellschaft zugleich die bisherigen Geschäftsführer als Liquidatoren der Gesellschaft eingetragen werden sollen. Neben der Auflösung der Gesellschaft kommt dem Erlöschen der Vertretungsbefugnis der bisherigen Geschäftsführer wie auch deren Eintragung als Liquidatoren der Gesellschaft keine eigenständige, kostenrelevante Bedeutung zu. Die Auflösung der Gesellschaft sowie die weiteren zur Eintragung vorgesehenen, anmeldepflichtigen Veränderungen stellen sich als Erklärungseinheit und damit als ein Beurkundungsgegenstand im Sinne von § 86 Abs. 1 GNotKG dar.

14 aa) Die Auflösung der Gesellschaft ist für die Registeranmeldung wesensprägend. Die weiteren darin zur Eintragung

vorgesehenen Veränderungen vervollständigen als gesetzliche Regelfolgen diesen Anmeldebestand, mit dem die vormals werbende Gesellschaft nunmehr als Abwicklungsgesellschaft dem Rechtsverkehr gegenüber öffentlich gemacht werden soll.

15 Die Auflösung, wie sie vorliegend gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG von den Gesellschaftern beschlossen wurde, überführt die Gesellschaft unmittelbar von einer werbenden Gesellschaft in eine Abwicklungsgesellschaft, deren Zweck darauf gerichtet ist, die Gesellschaft zu beenden (vgl. BGH, Beschluss vom 7.5.2007, II ZB 21/06, ZIP 2007, 1367 Rdnr. 12). Die gemäß § 65 Abs. 1 Satz 1 GmbHG notwendige Eintragung im Handelsregister ist für die Auflösung nicht konstitutiv (BGH, Urteil vom 23.11.1998, II ZR 70/97, ZIP 1999, 281, 283). Bereits die Beschlussfassung leitet mit sofortiger Wirkung eine neue Phase im „Lebenszyklus“ der Gesellschaft ein, deren organisationsrechtlichen Rahmen die §§ 66 bis 74 GmbHG vorgeben.

16 Durch die Auflösung der Gesellschaft verlieren die bisherigen Geschäftsführer ihre Vertretungsbefugnisse und werden, sofern – wie vorliegend – keine anderweitigen Regelungen getroffen worden sind, zu den „geborenen“ Liquidatoren der Gesellschaft (Grundsatz der „Amtskontinuität“, vgl. BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 255/07, ZIP 2009, 34, Rdnr. 9 ff.). Eine Beschlussfassung über ihre Bestellung ist nicht schädlich, ihrer bedarf es aber zur wirksamen Organstellung als Liquidatoren in diesem Fall ebenso wenig wie einer Eintragung im Handelsregister. Als notwendige Organe der Abwicklungsgesellschaft nehmen sie fortan – wie die Geschäftsführer einer werbend tätigen GmbH – die Geschäftsführungs- und Vertretungsfunktion innerhalb der Gesellschaft wahr (vgl. *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 11. Aufl., § 66 Rdnr. 2). Neben der Auflösung der Gesellschaft ist auch dieser Funktionswechsel gemäß § 67 Abs. 1 GmbHG aus Gründen der Publizität zur Eintragung im Register anzumelden, was zugleich zum Erlöschen ihrer Vertretungsbefugnisse als Geschäftsführer – einer Kehreseite gleichend – führt. Wie schon zur werbenden Gesellschaft ist ferner die abstrakte Vertretungsbefugnis der Liquidatoren (erneut) anmeldepflichtig, um die generellen Vertretungsverhältnisse innerhalb der Abwicklungsgesellschaft im Rechtsverkehr offen zu legen (vgl. BGH, Beschluss vom 7.5.2007, II ZB 21/06, ZIP 2007, 1367 Rdnr. 11).

17 Die Auflösung der Gesellschaft lässt sich vor diesem Hintergrund nur als einheitlicher Rechtsvorgang begreifen, wie es im Übrigen auch im vergleichbaren Fall der (Erst-)Anmeldung einer werbenden Kapitalgesellschaft nach ganz einhelliger Auffassung im Schrifttum der Fall ist, die ohne weitere kostenrechtliche Auswirkungen die Anmeldung der ersten Geschäftsführer wie auch ihrer abstrakten Vertretungsbefugnis umfasst (vgl. nur *Diehn/Volpert*, Praxis des Notarkostenrechts, Rdnr. 989; *Ländernotarkasse*, Leipziger Kostenspiegel, Teil 21 Rdnr. 118; *Gustavus*, Handelsregisteranmeldungen, 8. Aufl., A 91a; *Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Bormann*, GNotKG, 2. Aufl., § 111 Rdnr. 14; *Diehn*, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl., Rdnr. 1158).

18 bb) Soweit § 111 Nr. 3 GNotKG bestimmt, dass eine Anmeldung zu einem Register als besonderer Beurkundungsgegenstand gilt, steht dies der Annahme einer Erklärungseinheit

nicht entgegen. Liegt dem Beurkundungsverfahren nur ein Beurkundungsgegenstand zugrunde – wie vorliegend die Erstellung eines alle oben genannten Vorgänge umfassenden Entwurfs einer Handelsregisteranmeldung –, ist der Anwendungsbereich der §§ 109 ff. GNotKG nicht eröffnet. Die Regelung des § 111 GNotKG steht im systematischen Kontext zu § 109 GNotKG. Dieser kommt nur dann zur Anwendung, wenn mehrere Beurkundungsgegenstände gemäß § 86 Abs. 1 GNotKG in einem Beurkundungsverfahren zusammen treffen (Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Bormann, GNotKG, 2. Aufl., § 109 Rdnr. 10; Korintenberg/Diehn, GNotKG, 19. Aufl., § 109 Rdnr. 13). § 86 Abs. 2 GNotKG stellt diese Voraussetzung ausdrücklich klar. Auch § 109 GNotKG legt sie tatbestandlich zugrunde, dem zufolge unter bestimmten Bedingungen bei Zusammentreffen mehrerer „Rechtsverhältnisse“, die gemäß § 86 Abs. 1 GNotKG jeweils einen eigenen Beurkundungsgegenstand darstellen, ausnahmsweise von einer Wertaddition abzusehen ist. Für die §§ 110, 111 GNotKG, die den Anwendungsbereich des § 109 GNotKG einschränken, gilt nichts anderes. Erst für den Fall, dass eine Registeranmeldung als (besonderer) Beurkundungsgegenstand im Sinne von § 86 Abs. 1 GNotKG auf einen anderen (besonderen) Beurkundungsgegenstand innerhalb eines Beurkundungsverfahrens trifft, sind die einzelnen Werte zu addieren. Von dieser Regelungssystematik ging ersichtlich auch der Gesetzgeber aus, wenn es in der Gesetzesbegründung heißt, dass „mehrere Registeranmeldungen beispielsweise stets gesondert zu bewertende Gegenstände“ seien (BT-Drucks. 17/11471 [neu], S. 178, 186). Erschöpft sich der Entwurf der Registeranmeldung wie hierin der Eintragung eines einheitlichen Rechtsvorgangs, handelt es sich um einen Beurkundungsgegenstand, der erst im Fall des Zusammentreffens mit weiteren Beurkundungsgegenständen als besonderer im Sinne von § 111 Nr. 3 GNotKG gesondert zu bewerten ist.

19 cc) Dieses Ergebnis steht in Kontinuität mit der Rechtslage nach § 44 KostO a. F. bis zum Inkrafttreten des Gesetzes über Kosten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für Gerichte und Notare. Unter Geltung der Kostenordnung bestand Einigkeit darüber, dass es Fallkonstellationen geben sollte, in denen der Entwurf einer Handelsregisteranmeldung, die mehrere Tatsachen zur Eintragung im Register vorsah, mit dem einfachen Geschäftswert zu bemessen sei. Dies war anerkannt für die Eintragung der durch Gesellschafterbeschluss herbeigeführten Auflösung der Gesellschaft nebst Anmeldung der bisherigen Geschäftsführer als Liquidatoren (so OLG Oldenburg, GmbHR 2005, 367 m. zust. Anm. Tiedtke, ZNotP 2005, 160; Würzburger Notarhandbuch/Tiedtke, 2005, Teil 5, Kap. 9 Ziffer 4 Rdnr. 1214; Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug KostO, 9. Aufl., Rdnr. 827; Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, § 13 Rdnr. 817; H. Schmidt/Sikora/Tiedtke, Praxis des Handels- und Kostenrechts, 5. Aufl., Rdnr. 2026; Gustavus, Handelsregisteranmeldungen, 7. Aufl., A 115; Rohs/Wedewer/Rohs, Kostenordnung, Stand: Dezember 2009, § 44 Rdnr. 14; a. A. Ländernotarkasse, Leipziger Kostenspiegel, Teil 21 Rdnr. 148). Normativ verankert wurde diese Annahme vielfach bei der Regelung zur Gegenstandsgleichheit in § 44 Abs. 1 KostO a. F. (vgl. etwa Würzburger Notarhandbuch/Tiedtke, 2005, Teil 5, Kap. 9 Ziffer 4 Rdnr. 1214), andere stufte die Anmeldung

der Liquidatoren als Erklärung ein, die neben der eigentlichen Anmeldung kraft gesetzlicher Vorschrift abzugeben sei und zum Inhalt der eigentlichen Anmeldung als einem Rechtsvorgang gehöre, sodass sie kostenrechtlich unbeachtlich bleibe (vgl. Rohs/Wedewer/Rohs, Kostenordnung, § 44 Rdnr. 14; H. Schmidt/Sikora/Tiedtke, Praxis des Handels- und Kostenrechts, 5. Aufl., Rdnr. 2021).

20 dd) Der Annahme eines einheitlichen Rechtsvorgangs steht im Gegensatz zur Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht entgegen, dass es bei Auflösung der Gesellschaft durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG nicht zur Eintragung eines Liquidators kommt. Der Geschäftsführer wird in diesem Fall nicht durch einen Liquidator ersetzt, vgl. § 66 Abs. 1 GmbHG, sodass weder eine Anmeldung noch eine Eintragung von Liquidatoren erfolgt (vgl. Krafa/Kühn, Registerrecht, 9. Aufl., Rdnr. 1143). Der Geschäftsführer bleibt weiterhin Organ der Gesellschaft.

ANMERKUNG:

Von Notariatsoberrat **Werner Tiedtke**, Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

1. Allgemein

Der BGH hat entschieden, dass bei der Anmeldung der Auflösung der GmbH, der Abberufung der Geschäftsführer und deren Anmeldung als Liquidatoren einschließlich deren abstrakter Vertretungsbefugnis von nur *einer* Anmeldung auszugehen ist. Es läge ein einheitlicher Anmeldevorgang vor, wobei die Auflösung der Gesellschaft für die Registeranmeldung wesensprägend sei und durch die weiteren Veränderungen in der gesetzlichen Regelfolge vervollständigt würden. Die Anmeldung der Auflösung und die Anmeldung des Erlöschens der Geschäftsführungsbefugnis sowie die Bestellung des bisherigen Geschäftsführers zum Liquidator gemäß § 67 Abs. 1 GmbHG seien kostenrechtlich als ein Beurkundungsgegenstand anzusehen: Zu bewerten sei also nur eine Anmeldung. Im Ergebnis ist dem zu folgen, soweit die Anmeldung durch den „geborenen“ Liquidator vorgenommen wird. Nur dieser Fall wurde vom BGH entschieden.¹ Ob auch dann von nur einem Anmeldegegenstand im Sinne von § 86 Abs. 1 GNotKG auszugehen ist, wenn ein Dritter zum Liquidator bestellt wird, muss ebenso untersucht werden wie die möglichen Auswirkungen auf andere Anmeldungen, bei denen ein Anmeldebestand mit anderen zusammenhängt. Dabei ist nicht allein entscheidend, wie die der Entscheidungsbegründung zugrundeliegenden Argumente des BGH einzuordnen sind, sondern vor allem und in erster Linie die gesetzlichen Vorgaben, die weder durch die Literatur noch durch die Rechtsprechung in ihrem Normzweck ausgehebelt werden können.²

¹ Siehe Rdnr. 13 der Entscheidungsbegründung.

² Bereits zu weitgehend H. Schmidt, GmbHR 2017, 95, 98, in einer Kommentierung zur hier besprochenen Entscheidung, da bei Registeranmeldungen die Wertungsgrundsätze des § 109 Abs. 1 GNotKG gerade keine Rolle spielen und § 109 Abs. 2 GNotKG ohnehin nicht anwendbar ist.

2. System der §§ 86, 109, 110 und 111 GNotKG

§ 86 Abs. 1 Hs. 1 GNotKG (über § 119 Abs. 1 GNotKG ist diese Vorschrift auch auf Entwurfsfertigungen anzuwenden) regelt den Grundsatz, dass Beurkundungsgegenstand das Rechtsverhältnis ist, auf das sich die Erklärungen beziehen. Gemäß § 86 Abs. 2 GNotKG liegen bei Zusammenfassung mehrerer Rechtsverhältnisse in einer Niederschrift oder in einem Entwurf verschiedene Beurkundungsgegenstände, hier verschiedene Anmeldegegenstände, vor, soweit in § 109 GNotKG nichts anderes bestimmt ist.

§ 109 Abs. 1 GNotKG ordnet für mehrere Rechtsverhältnisse innerhalb einer Niederschrift oder eines Entwurfs *denselben* Beurkundungsgegenstand an, wenn die Rechtsverhältnisse zueinander in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen und das eine Rechtsverhältnis unmittelbar dem Zweck des anderen Rechtsverhältnisses dient. Namentlich gilt dies nur (§ 109 Abs. 1 Satz 2 GNotKG), wenn das andere Rechtsverhältnis der Erfüllung, Sicherung oder sonstigen Durchführung des einen Rechtsverhältnisses dient.

Derselbe Beurkundungsgegenstand liegt nach den Vorgaben des § 109 Abs. 2 GNotKG auch in den dort näher geregelten Fällen vor. Betroffen sind Sachverhalte, für die gerade nicht das noch in § 109 Abs. 1 GNotKG geforderte Abhängigkeitsverhältnis vorliegen muss. Vielmehr hat der Gesetzgeber häufig in der Praxis vorkommende Sachverhalte unabhängig davon, ob diese im Verhältnis der Erfüllung, Sicherung oder sonstigen Durchführung stehen, konkret geregelt. Bei § 109 Abs. 2 GNotKG handelt sich um eine abschließende Aufzählung der betroffenen Sachverhalte; eine Ausweitung oder eine Analogie auf andere Sachverhalte ist damit ausgeschlossen, keines der Elemente ist analogiefähig.³ Insbesondere die kostenrechtliche Einordnung von Beschlüssen, je nach Ablauf des Beschlusses derselbe Gegenstand oder verschiedene Gegenstände, fand eine nicht unwesentliche Berücksichtigung (§ 109 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. a) bis g) GNotKG).

§ 110 GNotKG regelt Rückausnahmen von § 109 Abs. 1 GNotKG. Er betrifft Fälle, die noch unter dem Regime der KostO denselben Gegenstand betrafen, weil das in der Vorgängervorschrift des § 44 Abs. 1 KostO bereits geregelte Abhängigkeitsverhältnis (Sicherung, Erfüllung und Durchführung) einschlägig war bzw. jedenfalls von der Rechtsprechung so gesehen wurde. Ausgangsüberlegung für § 110 GNotKG war die Beseitigung der uneinheitlichen Rechtsprechung über die Sachverhalte der Nrn. 1-3 des § 110 GNotKG unabhängig davon, ob bei Anwendung der Wertungsgrundsätze des § 109 Abs. 1 GNotKG tatsächlich von demselben Beurkundungsgegenstand auszugehen ist oder nicht. Ohne die Sonderstellung in § 110 GNotKG kann für die dort genannten Sachverhalte derselbe Beurkundungsgegenstand vorliegen. Die Literatur bezeichnet diese Rückausnahmen als „relative Gegenstandsverschiedenheit“. Rechtsprechung und Literatur sind an diese gesetzliche Einordnung gebunden. Obwohl nach zivilrechtlicher Betrachtung eine Geschäftsführerbestellung durch Beschluss in der Nie-

derschrift über die Gründung der GmbH im Abhängigkeitsverhältnis zur Gründung steht und damit von einer Durchführungserklärung auszugehen wäre, verbietet § 110 Nr. 1 GNotKG die Annahme *desselben* Beurkundungsgegenstandes. Gleiches gilt beispielsweise bei Zusammenbeurkundung einer Geschäftsanteilsabtretung unter Mitbeurkundung eines nach der Satzung erforderlichen Zustimmungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung. Dass der Beschluss der Erfüllung und Durchführung der Geschäftsanteilsabtretung dient, ist unzweifelhaft. Durch § 110 Nr. 1 GNotKG wird dies bestätigt und durch gesetzliche Norm aufgehoben und zu verschiedenen Gegenständen erklärt.

Komplettiert wird der Bereich mehrerer Beurkundungsgegenstände in einer Niederschrift oder in einem Entwurf durch § 111 GNotKG. Insgesamt vier Sachverhalte werden zu besonderen Gegenständen bestimmt, ohne dass es darauf ankommt, ob ein Abhängigkeitsverhältnis besteht oder nicht.⁴ Es ist weder zu klären, ob das eine Rechtsverhältnis der Erfüllung, Sicherung oder Durchführung eines anderen Rechtsverhältnisses dient, noch muss geprüft werden, ob eine Ausnahme gemäß § 110 GNotKG zu § 109 GNotKG vorliegt. Bei diesen Sachverhalten liegt eine „absolute Gegenstandsverschiedenheit“ vor, und zwar nicht nur im Verhältnis zu bestimmten anderen Gegenständen, sondern im Verhältnis zu allen denkbaren anderen Gegenständen.⁵ In der Gesetzesbegründung wird weiter ausgeführt: „Trifft ein besonderer Gegenstand mit einem anderen Gegenstand zusammen, werden deren Werte stets addiert. Dies soll auch dann gelten, wenn mehrere der in § 111 GNotKG genannten besonderen Gegenstände aufeinandertreffen. So sind mehrere Registeranmeldungen beispielsweise stets gesondert zu bewertende Gegenstände.“ An dieser gesetzgeberischen Vorgabe muss jede Einordnung zum Beispiel mehrerer Registeranmeldungen als besondere Anmeldeatbestände gemessen werden. Ein Abhängigkeitsverhältnis mehrerer Anmeldeatbestände, wie bei Anwendung des § 109 Abs. 1 GNotKG verlangt, ist daher nicht zu prüfen und für das kostenrechtliche Ergebnis irrelevant.⁶ Eine Bewertungseinheit ist auch dann ausgeschlossen, wenn es sich um mehrere gleichartige Rechtsverhältnisse handelt.⁷

3. Definition des Anmeldegegenstandes

Jede zu einem Register anzumeldende Tatsache ist grundsätzlich ein eigener Beurkundungsgegenstand im Sinne von § 86 Abs. 2 GNotKG. Jede einzelne Registeranmeldung ist bei Zusammenfassung mehrerer Anmeldeatbestände in einer Registeranmeldung gesondert zu betrachten.⁸ Es kommt nicht auf die mehr oder weniger zufällige Zusammenfassung in einer Urkunde an.

3 Korintenberg/Diehn, GNotKG, 19. Aufl., § 109 Rdnr. 71 m. Hinweis auf BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 187.

4 So auch der BGH unter Rdnr. 18 der hier besprochenen Entscheidung: „Der Anwendungsbereich der §§ 109 ff. GNotKG ist nicht eröffnet.“

5 Vgl. BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 189.

6 Korintenberg/Diehn, a. a. O., § 111 Rdnr. 21.

7 Korintenberg/Diehn, a. a. O., § 111 Rdnr. 3.

8 So auch Korintenberg/Diehn, a. a. O., § 111 Rdnr. 26; Renner/Otto/Heinze, Leipziger Gerichts- & Notarkosten-Kommentar, 2. Aufl., § 111 Rdnr. 6.

Verstärkt wird diese Betrachtungsweise zusätzlich durch die §§ 105 und 109 Abs. 2 GNotKG. Gerade zu Gesellschafterbeschlüssen hat der Gesetzgeber ausdrücklich zur Vermeidung der Annahme mehrerer Beschlüsse die nachfolgenden Regelungen gesetzlich festgelegt, dass nur *ein* Beschluss vorliegt bei (§ 109 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4):

- Buchst. a): Jeder Beschluss und eine damit im Zusammenhang stehende Satzungsänderung, wie zum Beispiel Beschluss über die Sitzverlegung und Anpassung der betreffenden Satzungsbestimmung.
- Buchst. b): Beschluss über eine Kapitalerhöhung oder -herabsetzung und die weiteren damit im Zusammenhang stehenden Beschlüsse.
- Buchst. c): Mehrere Änderungen des Gesellschaftsvertrages oder der Satzung, deren Gegenstand keinen bestimmten Geldwert hat.
- Die Buchst. d) bis f) betreffen Beschlüsse über Wahlen und Entlastung von Verwaltungsträgern. Bei Zusammentreffen mehrerer Wahlen, Entlastungen oder einer Kombination von beiden kommt es auf das Abstimmungsverhalten an, ob derselbe Beurkundungsgegenstand (einheitliche Abstimmung) oder verschiedene Beurkundungsgegenstände (Einzelabstimmungen) vorliegen.
- Buchst. g) regelt die Gegenstandsgleichheit von Beschlüssen von Organen verschiedener Vereinigungen bei Umwandlungsvorgängen, sofern die Beschlüsse denselben Beschlussgegenstand haben. Ein Abhängigkeitsverhältnis, nämlich eine Durchführungs- oder Erfüllungshandlung nach § 109 Abs. 1 GNotKG kann zum Beispiel nur zum Verschmelzungsvertrag vorliegen, nicht jedoch im Verhältnis des einen Beschlusses zum anderen.

Für Registeranmeldungen enthält das GNotKG keine vergleichbaren Regelungen, sodass für jeden Anmeldetatbestand stets von einem besonderen Gegenstand im Sinne von § 111 Nr. 3 GNotKG auszugehen ist. Anders als bei Beschlüssen hat der Gesetzgeber mit Ausnahme von § 105 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 GNotKG (Sonderrechtsnachfolge bei Kommanditisten, Beteiligungsumwandlung bei Kommanditisten und persönlich haftenden Gesellschaftern) keine Fälle mit demselben Beurkundungsgegenstand geregelt, was die Sonderstellung des § 111 Nr. 3 GNotKG zusätzlich verstärkt. Damit kann ausschließlich über § 86 Abs. 1 GNotKG geklärt werden, wie weit der Begriff des Rechtsverhältnisses als Beurkundungsgegenstand im Einzelfall reicht.

Es kommt somit maßgeblich darauf an, ob trotz Vorlage mehrerer Anmeldetatbestände von nur einer einzigen Anmeldung auszugehen ist, wenn entweder gesetzlich vorgegeben oder durch Auslegung von unselbstständigen Anmeldungen nur eine Tatsache vorliegt. Ein Abhängigkeitsverhältnis mehrerer Anmeldungen ist wegen Nichtanwendbarkeit von § 109 Abs. 1 GNotKG ausgeschlossen. Die Einordnung kann somit, soweit nicht § 105 GNotKG Sonderfälle regelt, nur und ausschließlich durch die Begriffsdefinition nach § 86 Abs. 1 GNotKG erfolgen.

Die Sonderstellung des § 111 Nr. 3 GNotKG zeigt sich schon an § 105 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6, Hs. 2 GNotKG: „Ist ein

Kommanditist als Nachfolger eines anderen Kommanditisten (...) einzutragen, ist die einfache Kommanditeinlage maßgebend“. Gleiches gilt bei Beteiligungsumwandlung (persönlich haftender Gesellschafter wird Kommanditist oder umgekehrt). Diese Einordnung als derselbe Gegenstand wäre ohne die besondere Regelung nach § 111 Nr. 3 GNotKG nicht gegeben, denn es werden das Ausscheiden des bisherigen Kommanditisten und zusätzlich der Eintritt des Rechtsnachfolgers angemeldet, also zwei Registertatsachen. § 111 Nr. 3 GNotKG regelt die absolute Gegenstandsverschiedenheit mehrerer Registeranmeldungen, selbst wenn gemäß § 109 Abs. 1 GNotKG, wie hier, ein Abhängigkeitsverhältnis anzunehmen wäre. *Eine* Anmeldung liegt daher nur aufgrund Sonderregelung nach § 105 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 GNotKG vor.

§ 86 Abs. 1 GNotKG definiert den Beurkundungsgegenstand nach dem Rechtsverhältnis, auf das sich die Erklärungen beziehen; bei Tatsachenbeurkundungen ist die Tatsache oder der beurkundete Vorgang als Beurkundungsgegenstand anzusehen.

Der Rechtsverhältnisbegriff im Sinne dieser Norm kann in bestimmten Fällen auch mehrere Anmeldetatbestände zu einem Rechtsverhältnis, also einer Anmeldung zusammenfassen. Trotz fehlender Regelung wird man wie beim Beschluss (dort § 109 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. a) GNotKG) von der einheitlichen Anmeldung einer Registertatsache ausgehen müssen, wenn zum Beispiel die Sitzverlegung einer GmbH und die damit im Zusammenhang stehende Änderung der Satzung angemeldet werden. Es werden zwar zwei Tatsachen angemeldet, diese bilden aber zusammen das Rechtsverhältnis nach § 86 Abs. 1 GNotKG. Die Literatur hat für weitere Anmeldeverfahren ein einheitliches Rechtsverhältnis und damit einen einheitlichen Anmeldetatbestand unter dem Begriff „notwendige Erklärungseinheit“ herausgebildet, siehe hierzu nachfolgend unter Ziffer 6.

4. Anmeldung der Auflösung der GmbH, bisheriger Geschäftsführer wird Liquidator

Unter Beachtung des unter Ziffer 3. dargelegten Systems hat der BGH für die Anmeldung der Auflösung der Gesellschaft zusammen mit den weiteren Anmeldetatbeständen infolge der gesetzlichen Vorgaben eine einheitliche Anmeldung und damit eine einheitliche „notwendige Erklärungseinheit“ angenommen. Bei der Anmeldung der Auflösung der Gesellschaft und der Anmeldung der bisherigen Geschäftsführer als Liquidatoren läge nur *ein* Beurkundungsgegenstand nach § 86 Abs. 1 GNotKG vor. Neben der Auflösung der Gesellschaft komme dem Erlöschen der Vertretungsbefugnis der bisherigen Geschäftsführer wie auch deren Eintragung als Liquidatoren der Gesellschaft keine eigenständige, kostenrelevante Bedeutung zu (Stichwort: Amtskontinuität). Deshalb stellen sich die anmeldepflichtigen Veränderungen als Erklärungseinheit und damit als einheitlicher Beurkundungsgegenstand nach § 86 Abs. 1 GNotKG dar. Hierzu gehört auch die abstrakte Vertretungsbefugnis der Liquidatoren (erneut anmeldepflichtig), um die generellen Vertretungsverhältnisse innerhalb der Abwicklungsgesellschaft im Rechtsverkehr offen zu legen.⁹ Der Se-

⁹ BGH, Beschluss vom 7.5.2007, II ZB 21/06, ZIP 2007, 1367, Rdnr. 11.

nat stellt fest, dass die Auflösung der Gesellschaft diese unmittelbar von einer verbenden Gesellschaft in eine Abwicklungsgesellschaft überführt, deren Zweck darauf gerichtet ist, die Gesellschaft zu beenden.¹⁰ Bei der Anmeldung der Auflösung handele es sich nicht um konstitutive, sondern um deklaratorische Anmeldungen, mit der im Handelsregister lediglich die mit Beschlussfassung eintretende neue Phase im „Lebenszyklus“ der Gesellschaft offen gelegt wird, deren organisationsrechtlichen Rahmen die §§ 66 bis 74 GmbHG vorgeben. Solange die Auflösung mit einer Liquidation durch den „geborenen Liquidator“ angemeldet wird, liegt nur eine zu bewertende Anmeldung vor, weil die gesetzlich eingetretenen Rechtsfolgen zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden.¹¹ Jeder ändernde Eingriff in diesen gesetzlichen Ablauf, wenn etwa nicht der bisherige Geschäftsführer, sondern ein Dritter zum Liquidator bestellt wird, sprengt den Rechtsbegriff des einheitlichen Rechtsverhältnisses (siehe hierzu nachfolgend Ziffer 5.)

5. Anmeldung der Auflösung der GmbH, Liquidator wird ein Dritter

Der BGH sieht eine einheitliche Registeranmeldung und damit nur einen Beurkundungsgegenstand nach § 86 Abs. 1 GNotKG, wenn der bisherige Geschäftsführer als Liquidator angemeldet wird.¹² Er hat sich nicht geäußert und auch keine Hinweise dazu gegeben, ob auch dann nur ein Anmeldetatbestand vorliegt, wenn mit der Anmeldung der Auflösung der GmbH nicht der bisherige Geschäftsführer, sondern ein Dritter zum Liquidator bestellt und zur Eintragung angemeldet wird. In diesem Falle wird die Kette der gesetzlichen Abwicklungsvorgaben unterbrochen, da durch gesellschaftsvertragliche Regelung oder durch einen Gesellschafterbeschluss ein Dritter (§ 66 Abs. 1 GmbHG) zum Liquidator bestellt wird. Derselbe Beurkundungsgegenstand ist mit Blick auf § 111 Nr. 3 GNotKG zur Person des Liquidators in dieser Konstellation abzulehnen (Stichwort: Personenwechsel).

Jeder Wechsel in der Person eines Verwaltungsträgers ist gemäß § 111 Nr. 3 GNotKG als eigenständige und verschiedene Anmeldung anzusehen. Das hat der BGH schon unter Geltung der KostO in der Weise entschieden.¹³ Es ist nicht auf die Organschaft als solche abzustellen, auch nicht darauf, ob zum Beispiel mehreren zur Eintragung angemeldeten Geschäftsführern Einzel- oder Gesamtvertretungsbefug-

nis erteilt wird, sondern einzig auf die Veränderungen in den Personen. Jede Anmeldung zu einer bestimmten Person ist als eine Registertatsache zu verstehen. An diesen Bewertungsgrundsätzen hat sich durch Einfügung des in seinem Regelungsumfang unter Geltung der KostO unbekanntes § 111 Nr. 3 GNotKG und die damit verbundene Herausnahme aus dem System der §§ 86 Abs. 1, 2, 109 Abs. 1 GNotKG nichts geändert. Gerade wegen der absoluten Gegenstandsverschiedenheit nach § 111 Nr. 3 GNotKG hätte der Gesetzgeber dies konkret regeln müssen, wie in § 109 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. a-g GNotKG für bestimmte Sachverhalte bei Beschlüssen. Die Einordnung der Anmeldung zweier Geschäftsführer mit Gesamtvertretungsbefugnis zu einem einheitlichen Beurkundungsgegenstand gemäß § 86 Abs. 1 GNotKG scheidet schon daran, dass sich keine der beiden Anmeldungen als das „Rechtsverhältnis“ heraushebt, zu dem die andere Anmeldung von untergeordneter Bedeutung und damit ohne kostenrechtliche Relevanz wäre.¹⁴ Die Anmeldungen sind vielmehr nebeneinander stehende gleichwertige Anmeldetatbestände und damit zwei gesonderte Beurkundungsgegenstände nach § 111 Nr. 3 GNotKG.¹⁵

Wird der bisherige Geschäftsführer, der nach gesetzlichen Vorgaben Liquidator wird, abberufen und durch Beschluss ein Dritter zum Liquidator bestellt, spricht vieles dafür, dass bei der Anmeldung dieser Tatsachen sogar drei Registerstatbestände im Sinne von § 111 Nr. 3 GNotKG vorliegen (Anmeldung der Auflösung der GmbH, Abberufung des „geborenen“ Geschäftsführers und Anmeldung des Dritten als Liquidator).

6. Fälle notwendiger Erklärungseinheiten bzw. eines einheitlichen Rechtsverhältnisses und Abgrenzungsfragen

Liegen mehrere Registeranmeldungen in einem einheitlichen Anmeldevorgang vor, ist der Anwendungsbereich des § 109 GNotKG nicht eröffnet; vielmehr muss im Einzelfall geprüft werden, ob die aus mehreren Teilen bestehende Tatsache als ein Rechtsverhältnis im Sinne von § 86 Abs. 1 GNotKG anzusehen ist oder ob verschiedene Rechtsverhältnisse vorliegen. Dabei ist nicht auf ein in § 109 Abs. 1 GNotKG beschriebenes Abhängigkeitsverhältnis abzustellen, sondern allein auf den inneren Zusammenhang der mehreren Tatsachen.

a) Eine Registertatsache und damit ein Rechtsverhältnis

Prototypisch für die Annahme *einer einzigen Anmeldung* trotz Anmeldung mehrerer Tatsachen ist die Anmeldung einer neu errichteten GmbH, des Geschäftsführers, seiner konkreten Vertretungsberechtigung und der abstrakt geregelten Vertretungsbefugnis. Der Grund für die Annahme nur einer Anmeldung besteht nicht nur darin, dass die eine Anmeldung ohne die andere keinen Sinn macht, vielmehr ist die Anmeldung des Geschäftsführers überhaupt nicht mög-

10 Rdnr. 15 der Entscheidungsbegründung.

11 Vgl. Rdnr. 19 der Entscheidungsbegründung mit Hinweis auf die umfangreiche Meinung in Rechtsprechung und Literatur.

12 Siehe hierzu Rdnr. 16 der Entscheidungsbegründung mit Hinweis auf BGH, Urteil vom 23.11.1998, II ZR 70/97, ZIP 1999, 281, 283 = GmbHR 2009, 212 Rdnr. 9 ff.

13 Beschluss vom 21.11.2002, V ZB 29/02, MittBayNot 2003, 235; und schon davor: OLG Frankfurt a. M., Beschlüsse vom 13.12.1962, 6 W 592, DNotZ 1964, 244, und vom 15.6.1966, 6 W 665/65, DNotZ 1967, 332; OLG Hamm, Beschluss vom 15.12.1970, 15 W 306/70, Rpfleger 1971, 156; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 26.9.1962, 3 W 49/62, DNotZ 1963, 500; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 12.9.2000, 3 W 201/00, MittBayNot 2000, 577; KG, Beschluss vom 21.3.2000, 1 W 8921/98, MittBayNot 2000, 338; OLG Celle, Beschluss vom 9.4.2001, 8 W 268/99, ZNotP 2002, 123.

14 So der BGH unter Rdnr. 13 der Entscheidungsbegründung zur Auslegung des Gegenstandsbegriffs.

15 A. A. H. Schmidt, GmbHR 2017, 99: nur eine Anmeldung.

lich ohne die Anmeldung der GmbH. Gleiches gilt für die anderen Anmeldebestandteile. Diese Zusammengehörigkeit macht sie zu einem Rechtsverhältnis. Mit der gleichen Argumentation sieht der BGH mit Recht den Auflösungsprozess bei einer GmbH mit Anmeldung der mit Auflösungsbeschluss eintretenden gesetzlichen Folgen, deren Eintragung nur noch deklaratorische Wirkung hat. Wird ein Dritter Liquidator („gekorener Liquidator“), erfolgt ein Eingriff in die gesetzliche Folge, die angemeldet werden muss. Dann liegen verschiedene Gegenstände vor (siehe nachfolgend b).

Außerhalb der Anmeldung eines Gründungsvorgangs oder der Auflösung einer GmbH können nur noch wenige Anmeldungen mehrerer Registertatsachen als ein einheitliches Rechtsverhältnis angesehen werden. § 111 Nr. 3 GNotKG gibt hierzu wenig Spielraum. In der Literatur werden folgende Fälle als *eine* Anmeldung angesehen,¹⁶ weil die eine Anmeldung nicht ohne die andere Anmeldung möglich ist:

- Anmeldung der Neugründung einer GmbH mit Geschäftsführern einschließlich der inländischen Geschäftsanschrift;¹⁷ eine Mit anmeldung einer Prokura ist dagegen ein verschiedenes Rechtsverhältnis.¹⁸
- Anmeldung der Neufassung der Satzung, soweit es sich um Anmeldungen ohne bestimmten Geldwert handelt. Werden zusätzlich Satzungsänderungen mit einem bestimmten Geldwert angemeldet (zum Beispiel Kapitalerhöhung mit Änderung der entsprechenden Satzungsbestimmung), liegen insoweit verschiedene Rechtsverhältnisse vor.¹⁹
- Anmeldung der Neufassung der Satzung (nur Änderungen mit unbestimmtem Geldwert). Werden zusätzlich jedoch anmeldepflichtige Tatsachen zur Eintragung angemeldet, haben diese kostenrechtlich eine Eigenständigkeit und betreffen gesonderte Registertatsachen.²⁰ Betrifft die Anmeldung einzelne nach § 10 Abs. 1 und 2 GmbHG genannte Regelungen, müssen diese ausdrücklich in der Anmeldung genannt und kostenrechtlich bewertet werden.²¹ Es handelt sich hierbei um die Anmeldung der Firma, eines neuen Sitzes und des Gegenstandes des Unternehmens. Hinzu kommt die Anmeldung einer neuen inländischen Geschäftsanschrift.²²
- Anmeldung eines Geschäftsführers einschließlich seiner Vertretungsbefugnis.
- Anmeldung einer OHG, deren Gesellschafter und ihrer Vertretungsbefugnis.

- Anmeldung einer Kapitalmaßnahme einschließlich der entsprechenden Satzungsänderung.
- Anmeldung der Liquidationsbeendigung und der Erlöschens der Firma.
- Anmeldung der Auflösung der GmbH, der Beendigung der Geschäftsführerbefugnis und der bisherigen Geschäftsführer zu Liquidatoren einschließlich der konkreten und abstrakten Vertretungsbefugnis; anders jedoch, wenn ein Dritter zum Liquidator bestellt wird.
- Anmeldung der Fortsetzung einer aufgelösten GmbH, Abberufung des Liquidators und seine Bestellung zum Geschäftsführer.²³

b) Mehrere Registertatsachen und damit mehrere Rechtsverhältnisse

Mehrere Tatsachen liegen insbesondere vor, wenn Anmeldungen zu verschiedenen Personen erfolgen, da es hier nicht um die Organschaft selbst geht, sondern ausschließlich um die in einer Person liegenden Änderungen. Das hat der BGH noch unter dem Regime der KostO entschieden,²⁴ woran sich auch nach dem Inkrafttreten des GNotKG nichts geändert hat. Andernfalls käme dies einer Rückkehr zu einer lange überholten Betrachtungsweise gleich. § 111 Nr. 3 GNotKG untermauert die Gegenstandsverschiedenheit („absolute Gegenstandsverschiedenheit“) zusätzlich und schwächt sie nicht. Es bleibt deshalb auch dann bei mehreren Registeranmeldungen, wenn zum Beispiel zwei Geschäftsführer in einer Anmeldung zur Eintragung angemeldet werden, die (nur) gemeinsam zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt sind. Es liegen zwei Registertatsachen vor. Allein die Tatsache, dass die Anmeldung durch beide Geschäftsführer erfolgen muss, zwingt nicht zur Annahme eines einheitlichen Rechtsverhältnisses. Vielmehr spricht § 111 Nr. 3 GNotKG eindeutig dagegen (siehe im Übrigen vorstehend unter Ziffer 5). Gleiches gilt, wenn zugleich mit einem Geschäftsführer ein Prokurist angemeldet wird, der nur gemeinsam mit dem ebenfalls angemeldeten Geschäftsführer zur Vertretung berechtigt ist. In der Literatur werden folgende Fälle als *mehrere* Anmeldungen angesehen.²⁵ Auch die Rechtsprechung des BGH enthält keine Einschränkung, wonach bei Gesamtvertretung der angemeldeten Geschäftsführer von demselben Beurkundungsgegenstand auszugehen sei.²⁶

Beispielsfälle für mehrere Anmeldungen:

- Anmeldung einer neu gegründeten GmbH mit Anmeldung der Geschäftsführer einschließlich konkreter und abstrakter Vertretungsbefugnis, auch wenn mehrere

16 Z. B. *Korintenberg/Diehn*, a. a. O., § 111 Rdnr. 29.

17 So auch *Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Bormann*, § 111 Rdnr. 14.

18 *Korintenberg/Diehn*, a. a. O., § 111 Rdnr. 29.

19 Vgl. *Notarkasse A. d. ö. R.*, Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl., Rdnr. 991.

20 *Korintenberg/Diehn*, a. a. O., § 111 Rdnr. 31.

21 Hierzu OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 23.7.2003, 20 W 46/03, Rpfleger 2004, 427; OLG Hamm, Beschluss vom 12.7.2001, 15 W 136/01, NJW-RR 2002, 37; *Korintenberg/Diehn*, a. a. O., § 111, 31, 31.

22 *Bormann/Diehn/Sommerfeldt*, a. a. O., § 111 Rdnr. 14.

23 *Korintenberg/Diehn*, a. a. O., § 111 Rdnr. 29; a. A. *Gustavus*, Handelsregister-Anmeldungen, 8. Aufl., Rdnr. 180: drei Anmeldungen.

24 Beschluss vom 21.11.2002, V ZB 29/02, DNotZ 2003, 297 ff.

25 Z. B. *Korintenberg/Diehn*, a. a. O., § 111 Rdnr. 27, bei welchen keine „notwendige Erklärungseinheit“ vorliegt, weil jede Tatsache gesondert zu betrachten ist und es nicht auf eine mehr oder weniger zufällige Vereinigung in einer Urkunde ankommt.

26 Beschluss vom 21.11.2002, V ZB 29/02, DNotZ 2003, 297 ff.; und dem folgend: *Korintenberg/Tiedtke*, a. a. O., § 105, Rdnr. 98; Leipziger Gerichts- & Notarkosten-Kommentar/*Heinze*, a. a. O., § 105 Rdnr. 67.

Geschäftsführer angemeldet werden (insgesamt eine Anmeldung) und Anmeldung eines Prokuristen (eine weitere Anmeldung).

- Anmeldung der Auflösung einer GmbH, Abmeldung des bisherigen Geschäftsführers und seine Anmeldung als Liquidator (eine einheitliche Anmeldung) und Löschung einer Prokura (eine weitere Anmeldung).²⁷
- Anmeldung der Auflösung einer GmbH, Abmeldung des bisherigen Geschäftsführers und Anmeldung eines Dritten als Liquidator (drei Anmeldungen).
- Anmeldung der Sitzverlegung und der Änderung der Firma (zwei Anmeldungen); die damit zusammenhängenden Änderungen der Satzung betreffen jeweils denselben Beurkundungsgegenstand gemäß § 86 Abs. 1 GNotKG.²⁸
- Anmeldung der Neufassung der Satzung, ohne Sitzverlegung, Firmenänderung, Änderung der Unternehmensgegenstandes (eine Anmeldung) und Anmeldung einer Kapitalerhöhung mit entsprechender Satzungsänderung (eine weitere Anmeldung).
- Anmeldung eines Geschäftsführers und seine Abmeldung als Prokurist (zwei Anmeldungen).²⁹
- Bestellung und Abberufung mehrerer Mitglieder eines Vertretungsorgans, wie zum Beispiel Bestellung mehrerer Geschäftsführer, auch wenn diese nur gemeinschaftlich zur Vertretung befugt sind. Gleiches gilt bei Abberufung mehrerer Personen und auch dann, wenn die Bestellung von Mitgliedern eines Vertretungsorgans mit der Abberufung anderer Mitglieder zusammentrifft.
- Anmeldung der Änderung der Vertretungsbefugnis mehrerer Organschaftsmitglieder oder Prokuristen.

27 LG Düsseldorf, Beschluss vom 25.5.2016, 19 T 12/16, MittBayNot 2016, 548 = ZNotP 2016, 289 m. Anm. *Fackelmann*.

28 A. A. OLG Hamm, Beschluss vom 14.9.2016, 15 W 548/15, alle Satzungsänderungen, einschl. der Anmeldungen nach § 10 Abs. 1 GmbHG seien eine einheitliche Anmeldung; hiergegen wurde Rechtsbeschwerde zum BGH zugelassen.

29 So auch *Krafka/Willer*, 8. Aufl., Rdnr. 373.

ÖFFENTLICHES RECHT

20. Versagung der GrdstVG-Genehmigung wegen eines groben Missverhältnisses zwischen Preis und Grundstückswert – Maßgeblichkeit des Marktwerts

BGH, Beschluss vom 29.4.2016, BLw 2/12 (siehe auch EuGH, Urteil vom 16.7.2015, C-39/14; Vorinstanz: OLG Naumburg, Beschluss vom 31.7.2012, 2 Ww 12/10)

AEUV Art. 107, 108

LEITSÄTZE:

1. Unter dem Wert des Grundstücks im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG ist nicht mehr dessen innerlandwirtschaftlicher Verkehrswert, sondern dessen

Marktwert zu verstehen. Dieser Wert bestimmt sich nach dem Preis, den Kaufinteressenten – auch Nichtlandwirte – für das Grundstück zu zahlen bereit sind (Aufgabe von Senat, Beschluss vom 2.7.1968, V BLw 10/68, BGHZ 50, 297, 300).

2. **Auf ein grobes Missverhältnis zwischen dem Preis und dem Wert des Grundstücks gestützte Versagungen von Verkäufen an den Meistbietenden in einem offenen, transparenten und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahren sind nur dann rechtmäßig, wenn das Höchstgebot nicht den Marktwert widerspiegelt, sondern spekulativ überhöht ist. Maßgebendes Kriterium dafür sind in erster Linie die in dem jeweiligen Verfahren abgegebenen Gebote.**

SACHVERHALT:

1 I. Die Beteiligte zu 1 ist eine juristische Person des Privatrechts, die für Rechnung einer bundesunmittelbaren Anstalt des öffentlichen Rechts in den neuen Ländern ehemals volkseigene land- und forstwirtschaftliche Grundstücke an Private veräußert.

2 Mit notariellem Vertrag vom 31.8.2008 verkaufte die Beteiligte zu 1 eine ca. 2,6 ha große Landwirtschaftsfläche an die Beteiligten zu 2 und 3, die keine Landwirte sind. Der Verkauf erfolgte nach Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung, bei der die Beteiligten zu 2 und 3 das Höchstgebot abgegeben hatten. Mit Bescheid vom 5.6.2008 versagte die Genehmigungsbehörde (Beteiligte zu 4) die Genehmigung des Kaufvertrags nach dem GrdstVG. Die Entscheidung ist darauf gestützt, dass der vereinbarte Kaufpreis in einem groben Missverhältnis zu dem Wert des verkauften Grundstücks stehe.

3 Die Beteiligten zu 1 bis 3 haben eine gerichtliche Entscheidung mit dem Ziel beantragt, unter Aufhebung der behördlichen Entscheidung die Genehmigung zu erteilen. (...)

4 Der Senat hat mit Beschluss vom 29.11.2013 (veröffentlicht u. a. in WM 2014, 907 ff.) dem EuGH zur Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV die Frage vorgelegt, ob Art. 107 Abs. 1 AEUV einer nationalen Regelung wie § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG entgegensteht, welche es zur Verbesserung der Agrarstruktur einer dem Staat zu zurechnenden Einrichtung im Ergebnis verbietet, ein zum Verkauf stehendes landwirtschaftliches Grundstück an den Höchstbietenden einer öffentlichen Ausschreibung zu verkaufen, wenn das Höchstgebot in einem groben Missverhältnis zu dem Wert des Grundstücks steht. Der EuGH hat über die Vorlagefrage mit Urteil vom 16.7.2015 (C-39/14, ECLI: EU: C:2015:470, NVwZ 2015, 1747 = EuZW 2015, 752) entschieden.

5 II. Das Beschwerdegericht (dessen Entscheidung in NL-BzAR 2012, 468 ff. veröffentlicht ist) meint, aus den europarechtlichen Vorschriften über die Unzulässigkeit staatlicher Beihilfen (Art. 87 EGV, jetzt Art. 107 AEUV) ließe sich weder die Unanwendbarkeit des GrdstVG auf die von der Beteiligte zu 1 nach einem Ausschreibungsverfahren durchgeführten Verkäufe noch eine bestimmte Auslegung der Vorschrift über den Versagungsgrund des groben Missverhältnisses zwischen der Gegenleistung und dem Wert des Grundstücks (§ 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG) herleiten. Die den Flächenerwerb nach § 3 AusglLeistG betreffende Entscheidung des EuGH (Urteil vom 16.12.2010 „Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe“, C-239/09, ECLI: EU: C:210:778) sei nicht einschlägig, wenn es um die Genehmigung eines normalen Grundstücksverkaufs gehe, wie er auch zwischen Privaten stattfinden könne, bei dem eine Begünstigungs- oder Förderabsicht nicht bestehe. Zudem bestünden erhebliche Zweifel daran, ob in der Anwendung eines Instruments einer negativen Bodenlenkung überhaupt eine europarechtlich relevante Beihilfe liegen könne.

6 Die Voraussetzungen für eine Versagung der Genehmigung nach § 9 Abs. 3 Nr. 1 GrdstVG lägen bei dem zu beurteilenden Kaufvertrag vor, weil der vereinbarte Kaufpreis den landwirtschaftlichen Verkehrswert des Grundstücks um mehr als 50 % übersteige. Dieser Wert sei nicht gleichbedeutend mit dem Marktwert, wie ihn die Kommission der Europäischen Gemeinschaften verstehe. Maßgebend für den landwirtschaftlichen Verkehrswert sei der durchschnittlich zu erzielende Preis bei einem Verkauf von einem Landwirt an einen anderen und nicht das im Einzelfall abgegebene Höchstgebot.

7 Danach bestehe ein grobes Missverhältnis zwischen dem Verkaufspreis von 29.000 € und dem von dem Sachverständigen im Vergleichsverfahren ermittelten Verkehrswert von 13.648,19 € (ohne Berücksichtigung der Verkäufe der Beteiligten zu 1) und von 14.168,61 € (unter Einschluss auch dieser Kauffälle).

8 Besondere Umstände, die eine andere Bewertung rechtfertigten, seien nicht gegeben. Bei dem verkauften Grundstück handele es sich um eine Landwirtschaftsfläche. Es sei auch ein erwerbwilliger und erwerbsfähiger Landwirt vorhanden, der bereit wäre, das Grundstück zu einem bis zu 50 % über dem innerlandwirtschaftlichen Verkehrswert liegenden Preis zu erwerben.

AUS DEN GRÜNDEN:

9 III. Das hält rechtlicher Prüfung nicht stand.

(...)

11 Der angefochtene Beschluss ist im Ausgangspunkt rechtsfehlerhaft. Die europarechtlichen Vorschriften über die Unzulässigkeit staatlicher Beihilfen (Art. 87, 88 EGV, jetzt Art. 107, 108 AEUV) sind bei der Anwendung und der Auslegung des § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG zu berücksichtigen.

12 a) Diese Vorschriften sind nicht – wie das Beschwerdegericht meint – deshalb unanwendbar, weil die Beteiligte zu 1 keine Subventionsabsicht verfolgt, wenn sie landwirtschaftliche Grundstücke zu den in einer öffentlichen Ausschreibung abgegebenen Höchstgeboten verkauft, wodurch sich diese Verkäufe von den begünstigten Veräußerungen im Flächenerwerbsprogramm nach dem Ausgleichsleistungsgesetz unter Abzug eines Abschlags von 35 vom Hundert vom Verkehrswert (§ 3 Abs. 7 Satz 1 AusglLeistG) unterscheiden. Ob die Versagung einer Genehmigung der Verkäufe an den Meistbietenden eine staatliche Beihilfe darstellt, ist nicht nach den Absichten der Verkäuferin, sondern nach den Wirkungen der behördlichen Entscheidung zu beurteilen.

13 Die auf einen zu hohen Preis gestützte Versagung der Grundstücksverkehrsgenehmigung kann eine staatliche Beihilfemaßnahme darstellen. Die für eine Beihilfe erforderliche Begünstigung ergibt sich daraus, dass die auf § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG gestützte Versagung der Genehmigung einem Dritten die Möglichkeit verschafft, das Grundstück zulasten des Staatshaushalts zu einem niedrigeren Preis zu erwerben (EuGH, Urteil vom 16.7.2015, C-39/14, a. a. O., Rdnr. 37). Dies führt dazu, dass der Staat auf die Differenz zwischen dem von der Behörde geschätzten Wert des Grundstücks und dem in der öffentlichen Ausschreibung von dem Meistbietenden gebotenen Preis verzichtet (EuGH, a. a. O., Rdnr. 38). Für die Einordnung der Maßnahme als staatliche Beihilfe ist es ebenso unerheblich, dass die Genehmigung zu einem Zeitpunkt versagt wird, in dem noch nicht entschieden wird, an wen das betreffende Grundstück verkauft wird (EuGH, a. a. O., Rdnr. 53).

14 b) Die Genehmigungsversagung kann sich als staatliche Beihilfe darstellen, obwohl das Grundstücksverkehrsgesetz ein allgemeines, für alle Verkäufe land- oder forstwirtschaftlicher Grundstücke geltendes Gesetz ist und auch ein marktwirtschaftlich handelnder privater Grundstücksverkäufer nicht zu einem Preis verkaufen könnte, der in einem groben Missverhältnis zum Wert des betroffenen Grundstücks steht (vgl. Vorlagebeschluss des Senats vom 29.11.2013, BLw 2/12, a. a. O., Rdnr. 45).

15 aa) Staatliche Maßnahmen, die auf alle Wirtschaftsteilnehmer unterschiedslos in gleicher Weise anzuwenden sind, stellen allerdings keine Beihilfen im Sinne des Unionsrechts dar (vgl. EuGH, Urteil vom 19.9.2000 „Deutschland/Kommission“, C-156/00, ECLI: EU: C:2000:467 Rdnr. 22; Urteil vom 8.11.2011 „Adria-Wien Pipeline und Wiertersdorfer & Peggauer Zementwerke“, C-143/99, ECLI: EU: C:2001:598 Rdnr. 34, 35). Der Umstand, dass die staatliche Entscheidung auf ein allgemeines Gesetz gestützt ist, schließt ihre Qualifizierung als Beihilfe jedoch nicht aus. Auch solche Maßnahmen sind Beihilfen, wenn sie selektiv wirken, indem sie bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige gegenüber anderen, die sich in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden, begünstigen (EuGH, Urteil vom 8.11.2011, C-143/99, a. a. O., Rdnr. 41; Urteil vom 8.9.2005 „Italien/Kommission“, C-66/02, ECLI: EU: C:2005:768; Rdnr. 96).

16 bb) So verhält es sich hier, weil das Grundstücksverkehrsgesetz nur für die Veräußerungen land- und forstwirtschaftlicher Grundstücke gilt und die auf einen überhöhten Preis gestützten Versagungen nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG vor allem kaufinteressierte Land- und Forstwirte begünstigen, indem sie Veräußerungen zu überhöhten Preisen verhindern. Das mit der Vorschrift verfolgte agrarstrukturelle Ziel (dazu näher unten 2. a) steht der Qualifikation der Versagungen von Genehmigungen zu den Verkäufen der Beteiligten zu 1 als staatliche Beihilfen nicht entgegen, da Art. 107 Abs. 1 AEUV die Beihilfen nicht nach den Gründen oder Zielen der staatlichen Maßnahmen, sondern nach ihren Wirkungen beschreibt (EuGH, Urteil vom 16.7.2015, C-39/14, Rdnr. 52 unter Hinweis auf das Urteil vom 29.3.2012 „3 M Italia“, C-417/10, ECLI: EU: C:2012:184, Rdnr. 36).

17 2. Die angefochtene Entscheidung stellt sich nicht aus einem anderen Grund als richtig dar (§ 74 Abs. 2 FamFG). Die Versagung der Genehmigung wäre, wenn sie eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellte, nicht wegen des von dem Gesetz verfolgten agrarstrukturellen Zwecks rechtmäßig.

18 a) Die auf ein grobes Missverhältnis des Höchstgebots zu dem durch ein Gutachten ermittelten innerlandwirtschaftlichen Verkehrswert gestützte Genehmigungsversagung durch die Genehmigungsbehörde entspricht allerdings der bisherigen Rechtsprechung des Senats zu § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG. Der Wert des Grundstücks im Sinne dieser Vorschrift war danach nach dem Preis zu bestimmen, der bei dem Verkauf von einem Landwirt an einen anderen erzielt wird (Senat, Beschluss vom 2.7.1968, V BLw 10/68, BGHZ 50, 297, 300; Beschluss vom 27.4.2001, BLw 14/00, NJW-RR 2001, 1021, 1022; Beschluss vom 25.4.2014, BLw 5/13, NJW-RR 2014, 1168 Rdnr. 17). Diese Auslegung beruhte auf dem Zweck des Ge-

setzes, Erschwerungen des zur Verbesserung der Agrarstruktur erforderlichen Landerwerbs infolge überhöhter Preise zu verhindern (BVerfGE 21, 87, 90; Senat, Beschluss vom 2.7.1968, V BLw 10/68, BGHZ 50, 297, 299; Beschluss vom 3.6.1976, V BLw 16/75, WM 1976, 849, 850). Die auf den Betriebsertrag angewiesenen Berufslandwirte sollten nicht mit so hohen Anschaffungskosten für den Erwerb ihrer Grundstücke belastet werden, dass die Wirtschaftlichkeit ihrer Betriebe bedroht wäre (Senat, Beschluss vom 12.12.1963, V BLw 18/63, RdL 1964, 69; Beschluss vom 2.7.1968, V BLw 10/68, BGHZ 50, 297, 299; Beschluss vom 3.6.1976, V BLw 16/75, WM 1976, 849, 850; Beschluss vom 25.4.2014, BLw 5/13, NJW-RR 2014, 1168 Rdnr. 18). Die Genehmigung konnte danach nicht für Veräußerungen erteilt werden, bei denen der vereinbarte Preis den Ertragswert des Grundstücks weit überstieg und der Mehrpreis nicht durch die Erwartung einer Bebaubarkeit des Grundstücks in absehbarer Zeit gerechtfertigt war (Senat, Beschluss vom 27.4.2001, BLw 14/00, NJW-RR 2001, 1021, 1022).

19 b) Nach der auf den Vorlagebeschluss ergangenen Entscheidung des EuGH kann diese Rechtsprechung nicht aufrechterhalten werden. Unter dem Wert des Grundstücks im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG ist nicht mehr dessen innerlandwirtschaftlicher Verkehrswert, sondern dessen Marktwert zu verstehen. Dieser Wert bestimmt sich nach dem Preis, den Kaufinteressenten – auch Nichtlandwirte – für das Grundstück zu zahlen bereit sind.

20 aa) Eine andere Auslegung des § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG stellte sich bei den Verkäufen durch die Beteiligte zu 1 als eine staatliche Beihilfe zugunsten der landwirtschaftlichen Unternehmen dar.

21 Ob diese Beihilfe im Hinblick auf den mit dem GrdstVG verfolgten agrarstrukturellen Zweck gerechtfertigt ist (vgl. den Vorlagebeschluss des Senats, Rdnr. 49), obliegt nicht der Beurteilung der Gerichte. Für diese Entscheidung ist ausschließlich die Kommission zuständig, die dabei der Kontrolle des Unionsrichters unterliegt (EuGH, Urteil vom 16.7.2015, C-39/14, a. a. O., Rdnr. 52 unter Hinweis auf EuGH, Urteil vom 29.3.2012 „Fallimento Traghetti del Mediterraneo“, C-140/09, ECLI: EU: C:2010:335, Rdnr. 22).

22 Eine Fortführung der bisherigen Rechtsprechung zu § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG wäre daher nur dann möglich, wenn die Bundesrepublik Deutschland die Vorschrift als Beihilfemaßnahme bei der Kommission notifiziert und diese deren Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt nach § 108 Abs. 3 AEUV festgestellt oder nach Ablauf der für die Prüfung erforderlichen Frist sich nicht geäußert hätte (EuGH, Urteil vom 11.12.1973 „Lorenz GmbH/Bundesrepublik Deutschland“, C-120/73, ECLI: EU: C:1973:152, Rdnr. 5; vgl. auch Senat, Urteil vom 4.4.2003, V ZR 314/02, WM 2003, 1491, 1492).

23 bb) Als staatliche Beihilfe können allerdings nur Verkäufe durch eine staatliche Einrichtung, jedoch nicht Verkäufe durch Private qualifiziert werden. Die Bestimmung des Grundstückswerts nach dem innerlandwirtschaftlichen Verkehrswert nur bei den Verkäufen Privater würde indes zu einer Ungleichbehandlung gleichartiger Sachverhalte bei der Anwendung des § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG führen. Private Eigentümer könnten

ihre land- und forstwirtschaftlichen Grundstücke dann nämlich nicht zu den am Markt erzielbaren Preisen verkaufen, die die Beteiligte zu 1 bei den für Rechnung des Staates durchgeführten Verkäufen durchsetzen kann. Um sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlungen zu vermeiden (Art. 3 Abs. 1 GG), ist die Bestimmung des Grundstückswerts allgemein nicht mehr nach dem innerlandwirtschaftlichen Verkehrswert, sondern nach dem Marktwert vorzunehmen.

24 3. Die Rechtsbeschwerde ist nach dem Vorstehenden begründet und der angefochtene Beschluss daher aufzuheben (§ 74 Abs. 5 FamFG). Die Sache ist jedoch nicht zur Endentscheidung reif (§ 74 Abs. 6 Satz 1 FamFG).

25 a) Der Senat kann die Genehmigung nach § 22 Abs. 3 GrdstVG nicht erteilen. Es ist nämlich nicht schon aufgrund des von den Beteiligten zu 2 und 3 abgegebenen Höchstgebots davon auszugehen, dass der Preis nicht in einem groben Missverhältnis zum Marktwert des Grundstücks steht. Dem steht entgegen, dass der EuGH nicht die Rechtsauffassung der Beteiligten zu 1 bestätigt hat, nach der die Versagung der Genehmigung zu einem Verkauf eines land- oder forstwirtschaftlichen Grundstücks an den in einem offenen, transparenten und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahren Meistbietenden stets eine Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt. Nach der Auffassung des Gerichtshofs spricht zwar eine Vermutung dafür, dass das in einem solchen Verfahren abgegebene Höchstgebot dem Marktpreis entspricht (EuGH, Urteil vom 16.7.2015, C-39/14, a. a. O., Rdnr. 14, 15 unter Bezugnahme auf das Urteil vom 24.10.2013 „Burgenland/Kommission“, C-214/12 P, C-215/12 P und C-232/12 P, ECLI: EU: C:2013:682, Rdnr. 94, 95). Diese Vermutung greift aber nicht immer, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Methode des Verkaufs an den Meistbietenden nicht zu einem dem Marktwert des Objektes entsprechenden Preis führt. Das kann der Fall sein, wenn das Höchstgebot auf Grund seines offensichtlich spekulativen Charakters deutlich über den sonstigen im Rahmen einer Ausschreibung abgegebenen Preisgeboten und dem geschätzten Verkehrswert des Grundstücks liegt (EuGH, Urteil vom 16.7.2015, C-39/14, a. a. O., Rdnr. 39, 40).

26 b) Ob die Versagung der Genehmigung des Verkaufs an den Meistbietenden durch die Beteiligte zu 1 zu einem Preis führt, der möglichst nahe beim Marktwert des fraglichen Grundstücks liegt und deshalb keine staatliche Beihilfe darstellt, muss gemäß dem Urteil des Gerichtshofs konkret-individuell nach Maßgabe des Sachverhalts und insbesondere der Modalitäten des Ausschreibungsverfahrens entschieden werden (EuGH, Urteil vom 16.7.2015, C-39/14, a. a. O., Rdnr. 48). Der Gerichtshof verweist in diesem Punkt auf die Schlussanträge des Generalanwalts. Dieser unterscheidet danach, ob das Höchstgebot deutlich über den sonstigen Angeboten und dem geschätzten Verkehrswert oder nahe an den anderen Geboten gelegen hat. Nur in dem ersten Fall sei davon auszugehen, dass das Höchstgebot spekulativ sei und der geschätzte Wert eher dem Verkehrswert entspreche, während in dem zweiten Fall diese Annahme nicht gerechtfertigt sei und die streitige Regelung daher Elemente einer staatlichen Beihilfe enthalte (Schlussanträge des Generalanwalts vom 17.3.2015, C-37/14, ECLI: EU: C:2015:175, Rdnr. 71

und 72). Sollte schließlich nur ein Angebot abgegeben worden sein, seien wiederum die üblichen Methoden zur Ermittlung des Verkehrswerts durch ein Gutachten heranzuziehen (Schlussanträge, a. a. O., Rdnr. 74).

27 c) Auf ein grobes Missverhältnis zwischen dem Preis und dem Wert des Grundstücks gestützte Versagungen von Verkäufen an den Meistbietenden in einem offenen, transparenten und bedingungsreifen Ausschreibungsverfahren sind danach nur dann rechtmäßig, wenn das Höchstgebot nicht den Marktwert des Grundstücks widerspiegelt, sondern spekulativ überhöht ist. Das ist in dem Genehmigungsverfahren nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG zu prüfen. Maßgebendes Kriterium dafür sind in erster Linie die in dem jeweiligen Verfahren abgegebenen Gebote. Da es an den erforderlichen Feststellungen zu dem in dem von der Beteiligten zu 1 durchgeführten Bieterverfahren abgegebenen Geboten bislang fehlt, ist dem Senat eine abschließende Entscheidung nicht möglich.

28 IV. 1. Nach dem Vorstehenden ist die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses zur anderweitigen Behandlung und Entscheidung an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen (§ 74 Abs. 6 Satz 2 FamFG), um der Beteiligten zu 1 Gelegenheit zu geben, zu den anderen Geboten im Ausschreibungsverfahren vorzutragen. Um dem Gericht und der Genehmigungsbehörde eine Überprüfung zu ermöglichen, sind nicht nur die Gebote, sondern auch die Bieter zu benennen.

29 2. a) Sollte sich danach herausstellen, dass andere landwirtschaftliche Unternehmen annähernd gleiche hohe Gebote wie die Beteiligten zu 2 und 3 abgegeben haben, käme eine Versagung nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG – unabhängig von den gutachterlichen Feststellungen zur Höhe des landwirtschaftlichen Verkehrswerts – schon nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats nicht in Betracht (vgl. Senat, Beschluss vom 25.4.2014, BLw 5/13, NJW-RR 2014, 1168 Rdnr. 28). Das gilt jedoch – abweichend von der bisherigen Rechtsprechung – auch dann, wenn andere Bieter, die nicht Landwirte sind, in dem Ausschreibungsverfahren ebenfalls Gebote in annähernd gleicher Höhe wie die Beteiligten zu 2 und 3 abgegeben haben sollten, es sei denn, dass diese Gebote auf einer Absprache mit den Beteiligten zu 2 und 3 beruhten und ihnen kein Erwerbswille zugrunde lag. Da der Marktwert des landwirtschaftlichen Grundstücks – wie ausgeführt (oben III. 2. b) – nicht nach dem innerlandwirtschaftlichen Verkehrswert bestimmt werden darf, wäre eine auf § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG gestützte Versagung der Genehmigung zu einem Verkauf zum Höchstgebot durch die Beteiligte zu 1 wegen des Missverhältnisses zum Grundstückswert in diesem Fall als unzulässige Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV zu qualifizieren. Die angefochtenen Entscheidungen müssten dann ebenfalls aufgehoben werden und die Genehmigung wäre zu erteilen.

30 b) Sollten die Beteiligten zu 2 und 3 dagegen die einzigen Bieter gewesen sein, die in dem Ausschreibungsverfahren ein Angebot in dieser Höhe abgegeben haben, wäre die auf § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG gestützte Versagung der Genehmigung des Verkaufs zu dem Meistgebot nicht als eine staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV zu bewerten, wenn das Höchstgebot als ein spekulativ überhöhter Preis anzusehen wäre.

31 aa) Dazu wäre weiter zu prüfen, ob die von dem Gutachter ermittelten höheren Preise in dem Jahr des Vertragsschlusses bei den Verkäufen der Beteiligten zu 1 für Grundstücke gezahlt wurden, die dem verkauften Grundstück nach Beschaffenheit, Lage und Größe entsprachen, und ob die Zahl dieser Verkaufsfälle eine hinreichend breite Datenbasis für die Ermittlung eines Marktwerts allein anhand der Verkäufe der Beteiligten zu 1 bietet. Sollte das zu bejahen sein, wäre die Versagung der Genehmigung nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG nur dann rechtmäßig, wenn der von den Beteiligten zu 2 und 3 gebotene Preis unter Heranziehung eines nur aus den Verkäufen der Beteiligten zu 1 ermittelten Marktwerts in einem groben Missverhältnis zum Grundstückswert stünde und sich deshalb als ein spekulativ überhöhter Preis darstellte.

32 bb) Fehlt es an einer solchen Datenbasis für die Ermittlung des Marktwerts allein nach den Verkäufen der Beteiligten zu 1, müsste auf den nach den Ergebnissen aller Verkäufe (der Beteiligten zu 1 und Privater) zu ermittelnden Verkehrswert des Grundstücks zurückgegriffen werden. In diesem Fall wäre nach den Ergebnissen des von dem Beschwerdegericht eingeholten Verkehrswertgutachtens die Genehmigung zu Recht versagt worden.

ANMERKUNG:

Von Jur. **Corinne Rüchardt**, Maître en droit (Paris), LL.M. (London), Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Regensburg

Diese Entscheidung ist aus zwei Gründen interessant: Zum einen ergeben sich Präzisierungen zu den beihilfenrechtlichen Tatbestandsmerkmalen der Bestimmtheit und Begünstigung im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV bei Grundstücksverkäufen. Zum anderen unterstreicht der Prozessverlauf einmal mehr die große Europarechtstreue und Strenge des BGH in Beihilfenrechtsfragen.

1. Änderung der Grundlage für das „grobe Missverhältnis“ im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG

Materiell bringt der Beschluss eine Abkehr von der Festlegung des Bezugspunkts im Rahmen der bisherigen Auslegung des § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG, der die Versagung der behördlichen Genehmigung der Veräußerung von Grundstücken vorsieht, wenn der Gegenwert in einem groben Missverhältnis zum Grundstückswert steht. Die Versagung der Genehmigung wegen eines erhöhten Preises ermöglicht den Verkauf an eine andere Person zu einem niedrigeren Preis. Hierin könnte unter Umständen eine verbotene Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV zugunsten dieser anderen Person liegen. Diese Vorschrift verbietet staatliche Zuwendungen, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder bestimmter Produktionszweige den Wettbewerb im Binnenmarkt der EU verfälschen oder zu verfälschen drohen. Der Erwerb einer Leistung vom Staat ohne angemessene Gegenleistung kann grundsätzlich eine verbotene Beihilfe darstellen.

Nach der bisherigen Rechtsprechung, die als Bezugspunkt für die Beurteilung des groben Missverhältnisses zum Wert

des Grundstücks im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG den innerlandwirtschaftlichen Verkehrswert ansah, konnte es unter Umständen zu einer Begünstigung des Ersatzkäufers kommen. Indem der BGH nunmehr den allgemeinen Marktwert zum Bezugspunkt erklärt, zieht er eine strenge Konsequenz aus der Antwort des EuGH im Vorlageverfahren. Dieser sah keinen Konflikt zwischen einer Vorschrift wie § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG und Art. 107 Abs. 1 AEUV, solange die Anwendung der nationalen Vorschrift zu einer Veräußerung möglichst nah am Marktpreis führt.¹ Die Heranziehung des Marktwertes, um eine Begünstigung im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV auszuschließen, ist nicht neu, sondern entspricht dem geläufigen „market economy operator principle“. Diesem Grundsatz zufolge ist eine Begünstigung im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV ausgeschlossen, wenn der staatlichen Zuwendung ein marktüblicher Gegenwert so gegenübersteht, dass die Transaktion zwischen Privaten in derselben Weise stattgefunden hätte.² Mit dem Urteil „Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe“³ konnte der EuGH (wie im Übrigen auch die befassen nationalen Gerichte) auf einschlägige Rechtsprechung zur Anwendung des Beihilfenrechts auf Grundstücksverkäufe durch die öffentliche Hand zurückgreifen. Schließlich finden sich Ausführungen zu diesem Thema auch in der Grundstücksmitteilung der Kommission.⁴ Wieso wurde dann im vorliegenden Fall eine Vorlage an den EuGH nach Art. 267 AEUV vom BGH für erforderlich gehalten und wie konnten die beihilfenrechtlichen Bewertungen des OLG Naumburg und des BGH so konträr ausfallen?

Dies hat vermutlich zwei Gründe: Zum einen gewährt § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG nicht direkt und offensichtlich einen Vorteil; vielmehr dient die Vorschrift dem Schutz der Agrarstruktur⁵ und verhindert zu diesem Zweck überteuerte Verkäufe landwirtschaftlich genutzter Grundstücke. Die primär durch die Vorschrift betroffenen Parteien, Käufer und Verkäufer, erleiden allenfalls einen Nachteil durch die Versagung der Genehmigung, die die Veräußerung verhindert. Erst als Folgewirkung kann es zu einer beihilfenrechtlich relevanten Vorteilsgewährung kommen, nämlich dann, wenn der nun zum Zuge kommende Ersatzkäufer das Grundstück günstiger erwirbt. Die Begünstigung entsteht nur indirekt.

Zum anderen kann die Bestimmtheit der Begünstigung in Frage gestellt werden, da der Ersatzkäufer zum Zeitpunkt der Versagung der Genehmigung nicht endgültig feststeht.

Mit dem Kriterium der Bestimmtheit werden allgemeine staatliche Fördermaßnahmen, die nicht zu einer Ungleichbehandlung von Unternehmen oder Wirtschaftszweigen führen, aus der Beihilfenkontrolle ausgenommen.⁶ Nach der gängigen Anwendung von § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG muss ein Ersatzkäufer konkret bekannt sein;⁷ jedoch besteht keine Pflicht, das Grundstück in der Folge an ihn zu veräußern. Wenn das Grundstück aufgrund der Versagung der Genehmigung gar nicht veräußert wird oder eine nicht als Landwirt tätige Person oder gar der Erstkäufer in einem zweiten Versuch (freilich nun zu einem günstigeren Preis) das Grundstück erwirbt, liegen sämtlich Situationen vor, die die Vorgabe des § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG wahren, in denen aber keine Beihilfe realisiert wird. Aufgrund dieser Ungewissheiten über die Abwicklung des Ersatzkaufes ist die Bestimmtheit (und damit verbunden die Begünstigungswirkung) durchaus fraglich.

Der EuGH half sich elegant über die Feinheiten der Abgrenzung der Tatbestandsmerkmale der Bestimmtheit und der Begünstigung hinweg, indem er sie gemeinsam behandelte und sogar als einheitliches Tatbestandsmerkmal bezeichnete.⁸ Er verwies auf seine frühere Rechtsprechung, wonach es für die Beurteilung der Begünstigungswirkung nicht auf den Zeitpunkt ankomme und wonach eine Begünstigung nicht tatsächlich eingetreten sein müsse.⁹ Dadurch implizierte er, dass dasselbe auch für die Bestimmtheit gelten müsse. Man mag sich fragen, wie weit sich diese Aussagen weiterdenken lassen: Wäre allein der Wortlaut des § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG (den der EuGH freilich nicht selbst auslegt) maßgeblich und nicht die durch die Rechtsprechung entwickelte Auslegung, dass der Ersatzkäufer tatsächlich existieren und namentlich bekannt sein müsse, wäre die Bestimmtheit wohl zu verneinen, da jede beliebige Person ein Kaufgebot abgeben könnte und somit wieder Chancengleichheit bestünde. Nur die faktische Wirkung dieser Norm durch die bisherige Auslegung führt dazu, dass typischerweise Landwirte als Ersatzkäufer zum Zuge kommen. Zwingend ist dies nach dem Wortlaut der Vorschrift jedoch keineswegs. Schließlich ist demnach ebenfalls denkbar, dass ein Verkauf an einen Landwirt nicht genehmigt wird, weil der Preis überhöht ist – in dieser Konstellation wäre eine selektive Begünstigung (zumal der Ersatzkäufer nicht verbindlich feststeht und das Grundstück schließlich statt an den zahlungskräftigen Landwirt an einen Nichtlandwirt veräußert werden könnte) kaum zu begründen.

Der BGH hat sich jedoch dazu entschieden, in strengstmöglicher Weise die Antwort des EuGH umzusetzen, und bewegt sich so auf der sicheren Seite. Das EU-Beihilfenrecht verbietet zwar Veräußerungen unter Wert, gebietet je-

1 EuGH, Urteil vom 16.7.2015, C-39/14 „BVG“ Rdnr. 55, NVwZ 2015, 1747.
 2 Vgl. EuGH, Urteil vom 21.3.1991, C-305/89 „Italien/Kommission“ Rdnr. 19 f., BeckEuRS 1991, 176680; näher zum „market economy operator principle“ *Streinz/Kühling*, EUV/AEUV, 3. Aufl. (im Erscheinen), Art. 107 AEUV Rdnr. 33.
 3 EuGH, Urteil vom 16.12.2010, C-239/09 „Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe“, BeckRS 2010, 91440.
 4 ABl. 1997 C 209/3; die Grundstücksmitteilung wurde mittlerweile durch die Bekanntmachung über den Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. 2016 C 262/1, ersetzt, die nur kurze Ausführungen zu Grundstücksverkäufen durch die öffentliche Hand enthält. Eine für den vorliegenden Fall relevante inhaltliche Änderung wurde hierdurch nicht herbeigeführt.
 5 BVerfG, Beschluss vom 19.6.1969, 1 BvR 353/67, BVerfGE 26, 215 Rdnr. 24.

6 EuGH, Urteil vom 8.11.2001, C-143/99, „Adria-Wien Pipeline“ Rdnr. 41, NVwZ 2002, 842; EuGH, Urteil vom 13.2.2003, C-409/00 „Spanien/Kommission“ Rdnr. 47, BeckRS 2004, 77087.
 7 *Netz*, GrdstVG Praxiskommentar, 7. Aufl. 2015, Rdnr. 2349 m. w. N.
 8 EuGH, Urteil vom 16.7.2015, C-39/14 „BVG“ Rdnr. 25, NVwZ 2015, 1747.
 9 EuGH, Urteil vom 16.7.2015, C-39/14 „BVG“ Rdnr. 53 f., NVwZ 2015, 1747.

doch nicht die Erzielung eines möglichst hohen Preises. Sofern bei § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG der Marktpreis zur Beurteilung eines groben Missverhältnisses herangezogen wird, ist eine tatbestandliche Beihilfe in jedem Fall ausgeschlossen. Landwirte werden auch faktisch nicht mehr besser gestellt als andere Ersatzkäufer. Die grundsätzliche Möglichkeit der Preisdeckelung besteht fort, darf jedoch nicht an den Wert im Rahmen einer bestimmten Nutzung anknüpfen.

Folglich kann die § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG und seinen Vorgängervorschriften zugrundeliegende Maxime nur mit einem Zusatz fortbestehen: „Bauernland in Bauernhand – aber nur zu Marktpreisen.“

2. Sensibilität des BGH für das EU-Beihilfenrecht

Indem der BGH sich in einem Vorabentscheidungsverfahren an den EuGH wandte, und vor allem in seiner strengen Konsequenz der Abwendung von seiner bisherigen Rechtsprechung, die er aus der alles andere als bahnbrechenden Antwort des EuGH auf seine Vorlagefrage zog, zeigte er eine große Sensibilität für die potenziellen Auswirkungen des EU-Beihilfenrechts auf nationale Vorschriften. Die grundsätzliche Europarechtsfreundlichkeit mag man des Weiteren darin bestätigt sehen, dass die Möglichkeit der Qualifizierung des § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG als bestehende Beihilfe an keiner Stelle erwähnt wurde. Bei bestehenden Beihilfen handelt es sich um Maßnahmen, die die Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV aufweisen, jedoch bereits im Gebiet des Mitgliedstaates bestanden, als dort das EU-Beihilfenrecht anwendbar wurde. Solche Beihilfen sind prozedural privilegiert und etwa von der Notifizierungspflicht in Art. 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV ausgenommen. Anders als bei neu eingeführten Beihilfen verlangt die Kommission selbst bei nicht genehmigungsfähigen Beihilfen keine Rückforderung für die Vergangenheit, sodass die Einordnung einer Maßnahme als bestehende Beihilfe für den Beihilfenempfänger ausgesprochen vorteilhaft ist.¹⁰ Es spricht wenig dagegen, hier von einer bestehenden Beihilfenregelung auszugehen: Der Stichtag für die Beurteilung einer Regelung als „bestehende Beihilfe“ ist für Sachsen-Anhalt (wo sich der verfahrensgegenständliche Sachverhalt abspielte) der 3.10.1990. Er ist durch den dort am selben Tag gemäß Art. 8 Einigungsvertrag i. V. m. § 1 Gesetz zum Einigungsvertrag¹¹ in Kraft getretenen § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG gewahrt. Selbst wenn zum damaligen Zeitpunkt diese Vorschrift nicht als bestehende Beihilfenregelung zu qualifizieren war, ist dies heute der Fall, denn sie unterfällt Art. 1 lit. b) v) der Verordnung (EU) 2015/1589¹², der Maßnahmen, die

bei ihrer Einführung keine Beihilfen waren und erst später aufgrund der Entwicklung des Binnenmarktes zu Beihilfen wurden, ohne dass sie eine Änderung durch den betreffenden Mitgliedstaat erfahren haben, ausdrücklich zu bestehenden Beihilfen erklärt.

Schließlich hat der BGH sogar die Folgewirkung in Form von Ungleichbehandlungen antizipiert und unter Rückgriff auf Art. 3 Abs. 1 GG gelöst, indem er die neue Rechtsprechung auch auf Grundstücksverkäufe zwischen Privaten (auf die das Beihilfenrecht keine Anwendung findet) für anwendbar erklärt (Rdnr. 23). Damit bewegt er sich zwar außerhalb der aufgeworfenen Fragestellung, liefert jedoch eine wertvolle Klarstellung.

Allein am prozeduralen Hergang und an der umfassenden Berücksichtigung der beihilfenrechtlichen Problematik lässt sich eine große Sensibilität des BGH für das Beihilfenrecht ablesen.¹³ Diese Sensibilität ist wegen ihrer positiven Wirkung für die Rechtssicherheit zu begrüßen.

3. Folgerungen

Prozedural zeigt das Verfahren die Vorlagefreudigkeit des BGH. Es ist damit zu rechnen, dass er auch in Zukunft in beihilfenrechtlichen Zweifelsfällen zwecks Rechtsklarheit Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH richten wird.

Die geänderte Rechtsprechung zu § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG ist von den Behörden bei der Erteilung bzw. Versagung von Genehmigungen zu beachten. Sie müssen künftig nicht nur Gebote von Landwirten, sondern alle Alternativgebote berücksichtigen, um den Wert des Grundstücks zu ermitteln.

Es ist nicht damit zu rechnen, dass die neue Auslegung von § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG zu einer Beihilfenschwemme führen wird. In den meisten Fällen dürfte den Behörden ein erheblicher Handlungsspielraum verbleiben, selbst hin zu einer Versagung der Genehmigung entgegen der neuen Rechtsprechung. Eine solche Veräußerung zu einem anderen als dem allgemeinen Marktwert unterfällt bis zu einer Wertdifferenz von € 200.000 den Regeln über De-minimis-Beihilfen, die tatbestandlich nicht als Beihilfen gelten und keiner förmlichen Notifizierungspflicht unterliegen.¹⁴ Selbst Veräußerungen wertvollerer Grundstücke sind als tatbestandliche Beihilfen nicht per se untersagt, sondern können nach einer Notifizierung bei der Kommission nach Art. 108 Abs. 3 AEUV von dieser genehmigt werden.¹⁵ Für Nervenstarke bleibt die Möglichkeit, auf eine Qualifizierung des § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG als bestehende Beihilfenregelung zu pochen.

10 Siehe näher zum Verfahren bei bestehenden Beihilfenregelungen das Verfahrenshandbuch State Aid Manual of Procedures: Internal DG Competition working documents on procedures for the application of Articles 107 and 108 TFEU (Revision 10/7/2013, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2013), Section 2-3 ff. und *Streinz/Kühling/Rüchardt*, EUV/AEUV, 3. Aufl. (im Erscheinen), Art. 108 AEUV Rdnr. 5-7, 11 f.

11 Gesetzblatt der DDR 1990, Teil I Nr. 64, S. 1627.

12 ABl. 2015 L 248/9.

13 Zur Entwicklung der Nutzung des Vorlageverfahrens durch den BGH siehe BVerfG, stattgebender Kammerbeschluss vom 8.10.2015, 1 BvR 137/13, NVwZ 2016, 378; BVerfG, stattgebender Kammerbeschluss vom 8.10.2015, 1 BvR 3509/13, BeckRS 2015, 55290; BVerfG, stattgebender Kammerbeschluss vom 8.10.2015, 1 BvR 1320/14, BeckRS 2015, 55288; *Kühling*, EWS 6/2015, S. 1.

14 VO (EU) Nr. 1407/2013, ABl. 2013 L 352/1, Art. 3 Abs. 1 und 2. Es gelten jedoch gewisse Aufzeichnungs- und Mitwirkungspflichten, siehe Art. 6.

15 Näher zum Notifizierungsverfahren *Streinz/Kühling/Rüchardt*, EUV/AEUV, 3. Aufl. (im Erscheinen), Art. 108 AEUV Rdnr. 14-23.

STEUERRECHT

21. Umsatzsteuer bei Veräußerung eines vollständig verpachteten Geschäftshauses, das vom Erwerber nur noch teilweise verpachtet wird

BFH, Urteil vom 6.7.2016, XI R 1/15 (Vorinstanz: FG Hessen, Urteil vom 12.11.2014, 6 K 2574/11)

UStG § 1 Abs. 1 a, § 15a Abs. 1, 4, 6 und 10

LEITSATZ:

Überträgt ein Veräußerer ein verpachtetes Geschäftshaus und setzt der Erwerber die Verpachtung nur hinsichtlich eines Teils des Gebäudes fort, liegt hinsichtlich dieses Grundstücksteils eine Geschäftsveräußerung i. S. d. § 1 Abs. 1a UStG vor. Dies gilt unabhängig davon, ob der verpachtete Gebäudeteil „zivilrechtlich selbstständig“ ist oder nicht.

ANMERKUNG:

Von Steuerberaterin Dr. **Stefanie Becker**, Augsburg

1. Zusammenfassung der Entscheidung

Die Klägerin errichtete ein Geschäftshaus, dessen Erdgeschoss sie an ihren Ehemann vermietete. Das Obergeschoss war an zwei weitere Mieter vermietet. Die Klägerin verzichtete für sämtliche Vermietungsumsätze auf die Steuerbefreiung des § 4 Nr. 12 UStG und machte den Vorsteuerabzug aus ihren Eingangsleistungen geltend.

Im Streitjahr veräußerte sie das Haus an eine Erwerberin, ohne zur Umsatzsteuer zu optieren. Das bisher an den Ehemann der Klägerin vermietete Erdgeschoss wurde durch die Erwerberin nach dem Erwerb für eigene unternehmerische Zwecke genutzt. Die Mietverhältnisse im Obergeschoss setzte die Erwerberin fort.

Das Finanzamt betrachtete den Verkauf als steuerfreie Grundstückslieferung und nahm eine Vorsteuerberichtigung zulasten der Klägerin vor. Die hiergegen gerichtete Klage hatte beim Finanzgericht keinen Erfolg. Der BFH hob das Urteil des FG auf und verwies die Sache zur anderweitigen Verhandlung zurück.

Soweit der Verkauf auf die vermieteten Flächen im Obergeschoss entfalle, läge bei richtlinienkonformer Auslegung eine nicht steuerbare Geschäftsveräußerung im Ganzen nach § 1 Abs. 1a UStG vor. Diese setze voraus, dass ein Unternehmen oder in der Gliederung des Unternehmens gesondert geführter Betrieb im Ganzen übertragen wird und der Erwerber beabsichtigt, das Unternehmen des Veräußerers fortzuführen. Die Geschäftsveräußerung im Ganzen finde ihre gemeinschaftsrechtliche Grundlage in Art. 19 MwStSystRL. Den Mitgliedstaaten werde hier das Wahlrecht eingeräumt, die Übertragung eines Gesamt- oder Teilvermögens so zu behandeln, als läge keine Leistung vor. Da Deutschland

durch § 1 Abs. 1a UStG von diesem Wahlrecht Gebrauch gemacht habe, müssten die Begriffe der nationalen Regelung gemeinschaftsrechtskonform ausgelegt werden. Das Gemeinschaftsrecht gebiete dabei eine autonome Auslegung des gemeinschaftsrechtlichen Begriffs des „Teilvermögens“ ohne Rückgriff auf nationales Zivilrecht. Mithin sei es für umsatzsteuerliche Zwecke nicht erforderlich, dass die vermieteten Räume ein zivilrechtlich selbständiges Wirtschaftsgut, zum Beispiel Teileigentum, bilden. Entsprechend seien auch ertragsteuerliche Voraussetzungen, wie eine eigenständige betriebliche Organisation eines Teilbetriebs, für die Annahme eines Teilvermögens bei der Klägerin unerheblich. Schließlich müsse auch nicht das gesamte Vermietungsunternehmen des Veräußerers fortgeführt werden, solange hinsichtlich des Teilvermögens das Unternehmen durch die Erwerberin fortgeführt wird. Die Prüfung der Voraussetzungen der Geschäftsveräußerung sei auf das jeweils übertragene Teilvermögen zu beschränken. Die Erwerberin trete folglich in die Rechtsstellung der Klägerin ein (§ 1 Abs. 1a S. 3 UStG) und führe deren Vorsteuerberichtigungszeitraum fort (§ 15a Abs. 10 UStG).

Die Voraussetzungen einer Geschäftsveräußerung im Ganzen lägen hingegen nicht vor, soweit die Erwerberin das Gebäude im Erdgeschoss für eigene unternehmerische Zwecke nutze. Das bisherige Vermietungsunternehmen des Veräußerers werde insoweit nicht fortgeführt. Die Tatsache, dass weiterhin eine unternehmerische Nutzung vorliege, ist hierfür ohne Bedeutung.

Eine Vorsteuerberichtigung komme damit im Ergebnis hinsichtlich des Obergeschosses nicht in Betracht und müsse lediglich auf das Erdgeschoss bezogen werden.

Das Finanzgericht muss nun darüber entscheiden, in welchem Umfang eine Vorsteuerberichtigung vorzunehmen ist, da vom Finanzgericht noch keine Feststellungen über Inhalt und Umfang der Mietverträge im Obergeschoss sowie über die Gesamtläche des Gebäudes getroffen wurden.

2. Praxishinweise

Die Entscheidung des BFH steht in gewisser Weise mit einer Verfügung der OFD Karlsruhe vom 19.2.2015¹ in Widerspruch. Hier wird die Auffassung vertreten, dass eine eigenständige betriebliche Organisation sowie Teileigentum im Regelfall für die Annahme eines Teilvermögens erforderlich sind. Offen bleibt in der Entscheidung mangels entsprechender Feststellungen durch das Finanzgericht, in welchem Umfang eine Vorsteuerberichtigung vorzunehmen ist, mithin, welcher Aufteilungsschlüssel für die Bemessung heranzuziehen ist. Da der BFH auf die noch zu treffende Feststellung der Gesamtläche sowie des Umfangs der Mietverträge hinweist, ist davon auszugehen, dass er insoweit eine Aufteilung nach Fläche vornehmen will. Insoweit ist auf die aktuelle Rechtsprechung des BFH zur Vorsteueraufteilung bei Gebäuden hinzuweisen.² Der Flächenschlüssel kommt nach Auffassung

1 USt-Kartei BW § 1 Abs. 1a UStG S 7100 b Karte 1, unter Tz. 5.

2 Vgl. BFH, Urteil vom 10.8.2016, XI R 31/09, DStR 2016, 2280 m. Anm. *Treiber*.

des BFH hierbei immer dann zur Anwendung, wenn es sich um objektbezogene Aufwendungen zur Nutzung des Gebäudes handelt und keine Gründe vorliegen, wonach der Flächenschlüssel nicht zu präziseren Ergebnissen führt als der Umsatzschlüssel. Anhaltspunkte können hierbei insbesondere erhebliche Ausstattungsunterschiede der einzelnen unterschiedlich genutzten Gebäudeteile oder die Unmöglichkeit der Addition der einzelnen Flächen zu einer Gesamtfläche sein. In diesen Fällen sei ein Umsatzschlüssel für die Vorsteueraufteilung anzuwenden.

Das Urteil des BFH vom 6.7.2016 zeigt erneut, wie wichtig umsatzsteuerliche Regelungen bei der Gestaltung von Immobilienkaufverträgen sind. Die Voraussetzungen einer nicht der Umsatzsteuer unterliegenden Geschäftsveräußerung im Ganzen können nach Auffassung des Gerichts bereits vorliegen, wenn der Erwerber eines vermieteten Gebäudes nur einzelne Gebäudeteile (zum Beispiel Stockwerke) weiterhin vermietet. Die Veräußerung des übrigen Gebäudes würde grundsätzlich steuerfrei erfolgen, sodass ein Verzicht hierauf lediglich insoweit wirken könnte. Bei der Gestaltung von Immobilienkaufverträgen sollte der gesamte Sachverhalt folglich sorgfältig auf seine umsatzsteuerliche Beurteilung hin gewürdigt werden, um ggf. sowohl für den Fall der Geschäftsveräußerung im Ganzen als auch für einen steuerfreien bzw. steuerpflichtigen Verkauf entsprechende Regelungen aufnehmen zu können. Dies gilt umso mehr, als der BFH in einem weiteren Urteil bereits entschieden hatte, dass die Option zur Steuerpflicht im ursprünglichen notariellen Kaufvertrag enthalten sein muss.³

³ BFH, Urteil vom 21.10.2015, XI R 40/13, DNotZ 2016, 188.

22. Einheitlicher Erwerbsgegenstand im Grunderwerbsteuerrecht

BFH, Urteil vom 6.7.2016, II R 5/15 (Vorinstanz: FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 9.12.2014, 4 K 1323/12)

GrEStG § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1

LEITSATZ:

Die Verpflichtung des Erwerbers, das im Zeitpunkt des Erwerbs noch unbebaute Grundstück alsbald nach den gestalterischen Vorgaben der Veräußererseite zu bebauen, reicht für sich allein nicht aus, um anzunehmen, dass der Erwerber das Grundstück im bebauten Zustand erwirbt. Hinzukommen muss, dass das vom Erwerber mit der Bebauung beauftragte Bauunternehmen in diesem Zeitpunkt zur Veräußererseite gehörte.

SACHVERHALT:

1 I. Der Kläger und seine Ehefrau beabsichtigten, ein Grundstück der Stadtwerke-AG (AG) zu kaufen.

2 Entsprechend den Vorgaben der AG konnten die Eheleute das Grundstück zunächst nur reservieren und mussten vor Abschluss des Kaufvertrags einen Bauvorschlag erstellen lassen, der neben dem Bebauungsplan auch den Anforderungen eines Gestaltungs-

handbuchs entsprach. Nachdem dies geschehen war und die von der AG eingesetzte Lenkungsgruppe den Bauvorschlag genehmigt hatte, wurde der Kaufvertrag am 20.5.2009 geschlossen. Der Kaufpreis für das Grundstück betrug insgesamt 165.000 €.

3 Die Eheleute verpflichteten sich im Kaufvertrag, unverzüglich nach Besitzübergang und Erteilung der Baugenehmigung bzw. Freigabe des Bauvorhabens auf dem Grundstück mit der Errichtung der Bauwerke und Nebenanlagen entsprechend den von der Lenkungsgruppe genehmigten und mit Prüfvermerk versehenen Plänen nebst Flächenberechnungen zu beginnen und diese innerhalb von 24 Monaten in einem Zuge bezugsfertig zu erstellen. Eine Verpflichtung, ein bestimmtes Unternehmen mit der Errichtung des Gebäudes zu beauftragen, enthielt der Kaufvertrag nicht.

4 Am 22.6.2009 schlossen die Eheleute mit der von ihnen ausgewählten Baufirma einen Bauerrichtungsvertrag zu einem Festpreis von 298.075 € ab. Der Vertrag war von der Baufirma bereits am 30.4.2009 ausgefertigt und unterschrieben worden.

5 Das FA nahm an, dass das Grundstück nach den Grundsätzen über den einheitlichen Erwerbsgegenstand in bebautem Zustand Gegenstand des Erwerbsvorgangs gewesen sei, und bezog die Bauerrichtungskosten anteilig in die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer mit ein. Das FA setzte demgemäß mit Bescheid vom 22.7.2009 gegen den Kläger Grunderwerbsteuer i. H. v. 8.103 € fest. (...)

AUS DEN GRÜNDEN:

10 II. Die Revision ist begründet. (...)

11 1. Das FG hat auf der Grundlage der von ihm getroffenen Feststellungen (§ 118 Abs. 2 FGO) zu Unrecht entschieden, dass die anteiligen Bauerrichtungskosten in die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer einzubeziehen sind. Die vom Erwerber eines Grundstücks zivilrechtlich übernommene Verpflichtung, das Grundstück zu bebauen und dabei bestimmte gestalterische Vorgaben des Grundstücksveräußerers einzuhalten, genügt nicht für die Annahme eines einheitlichen Erwerbsgegenstands „bebautes Grundstück“. Die auf der Veräußererseite handelnden Personen müssen zur Veränderung des körperlichen Zustands des Grundstücks verpflichtet sein.

12 a) Der Gegenstand des Erwerbsvorgangs, nach dem sich gemäß § 8 Abs. 1 i. V. m. § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG die als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer anzusetzende Gegenleistung richtet, wird zunächst durch das den Steuertatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG erfüllende zivilrechtliche Verpflichtungsgeschäft bestimmt. Ergibt sich jedoch aus weiteren Vereinbarungen, die mit diesem Rechtsgeschäft in einem rechtlichen oder zumindest objektiv sachlichen Zusammenhang stehen, dass der Erwerber das beim Abschluss des Kaufvertrags unbebaute Grundstück in bebautem Zustand erhält, bezieht sich der grunderwerbsteuerrechtliche Erwerbsvorgang auf diesen einheitlichen Erwerbsgegenstand (st. Rspr., vgl. zum Beispiel BFH, Urteil vom 3.3.2015 II, R 9/14, BFHE 249, 323, BStBl. II 2015, 660 Rdnr. 11 m. w. N.).

13 aa) Auf der Veräußererseite können auch mehrere Personen als Vertragspartner auftreten, sodass sich die Ansprüche des Erwerbers auf Übereignung des Grundstücks und auf Errichtung des Gebäudes zivilrechtlich gegen verschiedene Personen richten. Entscheidend ist insoweit, dass (auch) der den Grundstücksübereignungsanspruch begründende Vertrag in ein Vertragsgeflecht miteinbezogen ist, das unter Be-

rücksichtigung aller Umstände darauf gerichtet ist, dem Erwerber als einheitlichen Erwerbsgegenstand das Grundstück in bebautem Zustand zu verschaffen. Dies ist regelmäßig anzunehmen, wenn die auf der Veräußererseite auftretenden Personen entweder personell, wirtschaftlich oder gesellschaftsrechtlich eng verbunden sind oder aufgrund von (nicht notwendigerweise vertraglichen) Abreden auf den Abschluss sowohl des Grundstückskaufvertrags als auch der Verträge, die der Bebauung des Grundstücks dienen, hinwirken (vgl. BFH, Urteil vom 26.2.2014, II R 54/12, BFH/NV 2014, 1403 Rdnr. 11 m. w. N.).

14 Anhaltspunkte für Abreden der Veräußererseite können zum Beispiel ein gemeinsamer Vermarktungsprospekt oder ein gemeinsamer Internetauftritt des Grundstücksveräußerers und des Bauunternehmens bzw. der für sie handelnden Personen sein. Eine Abrede kann auch anzunehmen sein, wenn der Grundstücksveräußerer dem Erwerber Bauunternehmen benennt, die bereits Interesse an der Bebauung des zu veräußernden Grundstücks oder bei einem größeren Baugebiet der zu veräußernden Grundstücke bekundet haben und/oder den baurechtlichen Vorschriften entsprechende Haustypen für das Grundstück anbieten können. Nicht ausreichend ist insoweit der allgemeine Hinweis auf in der näheren Umgebung tätige Bauunternehmer, die noch nicht mit der möglichen Bebauung der zur Veräußerung bestimmten Grundstücke befasst waren. Eine Abrede auf der Veräußererseite muss für den Erwerber nicht erkennbar sein. Es ist ausreichend, wenn sie anhand äußerer Merkmale objektiv festgestellt werden kann (vgl. BFH, Urteil, BFH/NV 2014, 1403 Rdnr. 13 m. w. N.). Ob eine Abrede auf der Veräußererseite vorliegt, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu ermitteln. Die Feststellungslast (objektive Beweislast) für die Tatsachen, die die Einbeziehung der Bauerrichtungskosten in die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer rechtfertigen, trägt das FA.

15 bb) Ein beim Abschluss des Kaufvertrags unbebautes Grundstück kann nur dann in bebautem Zustand Gegenstand des Erwerbsvorgangs sein, wenn der Veräußerer oder ein zur Veräußererseite gehörender Dritter zivilrechtlich zur Gebäudeerrichtung verpflichtet ist (vgl. BFH, Urteile vom 16.1.2002, II R 16/00, BFHE 197, 308, BStBl. II 2002, 431 unter II. 1. a; vom 27.10.2004, II R 12/03, BFHE 208, 51, BStBl. II 2005, 220 unter II. 1. a; vom 27.11.2013, II R 56/12, BFHE 243, 415, BStBl. II 2014, 534 Rdnr. 12, und in BFHE 249, 323, BStBl. II 2015, 660 Rdnr. 15, jeweils m. w. N.).

16 Eine im Grundstückskaufvertrag übernommene zivilrechtliche Bauverpflichtung des Erwerbers gegenüber dem Veräußerer ist für die Annahme einer Herstellungspflicht auf der Veräußererseite nicht ausreichend. Hierbei handelt es sich lediglich um eine eigennützige Leistung des Erwerbers, die keine Gegenleistung für den Erwerb des Grundstücks darstellt (vgl. BFH, Urteil in BFHE 197, 308, BStBl. II 2002, 431 unter II. 2. a m. w. N.). Ein „Delegieren“ einer dem Veräußerer obliegenden Herstellungspflicht auf den Erwerber mit der Folge, dass die Herstellung des Gebäudes der Sphäre des Veräußerers zuzurechnen ist, kann in der Übernahme einer Bauverpflichtung durch den Erwerber nicht gesehen werden. Bei einem gegenseitigen Vertrag kann sich der jeweilige Vertragspartner zur Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeiten

dritter Personen bedienen. Er kann jedoch die ihm obliegenden Verbindlichkeiten nicht auf seinen Vertragspartner „delegieren“, dem gegenüber er die Erfüllung der Verbindlichkeit schuldet (Rechtsgedanke des § 278 BGB, vgl. *Palandt/Grüneberg*, 75. Aufl. 2016, § 278 Rdnr. 7). Der Erwerber ist insoweit nicht der „verlängerte Arm“ der Veräußererseite. Allein die Bindung des Erwerbers an eine bestimmte bauliche Gestaltung („Wie“ der Bebauung) reicht für sich genommen ebenfalls nicht aus, wenn diese nicht gegenüber der zur Gebäudeerrichtung verpflichteten Veräußererseite besteht (vgl. BFH, Urteil in BFHE 197, 308, BStBl. II 2002, 431 unter II. 1. a). Auch ein Eigeninteresse der Veräußererseite daran, dass die Bebauung des erworbenen Grundstücks zeitnah und in der gestalterisch durch sie vorgegebenen Weise (etwa durch ein in den Grundstückskaufvertrag einbezogenes Gestaltungshandbuch) erfolgt, führt nicht zu einer der Veräußererseite zuzurechnenden zivilrechtlichen Herstellungspflicht.

17 cc) Fehlt es an einer Herstellungsverpflichtung der Veräußererseite, unterliegt eine etwaige vom Erwerber geschuldete Vergütung für Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem vom Erwerber selbst herzustellenden Gebäude, die Lieferung beweglicher Gegenstände (zum Beispiel Baumaterialien) oder die Bereitstellung von Planungsunterlagen nicht der Grunderwerbsteuer. Dies gilt auch dann, wenn die Veräußererseite das Grundstück sowie die sonstigen Dienst- und Sachleistungen einheitlich angeboten hatte.

18 b) Ausgehend von diesen Grundsätzen ist das FG auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen zu Unrecht davon ausgegangen, dass der Kläger das Grundstück anteilig im bebauten Zustand erworben habe und die Bauerrichtungskosten anteilig in die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer einzubeziehen seien. Nach den Feststellungen des FG war die AG zivilrechtlich nicht zur Herstellung des Gebäudes verpflichtet. Dass die von den Eheleuten ausgewählte Baufirma beim Abschluss des Grundstückskaufvertrags zur Veräußererseite gehört habe, geht aus den Feststellungen nicht hervor. Die Vorentscheidung war daher aufzuheben.

19 2. Die Sache ist nicht spruchreif. Das FG hat – ausgehend von seiner Rechtsauffassung, dass die zivilrechtliche Herstellungsverpflichtung des Veräußerers auf den Grundstückserwerber „delegiert“ werden könne – keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Baufirma beim Abschluss des Grundstückskaufvertrags zur Veräußererseite gehörte. Dies wird es im zweiten Rechtszug nachzuholen haben. Die Beteiligten sind dabei gemäß § 76 Abs. 1 Satz 2 und 3 FGO heranzuziehen. Kommt das FG zu dem Ergebnis, dass die Baufirma im maßgebenden Zeitpunkt zur Veräußererseite gehörte, ist Gegenstand des Erwerbs des Klägers das anteilige, bebaute Grundstück, denn die Baufirma hatte den Eheleuten die Bebauung des Grundstücks bereits vor Abschluss des Kaufvertrags durch Unterzeichnung des Bauerrichtungsvertrags zu einem feststehenden Preis angeboten. Dementsprechend sind die anteiligen Bauerrichtungskosten Teil der Gegenleistung, die der Bemessung der Grunderwerbsteuer zugrunde zu legen ist. Die Klage ist dann abzuweisen. Andernfalls ist der Klage stattzugeben. Die dem FA obliegende Feststellungslast (objektive Beweislast) ist zu beachten.

(...)

SONSTIGES

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

Gesundheitsgefährdung und Burnout am Arbeitsplatz

Von Prof. Dr. med. **Frank-Gerald B. Pajonk**, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, Psychotherapeut, Schäftlarn

Wenn ein Kamel, welches mit einer Karawane durch die Wüste geht, unter einer Last zusammenbricht, ist es müßig zu fragen, ob das Kamel zu schwach oder die Last zu schwer war. Die einzig „korrekte“ Aussage ist: *Diese Last war in der Situation für das Kamel zu schwer.*¹

1. Einleitung

Burnout ist ein Modethema, dem sich in Deutschland niemand entziehen kann. Jährlich ist es Titelthema unzähliger Magazine und Zeitschriften und auch wissenschaftlich wird es intensiv untersucht. Den Begriff hat *Herbert Freudenberger* 1974 geprägt. Burnout meint einen Zustand des „Ausgebrannt-Seins“, der totalen Erschöpfung, des sich Aufgearbeitet-Habens. Bis heute bleibt Burnout ein schwer abgrenzbares und unscharf definiertes Phänomen. Der Endzustand scheint eine Art „biologische Notbremse“ zu sein, die den Organismus davor bewahren soll, die letzte Energie für etwas nicht Existenzielles zu verschwenden. Die psychologischen Mechanismen von Burnout beginnen aber sehr viel früher. Unklar ist auch, welchen Anteil die Umgebungsfaktoren (zum Beispiel Arbeitsbedingungen) und welchen Anteil das Individuum (zum Beispiel Coping-Strategien, Resilienz, Persönlichkeit) am Entstehen von Burnout haben. Burnout ist daher keine eigenständige Erkrankung, sondern in der Medizin eine Zustandsbeschreibung, dessen Endzustand in einer klinisch diagnostizierbaren Erkrankung, überwiegend Depressionen und Angststörungen mündet. Voraussetzung für die Entstehung von Burnout ist aber ein Zusammenhang mit Arbeit. Die Entstehung eines Burnout-Prozesses ist ohne Stress nicht erklärbar.

2. Häufigkeit von Burnout

Da Burnout ein unscharf definiertes Zustandsbild ist, gibt es keine verlässlichen Zahlen zur Häufigkeit in der Allgemeinbevölkerung. Aus der Fülle aller Untersuchungen und Berichte darf man aber davon ausgehen, dass aktuell nicht mehr als 5 % der berufstätigen Bevölkerung in Deutschland davon betroffen sind. Besonders vulnerabel scheinen Personen in therapeutischen und erzieherischen Berufen zu sein, in denen ständig und ohne Unterbrechung eine helfende Haltung anderen Menschen gegenüber eingefordert wird. Allerdings wird mittlerweile auch über Burnout bei Müttern, pflegenden Ange-

hörigen, Mitarbeitern von Callcentern, Richtern und Architekten, um nur einige zu nennen, berichtet. In frühen Untersuchungen wurde beschrieben, dass etwa die Hälfte des Pflegepersonals auf onkologischen oder Intensivstationen und etwa ein Drittel der Ärzte und Lehrer an Burnout leiden könnten. Diese Zahlen sind deutlich zu hoch. Wahrscheinlich sind aber Frauen mit einer Doppelbelastung in Beruf und Familie häufiger betroffen.

3. Voraussetzungen für die Entstehung von Burnout

a) Arbeitsplatzbezogene Faktoren

Die Entstehung von Burnout hat weniger mit der Menge oder der Art der Arbeit als mit den Arbeitsbedingungen zu tun. Die Arbeitspsychologie hat schon vor Jahrzehnten die Merkmale einer zufriedenstellenden Aufgabenstellung beschrieben. Sie umfassen Ganzheitlichkeit, Anforderungsvielfalt, Autonomie und Ziel- und Zeitsouveränität. Die Ziele dieser Merkmale und die Möglichkeiten, sie zu realisieren, finden sich in der Abbildung. Entscheidend für eine zufriedene Arbeit ist die Stärke des Bedürfnisses zu wachsen und sich zu entwickeln. Daraus resultieren eine hohe innere Arbeitsmotivation, eine hohe Qualität der Arbeitsleistung und eine niedrige Abwesenheit von der Arbeitsstelle und Bereitschaft zur Kündigung. Hierzu muss die Arbeit als sinnhaft empfunden werden, eine Verantwortlichkeit für die Arbeitsergebnisse empfunden werden und die Resultate der Arbeitstätigkeit auch bekannt sein.²

Umgekehrt ist auch bekannt, welche Arbeitsplatzfaktoren die psychische Gesundheit negativ beeinflussen.³ Es sind:

- Arbeitsplatzunsicherheit
- Ungerechtigkeit am Arbeitsplatz
- Arbeitsüberlastung
- hoher Arbeitsdruck
- widersprüchliche Anforderungen an die Arbeit
- zwischenmenschliche Konflikte am Arbeitsplatz
- Mangel an Teilhabe an Entscheidungen
- unklare Führung

2 *Hackman JR./Oldham GR.*, Motivation through the design of work: test of a theory, *Organizational Behavior and Human Performance*, 1976, 16(2), 250-279.

3 *Angerer P./Petru R./Nowak D./Weigl M.*, Deutsche Medizinische Wochenschrift 2008, 133, 26-29.

1 Zitat nach *M. Burisch*.

Merkmal	Ziele	Realisierung
Ganzheitlichkeit	Kenntnis der Bedeutung der Arbeit	Planende, ausführende, kontrollierende Tätigkeiten
Anforderungsvielfalt	Vermeidung einseitiger Beanspruchung	Aufgaben mit unterschiedlichen Anforderungen
Autonomie	Steigerung des Selbstwertgefühls	Dispositions- und Entscheidungsmöglichkeiten
Ziel- und Zeitsouveränität	Freiräume, keine Arbeitsverdichtungen	Zeitpuffer schaffen

- unklare Definitionen der eigenen Rolle
- Konflikte zwischen Arbeit und Familie

Die Modelle, die die Entstehung von Burnout am besten erklären, fußen auf diesen arbeitspsychologischen Grundsätzen. Es wurden zwei Modelle identifiziert: das Anforderungs-Kontrollmodell und das Gratifikationskrisenmodell. Im Anforderungs-Kontrollmodell besteht ein Missverhältnis zwischen der Arbeitsanforderung und der Kontrolle, die der Betroffene über seine Arbeit hat. Dies bedeutet konkret, dass ein Arbeitnehmer Arbeitsanforderungen erhält, aber nicht selbst bestimmen darf, wie er diese Aufgabe erfüllt, sondern darin fremdbestimmt ist. Das Gratifikationskrisenmodell geht von einem Missverhältnis zwischen der Anstrengung, die man in die Arbeit steckt, und der Belohnung, die man für diese Anstrengung erhält (zum Beispiel Lohn, Förderung, Gehalt), aus. Eine hohe Arbeitsanforderung bei niedriger Kontrolle erhöht das Risiko für eine psychische Erkrankung um 82 %, eine Gratifikationskrise um 84 %.⁴

Im Einzelnen wurden als Faktoren, die das Risiko für Burnout erhöhen, wiederholt identifiziert:

- mangelnde Herausforderungen bei der Arbeit
- mangelhafte Arbeitszeiteinteilung
- fehlende Möglichkeiten zur Mitarbeit
- unzureichende Kommunikation
- unzureichende Problemlösungsstrategien
- allgemeine berufliche Unzufriedenheit

Speziell bei Berufsanfängern kommt ein weiterer Faktor hinzu, nämlich die Übernahme von Aufgaben, für die sie nicht ausreichend vorbereitet sind. Bei Notaren kann eine solche Situation eintreten, wenn sie erstmals ein Amt übernehmen und sich mit Fragen von Betriebsorganisation, Personalmanagement sowie Mandantenpflege und Marketing auseinandersetzen müssen. Diese Tätigkeiten machen gerade zu Beginn der Übernahme eines ersten Amtes etwa 50 % der Arbeitszeit und über 75 % der emotionalen Belastung aus. Konflikte belasten umso schwerer, je isolierter sich die Notare fühlen, zum Beispiel weil das Amt weit entfernt vom bisherigen persönlichen Lebensumfeld liegt, die Familie nicht mitzieht oder die Unterstützung von und der Austausch mit Kollegen aus Studium oder Assesorenzeit schwindet.

b) Persönliche Faktoren

Für die Entstehung psychischer Störungen am Arbeitsplatz und insbesondere von Burnout sind aber nicht nur die Arbeits-

bedingungen entscheidend, sondern auch das Anspruchsniveau des Individuums. Hierzu zählen u. a. das Engagement und der berufliche Ehrgeiz. Beides, ein zu hohes und ein zu niedriges Anspruchsniveau, können Stresssymptome hervorrufen, je nachdem, wie die Arbeitsbedingungen aussehen. Darüber hinaus ist die persönliche Widerstandsfähigkeit gegen Belastungen entscheidend. Diese wird durch körperliche und psychische Erkrankungen, die Persönlichkeit und vorausgegangene belastende oder traumatisierende Lebenserfahrungen reduziert. Die Widerstandsfähigkeit gegen Belastungen wird auch als Resilienz bezeichnet. Kennzeichen resilienter Personen sind, dass sie Hilfe suchen und tragfähige Unterstützungsnetzwerke bilden. Sie glauben, dass sie Änderungen bewirken können, sie können negativen Erfahrungen positive Folgen abgewinnen und sind überzeugt, sich nach Niederlagen und Stress wieder erholen zu können. Sie gehen Konflikte offen an und scheuen keine Auseinandersetzung. Sie sind gelassen und selbstbewusst, auch weil sie sich sinnvollen oder übergeordneten Zielen verpflichtet fühlen.⁵

4. Erste Zusammenfassung

Psychische Störungen und speziell Burnout entstehen dort, wo die Umwelтанforderungen bzw. die Wahrnehmung dieser Anforderungen die Ressourcen einer Person übersteigen. Menschen mit extrem hohem eigenem Anspruchsniveau angesichts von äußerem Druck bei gleichzeitig geringen Handlungsspielräumen sind als besonders gefährdet anzusehen. Verausgabungen und daraus resultierende Erschöpfung rechtfertigen allein nicht die Zuschreibung der Symptome zu einem Burnout, wenn der Prozess von Erfolg und Anerkennung gekennzeichnet ist. Umgekehrt ist auch nicht jeder, der sich nicht leistungsfähig fühlt und wenig Interesse und Motivation für seine Arbeit zeigt, von Burnout betroffen. Diese Zuweisung ist nur dann berechtigt, wenn die Symptome das Ende eines negativen Entwicklungsprozesses am Arbeitsplatz beschreiben, der mit einer grundlegend anderen, positiven und optimistischen Haltung begonnen wurde.⁶

4 Angerer P./Petru R./Nowak D./Weigl M., Deutsche Medizinische Wochenschrift 2008, 133, 26-29.

5 Kobasa SC./Maddi SR./Puccetti MC., Personality and exercise as buffers in the stress-illness relationship, Journal of Behavioral Medicine 1982, 5(4), 391-404; Kobasa SC./Maddi SR./Kahn S., Hardiness and health: a prospective study, Journal of Personality and Social Psychology, 1982, 42(1), 168-77.

6 Badura B./Schellschmidt H./Vetter C./Leppin A., Burnout: Konzept, Verbreitung, Ursachen und Prävention, Fehlzeiten-Report 2006. Chronische Krankheiten. Zahlen, Daten, Analysen aus allen Branchen der Wirtschaft, Heidelberg, 2007, S. 99-109.

5. Verlauf von Burnout

Es gibt verschiedene Klassifikationen der Stadien von Burnout. Ihnen allen gemeinsam ist der Beginn der typischen Symptomatik mit der Phase der idealistischen Begeisterung. Diese ist mit Optimismus, hohem Energieeinsatz, hochgesteckten Zielen und Überidentifikation mit der Aufgabe verbunden. Diese geht in eine Phase der Stagnation über, in der es zu ersten Enttäuschungen kommt. Unzufriedenheit über die eigene Leistung und ein Nachlassen der Arbeitsmotivation wird versucht, durch mehr Arbeit zu kompensieren, um doch mehr Erfolge zu erzielen und das Gefühl der Leistungsfähigkeit zurückzugewinnen. Da dieses Konzept nicht auf Dauer aufgeht, resultieren daraus Gefühle von Frustration, Erfolglosigkeit, Machtlosigkeit und Selbstzweifel; es kommt zu erhöhter Erschöpfung, innerer Anspannung und Unfähigkeit, zu entspannen oder loszulassen. Je länger der Betroffene versucht, seine Kräfte zu mobilisieren und seine Leistungsfähigkeit zu halten oder wieder zu steigern, desto länger diese Phase, in der er sich gegen den drohenden Absturz stemmt. Der Endzustand dieses Prozesses ist charakterisiert durch Resignation, Verzweiflung, Hoffnungslosigkeit und dem Verlust von Antrieb und Motivation. In dieser letzten Phase sind die Betroffenen apathisch und gleichgültig, die ursprüngliche Tatkraft und der Glaube an sich und seine Fähigkeiten scheinen völlig verschwunden. Häufig finden sich chronische Müdigkeit, Erschöpfung, Schlafstörungen, Muskelverspannungen und -schmerzen, Appetit- und Gewichtsänderungen; die Anfälligkeit für Infekte und andere Krankheiten nimmt zu. Soziale Kontakte werden vermieden, die Menschen werden unleidlich, misstrauisch und zunehmend intolerant. Diese Symptome entsprechen denen einer Depression. Gehäuft finden sich auch Ängste und Panikattacken. Gegen Unruhe und Schlafstörungen werden häufiger Alkohol und Medikamente zur Beruhigung eingenommen.

6. Prävention und Therapie von Burnout

Der wichtigste Schritt in der Behandlung von Burnout ist die frühzeitige Prävention. Diese ist vor allem in den ersten Phasen des Burnout von Bedeutung. Die wichtigsten Grundregeln der Prävention bestehen in Ressourcenförderung und Selbstregulation. Als Überschriften für diese Maßnahmen können die drei „As“ stehen: Achtsamkeit, Austausch und Auszeiten.

- Achtsamkeit ist eine Form der Aufmerksamkeit, die absichtsvoll ist, sich auf den gegenwärtigen Moment bezieht und nicht wertend ist. Das entscheidende ist das Verweilen in der Gegenwart, nicht das permanente Denken in der oder an die Zukunft oder Vergangenheit.
- Austausch meint Kommunikation, Vernetzung, das Hören auf Kritik, Motivation und kreative Ideen.
- Auszeiten steht für das Schaffen von Freiräumen, das Üben des Loslassens, die Entwicklung von Alternativen, das Wertschätzen von Entspannung und das Anstreben von Ausgewogenheit sowie die Neubewertung des richtigen Maßes.

Weitere Maßnahmen sind Sport- und Bewegungstraining und das Entwickeln oder Fördern von Resilienz. Zur Prävention gehören auch organisationspsychologische Beratungen und Trainings. Diese können zum Beispiel mit Methoden der kognitiven Restrukturierung und des Skilltrainings erreicht werden. Ziele können sein:

- das Aufzeigen fachlicher Defizite und Möglichkeiten zu deren Kompensation oder Auflösung
- die Korrektur eines ineffektiven Arbeitsstils
- die Reduktion von Erwartungen
- eine realistische Zieleinschätzung
- das Üben von Konfliktlösestrategien, Verhandlungstechniken und Delegationstechniken
- Zeitmanagementtraining

Gerade für Betroffene, die sich in der Phase der Stagnation oder Frustration befinden, ist es schwer, diese Angebote wahrzunehmen. Deren Ziel ist es ja gerade, mehr und intensiver zu arbeiten, um die gewohnte positive Rückmeldung zu erhalten. Das Abgeben und Loslassen von Aufgaben oder die Reduktion ihres Engagements ist für sie völlig kontraintuitiv und mit einer Bedrohung verbunden. Damit träte ja der befürchtete Verlust jeder Leistungsfähigkeit und Wirksamkeit unmittelbar ein. Hier bedarf es einer hohen Motivation und Überzeugungsfähigkeit, den Betroffenen für diese Maßnahmen zu gewinnen.

Wenn bereits klinisch relevante Symptome einer Depression oder Angststörung vorliegen, dann müssen diese entsprechend der aktuellen Therapiestandards behandelt werden. Hierzu zählen vor allem psychotherapeutische und medikamentöse Behandlungsverfahren. Die genannten Präventionsmaßnahmen sollten im Sinne einer Tertiärprävention angewendet werden, um Folgeschäden zu vermeiden und eine Wiederholung dieses Ablaufs zu verhindern.

7. Zweite Zusammenfassung

Prävention und Therapie von Burnout sollten in einem Stadium beginnen, in dem der Betroffene selbst gar nicht glaubt, Burnout gefährdet zu sein. Sie umfassen Aufklärung über das Krankheitsbild, das Erzielen von Veränderungen in der Einstellung zur Arbeit und die Kompensation von Defiziten in Arbeitsfertigkeiten und Arbeitsstil. In der Endphase eines Burnout liegen die Symptome einer Depression vor. Die Behandlung erfolgt dann zunächst wie bei jeder anderen Depression, sollte aber im Verlauf besonders auf arbeitsplatzbezogene Variablen eingehen.

SONSTIGES

TAGUNGSBERICHT

Die Neuregelung des Erbschaftsteuerrechts

Podiumsdiskussion der Forschungsstelle für Notarrecht am 9.11.2016

Von Ass. jur. **Florian Fußeder**, Wissenschaftlicher Mitarbeiter der Forschungsstelle für Notarrecht, München

Am 9.11.2016 fand die erste Veranstaltung des Wintersemesters 2016/2017 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt. Das Thema der Diskussion lautete „Die Neuregelung des Erbschaftsteuerrechts“. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle für Notarrecht, Professor Dr. *Johannes Hager*, begrüßte zunächst das Auditorium und stellte die Diskutanten, Professor Dr. Dres. h. c. *Paul Kirchhof*, Universität Heidelberg, und Professor Dr. *Oliver Lepsius*, LL.M. (Chicago), Universität Bayreuth, sowie den Diskussionsleiter, Professor Dr. *Martin Burgi*, Ludwig-Maximilians-Universität München, vor. Er übergab das Wort zunächst an *Burgi*, der eine Einführung in das Thema gab.

Burgi hob hervor, dass hinter der Erbschaftsteuer grundlegende Fragen der Verteilungsgerechtigkeit stünden. Dies sei auch ein Grund, weshalb es der Bundesregierung zum wiederholten Male nur unter erheblichen Schwierigkeiten gelungen sei, eine Neuregelung zu schaffen. Gewichtige Stimmen im Schrifttum forderten bis heute, diese Steuerart insgesamt abzuschaffen. Tatsächlich habe der Bundesrat der letzten Neuregelung am 14.10.2016 zugestimmt, insbesondere auf gestalterisch tätige Juristen kämen damit wieder spannenden Zeiten zu, aber auch auf Verfassungsrechtler, da der Weg zum BVerfG auch dieses Mal wieder beschritten werde. Um sich den Fragen des Nachmittags zu nähern, werde zunächst *Kirchhof* einen knappen Überblick über die Entwicklung der Rechtsprechung zur Erbschaftsteuer geben und die beschlossene Neuregelung skizzieren. Daraufhin werde *Lepsius* einen Überblick über seine Standpunkte geben. Die daran anschließende Diskussion sei in drei Blöcke gegliedert. In einem ersten Block würden die unternehmensbezogenen Erleichterungen im Fokus stehen, im zweiten Block werde die Frage diskutiert, welche Rolle das Sozialstaatsprinzip im Steuerrecht spiele, und der dritte Block sei der Rollenverteilung zwischen den Gewalten, insbesondere der zwischen Gesetzgebung und Verfassungsgerichtsbarkeit, gewidmet.

Kirchhof legte zunächst dar, dass die Verfassung sowohl das Eigentum als auch das Erbrecht gewährleiste. Bei dieser verfassungsrechtlichen Betrachtung sei es nicht die Erbschaftsteuer selbst, sondern die weitgehenden Entlastungen von Unternehmen durch den Gesetzgeber, die heute problematisch seien. Diese Entlastungen würden nicht durch niedrige Steuersätze erreicht, sondern seien in einer Vielzahl von Vor-

schriften zur Bemessungsgrundlage versteckt. Diese drückten den Steuersatz in einigen Fällen faktisch auf null. Schon in der ersten Entscheidung des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit des Erbschaftsteuergesetzes von 1995 sei die Gleichheitswidrigkeit das Problem gewesen.¹ In der zweiten Entscheidung von 2006 seien die Anforderungen konkretisiert worden.² Lenkungsstatbestände im Steuerrecht dürften nicht in Bemessungsgrundlagen versteckt werden, sondern seien zielgenau und normenklar zu regeln. In der letzten Entscheidung aus dem Jahr 2014 sei klargestellt worden, dass der Gesetzgeber solche kleinen und mittelständischen Unternehmen entlasten dürfe, die in personaler Verantwortung geführt werden.³ Als gleichheitswidrig sei vor allem beanstandet worden, dass die pauschalen Entlastungen auch großen Unternehmen ohne belegbares Bedürfnis zu Gute kommen. Es seien auch die vom Gesetz eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten wie die Nutzung des Kaskadeneffekts, Betriebsspaltungen und die Cash-GmbH beanstandet worden. Im Hinblick auf eine erneute Prüfung durch das Gericht falle auf, dass diese Gestaltungen auch von der Neuregelung noch zugelassen würden, lediglich die Nutzung einer Cash-GmbH sei stark erschwert worden.

Sodann skizzierte *Kirchhof* kurz die vom Gesetzgeber beschlossene Neuregelung. Besteuert werde weiterhin der Betrieb mit seinem Weltvermögen. Dieses sei bis zu einer Grenze von 26 Mio. € bis zu 85 % begünstigungsfähig, auf Antrag sogar bis zu 100 %. Darüber hinaus sei bis zu einer Grenze von 90 Mio. € ein Abschmelzmodell vorgesehen. Daneben bestehe die Möglichkeit eines Erlassbegehrens, wenn die Steuer aus dem verfügbaren Vermögen nicht bezahlt werden könne. Zuletzt gebe es eine spezielle Vergünstigung mit einem Abschlag von 30 % für Familienunternehmen. Für die Beratung sei die Frage interessant, wie mit einer möglichen Verfassungswidrigkeit des neuen Gesetzes umzugehen sei. Dabei gebe es Unterschiede zwischen einer Unvereinbarkeitserklärung und einer Nichtigkeitserklärung durch das BVerfG. Während bei einer Unvereinbarkeitserklärung wieder eine Übergangsfrist bis zur Neuregelung gelte, sei ein Gesetz bei

1 BVerfG, Beschluss vom 22.6.1995, 2 BvR 552/91, NJW 1995, 2624.

2 BVerfG, Beschluss vom 7.11.2006, 1 BvL 10/02, NJW 2007, 573.

3 BVerfG, Urteil vom 17.12.2014, 1 BvL 21/12, NJW 2015, 303.

einer Nichtigkeitserklärung ex nunc nichtig. Eine interessante Rechtsfrage sei, ob dann das davor geltende – ebenso verfassungswidrige – Gesetz wiederauflebe oder aber in der Zwischenzeit bis zu einer Neuregelung kein Erbschaftsteuergesetz gelte.

Daran schloss sich der Überblick von *Lepsius* an. Da mittlerweile jede 8. Senatsentscheidung das Steuerrecht betreffe, sei es eines der wichtigsten Referenzgebiete. Behandelt würden oft besondere Fragen des Steuerrechts, die dann auf allgemeine verfassungsrechtliche Fragen abstrahieren könnten, wie beispielsweise die Kompetenzen von Organen oder das Verständnis bestimmter Grundrechte. Entscheidend sei die Frage, ob sich derartige Entscheidungen zum Steuerrecht generalisieren ließen oder ob sie eine Sonderdogmatik darstellten. Anschaulich werde diese Frage am allgemeinen Gleichheitssatz. Zur Kontrolle von Steuergesetzen könne nur dieser herangezogen werden. Dass es sich dabei lediglich um eine Willkürkontrolle handle, werde hinsichtlich der Überprüfung von Steuergesetzen als Schutzlücke empfunden. Darauf habe das BVerfG reagiert und den Kontrollmaßstab verschärft, was die Frage der Generalisierbarkeit dieser Verschärfung aufwerfe. Ähnliches gelte auch für die Fragen der Rückwirkungsproblematik oder der Vollzugsproblematik. Interessant sei zudem das Verhältnis von Gesetzgebung und BVerfG. Dem Gesetzgeber komme ein Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum zu, auf den das BVerfG mit einer abgestuften Kontrolle reagiere. Das Ergebnis sei eine Art Ping-Pong-Spiel zwischen den beiden Organen. Ob dieses Hin und Her zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung ein bedenklicher oder gar ein normaler und wünschenswerter Prozess sei, sei zu diskutieren. Eine regelmäßige, alle acht Jahre stattfindende Kontrolle eines Gesetzes könne durchaus gesund sein.

Damit ergriff *Burgi* das Wort und leitete zum ersten Block der Diskussion über. Dabei wurden auch Fragen aus dem Auditorium angenommen, die die Neuregelung und deren mögliche Verfassungswidrigkeit betrafen. Gefragt wurde, wie die oft komplexen Bewertungsregeln durch das BVerfG überprüfbar seien. Zudem wurde auf die neue Entwicklung hingewiesen, dass Gestaltungsaktivitäten einer Kontrolle unterzogen werden und ein Vorschlag zur Diskussion gestellt, der eine behördliche Genehmigung von Gestaltungsmodellen vorsehe. Anknüpfend daran wurde gefragt, wo ein Gestaltungsverbot im Verfassungsrecht verortet werden könne. *Burgi* übergab das Wort zunächst an *Lepsius*.

Betriebswirtschaftliche Bewertungskriterien seien unmöglich am Verfassungsrecht zu messen, so *Lepsius*. Der Gesetzgeber typisiere aufgrund der Komplexität der Materie und sehe deshalb Verschonungsregeln vor anstatt in die Bewertung einzugreifen. Die Komplexität des Systems übersehe das BVerfG und verpasse es daher, dem Gesetzgeber genauere Hinweise zu geben, wie er den Problemen Rechnung tragen könne. Eine Rechtsprechung, die bestimmte Gestaltungen ausschließe, sei zurückzuweisen. Diese seien vielmehr dem politischen Prozess geschuldet, den jede Neuregelung mit sich bringe. So seien die Interessen von Familienunternehmen erst mit der Neuregelung 2008 durch Lobbyarbeit in die Gesetzgebung eingeflossen. Ein gewisser Gestaltungsspielraum habe dem Gesetzgeber zu verbleiben, dies zeige auch die

Entscheidung von 2014, in der die Kontrolldichte tendenziell zurückgenommen werde.

Daraufhin erteilte *Burgi Kirchhof* das Wort. Es sei nicht erkennbar, dass das BVerfG dem Gesetzgeber zu wenige Hinweise erteilt habe. Gerade im Urteil von 2014 gebe das Gericht so detaillierte Hinweise wie in keiner der vorangehenden Entscheidungen, es werde beinahe der Tiefgang einer Doktorarbeit erreicht. Auch zur Frage der Gestaltungsmöglichkeiten und deren verfassungsgerichtlicher Überprüfbarkeit vertrat *Kirchhof* eine abweichende Meinung. Wenn das BVerfG sich zu solchen grundlegenden Fragen der Steuergerechtigkeit nicht äußere, verfehle es seine Aufgabe. In der Entscheidung von 2014 werde deutlich gemacht, dass die eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten das größte Problem der Gesetzgebung seien. Natürlich müsse ein Berater bestmöglich gestalten, ein Gesetzgeber der diese Möglichkeiten aber eröffne, verletze nun mal den Gleichheitsgrundsatz. Wie einfach diesem gerecht zu werden sei, ohne dass die Gefahr von ausufernden Gestaltungsmodellen bestehe, habe er selbst durch einen Entwurf mit lediglich elf Paragraphen und einem linearen Steuersatz von 10 % gezeigt. Der Ertrag für den Staat ließe sich damit zudem verdoppeln. Der Gesetzgeber möge sich dieser Vorlage gerne bedienen.

Burgi lenkte daraufhin die Diskussion auf die Schutzwürdigkeit von kleinen und mittelständischen Familienunternehmen, die oft als Grundlage des deutschen Wirtschaftserfolgs gesehen würden. Das eigentliche Problem sei, so *Kirchhof*, dass die Belastung eines Unternehmenserbens die Existenz des Unternehmens selbst gefährden könne. Mittel zu finden, eine solche Existenzgefährdung zu verhindern, sei grundsätzlich richtig. Dem schloss sich auch *Lepsius* an. Politisch bestünde parteiübergreifend Einigkeit darüber, dass Familienunternehmen zu schützen seien. Die Gesellschaft habe tatsächlich ein großes Interesse, solche Unternehmen zu erhalten, da sie nicht nur innovativ seien und sich auf dem Weltmarkt behaupteten, sondern auch soziale Verantwortung trügen.

Burgi leitete anschließend zum zweiten Block der Diskussion über. Interessant sei das Sondervotum der Entscheidung aus dem Jahr 2014 mit dem Hinweis auf das Sozialstaatsprinzip. Fraglich sei, ob dieses künftig im Steuerrecht ein neuer Prüfungsmaßstab sei und welche Bedeutung es für die Erbschaftsteuer habe.

Kirchhof betonte zunächst, dass die Erbschaftsteuer nicht das richtige Instrument zur Umverteilung sei. Dafür sei der Ertrag bei weitem zu gering. Umverteilung könne daher nur über die Gewinnsteuern erfolgen. Der Gleichheitssatz bezüglich der Erbschaftsteuer könne gewahrt werden, indem ein einheitlicher Steuersatz angewandt werde. Wer über Verteilungsgerechtigkeit nachdenke, solle nicht die Erbschaftsteuer nutzen, sondern die seit langem diskutierte Transaktionssteuer einführen, die bei einem Steuersatz von nur 1 % den Ertrag der Einkommensteuer erreichen könne.

Damit reichte *Burgi* die Frage an *Lepsius* weiter. In der Erwähnung des Sozialstaatsprinzips liege auch eine Hilfestellung für den Gesetzgeber. Dieser sehe sich im Gesetzgebungsverfahren verschiedenen Kräften ausgesetzt. Zum einen werde der gesellschaftliche Ruf nach einer Umverteilung immer lauter, da

die Schere zwischen Arm und Reich weiter werde. Es gebe jedoch auch Lobbygruppen, die gegen eine Umverteilung arbeiteten und dem Gesetzgeber Reformen in diese Richtung erschwerten. Mit dem Sozialstaatsprinzip, das verfassungsgerichtlich kontrollierbar sei, habe der Gesetzgeber diesen Gruppen ein starkes Argument entgegenzusetzen. So könne der Gesetzgeber mit einem Hinweis auf diese verfassungsrechtliche Vorgabe und die damit verbundene Kontrolle durch das BVerfG rechtfertigen, dass eine abweichende Regelung schlichtweg verfassungswidrig sei. Zudem sei das verfassungsrechtliche Sozialstaatsprinzip für die Rechtsprechung und die Literatur attraktiv, da es dogmatisch noch viel Raum für Entwicklungen biete.

Nach einer kurzen Auseinandersetzung mit der Ansicht von *Lepsius* eröffnete *Burgi* den dritten Block der Diskussion. Er warf die Frage auf, weshalb die Erbschaftsteuer lediglich am Gleichheitssatz und nicht an der Eigentumsgarantie zu messen sei. Zudem sei interessant, was sich aus der Rechtsprechung zur Erbschaftsteuer zu der Rollenverteilung zwischen Gesetzgebung und Verfassungsgerichtbarkeit ableiten lasse. Er übergab das Wort zunächst an *Kirchhof*.

Die Steuer, so *Kirchhof*, sei eine Bedingung für Eigentum, denn sie sei die Finanzierung des Staates, der ebendiese Freiheit garantiere. Folglich sei die Steuer keine Enteignung, sondern Inhalt des Privateigentums. Dass der Inhalt des Eigentums durch Gesetze wie das Baugesetzbuch oder Steuergesetze bestimmt werden könne, regle Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG.

Damit ging das Wort ein letztes Mal an *Lepsius*. Bezüglich Art. 14 GG vertrete er eine abweichende Position. Die Eigentumsgarantie garantiere nur das Recht Eigentum selbst und nicht dessen Wert. Lediglich bei einer Enteignung schlage die Eigentumsgarantie ausnahmsweise in eine Wertgarantie um. Eine Steuer wirke sich jedoch nicht auf das Recht selbst, sondern lediglich auf den Wert aus. Zum Abschluss der Diskussion äußerte sich *Lepsius* zur Rollenverteilung zwischen Gesetzgebung und Verfassungsgerichtbarkeit. Kein Gesetz sei perfekt, sondern immer ein Produkt eines politischen Kompromisses, der schon in der Verfassung angelegt sei. Auch das BVerfG dürfe daher nicht ideale Gesetze zum Maßstab seiner Kontrolle machen. Andererseits habe das Gericht auch den Auftrag Entscheidungen auf Gebieten zu treffen, die von der Politik vermieden würden. Damit würde die Politik gezwungen, sich mit diesen zu beschäftigen. Das Gericht habe damit gewissermaßen eine Ersatzfunktion für die fehlende direkte Demokratie auf Bundesebene. Die Erbschaftsteuer sei eine solche unbeliebte Materie der Politik, da sie zu viele Gerechtigkeitsfragen beinhalte und sich naturgemäß nicht für den Wahlkampf eigne. Es sei daher richtig, dass die Politik von der Verfassungsgerichtbarkeit angehalten wurde, sich erneut mit dieser Frage zu beschäftigen.

Damit schloss *Burgi* die Diskussion. Anschließend hatten die Teilnehmer und Diskutanten bei einem Empfang die Möglichkeit zum weiteren fachlichen und persönlichen Austausch.

VERANSTALTUNGSHINWEISE

Munich Dispute Resolution Day 2017

Streitbeilegung 4.0 – Verfahrensgrenzen überwinden?

Freitag, 28. April 2017, 10.00 Uhr

Senatssaal E110 der Ludwig-Maximilians-Universität München,
Geschwister-Scholl-Platz 1, 80539 München

Aus dem Programm:

Begrüßung (StMJ Prof. Dr. *Winfried Bausback*, München; RA Dr. *Stephan Spehl*, München)

Von anderen Verfahren lernen? (Prof. Mag. Dr. Dr. h. c. *Paul Oberhammer*, Wien; MinDir *Michael Lotz*, Stuttgart; RA Prof. Dr. *Klaus Sachs*, München; PD Dr. *Martin Fries*, München; PräsBGH a. D. Prof. Dr. *Günter Hirsch*, Berlin; Notar Dr. *Robert Walz*, München)

Hybride Verfahren (Prof. Dr. *Thomas Riehm*, Passau; RA *Karl Pörnbacher*, München; Prof. Dr. *Mathias Habersack*, München)

Das richtige Verfahren finden? (RA Dr. *Andreas Hacke*, Düsseldorf; DirAG Dr. *Elisabeth Kurzweil*, Wolfratshausen; *Susanne Groppe-Stadler*, München)

Abschließende Podiumsdiskussion – Verfahrensdesign: Chancen & Risiken einer Grenzüberwindung (Prof. Dr. *Horst Eidenmüller*, Oxford; RA Prof. Dr. *Renate Dendorfer-Ditges*, Bonn; Prof. Dr. *Herbert Roth*, Regensburg; VorsRIOLG Dr. *Thomas Steiner*, München)

Kontakt/Anmeldung: bis zum 31. März 2017 per E-Mail unter andrea.regele@mucdr.org; Telefon 089 2180 1437

Zwölftes Symposion des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

Gesellschafterversammlung und Beschlussfassung bei GmbH und GmbH & Co. KG

Freitag, 5. Mai 2017, 9.00 Uhr

Rosensäle der Friedrich-Schiller-Universität, Fürstengraben 27, 07743 Jena

Aus dem Programm:

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Organisation und Ablauf einer Gesellschafterversammlung (RIBGH Prof. Dr. *Ingo Drescher*, Karlsruhe/Tübingen)

Einberufung und Durchführung der Gesellschafterversammlung (Notar Dr. *Hartmut Wicke*, München)

Gesellschafterversammlung auf Verlangen der Minderheit (Prof. Dr. *Holger Altmeyden*, Passau)

Bestellung, Abberufung und Kompetenzen des Versammlungsleiters (Prof. Dr. *Ulrich Noack*, Düsseldorf)

Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers (RA Prof. Dr. *Andreas Pentz*, Mannheim)

Einziehung von Geschäftsanteilen und Rechtsschutz (Prof. Dr. *Detlef Kleindiek*, Bielefeld)

Satzungsänderung und Satzungsdurchbrechung (Prof. Dr. *Lars Leuschner*, Osnabrück)

Tagungsbeitrag: 90 € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V.; 150 € für Nichtmitglieder; reduzierte Sätze für Notarassessoren

Kontakt/Anmeldung: bis zum 15. April 2017 per E-Mail unter notarinstitut@uni-jena.de oder per Fax unter 03641 942512

17. Wissenschaftliches Symposium des Deutschen Notarinstituts

Aktuelle Herausforderungen im Immobilienrecht

19. Mai 2017, 9.15 Uhr

Neubaukirche, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg

Aus dem Programm:

Schutz von Erwartungen des Käufers beim Immobilienkauf
(Prof. Dr. *Florian Faust*, Hamburg)

Schicksal des Heimfallanspruchs bei Zwangsversteigerung
des Erbbaurechts (RIBGH Dr. *Christina Stresemann*, Karlsruhe)

Probleme beim Verkauf sanierter Altbauten
(Notar Dr. *Gregor Basty*, München)

Hausübergabe – Damoklesschwert Pflegeheim/Sozialamt?
(RAin Dr. *Gudrun Doering-Striening*, Essen)

Ausgewählte Probleme bei der vertraglichen Gestaltung und
dem Vollzug von Sondernutzungsrechten im Wohnungseigen-
tumsrecht (Notarin Dr. *Melanie Falkner*, Ochsenfurt)

Dienstbarkeiten und erneuerbare Energien
(Prof. Dr. *Christian Alexander*, Jena)

Auswirkungen neuer steuerlicher Entwicklungen auf die
notarielle Vertragsgestaltung
(Notar Dr. *Jörg Ihle*, Bergisch Gladbach)

Altlastenklauseln bei Immobilienkaufverträgen
(Notar Dr. *Hans-Frieder Krauß*, München)

Tagungsbeitrag: 165 € für Mitglieder der Deutschen Notar-
rechtlichen Vereinigung e.V.; 215 € für Nichtmitglieder; redu-
zierte Sätze für Notarassessoren

Kontakt/Anmeldung: per Fax 0931 35576-225 oder E-Mail
notrv@dnoti.de

Veranstaltungen des DAI

1. **Ältere Menschen als Urkundsbeteiligte**
(Renner/Wetterling)
3.3.2017 in Heusenstamm
2. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht**
(Herrler/Hertel/Kessler)
9.3.2017 in Kiel
10.3.2017 in Berlin
31.3.2017 in Stuttgart
3. **Die Entwicklung des Ehevertragsrechts**
(Reetz)
15.3.2017 in Bochum
4. **Aktuelles Notarkostenrecht: Gesellschaftsrecht**
(Sikora/Tiedtke)
16.3.2017 in Heusenstamm
5. **Deutsch-Niederländischer Rechtsverkehr**
(Eule)
17.3.2017 in Oldenburg
6. **Aktuelles aus dem Handelsregister – Update 2017**
(Schmidt/Melchior)
18.3.2017 in Köln
7. **Unternehmensnachfolge in der notariellen Praxis**
(Spiegelberger)
29.3.2017 in Bochum
8. **Neuere Rechtsprechung zum GNotKG**
(Schmidt/Tondorf)
31.3.2017 in Berlin
9. **15. Gesellschaftsrechtliche Jahresarbeitstagung**
(Crezelius/Heckschen/Arens/Kayser/Strohn/Teichmann)
31.3.2017-1.4.2017 in Hamburg
10. **Insolvenzrecht in der notariellen Praxis**
(Reul)
31.3.2017 in Osnabrück
11. **32. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung**
Teil I (Huttenlocher/Krauβ/Naumann/Rapp/
Reul/Schlögel/Simon)
3.4.-8.4.2017 in Kiel
Teil II (Ivo/Oertel/Schaal/Wegerhoff)
24.4.-29.4.2017 in Kiel
12. **Aktuelles Kostenrecht im Notariat**
(Neie/Tiedtke)
7.4.2017 in Oldenburg
13. **Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare**
(Arens)
19.4.2017 in Kassel
14. **Intensivkurs Kostenrecht**
(Fackelmann/Tiedtke)
28.4.-29.4.2017 in Heusenstamm

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. Bahrenfuss (Hrsg.): FamFG. 3. Aufl., Schmidt, 2017. 3045 S., 118 €
2. Bolz/Messner (Hrsg.): Erbrecht und neues Erbschaftsteuerrecht. Boorberg, 2017. 388 S., 68 €
3. Braun (Hrsg.): Insolvenzordnung. 7. Aufl., Beck, 2017. 2060 S., 149 €
4. Burandt/Dutta (Hrsg.): International Law of Succession. Beck, 2017. 1500 S., 249 €
5. Frodermann/Jannott (Hrsg.): Handbuch des Aktienrechts. 9. Aufl., Müller, 2017. 1372 S., 169,99 €
6. Gehrlein/Born/Simon (Hrsg.): GmbHG. 3. Aufl., Heymanns, 2017. 2244 S., 149 €
7. Goj: Ungeschriebenes Hauptversammlungserfordernis beim Beteiligungserwerb? Duncker & Humblot, 2017. 386 S., 99,90 €
8. Großkommentar. Aktiengesetz: §§ 312-318. 4. Aufl., De Gruyter, 2017. 188 S., 92,40 €
9. Hager (Hrsg.): Bestimmtheitsgrundsatz und Mehrheitsklauseln. Nomos, 2017. 61 S., 19 €
10. Hartmann: Kostengesetze. 47. Aufl., Beck, 2017. 2297 S., 139 €
11. Haunschmidt: Erbschaft und Testament (Österreich). 5. Aufl., LexisNexis, 2016. 294 S., 57,49 €
12. Hauschild/Kallrath/Wachter (Hrsg.): Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht. 2. Aufl., Beck, 2017. 1937 S., 219 €
13. Herzog: Die Erbenhaftung. Zerb, 2017. 264 S., 39 €
14. Hess (Hrsg.): Kölner Kommentar zur Insolvenzordnung. Band 2: §§ 56-128. Heymanns, 2017. 2200 S., 218 €
15. Holzapfel/Pöllath: Unternehmenskauf in Recht und Praxis. 15. Aufl., RWS, 2017. 695 S., 98 €
16. Hopt (Hrsg.): Schuldverschreibungsrecht. Schmidt, 2017. 1888 S., 299 €
17. IDW (Hrsg.): Neuregelung der Erbschaftsteuer. IDW, 2017. 144 S., 44 €
18. Jäger: Die Haftung von Partnern einer Partnerschaftsgesellschaft für berufliche Fehler. Mohr Siebeck, 2017. 283 S., 74 €
19. Keidel (Hrsg.): FamFG. 19. Aufl., Beck, 2017. 3326 S., 149 €
20. Krafka/Kühn: Registerrecht. 10. Aufl., Beck, 2017. 988 S., 99 €
21. Lippross: Umsatzsteuer. 24. Aufl., Fleischer, 2017. 1597 S., 82 €
22. Mössner/Seeger (Hrsg.): Körperschaftsteuergesetz. 3. Aufl., NWB, 2017. 2105 S., 179 €
23. Mollhuber: Umtauschverhältnis und Unternehmensbewertung bei der Verschmelzung. Schmidt, 2017. 728 S., 99 €
24. Müller/Stöcker/Lieber: Die Organschaft. 10. Aufl., NWB, 2016. 542 S., 84 €
25. Münchener Kommentar zum BGB. Band 9: Familienrecht II: §§ 1589-1921. 7. Aufl., Beck, 2017. 2603 S., 299 €
26. Münchener Kommentar zum BGB. Band 10: Erbrecht: §§ 1922-2385. 7. Aufl., Beck, 2017. 2372 S., 299 €
27. Niedenführ/Vandenhouten: WEG. 12. Aufl., Deutscher Anwaltverlag, 2017. 839 S., 109 €
28. Patt: Umstrukturierungen von betrieblichen Unternehmen. HDS, 2017. 160 S., 49,90 €
29. Pauli: Erbschaftsteuerreform. TeleLex, 2017. 67 S., 19,99 €
30. Piltz (Hrsg.): Münchener Anwaltshandbuch Internationales Wirtschaftsrecht. Beck, 2017. 1502 S., 269 €
31. Saenger (Hrsg.): Zivilprozessordnung. 7. Aufl., Nomos, 2017. 3684 S., 108 €
32. Schmidt (Hrsg.): Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht. 6. Aufl., Heymanns, 2017. 3030 S., 189 €
33. Staudinger (Hrsg.): Kommentar zum BGB. Buch 5: Erbsfolge. §§ 1922-1966. De Gruyter, 2017. 592 S., 229 €
34. Staudinger (Hrsg.): Kommentar zum BGB. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. § 823 A-D. 15. Aufl., De Gruyter, 2017. 599 S., 229 €
35. Strahl/Carlé/Demuth: Das neue Erbschaftsteuerrecht – Vorweggenommene Erbfolge – Testamentsgestaltung. Arbeitskreis f. Steuerrecht, 2017. 180 S., 70 €
36. Thouet: Reform der Erbschaftsteuer. Deutscher Notarverlag, 2017. 240 S., 49 €
37. Tondorf/Gockel: Notar 2017. 3. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2016. 256 S., 14,90 €
38. Weinmann/Moench: ErbStG Kommentar. Haufe Lexware, 2017. 176 S., 69,34 €
39. Wilsch: Grundbuchordnung für Anfänger. 2. Aufl., Beck, 2017. 252 S., 39 €
40. Zimmermann (Hrsg.): Praxiskommentar Erbrechtliche Nebengesetze. 2. Aufl., Zerb, 2017. 1641 S., 169 €
41. Zöllner/Noack (Hrsg.): Kölner Kommentar zum Aktiengesetz. Band 4: Teillieferung: § 221. 3. Aufl., Heymanns, 2017. 384 S., 119 €

STANDESNACHRICHTEN

PERSONALÄNDERUNGEN

1. Ehrungen/Ehrenämter:

Notar a. D. Dr. Sebastian Spiegelberger, Rosenheim, wurde am 20.1.2017 das Verdienstkreuz am Bande des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland verliehen

2. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Wolfram Eckhardt, Nürnberg, verstorben am 20.12.2016

Notar a. D. Dr. Otto Bord, Neu-Ulm, verstorben am 30.12.2016

Notar Walter Hilscher, Ebersberg, verstorben am 18.2.2017

Amtfrau i. N. Elke Dittrich, Bamberg, verstorben am 27.12.2016

3. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung zum 1.4.2017:

Notar Helmut Heinrich, Pegnitz

Notar Dr. Gustav Reißig, Bamberg

4. Amtsniederlegung nach § 48b BNotO:

Mit Wirkung zum 1.2.2017:

Notarin Silvia Paulöhr, Passau

Mit Wirkung zum 1.4.2017:

Notar Marcel Neumair, Simbach a. Inn

5. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 16.1.2017:

Karlstadt der Notarin a. D.
Dr. Yvonne van Eickels

Mit Wirkung zum 1.2.2017:

Hemau dem Notarassessor
Julian Sander
(bisher in Würzburg, DNotI)

6. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.3.2017:

Dr. Felix Wobst, Memmingen
(Notarstellen Erber-Faller/Voran)

7. Versetzung und sonstige Veränderungen

Notarassessor Dr. André Weiß, Bayreuth, wurde mit Wirkung vom 7.12.2016 promoviert

Notarassessorin Bianca Wengenmayer, Illertissen (Notarstelle Dr. Kössinger), ab 16.1.2017 in Augsburg (Notarstelle Hille)

Notarassessor Johannes Attenberger, Berlin (Bundesnotarkammer), ab 1.2.2017 in München (Notarstellen Dr. Steiner/Dr. Fronhöfer)

Notarassessor Jan-Frederic Worring, Prien (Notarstellen Dr. Rieger/Koller), ab 6.2.2017 in Berlin (Bundesnotarkammer)

Notarassessor Claudius Eschwey, Regensburg (Notarstellen Dr. Thalhammer/Schünemann), ab 1.3.2017 in München (Landesnotarkammer Bayern)

Notarassessor Dr. Luitpold Graf Wolffskeel von Reichenberg, Füssen (Notarstellen Dr. Malzer/Dr. Wälzholz), ab 1.3.2017 in Würzburg (DNotI)

Amtfrau i. N. Ingrid Kurz, Regen (Notarstellen Prof. Dr. Dr. Grziwotz/Vogt-Grziwotz), ab 1.3.2017 in Deggendorf (Notarstellen Dr. Kurz/Dr. Sagmeister)

Oberinspektorin i. N. Karin Haberl, Simbach a. Inn (Notarstelle Neumair), ab 1.4.2017 in Roding (Notarstelle Mayer)

Oberinspektor i. N. Peter Klotz, Fürstenfeldbruck (Notarstellen Dr. Buchta/Dr. Jung), ab 1.4.2017 in München (Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R.)

8. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtsrat i. N. Peter Andexinger, Forchheim (Notarstellen Reiß/Hutterer), ab 1.3.2017 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Leonhard Pröbstl, Weilheim i. OB (Notarstellen Dr. Reisnecker/Dr. Selbherr), ab 1.3.2017 im Ruhestand

ANSCHRIFTEN- UND RUFNUMMERN-ÄNDERUNGEN:

Bad Aibling, Notarstellen Dr. Kleeberger/Dr. Schlögel
Maximiliansplatz 1, 83043 Bad Aibling

Nürnberg, Notarstelle Schlosser
Karolinenstraße 15-19, II. Stock, 90402 Nürnberg

Abonnement

MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon: (089) 551660, Telefax: (089) 55166234, E-Mail: info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (inkl. Versandkosten, 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