

MittBayNot

Begründet 1864

6 | 2022

November | Dezember 2022

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Schriftleitung:

Florian Drexler,
Notarassessor
Julia Kilian,
Notarassessorin

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 a. D., Regen

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar a. D., München

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,
Notar in Roth

AUFSÄTZE

Everts: Vertretungsausschlüsse nach der Familienrechtsreform – eine Fallschule – Teil 1 523

Ott: Die Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts und ihre Auswirkungen auf die Vormundbenennung durch letztwillige Verfügung 533

Forschner: Praxisupdate Gesellschaftsrecht 536

RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

Sauer zu BGH: Nachweis der Erbfolge bei einer letztwilligen Verfügung mit Scheidungsklausel 556

Heiß zu OLG Saarbrücken: Anforderungen an den Nachweis der Erbfolge bei auslegungsbedürftiger Pflichtteilsstrafklausel 567

Schneider zu BGH: Unwirksame Erbenbestimmung durch Verweis auf formnichtige Anlage zum Testament 575

Dziwis zu OLG Hamm: Wirksamer Erlass von Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüchen durch sozialhilferechtlichen Leistungsempfänger 590

Grziwotz zu OLG Celle: Beschwerde des früheren Grundstückseigentümers im Aufgebotsverfahren 609

Sommer zu OLG Karlsruhe: Schlüssigkeitsprüfung der Eigentums- und Kontrollstruktur durch den Notar 616

Dehmer zu BFH: Beherrschungsidentität bei mittelbarer Beteiligung über eine Kapitalgesellschaft an einer Besitz-Personengesellschaft 636

Impressum **MittBayNot**

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

Herausgeber:

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

Herausgeberbeirat:

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

Schriftleitung:

Notarassessor Florian Drexler,
Notarassessorin Julia Kilian

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

Design:

INTO Branding GmbH

Druck:

Universal Medien GmbH
Fichtenstraße 8
82061 Neuried

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 6 | 2022

AUFSÄTZE		523
Everts: Vertretungsausschlüsse nach der Familienrechtsreform – eine Fallschule – Teil 1	523	
Ott: Die Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts und ihre Auswirkungen auf die Vormundbenennung durch letztwillige Verfügung	533	
Forschner: Praxisupdate Gesellschaftsrecht	536	
BUCHBESPRECHUNGEN		543
Bergschneider: Beck'sches Formularbuch Familienrecht (Weinert)	543	
Dauner-Lieb/Grziwotz/Herzog: Pflichtteilsrecht (Bühler)	544	
Frenz/Hertel/Limmer: Würzburger Notarhandbuch (Sommer)	546	
RECHTSPRECHUNG		547
Bürgerliches Recht		
ALLGEMEINES		
1. Maßgeblicher Zeitpunkt für Kenntnis des vollmachtlos vertretenen Käufers von Mängeln beim Grundstückskauf (BGH, Urteil vom 06.05.2022, V ZR 282/20)	547	
2. Wirksamer Zustimmungsvorbehalt für Abtretung eines Grundschuldrückgewähranspruchs (BGH, Beschluss vom 14.01.2022, V ZR 255/20)	549	
3. Verwalterbestellung in der „Aufteilungsphase“ (BGH, Urteil vom 11.03.2022, V ZR 77/21 – Ls.)	553	
4. AGB-Kontrolle der im „Produktmerkleblatt Baukinder- geld“ enthaltenen Förderbedingungen (OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 02.02.2022, 17 U 119/20 – Ls.)	553	
SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT		
5. Nachweis der Erbfolge bei einer letztwilligen Verfügung mit Scheidungsklausel (BGH, Beschluss vom 17.02.2022, V ZB 14/21) mit Anmerkung Sauer	553	
6. Keine Abnahme der Werkleistung durch Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (OLG München, Endurteil vom 22.03.2022, 28 U 3194/21 Bau)	561	
7. Anforderungen an den Nachweis der Erbfolge bei auslegungsbedürftiger Pflichtteilsstrafklausel (OLG Saarbrücken, Beschluss vom 13.12.2021, 5 W 70/21) mit Anmerkung Heiß	565 567	
8. Kostentragung von sogenannten Hausanschlusskosten im Rahmen eines Pauschalpreisvertrages (OLG Celle, Beschluss vom 19.10.2021, 14 U 100/21 – Ls.)	569	
FAMILIENRECHT		
9. Ausgleichsansprüche bei Scheitern einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft (OLG Hamm, Urteil vom 06.04.2022, 8 U 172/20)	569	
ERBRECHT		
10. Unwirksame Erbenbestimmung durch Verweis auf formnichtige Anlage zum Testament (BGH, Beschluss vom 10.11.2021, IV ZB 30/20) mit Anmerkung Schneider	572 575	
11. Erfordernis des Eingangs der Anfechtungserklärung im Original bei zuvor erfolgter Erbausschlagung (OLG Bamberg, Beschluss vom 21.03.2022, 2 W 35/21)	578	
12. Ausschluss der Teilungsversteigerung aufgrund eines letztwillig verfügten Teilungsverbots (OLG Karlsruhe, Urteil vom 09.02.2022, 11 U 7/21)	580	
13. Wirksamer Erlass von Pflichtteils- und Pflichtteilergänzungsansprüchen durch sozialhilfe-rechtlichen Leistungsempfänger (OLG Hamm, Urteil vom 09.11.2021, 10 U 19/21) mit Anmerkung Dziwis	586 590	
Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht		
14. Unzulässigkeit einer zu unbestimmten Satzungsregelung eines e. V. zur Höhe der Umlage (OLG München, Beschluss vom 28.06.2022, 34 Wx 153/22)	592	
15. Zur Geltung des gesellschaftsvertraglichen Zustimmungserfordernisses auch bei Verschmelzungsbeschluss (OLG Brandenburg, Beschluss vom 18.05.2022, 7 AktG 1/22)	593	



Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 6 | 2022

16. Zeitliche Reichweite der Habilitätsversicherung
(KG, Beschluss vom 17.03.2022,
22 W 10/22 – Ls.) 597

17. Unzulässige Einschränkung des Auskunftsrechts
der Aktionäre
(LG München I, Endurteil vom 09.06.2022,
5 HK O 3712/21) 597

Internationales Privatrecht

18. Keine funktionale Gleichwertigkeit eines Unter-
schriftenabgleichs durch den ausländischen Notar
(OLG Karlsruhe, Beschluss vom 20.04.2022,
1 W 25/22 (Wx)) 604

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

19. Beschwerde des früheren Grundstückseigentümers
im Aufgebotsverfahren
(OLG Celle, Beschluss vom 26.03.2021,
10 W 5/21) 606
mit Anmerkung **Grziwotz** 609

Beurkundungs- und Notarrecht

20. Schlüssigkeitsprüfung der Eigentums- und
Kontrollstruktur durch den Notar
(OLG Karlsruhe, Beschluss vom 22.06.2022,
1 Rb 34 Ss 122/22) 612
mit Anmerkung **Sommer** 616

21. Keine Haftung des Notars bei Verletzung der
Anzeigepflicht gemäß § 18 GrEStG gegenüber den
Urkundsbeteiligten
(OLG Hamm, Urteil vom 15.09.2021, 11 U 5/21) 619

Öffentliches Recht

22. Eingeschränkte Prüfungskompetenz der Gemeinde
bei Ausstellung eines Negativzeugnisses nach
§ 28 BauGB
(VGH Mannheim, Urteil vom 06.07.2022,
5 S 2129/20) 625

Steuerrecht

23. Grunderwerbsteuer bei Erwerb eines Grundstücks
mit Weihnachtsbaumpflanzung
(BFH, Urteil vom 23.02.2022, II R 45/19) 627

24. Beherrschungsidentität bei mittelbarer Beteiligung
über eine Kapitalgesellschaft an einer Besitz-
Personengesellschaft
(BFH, Urteil vom 16.09.2021, IV R 7/18) 629
mit Anmerkung **Dehmer** 636

SONSTIGES 639

Nachruf Notar a. D. **Dr. Christoph Reithmann** 639

Veranstaltungshinweise 640

Neuerscheinungen 642

STANDESNACHRICHTEN 643

Vertretungsausschlüsse und Genehmigungserfordernisse nach der Familienrechtsreform – eine Fallschule – Teil 1

Von Notar Dr. **Arne Everts**, Berchtesgaden



Mit dem „Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts“¹ tritt zum 01.01.2023 eine der wohl größten familienrechtlichen Reformen seit Anbeginn der Geltung des BGB in Kraft. Die nachfolgenden Ausführungen geben für die notarielle Praxis einen Ausblick speziell darauf, in welchen Fällen an sich berufene gesetzliche Vertreter von ihrem Amt ausgeschlossen sind, wer an deren Stelle tritt und welche gerichtlichen Genehmigungserfordernisse entweder zusätzlich oder isoliert für das Handeln gesetzlicher Vertreter im Familienrecht bestehen.

Der täglichen Arbeitsweise geschuldet erfolgt die Darstellung anhand der (vermutlich) praxishäufigsten Fälle samt Lösungen, und zwar ausschließlich aus dem Bereich der elterlichen Sorge und des Betreuungsrechts. Die Arbeit mit Vormündern hat jedenfalls in der notariellen Praxis nur noch eine Randbedeutung; dies nimmt nun auch das Gesetz zur Kenntnis, indem es großteils die Anknüpfungstatbestände aus dem Vormundschaftsrecht heraus verlagert. Zugleich wird die aktuelle Rechtsprechung der letzten Jahre zum Thema des Beitrags zusammenfassend mit aufgearbeitet. Ein Vergleich mit dem bisherigen Recht erfolgt aber explizit nur, wenn dies für das Verständnis des neuen Rechts oder das Leseverständnis unbedingt nötig ist.²

Der erste Teil des Beitrags befasst sich mit dem Immobilienrecht (Kaufverträge, Überlassungen), und zwar praktikabilitätshalber so, als ob die Novelle bereits geltendes Recht sei. Der zweite Teil wird Fälle aus dem Gesellschaftsrecht und dem Erbrecht behandeln.

I. Immobilienrecht

1. Kaufverträge

Fall 1

Mutter M ist pflegebedürftig und steht unter Betreuung. Rechtliche Betreuerin ist ihre Tochter T. Der Aufgabenkreis enthält „Vermögensangelegenheiten“. Nach dem Umzug von M in ein Pflegeheim soll das bisher von ihr genutzte und ihr allein gehörende Wohnhausgrundstück an Dritte verkauft werden und der Reinerlös vollständig M zufließen.

Abwandlung 1: T und M bilden eine aus ihnen bestehende Erbengemeinschaft nach dem vorverstorbenen Vater und Ehemann V. Sie sind Miterben je zur Hälfte; der Kaufpreis soll abweichend hiervon aber zu drei Vierteln auf ein Konto der T fließen und nur zu einem Viertel auf das Konto der M. Hintergrund hierfür ist, dass V dies so in seinem Testament für den Fall der Veräußerung des Grundstücks angeordnet hatte.

Abwandlung 2: Die Käufer benötigen zur Aufbringung des Kaufpreises eine Finanzierungsgrundschuld. Diese soll aus Gründen der Zeit- und Kostenersparnis gleich in einer solchen Höhe eingetragen werden, dass sie auch die voraussichtlichen Renovierungskosten deckt – die Höhe des Grundschuldkapitals übersteigt damit zugleich den vereinbarten Kaufpreis.

Lösung Fall 1 (Grundfall):

Als rechtliche Betreuerin vertritt T die M gemäß § 1823 BGB³ gerichtlich und außergerichtlich. Da es um einen Verkauf an Dritte geht, ist nichts für einen Vertretungsausschluss ersichtlich. Jedoch muss sich T zur Wirksamkeit der für M abgegebenen Erklärungen ihr Handeln durch das zuständige Betreuungsgericht genehmigen lassen, § 1850 Nr. 1 BGB. Da M bereits ausgezogen ist, kommt § 1833 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 BGB nicht zum Zuge.

Das Genehmigungsverfahren wird nunmehr in §§ 1855-1858 BGB statt in §§ 1828-1831 BGB a. F. geregelt, die im Wesentlichen über § 1813 Abs. 1, § 1800 Abs. 2 BGB und § 1644 Abs. 3 BGB auch für das familiengerichtliche Geneh-

¹ Vom 04.05.2021, BGBl., S. 882.

² Die nachfolgenden Rechtsprechungszitate und sonstigen Fundstellen sind daher mit dieser Maßgabe zu verstehen; eine Synopse der Vorschriften a. F./n. F. findet sich zum Beispiel als Beilage zu (weiland) Schönfelder, Deutsche Gesetze, 184. Ergänzungslieferung (Mai 2021).

³ Die zitierten Normen sind diejenigen (in der Fassung) des neuen Rechts ab 01.01.2023, andernfalls erfolgt der Zusatz a. F.

migungsverfahren betreffend das Handeln von Pflegern bzw. Eltern gelten. Wesentliche materielle Veränderungen ergeben sich nicht.⁴ Insbesondere bleibt es bei der Notwendigkeit der sog. „Doppelvollmacht“.⁵ Auch die elektronische Einreichungspflicht gemäß § 14b FamFG besteht schon seit dem 01.01.2022.⁶ Jedoch wird die bisherige vierwöchige Erklärungsfrist des § 1829 BGB a. F. angesichts der immer längeren Verfahrensdauern auf zwei Monate verlängert, § 1856 Abs. 2 BGB. Da das nach praktischer Erfahrung immer noch zu kurz ist und so dem Betreuer (Pfleger/Eltern) weiterhin eine komfortable Ausstiegsmöglichkeit aus dem Vertrag ermöglichen würde, ist nach wie vor die Aufnahme einer Fristverlängerung in die Urkunde empfehlenswert,⁷ wobei allerdings die Verlängerung schlicht „auf die Dauer des gerichtlichen Genehmigungsverfahrens“ keinem dient außer dem Gericht selbst, das dadurch nämlich eine *carte blanche* für eine beliebig lange Verfahrensdauer bekommt. Eine absolute Höchstfrist von zum Beispiel „drei Monaten ab Empfang der Aufforderung“ scheint legitim und allen Akteuren einschließlich dem Gericht – das dadurch auch ein eindeutiges Signal erhält – zumutbar.

Lösung Abwandlung 1:

Da M und T eine Erbengemeinschaft bilden und somit T nicht nur als Vertreterin ihrer Mutter, sondern auch selbst als Verkäuferin am Vertrag mitbeteiligt ist, könnte T nach § 181 Hs. 1 Var. 1 BGB (bzw. über § 1824 Abs. 2 BGB) von der Vertretung ausgeschlossen sein (Verbot des Selbstkontrahierens). Als Verkäufer stehen M und T aber auf derselben Seite des Rechtsgeschäfts, schließen also kein *Insichgeschäft*, wie es § 181 BGB voraussetzt. Genauso könnte zum Beispiel M, wäre sie geschäftsfähig, selbst handeln und zugleich T, wäre diese minderjährig, in der gemeinsamen Verkäufererbengemeinschaft vertreten;⁸ es bedürfte allerdings der (familiengerichtlichen) Genehmigung nach § 1643 Abs. 1, § 1850 Nr. 1 BGB.

Im vorliegenden Fall wird jedoch der Kaufpreis nicht auf ein Erbengemeinschaftskonto gezahlt, sondern geteilt. Hierin liegt eine „versteckte Teilerbauseinandersetzung“, bei der M auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts steht, also ein verbotenes *Insichgeschäft* insoweit vorliegt, und zwar auch dann, wenn die Erlösverteilung entlang der Erbquoten er-

folgt! Es besteht dann ein Vertretungsausschluss.⁹ Erst recht muss dies für eine disquotale Erlösverteilung gelten. Das Vertretungsverbot würde auch den ganzen Kaufvertrag umfassen, nicht nur die einzelne Klausel zur Erlösverteilung.¹⁰ Rechtsfolge wäre, dass (letztlich nur wegen der Erlösklausel) für die Mitwirkung der M am (ganzen) Vertrag ein Ergänzungsbetreuer durch das Betreuungsgericht zu bestellen wäre, § 1817 Abs. 5 BGB, dessen Handeln wiederum der gerichtlichen Genehmigung nach § 1850 Nr. 1 BGB bedürfte.

Zu bedenken ist wiederum aber, dass ein Verstoß des Vertreters gegen § 181 BGB dann nicht vorliegt, wenn das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht, § 181 Hs. 2 BGB. So könnten die Dinge hier liegen: Es geht nicht um eine *Erbaueinandersetzung*, sondern um die Erfüllung von Vorausvermächtnissen als schuldrechtliche Ansprüche; der Anspruch ist mittlerweile jedenfalls entstanden und fällig, die Erfüllung für sich genommen wiederum nicht rechtlich nachteilig (was aber zum Beispiel bei der Erfüllung von Sachvermächtnissen ein Problem sein kann, siehe Fall 4). Trotzdem sollte man sich hierauf als Notarin oder Notar nicht verlassen. Ein Vorausvermächtnis bekommt im Ergebnis nur T, möglicherweise liegt nur eine Teilungsanordnung vor, im Falle eines privatschriftlichen Testaments kommt es zu Nachweisproblemen beim Grundbuch. Hier sollte man in der Praxis eher darauf achten, dass der Kaufpreis insgesamt auf ein (erben-)gemeinschaftliches Konto fließt und/oder in die Kaufvertragsurkunde aufzunehmen, dass Bestimmungen zur Erlösverteilung in der Urkunde nicht getroffen werden und für keinen Beteiligten mit dieser zusammenhängen.

Lösung Abwandlung 2:

Die Belastung eines Grundstücks ist Verfügung im Rechtsinne, sodass T zur Eintragung der Finanzierungsgrundschuld der Käufer vor Eigentumsumschreibung auf diese einer gesonderten gerichtlichen Genehmigung nach § 1850 Nr. 1 BGB bedarf.¹¹ Das gilt auch dann, wenn im Kauf die Vorabbeileihung für Finanzierungszwecke des Käufers gestattet ist.¹² Die betreuungsgerichtliche Genehmigung erfasst den gesamten Kaufvertrag,¹³ also auch die Passagen zur Finanzierungsmitwirkung einschließlich Belastungsvoll-

4 Instrukтив zum Genehmigungsverfahren für die notarielle Praxis daher nach wie vor *J. Weber*, DNotZ 2015, 498 ff.

5 Hierzu zum Beispiel *Herrler/Everts*, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2021, § 18 Rdnr. 42 ff.; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 3739, jew. mit Formulierungsvorschlag.

6 Hierzu ausf. DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2022, 25.

7 Vgl. statt aller Beck'sches Notarhandbuch/*Krauß*, 7. Aufl. 2019, § 1 Rdnr. 636 f.

8 *Münch/Müller-Engels*, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2020, § 13 Rdnr. 161.

9 *Münch/Müller-Engels*, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 13 Rdnr. 162 Fn. 8; *Ott*, DNotZ 2017, 646, 647, je zur vergleichbaren Rechtslage beim Verkauf durch die Mutter in Erbengemeinschaft zusammen mit ihrem minderjährigen Kind.

10 *Ott*, DNotZ 2017, 646, 647 f.

11 Nichts anderes würde übrigens für die Genehmigung eines *falsus procurator* durch einen Betreuer gemäß § 177 Abs. 1 BGB gelten, OLG Nürnberg, Beschluss vom 30.07.2020, 15 W 2126/20, MittBayNot 2021, 350 (m. Anm. *Wagner*).

12 Siehe nur *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3688 Fn. 5, m. zahlreichen Nachw., zum strukturgleichen Problem der Veräußerung durch Minderjährige.

13 Vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 24.04.2019, 12 Wx 16/19, MittBayNot 2021, 134, zur im Kauf enthaltenen (und somit mitgenehmigten) Zustimmung zur Löschung von Vorlasten in Abt. III des Grundbuchs.

macht. Ein nur eingeschränkter Aufgabenkreis wie „Veräußerung einer Eigentumswohnung“ gestattet dem Betreuer zudem die Belastung mit einem Finanzierungsgrundpfandrecht automatisch mit.¹⁴ Auch bedarf es laut BGH keiner gerichtlichen Genehmigung „bei Belastungen im Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb.“¹⁵ Das meint aber nur die Fälle, in denen die betreffende schutzbedürftige Person (in den BGH-Fällen Minderjährige von ihren Verwandten) Grundbesitz *erwirbt* und dieser dabei zugleich belastet wird (siehe hierzu nachfolgend Fall 2 Abwandlung 1).

Vorliegend geht es aber um eine *Veräußerung* von Grundbesitz durch die schutzbedürftige Person und dessen Beleihung für letztlich fremde Zwecke, nämlich die Kaufpreisfinanzierung des Käufers, sodass in diesen Fällen bereits vorhandenes Vermögen der schutzbedürftigen Person tatsächlich betroffen ist.¹⁶ Die Belastungsvollmacht bedeutet dabei nicht die Genehmigung der Belastung selbst, um die es in § 1850 Nr. 1 BGB aber allein geht.¹⁷ Das Betreuungsgericht muss insbesondere die Einschränkung der Zweckabrede bzw. deren korrekte Übernahme aus dem Kauf prüfen können (und kann das auch nicht dem Grundbuchamt überlassen), ebenso wie im Übrigen die Grundsuld auf ihre „Marktüblichkeit“ hin zu prüfen wäre. Ist insofern die Prüfung erfolgreich, insbesondere der Sicherungszweck der Grundsuld zunächst auf die zur Kaufpreiszahlung geleisteten Beträge beschränkt, ist es für die Genehmigungsfähigkeit der Belastung indes unerheblich, wenn diese den Kaufpreis übersteigt (weil sie zur Finanzierung zum Beispiel von Renovierungsaufwendungen dient).¹⁸

Allerdings scheint in der Praxis teilweise Bedingung der Gerichte zu sein, dass für die dadurch entstehenden Mehrkosten der Notar die persönliche Haftung übernimmt.¹⁹ Das überzeugt an sich schon nicht, denn wenn die Gefahr für die Inanspruchnahme des schutzbedürftigen Verkäufers der im Innenverhältnis vom Käufer zu tragenden Notar- und Grundbuchkosten ein Ablehnungskriterium wäre, dann wäre ohne entsprechende notarielle Haftungs-Übernahmeerklärung auch eine Finanzierungsgrundsuld bis zur Kaufpreishöhe nicht genehmigungsfähig, ja nicht einmal die Kaufvertragsurkunde. Eine notarielle Haftungsübernahme zur Lösung des „Problems“ ändert demgegenüber an der Kostenverteilung nach außen nichts und ist berufsrechtlich problematisch.²⁰ Die Mehrkosten mit einer eigenen Zahlungsverein-

barung zugunsten der schutzbedürftigen Person mit dem Käufer zu regeln,²¹ bringt höchstens einen „Mini“-Vollstreckungstitel für den Verkäufer, löst das Problem strukturell aber auch nicht und scheint schon wegen des nötigen Formulierungsaufwands inadäquat. Sollte das zur Genehmigung berufene Gericht die Kostenfrage tatsächlich problematisieren, besteht die einfachste Lösung darin, schlicht die Zahlung der Notarkosten durch den Käufer zu forcieren, diesen zugleich an der Notarstelle auch die zu erwartenden Grundbuchkosten²² vorab einzahlen zu lassen und dem Gericht die Zahlungseingänge zu bestätigen. Dem Grundbuchamt kann dann bei Vorlage der Grundsuld nach Genehmigung mitgeteilt werden, dass die Kosten direkt an der Notarstelle angefordert werden können.

2. Überlassungsverträge

Fall 2:

Großeltern möchten ein ihnen je zur Hälfte gehörendes unbebautes und unbelastetes Grundstück aus erbschaftsteuerlichen Gründen schenkweise an ihre beiden Enkelinnen, Töchter des einzigen Sohnes S, 15 und 6 Jahre alt, übertragen. Die beiden stammen aus verschiedenen Ehen von S. Die ältere Enkelin soll aber nur zu einem Drittel Miteigentümerin werden („weil sie von der Seite ihrer Mutter noch viel bekommen wird“), die jüngere Enkelin somit zu zwei Dritteln. Die beiden jeweils gemeinsam mit S sorgeberechtigten Mütter sind einverstanden. S soll und will im Hinblick auf den Zuwendungsgegenstand in der Übertragungsurkunde zugleich einen gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzicht gegenüber den (Groß-)Eltern erklären.

Abwandlung 1: Bei dem Schenkungsgegenstand handelt es sich um ein Wohnhausgrundstück, das von den Großeltern selbst bewohnt wird. Diese behalten sich daher auf ihre jeweilige Lebensdauer einen Nießbrauch und ein vormerkungsgesichertes Rückforderungsrecht vor, das neben den „üblichen“ Tatbeständen die Rückforderung auch ermöglicht, wenn das betreffende Kind „aus der katholischen Kirche austritt“.

Abwandlung 2: Das verschenkte Wohnhausgrundstück ist nicht selbstgenutzt, sondern vermietet. Nießbrauch und Rückforderungsrecht bleiben wie in Abwandlung 1 vorbehalten.

Abwandlung 3: Bei dem Schenkungsgegenstand handelt es sich um eine Eigentumswohnung. Diese steht jedoch leer. Nießbrauch und Rückforderungsrecht bleiben wie in Abwandlung 1 gleichwohl vorbehalten.

Abwandlung 4: Der Schenkungsgegenstand ist ein Wohnhausgrundstück, das aber ausschließlich von S, seiner zweiten Ehefrau und den Enkelinnen bereits selbst bewohnt wird und das mit Dienstbarkeiten, einer Reallast („Zaunerhaltungs- und -unterhaltungspflicht“) sowie einer Grundsuld

14 KG, Beschluss vom 06.09.2018, 1 W 88/18, MittBayNot 2019, 30.

15 BGH, Beschluss vom 11.03.2021, V ZB 127/19, NJW 2021, 1673; Urteil vom 07.10.1997, XI ZR 129/96, MittBayNot 1998, 105.

16 So ausdrücklich zum Beispiel BeckOGK-BGB/Fuchs, Stand: 01.05.2022, § 1821 Rdnr. 28.

17 So ausdrücklich zum Beispiel OLG Zweibrücken, Beschluss vom 22.12.2004, 3 W 130/04, MittBayNot 2005, 313, 314; Weber, DNotZ 2015, 498, 522.

18 LG Nürnberg-Fürth, Beschluss vom 28.08.2006, 13 T 4282/06, MittBayNot 2007, 218.

19 LG Nürnberg-Fürth, Beschluss vom 28.08.2006, 13 T 4282/06, MittBayNot 2007, 218 (Rdnr. 14).

20 Holzer, notar 2022, 230.

21 Holzer, notar 2022, 230 f.

22 Die Ermittlung derselben kann einer Notarstelle zumindest in solchen Fällen m. E. durchaus zugemutet werden – ansonsten sind aber auch die Grundbuchämter meist bei der Befragung behilflich.

belastet ist. Diese sichert noch Verbindlichkeiten des S, der aber zum Schuldendienst (Zins und Tilgung) weiter verpflichtet bleiben soll. Rechte für die Großeltern sollen daher nicht vereinbart werden, wohl aber ein Nießbrauch (nur) für S „vorbehalten werden“; außerdem soll ein Ausschluss des Rechts nach § 1010 BGB auf Erwerberseite, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, vereinbart und ins Grundbuch eingetragen werden, sowie wechselseitige Vorkaufsrechte an den übertragenen Miteigentumsanteilen zugunsten des jeweiligen Inhabers des jeweils anderen Miteigentumsanteils.

Lösung Fall 2 (Grundfall):

Nach § 1629 Abs. 1 Satz 2 BGB vertreten die gemeinsam sorgeberechtigten Eltern ihre Kinder gemeinschaftlich (also jeweils S zusammen mit der betreffenden Kindsmutter). Allerdings können sie ihr Kind jeweils insoweit nicht vertreten, als nach § 1824 BGB ein Betreuer von der Vertretung des Betreuten ausgeschlossen ist, § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB. Der in Bezug genommene § 1824 BGB ist die wortgleiche Nachfolgevorschrift zu § 1795 BGB a. F., der „familienrechtlichen Erweiterung des § 181 BGB“, durch den vielleicht die an die aktuellen gesellschaftlichen Bedingungen veränderte Systematik – Referenzrahmen ist künftig das Betreuungsrecht anstelle des Vormundschaftsrechts – am deutlichsten wird.²³ Der Vertretungsausschluss eines Elternteils erfasst dabei nach herrschender Meinung immer auch den Mitsorgeberechtigten Elternteil.²⁴ Denkbar wäre im Grundfall 2 ein Vertretungsausschluss deshalb, weil auf der einen Seite des Vertrags die Großeltern stehen, also Verwandte in gerader Linie der Erwerber, die u. a. durch ihren ebenfalls in gerader Linie verwandten Vater vertreten werden sollen. Dem Wortlaut des § 1824 Abs. 1 BGB nach wäre dies hier auch der Fall. Der im Gesetz normierte Ausnahmefall – Erfüllung einer Verbindlichkeit, § 1824 Abs. 2, § 181 Hs. 2 BGB, ist nicht einschlägig.

Wie unmittelbar bei § 181 BGB²⁵ besteht allerdings auch bei § 1824 BGB ein Vertretungsausschluss dann nicht, wenn das Rechtsgeschäft für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaft oder neutral ist (teleologische Reduktion);²⁶ die Enkelinnen könnten nach § 107 BGB dann auch selbst handeln. So liegen die Dinge indes im Grundfall 2. Die „normalen“ öffentlichen Lasten eines Grundstücks, namentlich also die Grundsteuer und (bei bebauten Grundstücken) die Gebühren für insbesondere Kaminkehrer, Wasser, Abwas-

ser und Müllabfuhr führen laut BGH²⁷ nicht zu einem rechtlichen Nachteil, auch nicht der Umstand, dass latent auf einem Grundstück auch außerordentliche Erschließungslasten sowie Kommunalabgaben (Wasser-/Abwasseranschlüsse) liegen können.

Das ist erstaunlich. Der Minderjährige haftet für die grundstücksbezogenen Steuern und Abgaben persönlich – normalerweise ein „Knock-out-Kriterium“ für diesen Bereich, wie die nachfolgenden Abwandlungen zeigen werden. Die zu erwartende Höhe ist dabei grundsätzlich ebenso wenig ein Maßstab für die Frage der rechtlichen Nachteiligkeit wie die Wahrscheinlichkeit der Anspruchsentstehung (insbesondere bei Erschließungslasten – was ist zudem bei rückständigen/gestundeten Beiträgen und/oder bei kurz vor Übertragung fertiggestellten, aber noch nicht abgerechneten Erschließungsanlagen?) und/oder der Umstand, dass laut BGH solche Zahllasten regelmäßig „aus dem Grundstück erwirtschaftet werden können“. Denn dies ist jedenfalls nicht generell der Fall, so zum Beispiel nicht im vorliegenden Grundfall, und auch sonst in dieser Pauschalität zweifelhaft, da Erschließungsbeiträge und kommunale Beiträge für Ver- und Entsorgung schnell fünfstellige Beträge erreichen können – auf welchen Zeitraum soll dann abgestellt werden?

Für die Vertragsgestaltung ist gleichwohl diese höchstrichterliche Rechtsprechung zur Kenntnis zu nehmen und darf von ihrer Beibehaltung ausgegangen werden. Demnach bestünde im Grundfall 2 kein Vertretungsausschluss der Eltern. Für ein Genehmigungserfordernis ist ebenfalls nichts ersichtlich. Dass die Großeltern (und somit mittelbar S) die Enkelinnen mit unterschiedlichen Miteigentumsquoten ausstatten wollen, ist unerheblich. Dem Gesetz ist keine Einschränkung diesbezüglich zu entnehmen, insofern darf S nach seinem Gutdünken von seinem elterlichen Sorgerecht Gebrauch machen. Er könnte ja auch eine Tochter/Enkelin komplett unbeschenkt lassen; im Übrigen besteht bei gemeinsamer Sorge immer noch das Korrektiv, dass der Mitsorgeberechtigte Elternteil sich der Benachteiligung nicht anschließt. Dass S selbst über seinen gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzicht an dem Rechtsgeschäft beteiligt ist, führt ebenfalls zu keiner anderen Beurteilung, zum Beispiel nach § 181 Hs. 1 Alt. 1 BGB (Verbot des Selbstkontrahierens), weil dies ein eigenständiges Rechtsgeschäft des S mit seinen eigenen Eltern innerhalb der Urkunde ist (zumal dieses den beiden Minderjährigen ja wiederum nur zugute käme).

Lösung Abwandlung 1:

Die von den Großeltern ausbedungenen Rechte könnten nun den lediglich rechtlichen Vorteil für die Enkelinnen entfallen lassen. Grundsätzlich ist jede dingliche Belastung von Minderjährigengrundbesitz rechtlich nachteilig. Der Minderjährige haftet in der Zwischenzeit persönlich für die Bestellung der Belastung, worin in jedem Fall ein Rechtsnachteil zu sehen ist.²⁸ Ist hingegen beim Erwerb durch den Min-

23 Wobei anzumerken wäre, dass auch das Betreuungsrecht dem Recht der Vormundschaft entstammt (bis 1992 – Stichwort „Entmündigung“, § 6 BGB a. F.).

24 Ausführlich zum Beispiel BGH, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, MittBayNot 2005, 408, 411 f.

25 St. Rspr. seit BGH, Urteil vom 27.09.1972, IV ZR 225/69, NJW 1972, 2262.

26 BGH, Beschluss vom 16.04.1975, V ZB 15/74, NJW 1975, 1885; Urteil vom 25.04.1985, IX ZR 141/84, DNotZ 1986, 80; MünchKomm-BGB/Huber, 8. Aufl. 2020, § 1629 Rdnr. 50; ob sich aus dem Spezialfall einer Vaterschaftsanfechtung und Vertretung des betreffenden Kindes durch die mit dem Vater nicht mehr verheiratete Mutter (BGH, Beschluss vom 24.03.2021, XII ZB 364/19, NJW 2021, 1875) eine generelle Änderung dieser Rspr. ableiten lässt, halte ich für zweifelhaft.

27 MünchKomm-BGB/Huber, § 1629 Rdnr. 43 Fn. 26 m. w. N.

28 MünchKomm-BGB/Spickhoff, 9. Aufl. 2021, § 107 Rdnr. 61.

derjährigen die Sache bereits belastet oder erfolgt die Belastung in direktem Zusammenhang mit dem Erwerb, namentlich im Zuge eines Rechtsvorbehalts, so ist entscheidend, ob den Minderjährigen aus der Belastung eine persönliche Haftung trifft, die ihn zu mehr verpflichtet als zur Herausgabe des Schenkungsgegenstandes.²⁹ Folglich wäre ein vorbehaltener Nießbrauch rechtlich nicht nachteilig insofern, als der Beschenkte dann das Schenkungsobjekt lediglich um den Kapitalwert des Nießbrauchs gemindert erhält.³⁰ Die reine Möglichkeit der Vermietung und Verpachtung in der Zukunft durch den Nießbrauchsberechtigten und der damit verbundenen latenten gesetzlichen Eintrittspflicht bei Erlöschen des Nießbrauchs nach §§ 1056, 566 BGB reicht für die Annahme eines rechtlichen Nachteils nicht aus.³¹ Das Gleiche gilt dann auch für eine Grundbesitzschenkung unter Vorbehalt eines Wohnungsrechts,³² konsequenterweise unabhängig davon, ob mit oder ohne Befugnis der Gebrauchsüberlassung an Dritte.

Für den Vorbehaltsnießbrauch hatte der BGH die rein rechtliche Vorteilhaftigkeit allerdings bislang so nur dann postuliert, wenn (wie in aller Regel) der Nießbraucher abweichend von § 1041 Satz 2, § 1047 BGB auch die Kosten außergewöhnlicher Ausbesserungen und Erneuerungen sowie die außergewöhnlichen Grundstückslasten zu tragen hat (der Eigentümer insoweit also nicht zum Aufwendungs- und Verwendungersatz gemäß §§ 1049, 677 ff. BGB verpflichtet ist).³³ In einer aktuellen Entscheidung³⁴ – zur Frage der gerichtlichen Genehmigungspflicht, allerdings mit argumentativem Gleichklang – hat sich der BGH dazu nicht mehr verhalten, der veröffentlichte Sachverhalt liefert aber auch keine Information, welcher Art der bestellte Nießbrauch war.

Aus Vorstehendem folgt auch, dass das vorbehaltene Rückforderungsrecht nur dann nicht zur rechtlichen Vorteilhaftigkeit des Vertrags führt, wenn sich die Haftung der Erwerberinnen auf den Zustand des Schenkungsobjekts bei Rückforderung beschränkt (insbesondere mittels Verweis auf das Bereicherungsrecht, wie bei den gesetzlichen Widderrufsgründen der Verarmung des Schenkers oder groben Undanks, §§ 528, 530 BGB)³⁵, keine Wert- oder Schadensersatzpflicht insbesondere wegen zwischenzeitlicher Ver-

schlechterung der Sache droht³⁶ und die Enkelinnen Ersatz für ihre zwischenzeitlich etwa erbrachten Verwendungen verlangen können.³⁷ Ist dies erfüllt,³⁸ schadet die Eintragung einer Rückerwerbsvormerkung ebenso wenig³⁹ wie die Einräumung derartiger Übertragungsansprüche zugunsten Dritter⁴⁰ (vorliegend zum Beispiel des Sohnes S selbst und/oder einer der Kindsmütter!). Auch kommt es für die Beurteilung des lediglich rechtlichen Vorteils dann nicht auf Art und Umfang der Rückforderungstatbestände an.

Diese können sich jedoch aus einer anderen Blickrichtung als „Bumerang“ erweisen. Zum einen können Klauseln wie das „Kirchenaustrittsverbot“ gemäß § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und somit nichtig sein.⁴¹ Zum anderen gefährden sie die Genehmigungsfähigkeit des Vertrags, sollte hierzu trotz lediglich rechtlichen Vorteils eine familienrechtliche Genehmigungspflicht bestehen.⁴² Das Gericht prüft den Vertrag dann nämlich wiederum insgesamt, eine Zerlegung in genehmigungsfreie und -pflichtige Teile findet nicht statt.⁴³ Den Beteiligten ist also in diesem Bereich von allzu großer Kreativität oder der Aufnahme persönlicher Befindlichkeiten beim Rückforderungskatalog abzuraten.

Zu prüfen wäre daher, ob die vorbehaltenen Rechte dazu führen, dass das elterliche Handeln über § 1643 Ab. 1 BGB einem gerichtlichen Genehmigungserfordernis unterliegt. Auf die im Rahmen der §§ 107, 181 BGB relevante Frage, ob das Erwerbsgeschäft für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft ist, kommt es in diesem rechtlichen Zusammenhang an sich nicht an, gleichwohl sind die Begründungen inhaltlich großteils synonym: Die Bestellung eines Nießbrauchs im Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb eines Minderjährigen ist jedenfalls dann nicht nach § 1850 Nr. 1 BGB genehmigungsbedürftig, wenn sich die Belastung bei wirtschaftlicher Betrachtung als Teil des Erwerbsvorgangs darstellt und die Auflassung und die dingliche Einigung über die Belastung gleichzeitig erfolgen.⁴⁴ Die Belastung bedarf auch dann nicht der familiengerichtlichen Genehmigung, wenn ihre Eintragung in das Grundbuch erst nach Umschreibung des Eigentums an dem Grundstück bewilligt und beantragt wird.⁴⁵ Die Genehmigungsfreiheit

29 Vgl. etwa BayObLG, Beschluss vom 29.05.1998, 2 Z BR 85-98, MittBayNot 1998, 431; MünchKomm-BGB/Spickhoff, § 107 Rdnr. 61 Fn. 26; Kölmel, RNotZ 2010, 618, 642 f.

30 OLG Dresden, Beschluss vom 02.04.1996, 3 W 336/96, MittBayNot 1996, 288, 290; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 09.09.1980, 20 W 168/80, Rpfleger 1981, 19, 20.

31 BGH, Beschluss vom 03.02.2005, V ZB 44/04, MittBayNot 2005, 413, unter II. 2. b) der Gründe.

32 BayObLG, Beschluss vom 15.02.1979, BReg. 2 Z 29/78, DNotZ 1979, 543; Beck OGK-BGB/Fröhler, Stand: 01.04.2021, § 181 Rdnr. 343.

33 BGH, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, MittBayNot 2005, 408 (m. Anm. Feller).

34 BGH, Beschluss vom 11.03.2021, V ZB 127/19, NJW 2021, 1673.

35 OLG Brandenburg, Beschluss vom 01.07.2021, 9 WF 158/21, RNotZ 2022, 99; BeckOGK-BGB/Fröhler, § 181 Rdnr. 338 Fn. 32.

36 BGH, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, MittBayNot 2005, 408, 411.

37 Vgl. BeckOGK-BGB/Fröhler, § 181 Rdnr. 338 Fn. 32.

38 Formulierungsvorschlag etwa bei BeckOGK-BGB/Fröhler, § 181 Rdnr. 339 Fn. 32.

39 BGH, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, MittBayNot 2005, 408, 411; OLG Dresden, Beschluss vom 02.04.1996, 3 W 336/96, MittBayNot 1996, 288, 291.

40 OLG Köln, Beschluss vom 10.11.1997, 14 Wx 10-97, MittBayNot 1998, 106.

41 Fembacher/Franzmann, MittBayNot 2002, 78, 80 f.

42 Fembacher/Franzmann, MittBayNot 2002, 78, 84.

43 Siehe zum Beispiel OLG München, Beschluss vom 17.07.2007, 31 Wx 018/07, DNotZ 2008, 199; OLG Hamm, Beschluss vom 02.10.2003, 15 W 331/03, NJW-RR 2004, 223.

44 BGH, Beschluss vom 11.03.2021, V ZB 127/19, NJW 2021, 1673.

45 BGH, Beschluss vom 11.03.2021, V ZB 127/19, NJW 2021, 1673 Rdnr 11 ff.

muss dann erst Recht für ein vorbehaltenes Wohnungsrecht gelten. Das Vorhergehende gilt auch, wenn im Vertrag die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des durch Rückforderung bedingten Rücküberweisungsanspruchs vorgesehen, die Haftung des Minderjährigen aber auch in diesem Punkt zuverlässig auf das ihm unentgeltlich Zugewandte beschränkt ist.⁴⁶ Eine wegen der Akzessorietät der Vormerkung grundsätzlich beachtliche Genehmigungsbedürftigkeit der zugrunde liegenden bedingten (Rück-)Übertragungsverpflichtung nach § 1850 Nr. 5 BGB wäre gleichfalls zu verneinen, weil diese sich bei der im Rahmen der bei §§ 1850 ff. BGB gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung ebenfalls nicht als Schmälerung eines bereits vorhandenen Grundbesitzes des Minderjährigen, sondern als Teil des Erwerbsvorgangs darstellte.⁴⁷

Lösung Abwandlung 2:

Ist das Schenkungsobjekt vermietet, tritt der Erwerber in die Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis ein, § 566 BGB. Die damit verbundene Übernahme persönlicher Haftungsrisiken führt dazu, dass der Vorgang für die Enkelinnen nicht mehr lediglich rechtlich vorteilhaft ist, und zwar auch dann, wenn – wie hier im Fall der Abwandlung 2 – der vermietete Übergabegenstand mit einem Nießbrauch belegt wird, sodass die Rechte und vor allem Pflichten aus dem Mietverhältnis beim Übergabe verbleiben.⁴⁸

Mich persönlich überzeugt das im Hinblick auf den dazwischen geschalteten Nießbrauch nicht.⁴⁹ Auch in der Abwandlung 2 trifft die Enkelinnen der mögliche Eintritt in das Mietverhältnis nur bei Erlöschen des Nießbrauchs nach §§ 1056, 566 BGB, genauso wie der Erwerber eines zum Übergabezeitpunkt noch nicht vermieteten, aber nießbrauchsbelasteten Vertragsobjekts dies grundsätzlich zu gewärtigen hat, nur „etwas unwahrscheinlicher“, weil es an einem Mietvertrag (noch) fehlt. Dies jedoch soll rechtlich nicht nachteilig sein (vgl. Abwandlung 1). Auf den Virtualitätsgrad der persönlichen Haftung kann es aber gerade nicht ankommen, zumal Umgehungsversuchen mit einem vorhandenen Mieter Tür und Tor geöffnet sind und der Erwerber ferner damit rechnen kann und muss, dass der Veräußerer/Nießbraucher jederzeit, unter Umständen am Tag nach dem Vertragsvollzug, einen Mietvertrag abschließt – vielleicht in vollem Bewusstsein der BGH-Rechtsprechung und in Ab-

sprache mit dem Mietinteressenten? Für die Praxis ist die höchstrichterliche Rechtsprechung gleichwohl maßgebend, zumal diese unlängst für den Erwerb von Miteigentum an vermietetem Grundbesitz kommentarlos bestätigt wurde.⁵⁰

Dogmatisch bemerkenswert und insofern uneingeschränkt zu begrüßen ist die BGH-Rechtsprechung aber aus einem anderen Blickwinkel.⁵¹ Würde man das BGB in unserer Abwandlung 2 wörtlich umsetzen, wäre der Schutz von Minderjährigen, Mündeln und Betreuten ad absurdum geführt: Der eigentliche (schuldrechtliche) Schenkungsvertrag wäre als solcher jeglicher Betrachtung enthoben, da eben Schenkung = „rechtlich vorteilhaft“, das dingliche Geschäft, die eigentliche Übertragung = Erfüllung wegen § 181 Hs. 2 BGB (ggf. über § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1824 Abs. 2 BGB) aber auch. Damit wären Fälle wie dieser von vornherein jeglichen familienrechtlichen Schutzes beraubt. Dass dies nicht sein kann, hat der BGH klargestellt, gleich ob man dies nun Gesamtbetrachtung, eine Abkehr hiervon oder teleologische Reduktion nennt. Grundgeschäft und Vollzugsgeschäft sind jeweils für sich auf ihre Vor- und Nachteilhaftigkeit zu untersuchen.

Für die Rechtstheorie zeigt sich somit gerade im Bereich von Verträgen mit schutzbedürftigen Personen, dass Monumente des Zivilrechts wie das Trennungsprinzip auch Geburtsfehler haben oder ins Wanken geraten können. In anderen Rechtsordnungen Ausgebildete würden das Ganze mutmaßlich mit einigem Erstaunen verfolgen. Besonders augenfällig wird dies noch bei Übertragungsvorgängen werden, mit denen Vermächtnisse erfüllt werden (vgl. nachfolgend Fall 4).

Es besteht also in Abwandlung 2 nach § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1824 Abs. 1 BGB ein Pflegschaftserfordernis für die Enkelinnen. Der hier gebildete Fall zeigt augenfällig, dass spätestens nach der Familienrechtsreform diejenige Meinung die Richtige ist, die für jeden minderjährigen Beteiligten einen eigenen Ergänzungspfleger nach § 1809 Abs. 1 BGB fordert.⁵² Nach dessen Satz 2 hat der Pfleger die Pflicht und das Recht, die ihm übertragenen Angelegenheiten des Pflinglings zu dessen Wohl zu besorgen. Mögen S und die Mütter der beiden im Rahmen ihrer elterlichen Sorge, unbeschadet gerichtlicher Maßnahmen in Extremfällen zum Beispiel nach § 1667 BGB, auch Ungleichbehandlungen vereinbaren können (was sich schon an dem geänderten Maßstab in § 1644 Abs. 1 BGB zeigt), ist dies dem Ergänzungspfleger verwehrt. Dieser ist weder Teil der Familie und

46 OLG München, Beschluss vom 29.04.2020, 34 Wx 341/18, ZEV 2020, 502, zu § 1821 Abs. 1 Nr. 1 und 4 BGB a. F. bei der Überlassung von Wohnungs- und Teileigentum; im Ergebnis würde die Entscheidung so nicht mehr ergehen können, weil die Schenkung von Wohnungs- und Teileigentum jetzt immer genehmigungspflichtig ist, § 1850 Nr. 4 BGB, also ohne dass es auf Rückfallklauseln ankäme; vgl. Abwandlung 3; in Richtung Genehmigungsfreiheit der „Rück-AV“ jetzt auch BGH, Beschluss vom 11.03.2021, V ZB 127/19, NJW 2021, 1673 Rdnr. 18.

47 BGH, Beschluss vom 11.03.2021, V ZB 127/19, NJW 2021, 1673 Rdnr. 18.

48 BGH, Beschluss vom 03.02.2005, V ZB 44/04, MittBayNot 2005, 413 m. Anm. *Feller*.

49 *Everts*, ZEV 2005, 511; ähnlich *Fembacher*, DNotZ 2005, 627, 629.

50 BGH, Beschluss vom 28.04.2022, V ZB 4/21, NJW-RR 2022, 1027.

51 BGH, Beschluss vom 03.02.2005, V ZB 44/04, MittBayNot 2005, 413 m. Anm. *Feller*, grundlegender noch Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, MittBayNot 2005, 408 m. Anm. *Feller*.

52 Vgl. BGH, Beschluss vom 09.07.1956, V BLW 11/56, NJW 1956, 1433 (bei mehreren minderjährigen Grundstücksmiteigentümern); OLG München, Beschluss vom 17.06.2010, 31 Wx 70/10, ZEV 2010, 646 (bei Gründung/Beitritt durch „Aufnahme“ im Gesellschaftsrecht); *Mai*, notar 2020, 87, 94; *Maier-Reimer/Marx*, NJW 2005, 3025, 3026; *Ivo*, ZEV 2005, 193, 194 f.

der in ihr obwaltenden Gedankenwelt, sondern soll nur auf den Pflegling achten. Dies ist dem Pfleger aber nur für einen Pflegling möglich. Das soll nicht heißen, dass der Pfleger, auch und gerade in Abstimmung mit seinem Amtskollegen für das andere Geschwister, begründetermaßen zu einem Ergebnis der Ungleichbehandlung gelangen kann. Prognoseentscheidungen sind ihm nicht verboten; es kann von ihm aber auch keine bestimmte verlangt werden, wie diejenige, die zum Beispiel der „Familienrat“ erwartet. Damit wird es künftig schwerer werden, bei mehreren minderjährigen Kindern Vorstellungen der Familie bei bestehenden Vertretungsausschlüssen durchzusetzen.

Im Anschluss ist wiederum zu klären, ob das pflegerische Handeln der familiengerichtlichen Genehmigung nach § 1813 Abs. 1, § 1799 Abs. 1, §§ 1850 ff. BGB bedarf. Nießbrauch und/oder Rückforderungsrecht lösen wie in Abwandlung 1 eine Genehmigungspflicht nicht aus. Denkbar wäre in der Abwandlung 2 eine solche aber zum einen wegen der sich aus dem Eintritt in das Mietverhältnis ergebenden „Entgeltlichkeit“ nach § 1850 Nr. 6 BGB. Dies wurde obergerichtlich zum Teil so gesehen.⁵³ Überzeugend ist das nicht: Nicht jede aus einem Vertrag folgende persönliche Haftung ist zugleich ein „Entgelt“ für diesen.⁵⁴ Dies ist vielmehr ein im Rahmen der rechtlichen Vor- und Nachteilhaftigkeit zu prüfender Punkt, der bereits zu einem Pflegegeschäftserfordernis führt. Der Eintritt *als Vermieter oder Verpächter* in bestehende Pacht- oder Mietverhältnisse ist gesetzliche Folge des Erwerbs (§ 566 BGB) und führt somit selbst dann nicht zur genehmigungspflichtigen Teilentgeltlichkeit, wenn auf diese gesetzliche Folge hingewiesen oder der Eintritt in die Pacht- oder Mietverhältnisse gar explizit vereinbart wird.⁵⁵

Zum anderen käme ein Genehmigungserfordernis nach § 1853 Satz 1 Nr. 1 BGB (Abschluss zu einem Mietvertrag länger als vier Jahre) und/oder nach § 1854 Nr. 4 BGB („Rechtsgeschäft, das auf die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit gerichtet ist“) in Betracht. Dies hat der BGH aber zutreffend zu den entsprechend wortgleichen Vorschriften des bisherigen Rechts bereits abgelehnt, unabhängig von einem dazwischen geschalteten Nießbrauch (gesetzliche Folge des Eintritts in bestehende Verträge ist nicht mit deren Abschluss, erstmalig oder als Vertragsübernehmer, vergleichbar).⁵⁶

Somit besteht auch in Abwandlung 2, wie bisher, gerichtliche Genehmigungsfreiheit.

53 OLG Köln, Beschluss vom 10.11.1997, 14 Wx 10–97, MittBayNot 1998, 106.

54 In KG, Beschluss vom 31.08.2010, 1 W 167/10, FGPrax 2011, 79, resultierte die Genehmigungspflicht demnach zu Recht auch nicht aus der kraft Gesetzes angeordneten Haftung nach § 566 BGB, sondern in einer gesondert begründeten Freistellungspflicht.

55 OLG Dresden, Beschluss vom 10.02.2021, 17 W 73/21, MittBayNot 2022, 238, 241; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.03.2017, I-3 Wx 65/16, MittBayNot 2018, 40; OLG Hamm, Beschluss vom 06.08.2014, I-15 W 94/14, MittBayNot 2014, 534.

56 BGH, Urteil vom 27.10.1982, V ZR 177/81, NJW 1983, 1780, 1781.

Lösung Abwandlung 3:

Auf den ersten Blick scheint kein relevanter Unterschied zu Abwandlung 1 zu bestehen. Auch eine Eigentumswohnung ist ein Grundstück im Rechtssinne. Gleichwohl ist mittlerweile anerkannt, dass der Erwerb von Wohnungs- und Teileigentum durch Minderjährige niemals lediglich rechtlich vorteilhaft ist, also auch dann, wenn das Schenkungsobjekt vollständig unbelastet ist und bleibt. Begründet wird dies damit, dass sich aus der Mitgliedschaft in der Wohnungseigentümergeinschaft persönliche Verpflichtungen ergeben können (die über diejenigen, die aus den auf einem Grundstück liegenden öffentlichen Lasten herrühren, hinausgehen).⁵⁷

Ferner ist der Erwerb von Wohnungseigentum nunmehr selbst dann über § 1643 Abs. 1 BGB familiengerichtlich genehmigungspflichtig, wenn er unentgeltlich erfolgt, § 1850 Nr. 4 BGB.⁵⁸ Der Reformgesetzgeber hat sich diesbezüglich die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur zu eigen gemacht, die § 1822 Nr. 10 BGB a. F. anwendete.⁵⁹ Das Familiengericht hat dabei nach § 1644 BGB die Genehmigung zu erteilen, wenn das Rechtsgeschäft „dem Wohl des Kindes unter Berücksichtigung der Grundsätze einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung nicht widerspricht“. Der Gesetzgeber gibt damit künftig eine Leitlinie vor.⁶⁰ Insbesondere ist die Regelung als Ausnahme vom Grundsatz der vollen elterlichen Autonomie und der daraus fließenden vollen elterlichen Entscheidungsgewalt zu verstehen.⁶¹

Lösung Abwandlung 4:

Die Übereignung eines Grundstücks an einen Minderjährigen ist auch dann lediglich rechtlich vorteilhaft, wenn es mit einer Grundschuld belastet ist:⁶² Eine Grundschuld verpflichtet den Grundstückseigentümer gemäß § 1192 Abs. 1, § 1147 BGB lediglich dazu, die Zwangsvollstreckung des Gläubigers in das Grundstück zu dulden. Die mit dem Erwerb des belasteten Grundstücks verbundene Haftung der Enkelinnen wäre demnach auf das ihnen zugewendete Objekt beschränkt. Diese Haftung mindert zwar den im Eigentumserwerb liegenden Vorteil, beseitigt ihn jedoch nicht. Allerdings kann sich eine den Eigentümer persönlich treffende Zahlungspflicht daraus ergeben, dass er die Kosten des zur Zwangsvollstreckung in das Grundstück erforderli-

57 BGH, Beschluss vom 30.09.2010, V ZB 206/10, MittBayNot 2011, 129; OLG Brandenburg, Beschluss vom 01.07.2022, 9 WF 158/21, RNotZ 2022, 99; OLG München, Beschluss vom 06.03.2008, 34 Wx 14/08, MittBayNot 2008, 389.

58 Der entgeltliche Erwerb von Wohnungs- und Teileigentum wird bereits von der Regelung in Nr. 6 erfasst, BT-Drucks. 19/24445, S. 286.

59 OLG Nürnberg, Beschluss vom 30.05.2022, 15 W 1386/22, DNotI-Report 2022, 94; OLG München, Beschluss vom 22.08.2012, 34 Wx 200/12, MittBayNot 2013, 247; Münch-Komm-BGB/Kroll-Ludwigs, § 1822 Rdnr. 66.

60 Horn, ZEV 2020, 748, 749.

61 BT-Drucks. 19/24445, S. 187.

62 BGH, Beschluss vom 11.03.2021, V ZB 127/19, NJW 2021, 1673; Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, MittBayNot 2005, 408 m. Anm. Feller.

chen Titels tragen muss. Dies stellt aber nach herrschender Meinung keinen Rechtsnachteil dar.⁶³ Dem ist beizupflichten, denn dem (belasteten) Erwerbsgegenstand ist dieses Risiko ebenso immanent wie die auf ihm ruhenden öffentlichen Lasten.⁶⁴ Der BGH⁶⁵ hat dies offengelassen.

Nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist demgegenüber die Belastung eines Grundstücks mit einer Reallast. Dies gilt unabhängig davon, ob schon vorhanden oder im Zuge der Übertragung bestellt. Denn diese führt nach § 1108 BGB zu einer persönlichen Haftung des Erwerbers,⁶⁶ soweit § 1108 BGB nicht (was zulässig ist) abbedungen und dies im Grundbuch eingetragen ist.⁶⁷

Bei der Belastung mit Dienstbarkeiten ist im Einzelfall zu differenzieren – wobei die Differenzierung richtigerweise anhand der Frage vorzunehmen ist, ob der Eigentümer auf dem belasteten Grundstück eine Anlage zu unterhalten hat, dessen Unterhaltungspflichten ihn treffen können, denn dann findet über § 1021 BGB Reallastrecht mit der Folge der persönlichen Haftung gemäß § 1108 BGB wie soeben Anwendung.⁶⁸

Der Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft nach § 749 Abs. 2 BGB (ggf. verdinglicht über § 1010 BGB) soll nicht lediglich rechtlich vorteilhaft oder zumindest neutral sein. Denn der minderjährige Erwerber erhalte in dieser Konstellation Grundbesitz, dessen Belastung er selbst – zumindest noch gegenüber den weiteren Erwerbenden – bewilligen müsse.⁶⁹ Das erscheint rabulistisch.⁷⁰ Träfe die Ansicht namentlich des OLG München⁷¹ zu, wäre auch die Einräumung von Vorkaufsrechten im Zusammenhang mit dem Immobilienerwerb rechtlich nachteilig, weil diese ebenfalls regelmäßig durch den Erwerber bzw. die Erwerber untereinander erklärt sind/werden. Das wird aber soweit ersichtlich nirgends vertreten, vielmehr sind solche unschädlich.⁷² Die Ungleichbehandlung könnte höchstens damit gerechtfertigt werden, dass Vorkaufsrechte auch als Eigentümerrech-

te bestellt und somit vorbehalten werden können,⁷³ Miteigentümergeinschaften wie der Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft mangels bereits bestehenden Miteigentums aber nicht.⁷⁴ Das allein erscheint mir aber kein ausreichendes und auch kein entscheidendes Differenzierungskriterium. Relevant ist nicht, mit wem Vereinbarungen getroffen werden, sondern ob aus diesen eine persönliche Haftung des Minderjährigen folgt. Das ist beim Aufhebungsausschluss nicht der Fall. Für den Bereich des bayerischen Notariats ist für die Praxis allerdings bis auf Weiteres vom Vertretungsausschluss bei „1010er-Regelungen“ in der Überlassungsurkunde auszugehen.

Für alle Fälle, in denen Unsicherheit über einen Vertretungsausschluss besteht, gilt: Da familiengerichtliche Negativatteste die Registergerichte nicht binden und auch keine einer Genehmigung durch einen Pfleger gleichzustellende Rechtssicherheit in puncto Wirksamkeit vermitteln können, sollte man in der Praxis überlegen, das Pflgerschaftserfordernis dadurch gleichsam zu „erzwingen“, dass man für den Erwerb eine Gegenleistung des Minderjährigen, und sei es nur 1 €, vereinbart.

Ein gerichtliches Genehmigungserfordernis besteht bei Abwandlung 4 unter Berücksichtigung der Ausführungen zum Grundfall und den Abwandlungen davor in keiner der gebildeten Konstellationen – es sei denn, man würde dem vorstehenden Rat zu einer (wenngleich geringen) Gegenleistung folgen. Denn damit provoziert man zugleich bzw. automatisch eine Genehmigungspflicht nach §§ 1813 Abs. 1, 1799 Abs. 1, 1850 Nr. 6 BGB, hält danach aber auch ein insofern rechtssicheres Dokument in Händen!

Fall 3:

Der verwitwete und kinderlose Bauer B führte seine Landwirtschaft bislang mithilfe seines Neffen N, der auch gerne Hofnachfolger werden möchte und schon einiges in Gebäude und Betrieb investiert hat. Zur Erstellung entsprechender letztwilliger Verfügungen und/oder Vorsorgevollmachten kommt es trotz Insistierens von N ebenso wenig wie zu einer „rechtzeitigen“ Übergabe, weil B sich mit diesen Themen nicht beschäftigen möchte. B wird im Laufe der Zeit dement und N zu seinem rechtlichen Betreuer bestellt. N möchte den Hof nun zu den regional üblichen und dinglich gesicherten Bedingungen (Austrag, enthaltend: unentgeltliches Wohnungsrecht in den bislang von B bewohnten Räumen mit Kostenübernahme von Wasser, Strom etc., häusliche Wart und Pflege sowie Tischkost und Brennholzbezug) auf sich überschreiben.

Lösung Fall 3:

Bisher galt für Betreuer ein nur leicht gelockertes Schenkungsverbot (§§ 1908i, 1804 BGB a. F.), das nach herrschender Meinung Vermögensübertragungen an Kinder oder auch die Errichtung einer Stiftung, selbst wenn diese vor Eintritt der Geschäftsunfähigkeit schon geplant waren, nicht zuließ. Folge eines Verstoßes war die Nichtigkeit des

63 MünchKomm-BGB/Spickhoff, § 107 Rdnr. 57 Fn. 28.

64 A. A. Kölmel, RNotZ 2010, 618, 636 ff.

65 BGH, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, MittBayNot 2005, 408 m. Anm. Feller.

66 OLG Jena, Beschluss vom 02.03.2012, 9 W 42/12, NotBZ 2012, 429 (im konkreten Fall aber verneint, weil das in Rede stehende Recht keine Reallast i. S. d. §§ 1105 ff. BGB war); BeckOK-BGB/Hau, Stand: 01.05.2022, § 1629 Rdnr. 42.1.

67 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1310 Fn. 5.

68 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3610c Fn. 5.

69 OLG München, Beschluss vom 27.09.2021, 34 Wx 253/21, MittBayNot 2022, 344 m. Anm. Jugl m. w. N.

70 A. A. auch LG Münster, Beschluss vom 30.09.1998, 5 T 757/98, FamRZ 1999, 739; Böttcher, NJW 2022, 2812, 2816 f., BeckOGK-BGB/Fröhler, § 181 Rdnr. 345 Fn. 32; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3610f Fn. 5.

71 OLG München, Beschluss vom 27.09.2021, 34 Wx 253/21, MittBayNot 2022, 344 m. Anm. Jugl.

72 BayObLG, Beschluss vom 29.05.1998, 2 Z BR 85/98, MittBayNot 1998, 438; BeckOGK-BGB/Fröhler, § 181 Rdnr. 346; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3610f Fn. 5.

73 Statt aller Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1402 Fn. 5.

74 So konsequent Jugl, MittBayNot 2022, 347, 349.

Rechtsgeschäfts einschließlich des dinglichen Vollzugsgeschäfts, und zwar auch dann, wenn das Betreuungsgericht eine (gesetzeswidrige) Genehmigung erteilt hatte.⁷⁵ Die „Schenkungsproblematik“ ist jetzt in § 1854 Nr. 8 BGB dahin gehend geregelt, dass der Betreuer einer Genehmigung bedarf „zu einer Schenkung oder unentgeltlichen Zuwendung, es sei denn, diese ist nach den Lebensverhältnissen des Betreuten angemessen oder als Gelegenheitsgeschenk üblich“. Damit wurden die materiellen Kriterien für die Zulässigkeit einer Schenkung nun weitgehend beseitigt zugunsten eines gerichtlichen Genehmigungsvorbehalts.

Da u. a. die Vordrucke von Vorsorgevollmachten des BMJV und des bayerischen Justizministeriums dem Vorsorgebevollmächtigten Schenkungen nur erlauben, wie sie einem Betreuer gestattet sind, stellt sich bei vor der Reform des Betreuungsrechts erteilten Vollmachten allerdings jetzt die Frage, ob damit die §§ 1908i, 1804 BGB a. F. weiterhin den Umfang der Vollmacht beschränken sollen.⁷⁶ Dann bestünde aber die Gefahr, dass der Schenkungsrahmen durch die Neuregelung für Bevollmächtigte nicht erweitert, sondern im Gegenteil eingeschränkt wird.⁷⁷ Richtigerweise dürfte eine solche Bestimmung in Vorsorgevollmachten regelmäßig als „dynamische Verweisung“ in das jeweils aktuelle Betreuungsrecht zu verstehen sein.⁷⁸ Diese geht nun aber insofern fehl, als weder eine gerichtliche Genehmigungsmöglichkeit noch die Zuständigkeit des Gerichts privatautonom begründet werden können; von solchen Verweisungen sollte daher künftig Abstand genommen werden.⁷⁹

Ergänzend sei angemerkt, dass das größere Problem der vorgenannten ministeriellen Formulare eher darin lag und liegt, dass diese – anders als wohl regelmäßig in notariellen Vorlagen – keine standardisierte Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB vorsehen (diese müsste ggf. auf den freien Linien in den Formularen eingefügt werden) und diese Vorschrift auch in den Begleittexten nicht thematisiert wird. Die öffentlichen Handreichungen der Ministerien sind daher für Übergaben innerhalb der Familie schon aus diesem Grund häufig nicht geeignet und produzieren unnötige Betreuungs- und Genehmigungserfordernisse. Juristischen Laien ist das Problem nicht bekannt, Notarinnen und Notare müssen hierzu bei der reinen Unterschriftsbeglaubigung nicht beraten und bei den Betreuungsbehörden, die ausschließlich die „staatlichen Formulare“ verwenden (müssen? wollen?), besteht diesbezüglich keine Sensibilität, zumal auch dort letztlich nur eine Unterschriftsbeglaubigung vorgenommen wird.

In Fall 3 ist N als rechtlicher Betreuer und somit gesetzlicher Vertreter nach § 1823 BGB nunmehr grundsätzlich befugt, einen Übergabevertrag für B abzuschließen, auch und gerade dann, wenn ein solcher wie in aller Regel ge-

rade nicht vollentgeltlich bzw. nach marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten ausgewogen ist. Da N aber zugleich der vorgesehene Hofübernehmer ist, ist er wegen § 181 Alt. 1 BGB entweder direkt oder über § 1824 Abs. 2, § 181 BGB von der Vertretung des B im konkreten Fall ausgeschlossen. Für B ist nach § 1817 Abs. 5 BGB ein Ergänzungsbetreuer zu bestellen, der mit N den Übergabevertrag schließt. Sodann ist die Genehmigung des Betreuungsgerichts nach § 1854 Nr. 8, § 1833 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3, § 1850 Nr. 1 BGB erforderlich. Das Verhältnis der beiden letztgenannten Normen zueinander ist nicht ganz klar. Einerseits heißt es in der Gesetzesbegründung:

„Soweit die Verfügung über ein Grundstück oder über ein Recht an einem Grundstück jedoch mit der Aufgabe von selbst genutztem Wohnraum des Betreuten verbunden ist, ist § 1833 Abs. 3 Nr. 4 BGB-E vorrangig.“

Andererseits scheinen sie in keinem Spezialitätsverhältnis zu stehen, sondern sind kumulativ zu betrachten, wenn es kurz davor heißt:

„Wenn durch die Verfügung über das Grundstück gleichzeitig der selbst genutzte Wohnraum aufgegeben werden soll, sind im Genehmigungsverfahren sowohl die persönlichen wie die wirtschaftlichen Aspekte entscheidungserheblich, beide ausgerichtet an den Wünschen des Betreuten nach den Maßstäben des § 1821 Abs. 2 bis 4 BGB-E“.⁸⁰

Die Praxis dürfte gut beraten sein, sich an Letzteres zu halten.

Für die Genehmigungsfähigkeit ist die Frage der Entgeltlichkeit nicht entscheidend; auch insoweit wird ausschließlich auf den Wunsch oder mutmaßlichen Willen des Betreuten abgestellt, der sogar wirtschaftlich unvernünftige Entscheidungen umfassen kann.⁸¹ Eine Hofübergabe, die sich im Rahmen der üblichen Vereinbarungen und der hierfür gestellten Sicherheiten bewegt, dürfte daher grundsätzlich immer genehmigungsfähig sein. Daher scheint es auch inopportun, in solchen Fällen standardmäßig Wertgutachten zu verlangen (etwa mit dem Argument, andernfalls könne „das Maß der Schenkung nicht übersehen werden“ – denn darauf kommt es nach neuem Recht nicht an!). Schwierig kann es allerdings werden, wenn der mutmaßliche Wille des Betroffenen unter Beiziehung naher Angehöriger, die eigene vermögensrechtliche Interessen verfolgen, zu ermitteln ist:

„Die juristischen Probleme, die sich ergeben, wenn sich kurz darauf bei einer Testamentseröffnung herausstellt, dass der ermittelte mutmaßliche Wille unzutreffend war, dürften Gegenstand von Doktorarbeiten und juristischer Streitigkeiten werden.“⁸²

75 MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, § 1804 Rdnr. 11 Fn. 59 m. w. N.

76 In diese Richtung („naheliegend“) Grziwotz, ZRP 2020, 248, 250.

77 Müller-Engels, DNotZ 2021, 84, 88.

78 Müller-Engels, ErbR 2022, 666, 668.

79 Müller-Engels, ErbR 2022, 666, 668.

80 BT-Drucks. 19/24445, S. 263.

81 Grziwotz, ZRP 2020, 248, 250.

82 Grziwotz, ZRP 2020, 248, 250.

3. Immobilienübertragung und Vermächtniserfüllung

Fall 4:

Der verwitwete Großvater G hat im Zuge der testamentarischen Regelung seiner Vermögensnachfolge u. a. angeordnet, dass Erben je zur Hälfte sein Sohn S und seine Tochter T werden sollen und u. a. seine Enkelin E (Tochter von S) als Vermächtnis eine vermietete Eigentumswohnung erhalten soll. Dabei ist weiter bestimmt, dass E auf dem Vermächtnisgegenstand ruhende Belastungen zu übernehmen hat, Verbindlichkeiten und eine Haftung mit Grundpfandrechten aber nur insoweit, als solche wirtschaftlich für den Vermächtnisgegenstand begründet worden sind. E ist im Zeitpunkt des Erbfalls erst fünf Jahre alt. Die Eigentumswohnung ist mit einer Grundschuld belastet, die noch mit einem Teil der Verbindlichkeiten valutiert, die G für den Erwerb der Wohnung eingegangen war und die E bestimmungsgemäß übernehmen soll. Eine Testamentsvollstreckung ist nicht angeordnet.

Lösung Fall 4:

Für die Mitwirkung des S an der Übertragung der Wohnung auf E einschließlich Schuldübernahme könnte nach § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1824 Abs. 2, § 181 Hs. 1 Alt. 1 BGB ein Vertretungsausschluss für S (und ggf. der mitsorgeberechtigten Mutter von E) bestehen. Der hier relevante Vermächtnisanspruch entsteht allerdings gemäß § 2176 BGB ohne weiteres Zutun regelmäßig mit dem Erbfall, einer Annahme bedarf es nicht. Diese würde nur bewirken, dass der Vermächtnisnehmer das Vermächtnis nicht mehr ausschlagen kann. Ob daneben die Annahme selbst ggf. eine Pflegerbestellung oder eine gerichtliche Genehmigung erfordert, ist daher für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts, mit dem das Vermächtnis erfüllt wird, irrelevant.⁸³ Das vorzunehmende Rechtsgeschäft mit E ist also bloßes Erfüllungsgeschäft.

Da in Fall 4 zwar nicht der Erwerb grundpfandrechtsbelasteten Grundbesitzes, wohl aber der Erwerb einer Eigentumswohnung (Fall 2 Abwandlung 3) rechtlich nachteilig ist, zumal auch Verbindlichkeiten durch E mit persönlicher Haftung übernommen werden müssen, dreht sich im Rahmen von Vermächtniserfüllungen alles um die Frage, ob dieser Umstand stattdessen schlicht durch die Anwendung § 181 Hs. 2 BGB („Erfüllung einer Verbindlichkeit“), i. V. m. § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1824 Abs. 2 BGB als gesetzliche Ausnahme vom an sich einschlägigen Verbot des Selbstkontrahierens überwunden werden kann.

Die Rechtsprechung hierzu ist von Wechseln erfasst, die Argumentationslinien mittlerweile dogmatisch äußerst verschlungen.⁸⁴ Zusammenfassend sollte man sich Folgendes

vor Augen führen: Einerseits liegt dem Erfüllungsgeschäft des Vermächtnisses zwar ein vorausgegangenes Geschäft zugrunde (das großväterliche Testament); an diesem waren aber weder E noch ihre Eltern beteiligt und war dies zur Herstellung der Testamentswirksamkeit auch nicht nötig, so dass die Erfüllungssituation der E gleichsam unkontrolliert „in den Schoß gefallen“ ist. Andererseits entspricht es nun einmal der mittlerweile gefestigten Auffassung des BGH, ein auf den Erwerb einer Sache gerichtetes Rechtsgeschäft für den Minderjährigen dann als nicht lediglich rechtlich vorteilhaft anzusehen, wenn er in dessen Folge mit Verpflichtungen belastet wird, für die er nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem gesamten Vermögen haftet und dabei dingliches und schuldrechtliches Rechtsgeschäft im Hinblick auf die rechtliche Nachteiligkeit je für sich zu betrachten.⁸⁵ Genau so liegen die Dinge aber in Fall 4. Danach bestünde in diesem Fall tatsächlich ein Pflegschaftserfordernis für E nach § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1824 Abs. 1, § 181 Hs. 1 Alt. 1, § 1809 Abs. 1 BGB, auch wenn das in Rede stehende Rechtsgeschäft an sich „nur“ die Erfüllung des Vermächtnisanspruchs ist.

Der Ergänzungspfleger bedarf zur Wirksamkeit seines Handelns über §§ 1799, 1813 Abs. 1 BGB sodann der Genehmigung durch das Familiengericht, entweder nach § 1850 Nr. 6 BGB (Verbindlichkeitenübernahme als Entgelt für den Erwerb) oder direkt nach § 1854 Nr. 4 BGB (Übernahme einer fremden Verbindlichkeit); das Gericht prüft wiederum jedenfalls das gesamte Übertragungsgeschäft. Dieser familiengerichtlichen Genehmigung bedürften wegen § 1643 Abs. 1 BGB allerdings auch die Eltern von E, gesetzt den Fall, man ließe ihr Vertreterhandeln im vorliegenden Fall zu! Jeweils nicht überzeugend wäre jeweils eine Sichtweise, wonach das zu der Übernahme der Verbindlichkeiten führende bzw. hierzu verpflichtende Rechtsgeschäft das (schon wirksame und angefallene) Vermächtnis wäre, sodass ein Genehmigungserfordernis der eigentlichen Vermächtniserfüllung entfielen. Denn das würde außer Acht lassen, dass die Übernahme der Verbindlichkeiten bzw. die eigentliche Haftungsbegründung erst durch die im Zuge der Vermächtniserfüllung entstehende dreiseitige Vereinbarung unter Einschluss des Gläubigers bewirkt wird.

Im Ergebnis ist das eigentlich in puncto Minderjährigenschutz alles selbstverständlich. Um es etwas polemisch auszudrücken: Warum sollte ein Großvater seine minderjährige Enkelin durch einen handschriftlichen Satz einfacher in Schulden stürzen können als durch einen lebzeitigen Vertrag? Zuzugeben ist, dass damit für die Ausnahme des § 181 Hs. 2 BGB im Minderjährigenrecht auch weiterhin praktisch kein Anwendungsbereich besteht.⁸⁶ Dies ist im In-

⁸³ Friedrich-Büttner/Wiese, ZEV 2014, 513, 517; Röhl, MittBayNot 2013, 189, 190; Böttcher, NJW 2013, 2805, 2808.

⁸⁴ Vgl. OLG München, Beschluss vom 08.02.2011, 34 Wx 18/11, MittBayNot 2011, 239; anders dann Beschluss vom 23.09.2011, 34 Wx 311/11, MittBayNot 2012, 145 und vom 22.08.2012, 34 Wx 200/12, MittBayNot 2013, 247; ferner siehe BayObLG, Beschluss vom 08.04.2004, 2 Z BR 068/04, DNotZ 2004, 925; aus dem Schrifttum: Haslach, JA 2017, 490, 494 f.; Friedrich-Büttner/Wiese, ZEV 2014, 513, 517 ff.; Jänicke/Braun, NJW 2013, 2474, 2475; Horn, ZEV 2013, 297, 300; Keim, ZEV 2011, 563, 564 f.; Bürger, RNotZ 2006, 156, 168; grundlegend Feller, DNotZ 1989, 66, 75.

⁸⁵ BGH, Beschluss vom 30.09.2010, V ZB 206/10, MittBayNot 2011, 129; Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, MittBayNot 2005, 408 m. Anm. Feller; siehe schon oben Fall 1 Abwandlung 2.

⁸⁶ Lamberz, ZEV 2014, 187, 190 – eine Ausnahme zum Beispiel wäre aber möglicherweise die obige Abwandlung 1 zu Grundfall 1.

teresse des Minderjährigenschutzes hinzunehmen,⁸⁷ der Reformgesetzgeber ist dem entsprechenden Aufruf zum Handeln⁸⁸ indes nicht gefolgt.

Umso wichtiger ist es, Vermächnisse wie das in Fall 4 mit Testamentsvollstreckungsanordnungen zu flankieren, für

87 Lamberz, ZEV 2014, 187, 190.

88 Lamberz, ZEV 2014, 187, 190; Friedrich-Büttner/Wiese, ZEV 2014, 513, 519.

deren Ausführung Vertretungsausschlüsse und gerichtliche Genehmigungserfordernisse nicht existieren – selbst wenn Testamentsvollstrecker wiederum die Eltern wären.⁸⁹

Hinweis der Schriftleitung: Der Beitrag wird in Heft 01/2023 fortgesetzt.

89 Friedrich-Büttner/Wiese, ZEV 2014, 513, 517; Bürger, RNotZ 2006, 156, 168.

Die Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts und ihre Auswirkungen auf die Vormundbenennung durch letztwillige Verfügung

Von Notar Dr. **Steffen Ott**, MBLT, Weinheim

Das am 01.01.2023 in Kraft tretende Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts sieht umfangreiche systematische und inhaltliche Änderungen des bisherigen Rechts vor, die auch Auswirkungen auf die letztwillig verfügte Vormundbenennung haben werden. Nachfolgend sollen die für die notarielle Praxis relevanten Neuerungen dargestellt werden.

I. Benennung und Ausschluss als Vormund durch die Eltern

Familienrechtliche Anordnungen, zu denen auch die Vormundbenennung durch letztwillige Verfügung gehört, führen in der Praxis ein „unverdientes Schattendasein“.¹ Dieser Umstand hat den Gesetzgeber dazu veranlasst, die Vorschriften zur Benennung des Vormunds durch die Eltern anders als bisher in systematischer Hinsicht hinter den Vorschriften zur Auswahl des Vormunds durch das Gericht einzufügen.²

Zentrale Vorschrift wird künftig § 1782 BGB n. F. sein, der das Benennungsrecht der Eltern regelt, und wie folgt lautet:

„(1) Die Eltern können durch letztwillige Verfügung ei-

1 Frenz, DNotZ 1995, 908.

2 Hierzu wird in der Gesetzesbegründung ausgeführt: „Die Vorschriften zur Benennung des Vormunds durch die Eltern werden anders als bisher hinter den Vorschriften zur Auswahl des Vormunds durch das Gericht eingefügt, da ihre Bedeutung in der Praxis nur gering ist.“, BT-Drucks. 19/24445, S. 200.

ne natürliche Person als Vormund oder Ehegatten als gemeinschaftliche Vormünder benennen oder von der Vormundschaft ausschließen, wenn ihnen zur Zeit ihres Todes die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes zusteht. Die Benennung und der Ausschluss können schon vor der Geburt des Kindes erfolgen, wenn dem jeweiligen Elternteil die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes zustünde, falls es vor dem Tod des Elternteils geboren wäre.

(2) Haben die Eltern widersprüchliche letztwillige Verfügungen zur Benennung oder zum Ausschluss von Vormündern getroffen, so gilt die Verfügung durch den zuletzt verstorbenen Elternteil.“

Die neue systematische Stellung hinter den Vorschriften zur Auswahl durch das Gericht ändert nichts daran, dass das Benennungsrecht der Eltern als Ausfluss des Elternrechts gemäß Art. 6 GG vorrangig bleibt. Dies ergibt sich daraus, dass die Auswahl durch das Familiengericht gemäß § 1778 Abs. 1 BGB n. F. nur dann zu erfolgen hat, wenn die Vormundschaft nicht einem nach § 1782 BGB n. F. Benannten zu übertragen ist.

Inhaltlich übernimmt § 1782 BGB n. F. im Wesentlichen die bisher in §§ 1776, 1777 BGB enthaltenen Regelungen und integriert die derzeit in § 1782 BGB geregelte negative Vormundbenennung. Die Begrenzung der Benennungsbefugnis auf natürliche Personen schließt es (weiterhin) aus, dass das Jugendamt durch die Eltern als Vormund benannt bzw. ausgeschlossen werden kann; die bisherige Rechtslage (vgl. § 1791b Abs. 1 Satz 2 BGB) bleibt somit insoweit erhalten. Künftig kann ein Mitarbeiter eines vom Landesjugend-

amt anerkannten Vormundschaftsvereins als Vereinsvormund benannt werden, der Verein selbst jedoch (anders als bisher, vgl. § 1791a Abs. 1 Satz 2 BGB) nicht mehr, da er keine natürliche Person ist. Nach derzeit geltendem Recht kann der Vater gemäß § 1777 Abs. 2 BGB für ein Kind, das erst nach seinem Tod geboren wird, einen Vormund benennen (bzw. über § 1782 Abs. 2, § 1777 Abs. 2 BGB ausschließen), wenn er dazu berechtigt sein würde, falls das Kind vor seinem Tod geboren wäre. Dieses vorgeburtliche Benennungs-/Ausschlussrecht wird künftig durch § 1782 Abs. 1 Satz 2 BGB n. F. auf die werdende Mutter erstreckt. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll hierdurch dem seltenen Fall Rechnung getragen werden, dass die Mutter vor der Geburt verstirbt, das Kind aber noch lebend zur Welt kommt und der Vater ebenfalls entweder zeitnah oder später verstirbt.³ Der bislang in § 1776 Abs. 2 BGB bzw. § 1782 Abs. 1 Satz 2 BGB geregelte Fall, dass die Eltern widersprüchliche letztwillige Verfügungen zur Benennung oder zum Ausschluss von Vormündern getroffen haben, wird nunmehr in § 1782 Abs. 2 BGB n. F. geregelt. Auch wenn die sprachliche Fassung der (Neu-)Regelung in Teilen von der bisherigen abweicht, so ändert sich der Regelungsgehalt nicht. Es kommt daher nach wie vor nicht darauf an, welcher Elternteil zuletzt eine Vormundbenennung bzw. einen Ausschluss verfügt hat, sondern darauf, welcher Elternteil zuletzt verstorben ist; nur dessen Verfügung ist maßgebend.

II. Die Benennung mehrerer Vormünder

Nach derzeit geltendem Recht kann das Familiengericht ein Ehepaar gemeinschaftlich zu Vormündern bestellen. Im Übrigen soll das Familiengericht, sofern nicht besondere Gründe für die Bestellung mehrerer Vormünder vorliegen, für den Mündel und, wenn Geschwister zu bevormunden sind, für alle Mündel nur einen Vormund bestellen. Künftig wird die Bestellung mehrerer Vormünder weiterhin in der Vorschrift des § 1775 BGB geregelt sein. Nach § 1775 BGB n. F. wird es jedoch nur noch die gemeinschaftliche Vormundschaft von Ehegatten geben sowie die Möglichkeit, für Geschwister nicht nur einen gemeinsamen, sondern in besonderen Fällen ausnahmsweise für einzelne Geschwister einen unterschiedlichen Vormund zu bestellen. Die Möglichkeit, aus besonderen Gründen für einen Mündel mehrere Vormünder zu bestellen (derzeit in § 1775 Satz 2 BGB geregelt), entfällt.⁴

Da das Familiengericht gemäß § 1775 BGB nach pflichtgemäßem Ermessen darüber zu entscheiden hat, ob ausnahmsweise eine Mitvormundschaft anzuordnen ist, wird insoweit bereits nach bisherigem Recht der Benennungsbefugnis der Eltern Grenzen gesetzt.⁵ Künftig gibt § 1782 Abs. 1 BGB n. F. den Eltern das Recht, durch letztwillige Verfügung eine natürliche Person zum Vormund zu benennen. Die Benennung mehrerer Personen ist nur noch für Ehegatten als gemeinschaftliche Vormünder vorgesehen. Soweit

das durch § 1782 BGB n. F. gewährte Benennungsrecht der Eltern reicht, ist das Familiengericht gemäß § 1778 Abs. 1 BGB n. F. an die Benennung gebunden, wenn keine Gründe zur Übergehung der benannten Person nach § 1783 BGB n. F. gegeben sind. Überschreiten die Eltern ihr durch § 1782 BGB n. F. gewährtes Recht und benennen letztwillig jeweils einen Vormund für einzelne Geschwister, so kann das Gericht unter den Voraussetzungen des § 1775 Abs. 2 BGB n. F. eine entsprechende Vormundschaft zwar anordnen, eine Bindung an die Benennung der Eltern besteht jedoch nicht. Es empfiehlt sich daher für die Praxis, dass in der letztwilligen Verfügung die besonderen Gründe dargelegt werden, weshalb unterschiedliche Vormünder für die einzelnen Geschwister ausnahmsweise als erforderlich angesehen werden. Darüber hinaus sollte für den Fall, dass das Familiengericht die Voraussetzungen für die Bestellung mehrerer Vormünder für nicht gegeben hält, zum Beispiel eine der von den Eltern benannten Personen als (Einzel-)Vormund für die Geschwister benannt werden.⁶ An diese Einzelvormundschaftsbenennung wäre das Gericht wiederum nach § 1782 Abs. 1, § 1778 Abs. 1 BGB n. F. (vorbehaltlich § 1783 BGB n. F.) gebunden.

III. Die befreite Vormundschaft

Die derzeit in §§ 1852 ff. BGB geregelte befreite Vormundschaft findet sich künftig in § 1801 BGB n. F. Nach dessen Abs. 3 können Eltern unter Beachtung der Voraussetzungen des § 1782 BGB n. F. einen von ihnen benannten Vormund von den Beschränkungen nach den §§ 1845 (Sperrvereinbarung), 1848 (Genehmigung einer anderen Anlegung von Geld) und 1849 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2, Satz 2 (Genehmigung bei Verfügung über Rechte und Wertpapiere) sowie § 1865 Abs. 1 BGB n. F. (Rechnungslegung) befreien. Nicht befreit werden kann von der Verpflichtung des benannten Vormunds zur Vorlage einer jährlichen Vermögensübersicht, sofern das Familiengericht keinen längeren Zeitraum anordnet (§ 1801 Abs. 3 Satz 2, § 1859 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB n. F.).

IV. Formulierungsvorschläge

1. Einfache Vormundschaft

Sollte mein (unser) Kind (...) zum Zeitpunkt meines (unseres) Todes noch minderjährig sein, so benenne(n) ich (wir) Herrn/Frau (...) und ersatzweise Herrn/Frau (...) zum Vormund des Kindes.

Dem Vormund wird von sämtlichen in § 1801 Abs. 3 Satz 1 BGB genannten Beschränkungen Befreiung erteilt (befreite Vormundschaft).

Ich (Wir) schließe(n) hiermit Herrn/Frau (...) von der Vormundschaft aus.

³ BT-Drucks. 19/24445, S. 200.

⁴ Kritisch zu dieser Einschränkung *Horn*, ZEV 2020, 748, 749.

⁵ BeckOK-BGB/*Bettin*, Stand: 01.08.2022, § 1775 Rdnr. 3; MünchKomm-BGB/*Spickhoff*, 8. Aufl. 2020, § 1775 Rdnr. 5.

⁶ So bereits zum bisherigen Recht *Ott*, BWNNotZ 2014, 138, 140.

2. Unterschiedliche Vormünder für Geschwister⁷

(1) Sollten meine (unsere) Kinder, XX und XY, zum Zeitpunkt meines (unseres) Todes noch minderjährig sein, so benenne(n) ich (wir) Herrn A zum Vormund für mein (unser) Kind XX und Frau B zum Vormund für mein (unser) Kind XY.

Die Bestellung verschiedener Vormünder für meine (unsere) Kinder ist aus folgenden besonderen Gründen erforderlich: [Angabe besonderer Gründe]

(2) Für den Fall, dass das Familiengericht nicht vom Vorliegen besonderer Gründe im Sinne des § 1775 Abs. 2 BGB ausgeht und eine Bestellung von verschiedenen Vormündern für die Kinder nicht anordnen wird, verfüge(n) ich (wir) wie folgt:

Sollten meine (unsere) Kinder XX und XY zum Zeitpunkt meines (unseres) Todes noch minderjährig sein, so benenne(n) ich (wir) Herrn/Frau (...) und ersatzweise Herrn/Frau (...) zum Vormund der Kinder.

Dem Vormund wird von sämtlichen in § 1801 Abs. 3 Satz 1 BGB genannten Beschränkungen Befreiung erteilt (befreite Vormundschaft).

Ich (Wir) schließe(n) hiermit Herrn/Frau (...) von der Vormundschaft aus.

⁷ Die Benennung mehrerer Vormünder hat, wie unter Ziffer II. ausgeführt, keine Bindungswirkung für das Familiengericht, jedoch ist gemäß § 1778 Abs. 2 Nr. 2 BGB n. F. der Wille der Eltern bei der Auswahl des Vormunds zu berücksichtigen.

V. Fazit

Die Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts wirkt sich nicht nur auf die systematische Stellung der Vorschriften zur letztwilligen Vormundbenennung durch die Eltern aus, sondern sie führt auch zu inhaltlichen Veränderungen. Insbesondere im Bereich der Benennung mehrerer Vormünder muss künftig beachtet werden, dass diese nur noch mit Blick auf Ehegatten als gemeinschaftliche Vormünder bindend durch die Eltern verfügt werden kann.



Praxisupdate Gesellschaftsrecht: Online-Verfahren

Von Notar Dr. **Julius Forschner**, Kitzingen

Im Frühjahr 2017 wurde bekannt, dass die EU ein „Company Law Package“ plant, dessen Ziel es war, dass die Mitgliedstaaten Online-Verfahren für den gesamten Lebenszyklus von Kapitalgesellschaften einführen müssen. Die Zukunft der Notare im Gesellschaftsrecht – damals ungewiss.

Im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses auf europäischer Ebene wurde schließlich den Nationalstaaten überlassen, ob und in welcher Form sie Notare bei der Gründung einbinden – solange das Verfahren ausschließlich online erfolgen kann. Am 11.07.2019 wurde die RL (EU) 2019/1151 zur Änderung der Gesellschaftsrechtsrichtlinie (EU) 2017/1132 im Amtsblatt¹ veröffentlicht.

Die Umsetzung der Richtlinie in deutsches Recht fand mit dem Beschluss des Bundestags am 10.06.2021 nur vermeintlich seinen Abschluss. Der Regierungswechsel führte dazu, dass noch vor dem Inkrafttreten am 01.08.2022 „nachgelegt“ wurde. Am 23.06.2022 beschloss der Bundestag das DiREG, das am 21.07.2022 im Bundesgesetzblatt verkündet wurde.² Erst gut einen Monat vor Inkrafttreten stand der endgültige Regelungsgehalt fest. Bereits veröffentlichte Literatur ist damit noch vor der Durchführung der ersten Online-Beurkundung in Teilen veraltet.

Der nachfolgende Beitrag soll einen Überblick über die ersten praktischen Fragestellungen der elektronischen Verfahren geben. Auf eine umfassende Gesamtdarstellung wird dabei verzichtet, da diese an anderer Stelle bereits ausreichend erfolgt.³

I. Anwendungsbereich der Online-Verfahren

1. Überblick

Der Anwendungsbereich der Online-Verfahren wurde durch das DiREG noch einmal erheblich erweitert – teilweise mit Wirkung bereits zum 01.08.2022, teilweise erst mit einem Jahr Schonfrist zum 01.08.2023. Seit dem 01.08.2022 sind bereits Online-Gründungen von GmbHs möglich, sofern es

sich um eine Bargründung handelt. Ab dem 01.08.2023 kommen GmbH-Sachgründungen und Bargründungen mit Sachagio hinzu sowie Beschlüsse zu Satzungsänderungen bei GmbH und UG einschließlich Sachkapitalerhöhungen, sofern keine Immobilien oder Geschäftsanteile eingebracht werden.

Anmeldungen zum Handelsregister können online beglaubigt werden – und zwar bzgl. sämtlicher juristischer Personen oder rechtsfähigen Personengesellschaften, Partnerschaftsgesellschaften und Genossenschaften. Vereinsregisteranmeldungen sind erst ab dem 01.08.2023 online möglich. Weiterhin unzulässig bleibt die Beglaubigung sonstiger Dokumente, bspw. Vorsorgevollmachten und Bestellung von Belastungen in Abt. II und III des Grundbuchs.

§ 2 Abs. 3 GmbHG lautet seit dem 01.08.2022 auszugswiese wie folgt:

„Die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrags kann im Fall einer Gründung ohne Sacheinlagen auch mittels Videokommunikation gemäß den §§ 16a bis 16e des Beurkundungsgesetzes erfolgen. In diesem Fall genügen abweichend von Abs. 1 Satz 2 für die Unterzeichnung die qualifizierten elektronischen Signaturen der mittels Videokommunikation an der Beurkundung teilnehmenden Gesellschafter. Sonstige Willenserklärungen, welche nicht der notariellen Form bedürfen, können mittels Videokommunikation gemäß den §§ 16a bis 16e des Beurkundungsgesetzes beurkundet werden; sie müssen in die nach Satz 1 errichtete elektronische Niederschrift aufgenommen werden. Satz 3 ist auf einstimmig gefasste Beschlüsse entsprechend anzuwenden.“

Daraus folgt, dass nicht nur die Gründung selbst mittels Videokommunikation erfolgen kann, sondern auch sonstige – nicht der notariellen Form unterliegende – Willenserklärungen mit beurkundet werden können, wenn sie in die Gründungsniederschrift aufgenommen werden. Gleiches gilt für einstimmig gefasste Beschlüsse.

2. Abtretungsklauseln im Gesellschaftsvertrag

Häufig enthält ein Gesellschaftsvertrag Klauseln, wonach sich die Gesellschafter untereinander verpflichten, Geschäftsanteile abzutreten. Solche Klauseln treten in der Praxis typischerweise in Form von „Abtretung statt Einziehung“-Klauseln, Mitverkaufsrechten und -verpflichtungen o. Ä. auf. Gemäß dem ursprünglich nach dem DiRUG vorgesehenen Gesetzeswortlaut kamen Zweifel auf, ob solche Klauseln im Rahmen der Online-Gründung überhaupt mit-

1 Amtsblatt der Europäischen Union vom 11.07.2019, L 186/80 = Dokument 32019 L1151.

2 BGBl. 2022 I, S. 1146.

3 *Heckschen/Knaier*, NZG 2022, 890; *Keller/Schümmer*, DB 2022, 1179; *Herrler/Kienzle*, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2022, § 18a; *Kienzle*, DNotZ 2021, 590; *Meier/Szalai*, ZNotP 2021, 306; *Radke*, DB 2022, 2018; *Stelmaszczyk/Strauß*, ZIP 2022, 1077; *Stelmaszczyk/Strauß*, GmbHR 2022, 833; *Wicke*, GmbHR 2022, 516. Aus rechtspolitischer Perspektive *Lieder*, ZRP 2022, 102.

beurkundet werden können.⁴ Der Gesetzgeber hat im Rahmen des DiREG eine Klarstellung aufgenommen, wonach Verpflichtungen zur Abtretung in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden können, § 2 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 GmbHG k. F. (ab 01.08.2023). Durch das Inkrafttreten erst zum 01.08.2023 kamen Stimmen in der Literatur auf, wonach zwischen dem 01.08.2022 und dem 31.07.2023 solche Abtretungsverpflichtungen online nicht mitbeurkundet werden können.⁵ Betrachtet man jedoch den jetzigen Wortlaut und den ab dem 01.08.2023 geltenden Wortlaut, so wird man erkennen müssen, dass der Gesetzgeber die Klarstellung erst ab dem 01.08.2023 für erforderlich hielt. Denn erst zu diesem Datum sind Sachgründungen möglich, die ihrerseits die Ergänzung im Gesetz nach sich ziehen, dass „sonstige Formvorschriften nicht entgegenstehen“ dürfen.⁶ Erst dieser Zusatz machte die Klarstellung überhaupt erforderlich.

Der jetzige Wortlaut steht einer Mitbeurkundung jedenfalls nicht entgegen. Denn § 2 Abs. 3 GmbHG geht davon aus, dass „der Gesellschaftsvertrag“ im Wege des Online-Verfahrens beurkundet werden kann. Der Wortlaut enthält keine Einschränkung, dass es auf den Inhalt des Gesellschaftsvertrags ankäme. Auch ist nicht davon die Rede, dass etwa das Formerfordernis des § 2 GmbHG im Online-Verfahren erfüllt werden kann. Überzeugend sind deshalb diejenigen Stimmen, die früh erkannt haben, dass sämtliche Abtretungsverpflichtungen im Online-Verfahren beurkundet werden können, solange sie Teil des Gesellschaftsvertrags sind.⁷

Da die Frage aber umstritten und naturgemäß noch nicht durch die Rechtsprechung geklärt ist, wird es sich empfehlen, als Notar die Beteiligten auf das Restrisiko hinzuweisen. Keinesfalls sollte auf diese Klauseln verzichtet werden, obwohl die Beratung der Beteiligten ergibt, dass die Klauseln erforderlich sind. Dies wäre mit § 17 Abs. 1 BeurkG kaum zu vereinbaren. Sollte man zu einer anderen Rechtsauffassung gelangen, so müsste man die Beteiligten, bei denen solche Klauseln erforderlich sind, auf das Präsenzverfahren verweisen.

3. Vollzugsvollmachten

Üblicherweise enthält die Gründungsurkunde auch eine Vollmacht für den Notar und/oder seine Mitarbeiter, für die Beteiligten alle zur Eintragung der GmbH in das Handelsregister etwa noch erforderlichen und zweckdienlichen Erklärungen abzugeben, insbesondere Gesellschafterbeschlüsse zu fassen, Nachtragsvereinbarungen zum Gesell-

schaftsvertrag zu schließen oder Handelsregisteranmeldungen zu tätigen.⁸

Die allgemein in der sog. „Vollzugsvollmacht“ enthaltenen Elemente sind gesondert zu betrachten. Die Vollmacht, Gesellschafterbeschlüsse zu fassen, ist stets formfrei möglich, sodass eine solche Vollmacht unzweifelhaft gemäß § 2 Abs. 3 Satz 3 GmbHG im Online-Verfahren erteilt werden kann. Die Bevollmächtigung zu „Nachtragsvereinbarungen“ zum Gesellschaftsvertrag ist entsprechend den Gründungsvollmachten gemäß § 2 Abs. 2 GmbHG ausdrücklich im Online-Verfahren möglich.

Schwieriger ist die Beurteilung der Vollmacht, Handelsregisteranmeldungen vorzunehmen. § 12 Abs. 1 Satz 3 HGB sieht vor, dass Vollmachten zur Anmeldung beim Handelsregister „der gleichen“ Form bedürfen, wie die Anmeldung selbst. Durch die Einfügung des § 12 Abs. 1 Satz 2 HGB sollte man meinen, dass die Vollmacht ohne Weiteres auch im Online-Verfahren errichtet werden kann. Die Gesetzesbegründung sieht das anders.⁹ Grundsätzlich kommt zwar dem Willen des Gesetzgebers bei der Auslegung der Gesetze maßgebliche Bedeutung zu. Dies gilt jedoch nur, soweit der entsprechende Wille auch Niederschlag im Wortlaut der Norm gefunden hat. Im vorliegenden Fall ist das nicht geschehen. Insofern wird man davon ausgehen können, dass nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes auch eine Handelsregister-Vollmacht im Online-Verfahren mitbeurkundet werden kann.¹⁰

Dies gilt umso mehr als im Online-Verfahren gemäß § 2 Abs. 3 Satz 3 GmbHG Willenserklärungen, die nicht der notariellen Form bedürfen, mitbeurkundet werden können. § 12 Abs. 1 Satz 1 HGB wird jedoch regelmäßig nicht als Formvorschrift verstanden, sondern lediglich als Nachweisforderungen im registergerichtlichen Verfahren.¹¹

Unabhängig davon, wie man die Frage beurteilt, ist die Aufnahme der Vollmacht in die Gründungsurkunde seit Inkrafttreten des § 378 Abs. 2 FamFG nicht mehr erforderlich. Denn § 378 Abs. 2 FamFG bestimmt, dass der Notar, der die zu einer Eintragung erforderliche Erklärung beurkundet oder beglaubigt hat, als ermächtigt gilt, im Namen des zur Anmeldung Berechtigten die Eintragung zu beantragen. Es handelt sich nach herrschender Meinung um eine widerlegliche Vermutung, die etwa durch eine gegenteilige Erklä-

4 Dagegen Keller/Schümmer, DB 2022, 1179, 1180; Wicke, GmbHR 2022, 516, 518; Heckschen/Knaier, NZG 2022, 890; Stelmaszczyk/Strauß, ZIP 2022, 1077; dafür Scheller, GmbHR 2022, R101, R102.

5 Meier, BB 2022, 1731, 1733.

6 So zutr. auch Stelmaszczyk/Strauß, GmbHR 2022, 833, 836 Rdnr. 18.

7 Insofern differenzierend nach „echten“ und „unechten“ Satzungsbestandteilen Scheller, GmbHR 2022, R101, R 103.

8 Vgl. nur die Formulierung bei Würzburger Notarhandbuch, 6. Aufl. 2022, Teil 5 Kap. 3 Rdnr. 1 dort § 4.

9 BT-Drucks. 20/1672, S. 18.

10 A. A. Stelmaszczyk/Strauß, GmbHR 2022, 833, 843 Rdnr. 67, die aber auch eine andere Deutung für zulässig halten.

11 OLG Jena, Beschluss vom 21.10.2002, 6 W 534/02, NJW-RR 2003, 99, 100; Oetker/Preuß, HGB, 7. Aufl. 2021, § 12 Rdnr. 24; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, HGB, 9. Aufl. 2019, § 12 Rdnr. 3.

rung der Berechtigten entkräftet werden kann.¹² Ob die Beurkundung bzw. Beglaubigung online oder in Präsenz stattgefunden hat, ist hierfür unbeachtlich, sofern es sich um einen Fall handelt, für den das Verfahren mittels Videokommunikation eröffnet ist.

Ganz allgemein für Vollmachten im Online-Verfahren gilt: Die bloße Beglaubigung von Vollmachten scheidet aus.¹³ Dies gilt auch für Gründungsvollmachten im Sinne des § 2 Abs. 2 GmbHG. Der Grund hierfür ist im materiellen Recht zu suchen: Es gibt bei elektronischen Dokumenten keine original „Vollmachtsurkunde“ im Sinn des § 172 BGB. Ausfertigungen können nur von online *beurkundeten* Dokumenten, nicht aber von online *beglaubigten* Dokumenten gefertigt werden. Registergerichte – und auch sonst Beteiligte, gegenüber denen ein Vollmachtnachweis zu erbringen ist – können die Vorlage der Vollmacht wegen § 172 BGB in Ausfertigung oder im Original verlangen. Dementsprechend müssen Vollmachten im Online-Verfahren stets beurkundet werden.

4. Gesellschaftsvertrag einer GmbH & Co KG

Soweit ersichtlich in der Literatur noch nicht thematisiert ist die Frage, ob bei Gründung einer GmbH & Co KG auch der KG-Vertrag im Online Verfahren errichtet werden kann. Der KG-Vertrag kann bekanntlich formfrei geschlossen werden, wenn er nicht seinerseits beurkundungsbedürftige Elemente enthält, wie zum Beispiel eine Abtretungsverpflichtung bezüglich der Anteile an der Komplementär-GmbH.¹⁴ Ob § 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG einen Vollständigkeitsgrundsatz enthält, der es erforderlich macht, dass der an sich formfreie KG-Vertrag ebenfalls beurkundet wird, ist umstritten.¹⁵

Bejaht man einen solchen Vollständigkeitsgrundsatz, muss das Online-Verfahren auf den KG-Vertrag schon deshalb Anwendung finden, weil der KG-Vertrag dann integraler Bestandteil der GmbH-Gründung wäre. Verneint man einen Vollständigkeitsgrundsatz, ist der KG-Vertrag formfrei gemäß § 2 Abs. 3 Satz 3 GmbHG dem Online-Verfahren zugänglich. Auch dann muss er jedoch zum Bestandteil der GmbH-Gründungsurkunde gemacht werden. Eine isolierte Beurkundung des KG-Vertrags ist online nicht zulässig. Praktisch wird man dies idealerweise durch eine Mantelurkunde umsetzen, bei der sowohl der GmbH-Vertrag als auch der KG-Vertrag als Anlage beigefügt werden.

12 Keidel/Heinemann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 378 Rdnr. 9; BeckOK-FamFG/Otto, Stand: 01.04.2022, § 378 Rdnr. 19; Bumiller/Harders/Harders, FamFG, 12. Aufl. 2019, § 378 Rdnr. 3; MünchKomm-FamFG/Krafka, 3. Aufl. 2019, § 378 Rdnr. 9 f.; a. A. (unwiderlegliche gesetzliche Vertretungsermächtigung) Schulte-Bunert/Weinreich/Nedden-Boeger, FamFG, 6. Aufl. 2020, § 378 Rdnr. 14.

13 Stelmasczyk/Strauß, GmbHR 2022, 833, 843 Rdnr. 70 ff.

14 Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts/Mörle, 5. Aufl. 2019, § 2 Rdnr. 111; Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht/Lorz, 2010, Form. N. II. Rdnr. 2.

15 Vgl. zum Streitstand ausführlich DNotI-Internetgutachten Nr. 115831, Ziffer 1 lit. b) – abrufbar aus dem Notarnet.

5. Genehmigungserklärungen

Für die häufig abweichend von der gesetzlichen Terminologie des § 177 Abs. 1 BGB auch als „Nachgenehmigung“ bezeichneten Erklärungen, fehlt es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage für die Beurkundung mittels Videokommunikation. Es handelt sich hierbei um einen anderen Beurkundungsgegenstand als das ursprünglich zu beurkundende Geschäft. Gleichwohl plädiert die Gesetzesbegründung – ohne dass dies im Wortlaut der Norm Niederschlag gefunden hätte – für eine entsprechende Anwendung der Vorschrift für die Gründungsvollmacht.¹⁶ Eine Klarstellung im Normtext wäre wünschenswert gewesen, zumal auch nach bisherigem Recht umstritten war, ob die Genehmigungserklärung analog § 2 Abs. 2 GmbHG der Beurkundung bedarf.¹⁷ Aufgrund der klaren Äußerung in der Gesetzesbegründung und der auch bislang überwiegend bejahten Analogie wird man in der Praxis wohl davon ausgehen können, dass auch Genehmigungserklärungen online beurkundet werden können.¹⁸

Ein praktisches Bedürfnis für Genehmigungserklärungen im Online-Verfahren gibt es hingegen selten. Abgesehen von terminlichen Schwierigkeiten können an der Beurkundung mit Videokommunikation ohne Weiteres auch Beteiligte teilnehmen, die sich räumlich weit entfernt aufhalten. Die Beurkundung mit allen Beteiligten zur gleichen Zeit ist der Genehmigung grundsätzlich vorzuziehen, da so alle Beteiligten den gleichen Informationsstand haben und letzte Fragen im unmittelbaren „persönlichen“ (wenn auch virtuellen) Kontakt geklärt werden können. Die Funktion des notariellen Verfahrens kommt so besser zur Geltung.

II. Berufsrechtliche Fragestellungen des Online-Verfahrens

1. Pflicht zur Beurkundung im Online-Verfahren

Es gehört zur Amtspflicht der Notare, notarielle Online-Verfahren auf Antrag der Beteiligten durchzuführen. Der Notar hat kein Ermessen, sondern es gilt uneingeschränkt die Pflicht zur Urkundsgewähr. Insofern steht den Beteiligten das Wahlrecht zu, ob sie die Beurkundung – soweit zulässig – im Online-Verfahren oder im Präsenzverfahren durchführen möchten.¹⁹ Eine Weigerung, Online-Verfahren ohne sachlichen Grund nicht durchzuführen, stellt dementsprechend eine Amtspflichtverletzung dar.

Der Notar darf und soll die Beurkundung mittels Videokommunikation jedoch ablehnen, wenn er die Erfüllung seiner Amtspflichten auf diese Weise nicht gewährleisten kann, insbesondere wenn er sich keine Gewissheit über die Person eines Beteiligten verschaffen kann oder Zweifel an der erforderlichen Rechtsfähigkeit oder Geschäftsfähigkeit eines der Beteiligten hat, § 16a Abs. 2 BeurkG. Das gleiche

16 BR-Drucks. 171/22, S. 19 und BT-Drucks. 20/1672, S. 22.

17 MünchKomm-GmbHG/Heinze, 4. Aufl. 2022, § 2 Rdnr. 102 m. w. N.

18 So auch Stelmasczyk/Strauß, GmbHR 2022, 833, 843 Rdnr. 65.

19 So ausdrücklich BT-Drucks. 19/28177, S. 115.

gilt gemäß § 40a Abs. 5 BeurkG entsprechend für Online-Beglaubigungen. Insofern muss der Notar eine Beurkundung mittels Videokonferenz ablehnen oder eine bereits begonnene Beurkundung abbrechen, wenn er seine Amtspflichten nicht ordnungsgemäß erfüllen kann. Die Beurteilung der Frage, ob er seine Amtspflichten im Online-Verfahren ordnungsgemäß erfüllen kann, obliegt grundsätzlich dem Notar. Weitere Sachgründe für eine Ablehnung können beispielsweise technische Probleme aufseiten des Notars oder der Beteiligten sein.

2. Werbeverbot und Online-Verfahren

Das Werbeverbot gemäß § 29 Abs. 1 BNotO gilt ohne Einschränkung ebenso für notarielle Online-Verfahren. Insofern ist es – wie in der Präsenzwelt auch – unzulässig, gewerbliches oder werbliches Auftreten zu praktizieren. Das Auftreten nach außen darf insofern keine „wertende Selbstdarstellung“ enthalten.²⁰ Ebenfalls unzulässig ist es, den Eindruck zu erwecken, dass der Notar auf Online-Verfahren spezialisiert sei oder dass nur bestimmte Notare Online-Verfahren anbieten. Gleichmaßen unzulässig ist es, in Suchmaschinen Werbeplätze für die notarielle Tätigkeit zu erwerben, unabhängig davon ob für das Online-Verfahren oder sonstige Beurkundungen.

3. Amtsbereichsprinzip und Amtsbezirkprinzip im Online-Verfahren

Die notariellen Online-Verfahren stellen auch neue Anforderungen an das Amtsbereichsprinzip. In der Präsenzwelt war es den Beteiligten freigestellt, welchen Notar sie aufsuchen. Lediglich dem Notar war es grundsätzlich untersagt, Beurkundungen außerhalb seines Amtsbereichs vorzunehmen. Im Online-Verfahren fällt das Korrektiv der räumlichen Distanz weg. Theoretisch wäre es also für jeden Rechtssuchenden deutschlandweit ohne Weiteres möglich, jeden Notar in Deutschland im Rahmen des Online-Verfahrens aufzusuchen. Soll aber eine flächendeckende Versorgung der rechtsuchenden Bevölkerung weiterhin sichergestellt werden, so gilt es zu vermeiden, dass einzelne Notare überwiegend Online-Verfahren an sich ziehen, etwa durch eine besonders große Marktmacht in Großstädten. Eine Versorgung gerade der ländlichen Bevölkerung wäre dann nicht mehr gewährleistet, weil sich keine Notare mehr dafür gewinnen lassen dürften, in ländlichen Regionen ihr Amt auszuüben. Insofern musste der Gesetzgeber eine Lösung finden, wie sich das Amtsbereichsprinzip auch auf die Online-Welt übertragen lässt.

Diese Lösung findet sich in § 10a Abs. 3 BNotO: Beurkundungen mittels Videokommunikation gelten als im Amtsbereich vorgenommen, wenn einer der dort genannten Anknüpfungspunkte einschlägig ist. Auch diese Anknüpfungspunkte wurden im Rahmen des DiREG noch einmal überarbeitet. Im Einzelnen gilt nun, dass sich einer der folgenden Punkte im Amtsbereich befinden muss:

1. der Sitz der betroffenen juristischen Person oder rechtsfähigen Personengesellschaft oder die Hauptniederlassung oder der Wohnsitz des betroffenen Einzelkaufmanns,
2. bei einer juristischen Person oder rechtsfähigen Personengesellschaft mit Sitz im Ausland oder einem Einzelkaufmann mit Hauptniederlassung im Ausland der Sitz oder die Geschäftsanschrift der betroffenen Zweigniederlassung oder
3. der Wohnsitz oder Sitz eines organschaftlichen Vertreters der betroffenen juristischen Person oder rechtsfähigen Personengesellschaft oder
4. der Wohnsitz oder Sitz eines Gesellschafters der betroffenen juristischen Person oder rechtsfähigen Personengesellschaft, sofern die Eigenschaft als Gesellschafter aus dem Handelsregister oder einem vergleichbaren Register ersichtlich ist.

Ist keiner der Anknüpfungspunkte einschlägig, muss der Notar die Beurkundung ablehnen. Führt er sie dennoch durch, ist sie zwar wirksam, er verhält sich jedoch amtspflichtwidrig.

Das von der BNotK entwickelte Videokommunikationssystem ist in der Lage, anhand der Beteiligten- und Gesellschaftsdaten die zuständigen Notare aus dem Notarverzeichnis zu ermitteln. Hierbei handelt es sich jedoch lediglich um eine Vorschlagsliste, die automatisch generiert wird, nicht um eine technische Schranke. Es ist weiterhin möglich, jeden Notar deutschlandweit für die Beurkundung auszuwählen. Der Notar muss deshalb eigenverantwortlich seine Zuständigkeit prüfen.

Gemäß § 10a Abs. 4 BNotO hat der Notar der Aufsichtsbehörde oder nach deren Bestimmung der Notarkammer, der er angehört, unverzüglich und unter Angabe von Gründen mitzuteilen, wenn er Beurkundungen außerhalb des Amtsbereichs vornimmt. Auch hier wird die Regelung aus der analogen Welt in das Online-Verfahren übertragen. § 10a Abs. 3 Satz 2 BNotO verweist auf § 10a Abs. 1 Satz 2 BNotO, sodass die Landesjustizverwaltungen die Möglichkeit haben, die notariellen Amtsbereich auch speziell für das Online-Verfahren nach den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege allgemein oder im Einzelfall festzulegen. Grenze einer entsprechenden Festlegung ist – wie in der analogen Welt – gemäß § 11 BNotO der Amtsbezirk. Der Amtsbezirk als äußerste Grenze der Online-Beurkundungen leuchtet zunächst nicht unmittelbar ein, für die Regelungen der Notarkammern ist es jedoch zwingend, da diese jeweils nur für ihren eigenen Amtsbezirk Regelungen treffen können.

Ein Grund für die Überschreitung des Amtsbereichs kann beispielsweise vorliegen, wenn ein örtlicher Anknüpfungspunkt gemäß § 10a Abs. 3 BNotO zu Beginn des Verfahrens vorgelegen hat, nach Entwurfserstellung durch den Notar aber unvorhergesehen wegfällt.²¹ Dürfte der Notar in diesem Fall seine Tätigkeit nicht fortführen, so wäre dies für die

²⁰ Vgl. zuletzt BGH, Beschluss vom 11.07.2022, NotZ(Brfg) 6/21 Rdnr. 5 m. w. N = BeckRS 2022, 21676.

²¹ BT-Drucks. 19/28177, S. 109.

Beteiligten nachteilig, da sie die Entwurfsgebühr zu tragen hätten, ohne dass sie auf die spätere Beurkundung angerechnet würde. Ein weiterer Grund kann darin liegen, dass der einzige Notar, bei dem einer der Anknüpfungspunkte des § 10a Abs. 3 BNotO erfüllt ist, temporär technisch daran gehindert ist, die Online-Beurkundung durchzuführen, zum Beispiel wegen Ausfall der EDV oder einer Störung der Internetverbindung. Die Mitteilungspflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde gemäß § 10a Abs. 4 BNotO soll sicherstellen, dass die Zuständigkeitsvorschriften nicht missbräuchlich umgangen werden.²²

Eine Beurkundung außerhalb des Amtsbezirks ist auch im Online-Verfahren regelmäßig nur dann zulässig, wenn im Einzelfall Gefahr im Verzug besteht oder die Aufsichtsbehörde die Tätigkeit außerhalb des Amtsbezirks genehmigt hat, § 11 Abs. 2, Abs. 3 BNotO.

4. Anwesenheitspflicht in der Geschäftsstelle

Die geänderten Vorschriften der BNotO zum Amtsbereichsprinzip werden durch neue Richtlinienempfehlungen der BNotK flankiert.²³ Dort wird klargestellt, dass die Grundsätze für ein Tätigwerden außerhalb der Geschäftsstelle auch für die Videobeurkundung gelten. Schaltet sich beispielsweise der Notar aus dem Homeoffice per VPN-Client in das NotarNetz, so ist die Durchführung der Beurkundung zwar technisch möglich, aber ein berufsrechtlicher Verstoß. Befindet sich das Homeoffice außerhalb des Amtsbereichs, so ergibt sich dies schon aus der § 10a Abs. 2 BNotO. Aber selbst, wenn das Homeoffice sich innerhalb des Amtsbereichs befindet, ist nach den Richtlinienempfehlungen eine Online-Beurkundung unzulässig, da die Tätigkeit grundsätzlich in der Geschäftsstelle zu erfolgen hat, vgl. Ziffer IX. 1. 1. in Verbindung mit IX.4 RL-BNotK.

Befindet sich der Notar gar im Ausland, ist die Beurkundung mangels Anwendbarkeit des BeurkG unwirksam (Territorialitätsprinzip²⁴). Eine Kontrolle des Aufenthaltsorts des Notars bei der Online-Beurkundung ist zwar technisch nur eingeschränkt möglich. Durch die Pflicht zur Aufnahme des Ortes der Beurkundung in das Urkundenverzeichnis gemäß § 16b Abs. 3 BeurkG i. V. m. § 9 Nr. 1, § 10 NotAktVV lässt sich die Einhaltung dieser berufsrechtlichen Pflicht jedoch durch die Aufsichtsbehörde kontrollieren und es ist davon auszugehen, dass hierauf gerade unmittelbar nach Inkrafttreten der Regelungen besonderes Augenmerk gelegt werden wird.

²² BT-Drucks. 19/28177, S. 107.

²³ Beschluss der Generalversammlung vom 08.04.2022, abgedruckt in DNotZ 2022, 322 (Heft 5/2022), konsolidierte Fassung abrufbar unter: <https://www.bnotk.de/aufgaben-und-taetigkeiten/richtlinien/richtlinienempfehlungen> – zuletzt abgerufen am 04.09.2022.

²⁴ Dazu BeckOGK-BeurkG/GöBl, Stand: 01.04.2022, § 2 Rdnr. 26; Frenz/Miermeister/Limmer, BNotO, 5. Aufl. 2022, BeurkG § 2 Rdnr. 11.

III. Beurkundungsverfahren

1. Erstellung der elektronischen Niederschrift

Das elektronische Beurkundungsverfahren ist weitgehend an die Präsenzwelt angelehnt, jedoch unter Berücksichtigung der Spezifika der digitalen Welt. Es ist eine elektronische Niederschrift über die Verhandlung aufzunehmen. Für die Erstellung der elektronischen Niederschrift verweist § 16b Abs. 1 Satz 2 BeurkG auf die Vorschriften über die (analoge) Niederschrift entsprechend. Dies gilt jedoch nur, soweit in den § 16b Abs. 2-Abs. 5, §§ 16 c-16 e BeurkG nichts Abweichendes geregelt ist.

Gemäß § 16b Abs. 3 BeurkG ist der Ort, an dem die elektronische Niederschrift aufgenommen wird, der Ort der Verhandlung. In der elektronischen Niederschrift soll festgestellt werden, dass die Verhandlung mittels Videokommunikation durchgeführt wurde. Am Ende der elektronischen Niederschrift sollen die Namen der Personen aufgeführt werden, die die Niederschrift mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen haben (§ 16b Abs. 4 BeurkG). Diese Wiedergabe der Namen am Ende der Niederschrift dient der Visualisierung der qualifizierten elektronischen Signatur. Die qualifizierte elektronische Signatur ersetzt die ansonsten vom Gesetz vorgesehene Unterschrift, ist aber im Gegensatz zu dieser nicht mit menschlichen Sinnen wahrnehmbar, was die maschinenschriftliche Darstellung erforderlich macht.

2. Feststellung der Identität der Beteiligten

§ 16c BeurkG schreibt für die Feststellung der Beteiligten mittels Videokommunikation ein zweistufiges Verfahren vor. Zum einen ist die elektronische Übermittlung eines Lichtbildes erforderlich, zum anderen ist ein elektronischer Identitätsnachweis (üblicherweise eine eID) erforderlich. Was als taugliches elektronisches Identifizierungsmittel in Betracht kommt, regelt § 16c Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 BeurkG ausführlich. Die Homepage der BNotK enthält eine Liste mit Staaten, deren Ausweisdokumente eine eID-Funktion enthalten.²⁵ Welche ausländischen Dokumente geeignet sind, das Lichtbild auszulesen, muss im Einzelfall gesondert geprüft werden.²⁶

Für deutsche Personalausweise gilt, dass sämtliche derzeit gültigen Personalausweise eine eID-Funktion besitzen. Seit Juli 2017 ist die Funktion standardmäßig aktiviert, für ältere Personalausweise kann die Funktion nachträglich aktiviert werden. Das Lichtbild kann jedoch nur aus Personalausweisen ausgelesen werden, die nach dem 02.08.2021 ausgestellt wurden. Alternativ muss für die Auslesung des Lichtbilds daher ein gültiger Reisepass herangezogen werden, der diese Funktion schon seit 2005 enthält, sodass jeder derzeit gültige Reisepass für das Auslesen des Lichtbilds taugt.

²⁵ <https://online-verfahren.notar.de/ov/faq> (zuletzt aufgerufen am 31.08.2022) – dort unter 3. „Identifizierung“.

²⁶ Regelmäßig kann die Hotline der BNotK Auskunft hierüber geben.

Sofern ein Beteiligter dem Notar persönlich bekannt ist, ersetzt dies nur die elektronische Übermittlung des Lichtbildes, nicht jedoch die Verwendung eines elektronischen Identitätsnachweises. Denn nur mit Letzterem kann die notwendige qualifizierte elektronische Fernsignatur ausgelöst werden.

3. Vorlage von Vollmachten, Existenz- und Vertretungsnachweisen

§ 16d BeurkG bestimmt, dass vorgelegte Vollmachten und Ausweise über die Berechtigung eines gesetzlichen Vertreters der elektronischen Niederschrift in elektronisch beglaubigter Abschrift beigelegt werden sollen. Die Norm sagt jedoch nichts darüber aus, in welcher Form der Nachweis vorgelegt werden muss.²⁷ § 12 Abs. 2 BeurkG regelt – nicht nur für das elektronische Verfahren – dass die Vorlage der Vollmachtsurkunde gegenüber dem Notar auch als Vorlage gegenüber demjenigen gilt, gegenüber dem die beurkundete Willenserklärung abgegeben wird. Die Norm wurde aus Anlass der Videobeurkundung eingeführt, weil naturgemäß eine Urkunde nicht allen online zugeschalteten Beteiligten körperlich vorgelegt werden kann.

Existenz und Vertretungsnachweise ausländischer Gesellschaften müssen weiterhin in der bisherigen Form vorgelegt werden. Zwar kennt das Handelsregisterverfahren – im Gegensatz zu § 29 GBO – keine grundsätzliche Pflicht zur Vorlage öffentlicher Urkunden. In der Praxis wenden die Registergerichte jedoch ähnliche Maßstäbe an.²⁸ Regelmäßig muss der ausländische Existenz- und Vertretungsnachweis daher in öffentlich-beglaubigter Form vorgelegt werden (ggf. mit Apostille oder Legalisation versehen). Dies kann in Form eines übersetzten beglaubigten Registerauszugs erfolgen oder anhand einer Notarbescheinigung eines ausländischen Notars über die Existenz der Gesellschaft und deren Vertretungsverhältnisse. Kennt die ausländische Rechtsordnung ein mit dem Handelsregister vergleichbares Register mit Publizitätswirkung und ist der Notar der Sprache des Landes mächtig, kommt auch die Erstellung einer Notarbescheinigung gemäß § 21 BNotO durch den Notar in Betracht,²⁹ dem das Online-Verfahren anvertraut ist.

4. Gemischte Beurkundung

Das Gesetz sieht in § 16e BeurkG ausdrücklich auch eine „gemischte Beurkundung“ vor. Der Notar ist also nicht darauf beschränkt, dass sämtliche Beteiligte in der gleichen Form (also online oder körperlich) an der Beurkundungsverhandlung teilnehmen. Erfolgt die Beurkundung mit einem Teil der Beteiligten in Präsenz und zum Teil virtuell zuge-

schaltet, so ist zusätzlich zu der elektronischen Niederschrift mit den körperlich anwesenden Personen eine inhaltsgleiche Niederschrift gemäß §§ 8 ff. BeurkG aufzunehmen. In der Niederschrift soll vermerkt werden, dass es sich um eine gemischte Beurkundung handelt.³⁰ Beide Niederschriften sind gemäß § 16e Abs. 2 BeurkG zusammen zu verwahren.

Da die Niederschriften inhaltsgleich sind – und sein müssen –, genügt es freilich, wenn der Notar eine der beiden inhaltsgleichen Niederschriften verliest. Nach dem Verlesen muss der Notar die analoge Niederschrift gemäß § 8 BeurkG unterschreiben und die elektronische Niederschrift gemäß § 16b BeurkG signieren. Für die Praxis dürfte sich empfehlen, zunächst für den Signiervorgang aus der Word-Datei eine PDF-Datei zu erstellen, in der sämtliche in der Beurkundungsverhandlung vorgenommene Änderungen bereits enthalten sind. Diese PDF-Datei sollte den Online-Teilnehmern zur Signatur hochgeladen, anschließend ausgedruckt und den körperlich Anwesenden zur Unterschrift vorgelegt werden. So lassen sich durch eine kluge Gestaltung des Büroablaufs Fehler und Diskrepanzen zwischen den Niederschriften vermeiden.

5. Anbringung der UVZ-Nummern

Grundsätzlich sind auf jeder Urschrift, Ausfertigung und Abschrift einer Urkunde die Urkundenverzeichnisnummer und die Jahreszahl anzugeben. § 3 Abs. 3 Satz 2 NotAktVV regelt, dass dies auch für ein gemäß § 39a BeurkG erstelltes elektronisches Dokument gilt. § 3 Abs. 3 Satz 3 NotAktVV wiederum nimmt gemäß § 16b BeurkG erstellte elektronische Dokumente von dieser Pflicht aus. Elektronische Niederschriften müssen dementsprechend nicht zwingend zum Zeitpunkt des Signierens eine UVZ-Nummer enthalten, elektronisch erstellte Beglaubigungsvermerke hingegen schon. Hintergrund dieser Differenzierung ist, dass bei elektronischen Beglaubigungen das elektronische Dokument gemäß § 45b Abs. 2 BeurkG direkt in den Rechtsverkehr gelangen kann und eine eindeutige Identifizierung anhand der aufgedruckten Nummer möglich sein muss. Im Falle der elektronischen Niederschrift darf diese gemäß § 45b Abs. 1 Satz 2 BeurkG nicht direkt in den Rechtsverkehr gelangen.

Die elektronische Niederschrift wird üblicherweise zunächst in die elektronische Urkundensammlung eingestellt. Anschließend kann im Rahmen der (elektronischen) Beglaubigung einer Abschrift³¹ oder Erstellung einer Ausfertigung die entsprechende UVZ-Nummer und Jahreszahl eingefügt werden. Dieses Verfahren ist freilich kompliziert und sollte in der Praxis vermieden werden. Es dürfte sich deshalb empfehlen – auch wenn die NotAktVV dies nicht fordert – überobligatorisch die UVZ-Nummer und die Jahreszahl

²⁷ Heinemann/Trautrimms/F. Schmitt, Notarrecht, 1. Aufl. 2022, § 16d Rdnr. 2.

²⁸ Herrler/Kienzle, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 18a Rdnr. 46; Kienzle, DNotZ 2021, 590, 599; Rowedder/Pentz/Raff, GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 2 Rdnr. 87.

²⁹ Dazu Herrler/Süß, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 22 Rdnr. 77.

³⁰ Vgl. dazu den ausführlichen Formulierungsvorschlag bei Herrler/Kienzle, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 18a Rdnr. 61.

³¹ Zur Möglichkeit, elektronische Beglaubigungen schon vor Eintragung in das Urkundenverzeichnis zu erstellen, vgl. DNotI-Report 2022, 113 ff.

bereits bei Erstellung der elektronischen Niederschrift einzufragen und mit der Signatur abzuschließen.

6. Verweis auf Inventare etc. gemäß § 14 BeurkG

Bestandsverzeichnisse (Bilanzen, Inventare etc.) müssen nicht vorgelesen werden, wenn die Beteiligten auf das Vorlesen verzichten, § 14 Abs. 1 BeurkG. Das entsprechende Schriftstück ist der Niederschrift beizufügen. Wird auf ein solches Schriftstück verwiesen, so soll es den Beteiligten zur Kenntnisnahme „vorgelegt“ und von ihnen unterschrieben werden. Besteht das Schriftstück aus mehreren Seiten, soll jede Seite von ihnen unterzeichnet werden, § 14 Abs. 2 BeurkG. Gemäß § 16b Abs. 1 Satz 2 BeurkG findet diese Norm grundsätzlich auch im Online-Verfahren Anwendung. Die Anwendbarkeit wirft jedoch verschiedene Fragen auf.

Zum einen stellt sich die Frage, ob die Voraussetzungen der Norm überhaupt im Online-Verfahren erfüllt werden können. Denn der Wortlaut („vorgelegt“) deutet darauf hin, dass es auf eine körperliche Wahrnehmbarkeit des Schriftstücks ankommt. Die Wahrnehmbarkeit ist jedoch ebenso gewährleistet, wenn das Dokument den Beteiligten im Rahmen des Online-Verfahrens zur Verfügung gestellt wird. Dem Gesetzgeber war bei Schaffung des § 14 Abs. 1 BeurkG das Online-Verfahren nicht geläufig. Es dürfte deshalb davon auszugehen sein, dass eine „Vorlage“ im Sinne der Norm auch durch virtuelle Darstellung einer entsprechenden PDF im Videobeurkundungssystem erfolgen kann. Es kommt funktional auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme im Moment der Beurkundung an – nicht auf die körperliche Wahrnehmbarkeit. Durch Rechtsprechung abgesichert ist dieses Vorgehen jedoch selbstverständlich nicht.

Folgt man dieser Auffassung und hält man eine „Online-Vorlage“ für möglich, so stellt sich die Frage, wie die Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 Hs. 2 BeurkG im Rahmen des Online-Verfahrens erfüllt werden können. Denn eine „Unterzeichnung“ einer jeden Seite ist bei Anbringung einer qualifizierten elektronischen Signatur weder notwendig noch möglich. Die qualifizierte elektronische Signatur umfasst die Datei in ihrer Gesamtheit.³² Im Gegensatz zur Unterschrift, die am Ende eines Dokuments das Dokument abschließt, erfasst die Abschlussfunktion bei der Anbringung einer Signatur schon technisch jede Seite, ja jedes Byte der Datei. Die Datei wird insgesamt unveränderlich. Insofern ist bei einer Signatur einer Gesamtdatei jede Seite per se signiert. Dies spricht dafür, die Gesamtsignatur für § 14 Abs. 2 Hs. 2 BeurkG genügen zu lassen. Der Sinn und Zweck der Unterzeichnung einer jeden einzelnen Seite dürfte allerdings eher dagegensprechen. Sinn und Zweck ist die Kontrolle und Dokumentation, dass der nicht verlesene Teil Seite für Seite zur Kenntnis genommen wurde.³³ Um diesem Zweck gleichermaßen im Online-Verfahren gerecht zu werden, müssten von jeder einzelnen Seite eine PDF-Datei

erstellt und diese Datei einzeln signiert werden. Dies wäre ein theoretisch zwar denkbarer, praktisch aber nicht gangbarer und vom Gesetzgeber wohl auch nicht gewollter Weg.

Im Ergebnis dürfte durch den Verweis in § 16b Abs. 1 Satz 2 BeurkG jedoch zum Ausdruck kommen, dass der Gesetzgeber sämtliche Vorschriften für anwendbar hält. Das bedeutet bei Vorschriften, deren Wortlaut nicht an das Online-Verfahren angepasst wurde, dass die bestmögliche funktionsäquivalente Übertragung in die Online-Welt zu erfolgen hat. Im Falle des § 14 Abs. 2 BeurkG ist dies die Anbringung einer Signatur an der Gesamtdatei. Da es sich bei der Vorschrift nur um eine Soll-Vorschrift handelt und Verstöße die Wirksamkeit der Beurkundung nicht berühren,³⁴ ist jedenfalls das Risiko, sollte die Rechtsprechung einen anderen Standpunkt einnehmen, überschaubar.

IV. Ausblick

Der Gesetzgeber hat die Digitalisierung im Gesellschaftsrecht durch die Einführung des Online-Verfahrens weiter vorangetrieben. Die Beschränkung auf bestimmte Beurkundungsgegenstände stellt einen klugen Mittelweg zwischen Digitalisierung und Funktion des Beurkundungsverfahrens dar. Durch das hohe Sicherheitsniveau wird ein funktionsäquivalentes System zur Präsenzbeurkundung geschaffen.

Inwieweit das Online-Verfahren in der Praxis von den Beteiligten angenommen werden wird, wird sich zeigen müssen.³⁵ Gerade Gründer, bei denen es noch ausgiebigen Beratungs- und Besprechungsbedarf gibt, werden die Vorzüge des Präsenzverfahrens zu schätzen wissen.

Soll das Online-Verfahren in der Breite gelebte Praxis werden, ist weitere Voraussetzung, dass die Verwaltung zunehmend Dienstleistungen anbietet, die mit der eID-Funktion in Anspruch genommen werden können. Nur so ist sichergestellt, dass die Bürger die eID tatsächlich nutzen und ein Anreiz für die Freischaltung der eID-Funktion auch bei älteren Ausweisen besteht. Die notarielle Praxis kann insofern Vorreiter sein.

32 Vgl. zur Wirkung der verschiedenen Signaturarten BeckOK-BeurkG/Frohn, Stand: 01.11.2021, § 39a Rdnr. 17.2; Müller, NJW 2015, 822.

33 BeckOK-BeurkG/Bremkamp, Stand: 01.05.2021, § 14 Rdnr. 26.

34 Winkler, BeurkG, 20. Aufl. 2022, § 14 Rdnr. 41; Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 4. Aufl. 2022, § 14 Rdnr. 23; BeckOK-BeurkG/Bremkamp, § 14 Rdnr. 27.

35 Vgl. dazu auch den Ausblick bei BeckOK-BNotO/Sander, Stand: 01.08.2022, § 20 Rdnr. 50.



BUCHBESPRECHUNGEN

Ludwig Bergschneider:

Beck'sches Formularbuch Familienrecht

6. Aufl., C. H. Beck, 2022. 971 S., 149 €

Von Notarassessor **Jacob Weinert**, München

Weite Teile des Familienrechts gehören zu den Kerngebieten der notariellen Tätigkeit. Um für die zahlreichen Gestaltungswünsche der Mandanten gewappnet zu sein, empfiehlt sich perspektivisch für jeden Notar – ob in der Stadt oder auf dem Land – die Anschaffung eines umfangreichen Formularbuchs im Familienrecht. Soweit ersichtlich hält der Markt in dieser Hinsicht nicht allzu viel bereit. Die meisten familienrechtlichen Formularbücher sind hauptsächlich für die anwaltliche Tätigkeit im Familienrecht geeignet und betreffen die notariellen Themen nur sporadisch.

Anders verhält es sich mit dem hier besprochenen Werk, welches jüngst in sechster Auflage frisch überarbeitet erschienen ist. Zwar ist auch dieses primär aus anwaltlicher Perspektive verfasst, was auf den Bearbeiterkreis zurückzuführen ist, doch deckt das Werk auch die allermeisten Konstellationen der notariellen Tätigkeit im Familienrecht ab.

In die Neuauflage wurden zahlreiche Reformen und Rechtsänderungen eingearbeitet. Dies betrifft insbesondere die „Ehe für alle“, das neue Adoptionshilfegesetz, die Brüssel IIb-Verordnung und die Neufassung der Düsseldorfer Tabelle samt Leitlinien. Schließlich wurde auch bereits die zum 01.01.2023 in Kraft tretende Reform des Vormundschafts- und Pflegschaftsrechts berücksichtigt.

Das Werk ist themenspezifisch aufgebaut, enthält also nicht beispielsweise ein Kapitel „Eheverträge“, sondern widmet sich den einzelnen Regelungskomplexen (etwa eines Ehevertrages oder einer Scheidungsvereinbarung) jeweils in einem eigenen Kapitel. Wie aus der Reihe der Beck'schen Formularbücher bekannt, ist am Anfang des jeweiligen Kapitels zunächst ein Formular zum entsprechenden Themenkomplex abgedruckt. Darauf folgen jeweils Anmerkungen zu den im Formular enthaltenen Nummern. Dieser Aufbau ist sehr intuitiv und praxisorientiert, da vom Ergebnis her gedacht wird und man so die Problemschwerpunkte der jeweiligen Regelungen rasch verorten kann. Dadurch wird auch eine gezielte Recherche in weiterführenden Werken (etwa Kommentaren, Aufsätzen) erleichtert. Dies gilt insbesondere für Notarassessoren und dienstjunge Notare, denen die eine oder andere Regelung noch nicht aus ihrer eigenen Praxisroutine geläufig ist.

Inhaltlich beginnt das Werk mit einigen Kapiteln, die eher dem anwaltlichen Tätigkeitsbereich zugeordnet sind (Kapitel A bis F), was aber nicht bedeuten soll, dass diese für die notarielle Tätigkeit gänzlich uninteressant sind. Schließlich ist auch denkbar, dass Eheleute mit speziellen Regelungswünschen beispielsweise zum Familienunterhalt während des Zusammenlebens (Kapitel D), zur elterlichen Sorge

(Kapitel E) oder zum Unterhalt (Kapitel F) im Rahmen einer Ehevertragsgestaltung an den Notar herantreten.

Mit dem Kernbereich der notariellen Tätigkeit im Familienrecht beschäftigen sich die Kapitel G (Zugewinngemeinschaft), H (Gütertrennung), I (Gütergemeinschaft), J (Verträge zum Vermögen der Eheleute außerhalb des Güterrechts – also insbesondere ehebedingte Zuwendungen) und K (Versorgungsausgleich). Die vorgenannten Kapitel enthalten zahlreiche Muster zu immer wieder gewünschten Vereinbarungen und können daher in jedem Notaramt eine wertvolle Hilfe im Tagesgeschäft sein. Es findet sich sogar ein Regelungsvorschlag für eine Errungenschaftsgemeinschaft nach französischem oder italienischem Vorbild auf Grundlage der deutschen Gütergemeinschaft, welcher die Autoren *Klüber/Grziwotz* bemerkenswerterweise sogar eine mögliche Zukunft als künftigen einheitlichen europäischen Güterstand beimessen (Kap. I. I. 1.). Noch keine Berücksichtigung fand aufgrund des bereits vorhergegangenen Bearbeitungsschlusses die geplante Abschaffung des Güterrechtsregisters (siehe etwa Kap. H. I. 1., I. I. 3.). Diese sollte durch Streichung der entsprechenden Passagen, dass eine Eintragung in das Güterrechtsregister nicht gewünscht werde, künftig – sobald das Gesetz in Kraft tritt – in den Formularen berücksichtigt werden. Im Kapitel zum Versorgungsausgleich fehlt leider – neben den zahlreichen und die allermeisten Konstellationen abdeckenden Formularen – ein Formularvorschlag zur Regelung des praktisch nicht seltenen Falles, dass nur ein Ehegatte Landesbeamter ist. Enthalten sind insoweit lediglich Regelungsvorschläge zur Konstellation, in der beide Ehegatten Landesbeamte sind. Sehr positiv hervorzuheben sind die Formulare und Ausführungen zu den zum notariellen Tagesgeschäft zählenden ehebedingten Zuwendungen samt prägnanten Anmerkungen.

Des Weiteren werden auch im notariellen Bereich die Regelungskomplexe zu nichtehelichen Lebensgemeinschaften (Kapitel N) immer wichtiger. Hilfreich kann weiterhin das Kapitel zu allgemeinen Bestandteilen in familienrechtlichen Verträgen (P) sein: Enthalten sind etwa Ausführungen zu Vollstreckungsklauseln in notariellen Urkunden, Schiedsvereinbarungen, Gutachtervereinbarungen, salvatorische Klauseln und sonstige allgemeine Regelungen wie etwa Wertsicherungsklauseln oder Stundungsregelungen sowie Vollmachten. Schon lange Klassiker der notariellen Tätigkeit im Familienrecht ist die Adoption, der sich Kapitel Q widmet. Von Interesse im Hinblick auf die Neuauflage sind diesbezüglich insbesondere die Neuerungen durch das Adoptionshilfegesetz (seit 01.04.2021 in Kraft), welche unter dem Topos „Die Adoption mit Auslandsberührung“ (Kap. Q. III. 1.) eingearbeitet sind.

Ferner finden sich im Kapitel R Formulare zu den Themen Pflegschaft und Vormundschaft – vor allem entsprechende Anträge. Zudem betreffen die Formulare und Ausführungen zu Vorsorgeverfügungen (Kap. S. V.) die alltägliche notarielle Praxis. Schließlich kann auch das Kapitel V zu *Auslandsberührung im Familienrecht im notariellen Bereich* relevant werden. Enthalten ist insoweit ein Formular zur notariellen Rechtswahl (Kap. V. I. 3.); die Checklisten/Fragebögen zum Güterrecht mit Auslandsbezug und Versorgungsausgleich mit Auslandsbezug können ebenfalls hilfreich sein.

Insgesamt empfiehlt sich für Notarämter, die bereits über die fünfte Auflage verfügen, die Anschaffung der Neuauflage zwar grundsätzlich angesichts des Zeitraums von fünf Jahren, der zwischen beiden Auflagen liegt. Allerdings sind die im Werk enthaltenen Neuerungen zu den anfangs erwähnten Gebieten für die notarielle Tätigkeit eher von untergeordneter Relevanz. Durch die „Ehe für alle“ hat sich an der inhaltlichen Gestaltung von notariellen Verträgen im Familienrecht kaum etwas geändert. Die Überarbeitung des Teiles zu Pflegschaft und Vormundschaft (Kap. R) und Betreuung (Kap. S) beschränkt sich – zumindest im Hinblick

auf die für die notarielle Tätigkeit relevanten Passagen – auf die Einarbeitung der ab dem 01.01.2023 geltenden Vorschriftenzitate. Die Änderungen durch die am 01.08.2022 in Kraft getretene VO (EU) 2019/1111 (Brüssel IIb) sind für die notarielle Tätigkeit ebenfalls kaum von Relevanz.

Uneingeschränkt ist die Anschaffung des Werkes dagegen in jedem Notaramt empfehlenswert, welches bisher nicht über das Werk verfügt. Das Werk enthält – neben den notariellen Standardwerken Würzburger Notarhandbuch und Beck'sches Notarhandbuch – soweit ersichtlich die umfangreichste Formulareammlung im Familienrecht im Hinblick auf die notarielle Tätigkeit samt gelungener Erläuterungen, die für die alltägliche Vertragsgestaltung von sehr großem Nutzen sein können. Schließlich bietet das Werk einen Gesamtüberblick über familienrechtliche Regelungskomplexe und dient daher auch abseits des genuin notariellen Tätigkeitsbereiches als Nachschlagewerk – sei es in der Zusammenarbeit mit Rechtsanwälten, sei es, weil man Fragen eines Mandanten schnell und unkompliziert beantworten möchte.

Barbara Dauner-Lieb/Herbert Grziwotz/Stephanie Herzog:

Pflichtteilsrecht

3. Aufl., Nomos, 2022. 945 S., 118 €

Von Notarassessor Dr. **Jonas Bühler**, Memmingen

Fünf Jahre nach Erscheinen der letzten Auflage wurde nun die dritte Auflage des Werks „Pflichtteilsrecht“ veröffentlicht. Neben den bisherigen Herausgebern – Frau Prof. Dr. *Barbara Dauner-Lieb* und Herrn Notar a. D. Prof. Dr. Dr. *Herbert Grziwotz* – ist nunmehr auch Frau Rechtsanwältin Dr. *Stephanie Herzog* zum Kreis der Herausgeber hinzugestoßen. Hinsichtlich der Autoren gab es lediglich kleine Veränderungen. Das Werk ist ausgesprochen übersichtlich gegliedert: Zunächst werden die §§ 2303-2352 BGB kommentiert, bevor in Anhängen übergreifende Querschnittsmaterien beleuchtet werden.

Die Kommentierungen zu den §§ 2303-2352 BGB sind praxisnah gestaltet und häufig mit Beispielen versehen. Die Doppelungen, die sich im Hinblick auf die Anhänge ergeben, sind unschädlich; die internen Hinweise könnten aber an der einen oder anderen Stelle noch umfassender sein. Das aktuell in der Rechtsprechung sehr präsente Thema des notariellen Nachlassverzeichnisses – dieser Teil der Kommentierung zu § 2314 BGB stammt aus der Feder von *Grziwotz* – wird umfassend dargestellt; Rechtsprechung sowie Literatur hierzu sind vollständig eingearbeitet. Die problematische Stellung des Notars – unter anderem angesichts der mitunter hohen Anforderungen an die Ermittlungstätigkeit trotz fehlender Ermittlungsbefugnisse – wird

präzise beleuchtet.¹ Ausführlich wird der Frage nachgegangen, wie lange die Erstellung eines Nachlassverzeichnisses in Anspruch nehmen darf und welche Pflichten den Notar treffen (Rdnr. 57). Zudem werden Muster an die Hand gegeben (Rdnr. 63 ff.). Da allerdings konkret vor bestimmten in der Literatur vorgeschlagenen Musteranschriften an Finanzämter, Beschenkte, Banken etc. gewarnt wird (Rdnr. 63 mit Fn. 282), wäre es wünschenswert gewesen, verbesserte Muster zu integrieren. Eine kleinteiligere Untergliederung der sich teilweise über mehrere Seiten erstreckenden Randnummern könnte ferner die Auffindbarkeit von Spezialfragen erhöhen. Bedarf für eine vierte Auflage wird sich an dieser Stelle schon aus der aktuellen Entscheidung des BGH vom 01.12.2021,² ergeben, die naturgemäß noch keine Berücksichtigung finden konnte. Hervorgehoben werden soll auch die instruktive Kommentierung seitens v. *Proff* zu *Irnich* zum Pflichtteilsverzicht, die mit ausführlichen Ge-

1 Sehr treffend ist z. B. der Satz von *Grziwotz* in Rdnr. 56 (S. 229): „Manche Anfragen haben deshalb eher Alibifunktion, als dass sie zur Nachlassermittlung beitragen.“

2 BGH, Urteil vom 01.12.2021, IV ZR 189/20, MittBayNot 2022, 246; dazu *Lange*, ZEV 2022, 84, 90 f.; *Schönenberg-Wessel*, NJW 2022, 695, 700 f.; *Weidlich*, MittBayNot 2022, 209.

staltungsvorschlägen versehen und daher für die notarielle Praxis äußerst wertvoll ist.

Überaus lesenswert sind zudem die Ausführungen von *Herrler* hinsichtlich der Pflichtteilsminimierung mittels lebzeitiger Rechtsgeschäfte (Anhang 2). Sehr ausführlich und beispielsweise werden die Pflichtteilsergänzungsbestimmungen der §§ 2325 ff. BGB in allen Details dargestellt sowie Methoden beleuchtet, um deren Eingreifen zu vermeiden. Ausführlich und zu Recht kritisch wird die Rechtsprechung des BGH zum Niederstwertprinzip des § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB im Hinblick auf vorbehaltenen Rechte erläutert (Rdnr. 75 ff.). Besonders gelungen ist ebenfalls die umfassende Darstellung des Fristanlaufs gemäß § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB bei vorbehaltenen Rechten (Rdnr. 96 ff.), vor allem die Würdigung der Entscheidung des BGH vom 29.06.2016³ und ihrer (unklaren) Auswirkungen auf die Behandlung von vorbehaltenen Wohnungsrechten (Rdnr. 102 f., 122.1 ff.), weshalb auch der (divergierenden) Rechtsprechung der OLGs zu Recht breiter Raum gewährt wird (Rdnr. 105 ff.). Spannend sind die Überlegungen zur nachträglichen Aufgabe eines fristschädlichen Rechts (Rdnr. 157) sowie zu dessen nachträglicher Begründung (Rdnr. 158 ff.), die für den (mutigen) Vertragsgestalter Denkanstöße bieten können. Ebenfalls sehr lesenswert sind die Überlegungen zur Minimierung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen im Zusammenhang mit Verträgen zugunsten Dritter (Rdnr. 169 ff.). Abgerundet wird die Thematik durch die gesonderte Darstellung von *Vedder* zum Zusammenhang zwischen Pflichtteils- und Gesellschaftsrecht (Anhang 3).

Positiv hervorzuheben ist auch die Behandlung des internationalen Pflichtteilsrechts (Anhang 4, bearbeitet von *Magnus*). Dort findet sich neben den Grundsätzen des IPR hinsichtlich des Pflichtteilsrechts – samt einer lesenswerten Darstellung der pflichtteilsrechtlichen Problematiken einer Nachlassspaltung – auch eine Kurzübersicht zu den Pflichtteilsrechten einiger europäischer Staaten. Diese Länderliste könnte in der nächsten Auflage allerdings noch erweitert werden. Die Thematik des ordre-public-Vorbehalts gemäß Art. 35 EuErbVO im Zusammenhang mit dem Pflichtteilsrecht (Rdnr. 74 ff.) wird ebenfalls aufgegriffen, wobei sich allerdings leider die Entscheidung des OLG Köln

3 BGH, Urteil vom 29.06.2016, IV ZR 474/15, DNotZ 2016, 805.

vom 22.04.2021⁴ noch nicht im Werk findet – auch nicht bei der Kommentierung zu § 2303 BGB (Rdnr. 95), wo diese Problematik ebenfalls kurz genannt wird. Hiernach soll die Wahl englischen Erbrechts auch bei einem Engländer mit letztem gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland gegen den ordre public verstoßen, sofern dadurch Pflichtteilsansprüche eines Abkömmlings vereitelt werden. Eine Wahl (jedenfalls) des englischen Erbrechts ist deshalb bis zu einer höchstrichterlichen Klärung zumindest risikobehaftet.

Das Gebührenrecht und die Gerichtskosten werden in Anhang 5 behandelt, wobei für die notarielle Praxis insbesondere Teil B ab Rdnr. 93 relevant ist. Dieser Teil wird von *Moderegger* bearbeitet, der als neuer Autor hinzugekommen ist. Es werden vor allem konkrete Fallgestaltungen untersucht (Rdnr. 100 ff.), was auch im stressigen Berufsalltag einen schnellen Zugriff ermöglicht.

Kurz und prägnant, aber sehr instruktiv sind sodann die Ausführungen von *v. Proff. zu Irnich*, der die komplexen Zusammenhänge zwischen Sozial- und Pflichtteilsrecht darstellt (Anhang 6). Das Buch schließt mit Erläuterungen zum Steuerrecht seitens *Wartenburger* (Anhang 7), die nicht nur mittels einer klaren Gliederung, sondern auch anhand zahlreicher Beispielfälle den Zugang zu dieser für die Praxis wichtigen Thematik ermöglichen.

Das Werk ist – trotz unvermeidlicher Verbesserungsvorschläge im Detail – rundum gelungen. Das Pflichtteilsrecht wird umfassend und mit Blick auf alle relevanten Querbezüge aufgearbeitet. Hierbei werden nicht nur die theoretischen Hintergründe dargestellt, sondern dem Kautelarjuristen auch praktische Hinweise sowie Formulierungshilfen und Vorschläge für die Beratung an die Hand gegeben. Der Kommentar – der angesichts dieser Vollständigkeit auch ein sehr gutes Preis-Leistungs-Verhältnis aufweist – darf in der Bibliothek einer Notarstelle nicht fehlen.

4 OLG Köln, Urteil vom 22.04.2021, 24 U 77/20, FamRZ 2021, 1492 = ErbR 2021, 883 = ZEV 2021, 698 m. Anm. *Lehmann* = FD-ErbR 2021, 441416 m. Anm. *Litzenburger*. Dieses Urteil wurde inzwischen durch den BGH vollumfänglich bestätigt (Urteil vom 29.06.2022, IV ZR 110/21, NJW 2022, 2547 m. Anm. *Windeknecht* = FD-ErbR 2022, 450960 m. Anm. *Litzenburger* = RFamU 2022, 424 m. Anm. *Weber*). Zu den Urteilen des OLG Köln und des BGH ausführlich *Bühler*, notar 2022, 191.

Peter Limmer/Christian Hertel/Norbert Frenz (Hrsg.):

Würzburger Notarhandbuch

6. Aufl., Carl Heymanns, 2022. 3850 S., 259 €

Von Notarassessor Dr. **Daniel Sommer**, München

Das Würzburger Notarhandbuch gehört – um dies bereits vorwegzunehmen auch in der sechsten Auflage zu Recht – zur Grundausstattung einer jeden notariellen Bibliothek.

Das Würzburger Notarhandbuch bietet als „Allzweckwaffe“¹ einen fundierten Überblick zu nahezu allen in der notariellen Praxis relevanten Rechtsgebieten. Die Qualität und Tiefe der Ausführungen in den einzelnen Bereichen ist angesichts der Bandbreite der behandelten Themen erstaunlich. Das Werk spricht Notare, Notarassessoren und qualifizierte Mitarbeiter im Notariat gleichermaßen an.

So kann das Würzburger Notarhandbuch schon dem Berufseinsteiger zur Einarbeitung in ihm bislang noch unbekanntere Rechtsgebiete wärmstens empfohlen werden. Beispielhaft erwähnt seien hier die Ausführungen zum Kostenrecht der als Herausgeber des „Korintenberg“ bekannten Autoren *Tiedtke* und *Sikora* (S. 453 ff.) oder zum Beurkundungsverfahren von *Limmer* (S. 27 ff.). Letztere umfassen erfreulicherweise in der Neuauflage auch die „Online-Gründung“ auf Grundlage des zum 01.08.2022 in Kraft getretenen Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie („DiRUG“, BGBl. 2021 I, S. 3338) (S. 151 ff.). Nicht mehr behandelt werden konnte hingegen aufgrund des Erscheinungstermins das zwischenzeitlich verkündete Gesetz zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften (BGBl. I 2022, S. 1146).

Erfahrene Berufsträger werden unter anderem die Ausführungen von *Hertel* zum Internationalen Privatrecht zu schätzen wissen. Der Leser wird in der Länderübersicht zum Ehegüterrecht ausländischer Staaten (S. 3219 ff.) in den allermeisten Fällen binnen weniger Minuten fündig werden, wenn sich in der Beurkundung herausstellt, dass die Beteiligten ggf. in einem ausländischen Güterrecht leben, das der Urkundsperson nicht ad hoc geläufig ist. Neben den sehr praxisrelevanten Rechtsordnungen finden sich in der Übersicht auch Hinweise zur international-privatrechtlichen Anknüpfung und zum materiell-rechtlichen gesetzlichen Güterstand von „Exotenstaaten“ wie Mauretanien oder St. Lucia.

Auch im „Brot- und Buttergeschäft“ kann das Würzburger Notarhandbuch guten Gewissens als Handbuch für den Erstzugriff empfohlen werden. Beispielhaft erwähnt sei das Kapitel zum Wohnungseigentum, in das in der Neuauflage das zwischenzeitlich in Kraft getretene Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz („WeMoG“, BGBl. 2020 I,

S. 2187) eingearbeitet worden ist. Der Anwender findet hier unter anderem Ausführungen des ehemaligen DNotI-Geschäftsführers *Weber* zur Sondereigentumsfähigkeit von Kfz-Stellplätzen und Freiflächen gem. § 3 Abs. 1 und 2 WEG, zu den hiermit verbundenen Anforderungen an den Aufteilungsplan – zum Beispiel bei Mehrfachparkanlagen (§ 3 Abs. 3 WEG, §§ 6 und 7 Abs. 2 AVA) und der Frage, wann dem Mandanten die Wahl von Sondereigentum und wann ihm stattdessen die Wahl eines Sondernutzungsrechtes angeraten werden kann (S. 1116 ff.).

Daneben fungiert das Würzburger Notarhandbuch auch als Formularbuch. Der Notar kann hier gleichermaßen seine Standardmuster, etwa zum Bauträgervertrag (S. 949 ff.) oder zur Teilungserklärung (S. 1106 ff.) auf Aktualität prüfen, wie er zu eher selteneren Beurkundungsanfragen ggf. noch nicht von seiner Bausteinsammlung abgedeckte Muster findet, beispielsweise zu einem Anerkennungsfeststellungs- und Umwandlungsantrag nach AdWirkG (S. 3664 f.).

Erwähnenswert ist auch, dass die Neuauflage um Beiträge der Mitglieder der Geschäftsführung der BNotK *Löffler* und *Thelen* zum elektronischen Urkundenarchiv und zum GwG angereichert wurde, welche die notarielle Praxis in naher Zukunft zwangsläufig weiter beschäftigen werden.

Die Neuauflage bringt das Würzburger Notarhandbuch auf den Rechtsstand vom Mai 2021, wobei neben dem bereits erwähnten „DiRUG“ auch das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts („MoPEG“, BGBl. 2021 I, S. 3436) mit dem zum 01.01.2024 geplanten GbR Register bereits behandelt wird (S. 847 f., 2348 ff.)

Zusammenfassend lässt sich konstatieren, dass dem wohl eher kleinen Leserkreis dieser Zeilen, der noch keinen Zugriff auf das Würzburger Notarhandbuch in einer Voraufgabe hat, eine Anschaffung dringend ans Herz zu legen ist. Aber auch den Besitzern der fünften Auflage kann eine Anschaffung der Neuauflage angesichts des erweiterten Spektrums des Buchs, der eingearbeiteten Reformen und der Rechtsprechung der zwischenzeitlich vergangenen vier Jahre uneingeschränkt empfohlen werden. Als Alternative zur Printvariante ist das Würzburger Notarhandbuch als Onlineversion für 207,60 € im Jahresabo, als Monatsabo für 30,60 € oder neben zahlreichen weiteren Werken im Modul Heymanns Notarrecht Plus für 1.404,00 € p. a. (Preise anders als in der Printvariante je zzgl. MwSt.) über die Bibliothek auf www.wolterskluwer-online.de abrufbar.

1 *Berg*, RNotZ, 2018, 426, 427.



Bürgerliches Recht

ALLGEMEINES

1. Maßgeblicher Zeitpunkt für Kenntnis des vollmachtlos vertretenen Käufers von Mängeln beim Grundstückskauf

BGH, Urteil vom 06.05.2022, V ZR 282/20 (Vorinstanz: OLG Nürnberg, Urteil vom 29.10.2020, 2 U 2307/20)

BGB § 442 Abs. 1 Satz 1

LEITSATZ:

Wird der Käufer bei Abschluss eines Grundstückskaufvertrags durch einen vollmachtlosen Vertreter vertreten, kommt es für seine Kenntnis vom Mangel im Sinne von § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB auf den Zeitpunkt der Abgabe der Genehmigungserklärung an; solange er die Genehmigungserklärung nicht in den Verkehr gebracht hat, muss er neu gewonnene Kenntnisse über Mängel der Kaufsache gegen sich gelten lassen.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Der Kläger ist Makler und wurde von der Drittwiderbeklagten mit dem Verkauf ihres Grundstücks beauftragt. Im März 2019 bot er das Objekt der beklagten Bauträgerin an. In dem übersandten Exposé wurde darauf hingewiesen, dass das Objekt bislang als Bürogebäude genutzt worden und eine Umnutzung in Wohnraum problemlos möglich sei. Dazu heißt es:

„So könnten hier zum Beispiel auf einer vermietbaren Fläche von ca. 1.703,57 m² Wohnungen für Studenten, und auch ein allgemeines Wohnhaus entstehen. Das Gebäude ist voll unterkellert. (...) Zum Haus gehört ebenfalls ein 153 m² großes Hinterhofgebäude (...).“

Am 03.04.2019 wurde ein Kaufvertrag notariell beurkundet, wobei für die Drittwiderbeklagte und die Beklagte vollmachtlose Vertreter auftraten. Der Vertrag sieht einen Abschluss der Sachmängelhaftung vor.

2 Nachdem die Drittwiderbeklagte den Vertrag genehmigt hatte, ließ der Geschäftsführer der Beklagten seine Genehmigung am 15.04.2019 notariell beglaubigen. Spätestens am 06.05.2019 erfuhr die Beklagte, dass die vermietbare Wohnfläche des Hauptgebäudes nur 1.412,41 m² beträgt. Ferner umfasst das Hinterhofgebäude lediglich eine Fläche von 55,27 m². Mit Schreiben vom 29.05.2019 übersandte die Beklagte dem beurkundenden Notar die notariell beglaubigte Genehmigung vom 15.04.2019. Dabei wies sie darauf hin, dass diese „ohne jedes Präjudiz und unbeschadet etwaiger Ansprüche gegenüber Verkäufer und/oder Makler u. a. wegen unzutreffender Angaben zum Kaufgegenstand“, deren Geltendmachung sie sich vorbehalte, erklärt worden sei.

3 Mit der Klage verlangt der Kläger von der Beklagten die Zahlung einer Maklerprovision i. H. v. 95.200 €. Die Beklagte verlangt im Wege der Widerklage von dem Kläger und der Drittwiderbeklagten die Zahlung von Schadensersatz i. H. v. 341.824,75 €, weil die Wohnfläche geringer sei als im Exposé angegeben. Wegen der Flächenabweichung beim Nebengebäude stellt sie die Höhe des Schadens in das Ermessen des Gerichts, verlangt aber insoweit mindestens einen Betrag von 60.000 €. Zudem fordert sie einen Betrag von 13.677,47 €, da sowohl die Grunderwerbsteuer als auch die Notarkosten zu hoch ausgefallen seien. Schließlich will sie die Feststellung erreichen, dass die Widerbeklagten auch den Ersatz weiterer Schäden wegen der Minderflächen schulden. Das LG hat der Klage – soweit von Interesse – stattgegeben und die (Dritt-)Widerklage abgewiesen. Die Berufung der Beklagten hat das OLG durch Beschluss zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger und die Drittwiderbeklagte beantragen, verfolgt die Beklagte neben dem Antrag auf Klageabweisung ihre Widerklageanträge weiter.

4 I. Das Berufungsgericht meint, die fehlerhaften Flächenangaben in dem Exposé seien nicht kausal für den Abschluss des Kaufvertrags gewesen. Die Beklagte habe diesen in Kenntnis der maßgeblichen Flächengrößen genehmigt. Nach den vertraglichen Vereinbarungen komme es auf den Eingang der notariell beglaubigten Genehmigungserklärungen bei dem Notar an. Ein bereits am 15.04.2019 erfolgter Zugang der notariell beglaubigten Genehmigung über einen Messengerdienst, auf den sich die Beklagte berufe, sei nicht ausreichend. Habe somit die Beklagte in Kenntnis der wahren Umstände selbst die Wirksamkeit des Kaufvertrags herbeigeführt, könne sie sich nicht auf einen durch den Vertragsschluss entstandenen Schaden berufen, und zwar weder im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs noch im Rahmen einer Verwirkung des Maklerlohns.

5 II. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

6 1. Das gilt zunächst im Hinblick auf die Abweisung der Drittwiderklage. Der Beklagten steht gegen die Drittwiderbeklagte kein Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1 und 3, § 281 Abs. 1 BGB nebst Rechtshängigkeitszinsen gemäß § 291 BGB zu.

7 a) Das Berufungsgericht lässt offen, ob die vorhandene Wohnfläche wegen der Angaben in dem Exposé einen Sachmangel darstellt. Im Revisionsverfahren ist als der Beklagten günstig zu unterstellen, dass ein Sachmangel im Sinne des – hier noch anwendbaren (Art. 229 § 58 EGBGB) – § 434 Abs. 1 BGB in der bis zum 31.12.2021 geltenden Fassung im Zusammenhang mit der Wohnfläche vorliegt und die Beklagte bei der Beurkundung des notariellen Kaufvertrags keine Kenntnis von den geringeren Wohnflächen hatte.

8 b) Dass das Berufungsgericht – wenn auch ohne nähere Erörterung – die Genehmigungserklärung dahin gehend



auslegt, dass der von der Beklagten geäußerte Vorbehalt dem Wirksamwerden des Kaufvertrags nicht entgegensteht, ist nicht zu beanstanden. Denn die Beklagte wollte den Vertrag unzweifelhaft genehmigen und sich dabei lediglich bestimmte gesetzliche Rechte vorbehalten. Darin liegt keine Bedingung, die der Wirksamkeit der grundsätzlich bedingungsfeindlichen (vgl. dazu *Staudinger/Klumpp*, Neub. 2019, § 184 Rdnr. 15) Genehmigungserklärung entgegenstehen könnte. Ob der Vorbehalt geeignet ist, gesetzliche Rechte auszuschließen, ist eine andere Frage und von dem Wirksamwerden des Kaufvertrags zu trennen.

9 c) Im Ergebnis zu Recht nimmt das Berufungsgericht an, dass die Ansprüche der Beklagten jedenfalls daran scheitern, dass sie vor der Übersendung der notariell beglaubigten Genehmigungserklärung an den beurkundenden Notar von den Flächenabweichungen Kenntnis erlangt hat. Dies ist allerdings keine Frage der Kausalität, sondern ergibt sich aus der – von dem Berufungsgericht nicht herangezogenen – Vorschrift des § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB.

10 aa) Nach § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB sind die Rechte des Käufers wegen eines Mangels, den er bei Vertragsschluss kennt, ausgeschlossen. Zustande gekommen ist der Kaufvertrag hier nach § 177 Abs. 1 BGB und den ergänzend getroffenen vertraglichen Vereinbarungen erst mit dem Zugang der notariell beglaubigten Genehmigungserklärung der Beklagten bei dem Notar. Zu diesem Zeitpunkt waren der Beklagten die Flächenabweichungen bereits bekannt. Die zuvor erfolgte Übersendung einer Ablichtung über einen Messengerdienst reichte nicht aus. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, mangels Einhaltung der vertraglich vereinbarten öffentlich beglaubigten Form der Genehmigungserklärung stelle diese keine wirksame Genehmigung des schwebend unwirksamen Kaufvertrags dar, lässt Rechtsfehler nicht erkennen. Entgegen der von dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vertretenen Rechtsansicht kann von einem Verzicht auf die Einhaltung der vereinbarten Formvorschrift nicht ausgegangen werden. Ob ein konkludenter Formverzicht in dieser Fallkonstellation überhaupt in Betracht kommen könnte, kann dahinstehen; er scheitert nämlich schon daran, dass die Korrespondenz über den Messengerdienst nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht zwischen den Vertragsparteien, sondern zwischen der Beklagten und dem Kläger stattgefunden hat.

11 bb) Auf das endgültige Wirksamwerden des zunächst schwebend unwirksamen Vertrags kommt es indessen bei der Genehmigung eines durch vollmachtlose Vertreter abgeschlossenen Vertrags nicht an. In dieser Fallkonstellation kann die Vorschrift im Wege der teleologischen Reduktion einschränkend auszulegen sein. Maßgeblich ist bei einem so zustande gekommenen Vertrag die Kenntnis des Käufers vom Mangel bei Abgabe der Genehmigungserklärung.

12 (1) Zu einem gestreckten Vertragsschluss, bei dem das Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrags und dessen Annahme zeitlich versetzt beurkundet werden, hat der Senat nämlich entschieden, dass § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB insoweit einschränkend auszulegen ist, als nur die Kenntnis des Käufers von einem Sachmangel im Zeitpunkt der Beurkun-

dung des Angebots schadet, während es auf den Zeitpunkt der (zum Vertragsschluss führenden) Annahme des Verkäufers nicht ankommt (vgl. Senat, Urteil vom 15.06.2012, V ZR 198/11, BGHZ 193, 326 Rdnr. 18). Der Vorschrift des § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB liegt der Gedanke zugrunde, dass der Käufer nicht in seinen berechtigten Erwartungen enttäuscht wird, wenn er den Kauf trotz des Mangels gewollt hat (Senat, Urteil vom 15.06.2012, V ZR 198/11, BGHZ 193, 326 Rdnr. 22; Urteil vom 27.05.2011, V ZR 122/10, NJW 2011, 2953 Rdnr. 13). Er ist dann nicht schutzwürdig, denn mit der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen stellt er sich in Widerspruch zu seinem vorangegangenen Verhalten, nämlich dem Vertragsabschluss in Kenntnis des Mangels (Senat, Urteil vom 15.06.2012, V ZR 198/11, BGHZ 193, 326 Rdnr. 22). Deshalb greift § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB beim gestreckten Vertragsschluss nach Sinn und Zweck der Norm nicht ein, sofern die Mängel dem Käufer zwar vor endgültigem Vertragsschluss, aber erst nach Beurkundung des Angebots bekannt werden, wenn die Erklärung dem Verkäufer bereits zugegangen ist oder der Käufer die Erklärung jedenfalls abgegeben hat (vgl. zu Letzterem Senat, Urteil vom 15.06.2012, V ZR 198/11, a. a. O. Rdnr. 26).

13 (2) Wird der Käufer – wie hier – bei Abschluss eines Grundstückskaufvertrags durch einen vollmachtlosen Vertreter vertreten, kommt es für seine Kenntnis vom Mangel im Sinne von § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB auf den Zeitpunkt der Abgabe der Genehmigungserklärung an. Denn er ist nach Sinn und Zweck des § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB in gleicher Weise schutzwürdig wie im Falle eines gestreckten Vertragsschlusses, wenn ihm die Mängel erst nach Abgabe der Genehmigungserklärung bekannt werden.

14 Dagegen kann entgegen der Auffassung der Revision aus der in § 184 Abs. 1 BGB normierten Rückwirkung der Genehmigung nicht gefolgert werden, dass es auf die Beurkundung des Kaufvertrags ankommt. Denn vor der Genehmigung gibt es keine auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung des Käufers. Dieser hat vielmehr den Vertragsschluss noch in der Hand, solange er nicht genehmigt hat. Dass deshalb die Abgabe der Genehmigungserklärung des Käufers maßgeblich ist, entspricht – soweit ersichtlich – ganz einhelliger Ansicht (mit eingehender Begründung OLG Bremen, BeckRS 1999, 16869 Rdnr. 68; BeckOGK-BGB/*Stöber*, Stand: 01.06.2021, § 442 Rdnr. 25; BeckOK-BGB/*Faust*, Stand: 01.11.2021, § 442 Rdnr. 9; MünchKommBGB/*Westermann*, 8. Aufl., § 442 Rdnr. 6; *PWW/Wagner*, 16. Aufl., § 442 Rdnr. 7; *Köhler*, JZ 1989, 761, 765 Fn. 38).

15 cc) (1) Abgegeben im Sinne von § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, wenn sie mit Willen des Erklärenden in den Rechtsverkehr gebracht worden ist (vgl. BGH, Urteil vom 18.12.2002, IV ZR 39/04, NJW-RR 2003, 384). Solange der Käufer die Genehmigungserklärung nicht in den Verkehr gebracht hat, muss er neu gewonnene Kenntnisse über Mängel der Kaufsache gegen sich gelten lassen. Denn ansonsten verhielte er sich widersprüchlich. Er ließe den Vertrag in Kenntnis des Mangels zustande kommen, obwohl er das hätte verhindern können. Nach der Wertung des § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Käufer nicht sehenden Auges einen mangelhaften Gegen-

stand kaufen, um anschließend Ansprüche aus Sachmängelhaftung geltend zu machen (vgl. Senat, Urteil vom 15.06.2012, V ZR 198/11, BGHZ 193, 326 Rdnr. 22). Das entspricht dem Verhalten, das nach § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB zum Ausschluss von Mängelrechten führen soll. Eine einschränkende Auslegung der Vorschrift im vorbeschriebenen Sinn ist dann nicht gerechtfertigt. Es bleibt beim Wortlaut der Regelung in § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB, wonach es auf die Kenntnis des Käufers bei Zustandekommen des Vertrags ankommt (vgl. Senat, Urteil vom 15.06.2012, V ZR 198/11, BGHZ 193, 326 Rdnr. 26).

16 (2) Die Fallkonstellation, bei der ein Käufer, der erst nach Abgabe seiner auf den Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung von Mängeln der Kaufsache erfährt, die Heilung eines formnichtigen Vertrags fördert oder jedenfalls nicht verhindert, ist mit der noch ausstehenden Genehmigung eines schwebend unwirksamen Vertrags hingegen nicht vergleichbar. Denn im ersteren Fall hat der Käufer seine Willenserklärung bereits vor Kenntniserlangung abgegeben und gibt lediglich zu erkennen, dass er sich nicht auf den Formmangel berufen möchte, sodass eine zwischen Vertragsschluss und Wirksamwerden des Kaufvertrags erlangte Kenntnis von Mängeln grundsätzlich nicht schadet (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 27.05.2011, V ZR 122/10, NJW 2011, 2953 Rdnr. 14).

17 (3) Danach sind etwaige Rechte der Beklagten gemäß § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB ausgeschlossen. Sie hat zwar am 15.04.2019 die Genehmigungserklärung notariell beglaubigen lassen, hat diese aber erst am 29.05.2019 dem beurkundenden Notar übersandt. Die nach der Beglaubigung, aber vor der Übersendung erlangte Kenntnis von der Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes muss sie gegen sich gelten lassen.

18 dd) Nichts anderes ergibt sich daraus, dass die Beklagte – wie der Wortlaut des von ihr erklärten Vorbehalts zumindest nahelegt – möglicherweise angenommen hat, bereits an den Kaufvertrag gebunden zu sein.

19 (1) Zwar hat der Senat entschieden, dass der Käufer beim gestreckten Vertragsschluss die Möglichkeit, sich nach § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB durch Widerruf seiner Vertragserklärung von der Bindung an sein Angebot zu lösen, nur nutzen kann, wenn er diese rechtliche Möglichkeit und die tatsächlichen Voraussetzungen dafür kennt oder wenigstens Veranlassung hat, sich nach beidem zu erkundigen, sodass dem Käufer im Fall fehlender Kenntnis auch bei theoretischer Widerruflichkeit seines Angebots der Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens nicht gemacht werden kann (vgl. Senat, Urteil vom 15.06.2012, V ZR 198/11, BGHZ 193, 326 Rdnr. 24). Das betrifft aber die Zeitspanne zwischen Abgabe und Zugang der Willenserklärung. Lässt sich der Käufer mit der Abgabe seiner Willenserklärung Zeit, geht eine zwischenzeitlich erlangte Kenntnis über Mängel zu seinen Lasten.

20 (2) Nach diesen Grundsätzen ist das Verhalten der Beklagten als widersprüchlich anzusehen. Aus der Kaufvertragsurkunde geht hervor, dass der Vertrag bis zum Eingang der Genehmigungen in öffentlich beglaubigter Form schwe-

bend unwirksam ist. Die Beklagte hatte vor Übersendung ihrer Genehmigungserklärung daher Veranlassung, sich nach Möglichkeiten zu erkundigen, den Eintritt der Wirksamkeit des Kaufvertrags zu verhindern. Wenn sie dies unterlässt und sich bei Abgabe der Genehmigungserklärung von falschen Rechtsvorstellungen leiten lässt, trägt sie das Risiko ihres Rechtsirrtums. Der mit der Übersendung der Genehmigung erklärte Vorbehalt ändert hieran nichts, weil die Ansprüche, welche sich die Beklagte vorbehalten hat, gemäß § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB ausgeschlossen sind.

(...)

2. Wirksamer Zustimmungsvorbehalt für Abtretung eines Grundschuldrückgewähranspruchs

BGH, Beschluss vom 14.01.2022, V ZR 255/20 (Vorinstanz: OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 13.11.2020, 19 U 297/19)

AGBG § 9 Abs. 1
BGB §§ 1191, 307 Abs. 1

LEITSÄTZE:

- 1. Der die Abtretung eines Grundschuldrückgewähranspruchs betreffende formularmäßige Zustimmungsvorbehalt der Bank ist auch dann wirksam, wenn die Grundschuldssicherheit von dem Grundstückseigentümer gegeben wurde (Fortführung von Senat, Urteil vom 09.02.1990, V ZR 200/88, BGHZ 110, 241).**
- 2. Ein solcher Zustimmungsvorbehalt benachteiligt den Sicherungsgeber entgegen den Geboten von Treu und Glauben auch dann nicht unangemessen, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen keinen Anspruch auf Zustimmung vorsehen.**
- 3. Der Sicherungsgeber hat jedenfalls dann einen Anspruch auf Zustimmung, wenn ein schützenswertes Interesse der Bank an deren Verweigerung nicht besteht oder seine berechtigten Belange an der Abtretbarkeit des Rückgewähranspruchs überwiegen.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Der zwischenzeitlich verstorbene S K (nachfolgend Sicherungsgeber) bestellte der Rechtsvorgängerin der beklagten Bank (nachfolgend einheitlich: Beklagte) 1997 eine Buchschuld i. H. v. 300.000 DM an seinem Grundstück als Sicherheit für ein ihm gewährtes Darlehen. Die Grundschuld wurde in das Grundbuch unter der laufenden Nr. 4 eingetragen. In der notariellen Bestellsurkunde heißt es, dass die Abtretung der Rückgewähransprüche einschließlich der Ansprüche auf Zahlung eines Übererlöses der Zustimmung der Beklagten bedürfe. Im Jahr 2001 bestellte der Sicherungsgeber zugunsten des Klägers zur Sicherung eines Darlehens eine Grundschuld über 600.000 DM, welche in das Grundbuch unter der laufenden Nr. 6 eingetragen wurde. In der Bestellsurkunde trat der Sicherungsgeber dem Kläger seine Ansprüche auf die Rückübertragung vor-

rangiger Grundschulden ab. Das durch die Grundschuld gesicherte Darlehen der Beklagten wurde 2005 abgelöst. Eine Löschung oder Rückgewähr der Grundschuld erfolgte nicht. 2014 trat der Sicherungsgeber seinen Rückgewähranspruch nochmals an den Kläger ab. 2017 pfändete die Ehefrau des zu diesem Zeitpunkt verstorbenen Sicherungsgebers den auf dessen unbekannte Erben übergegangenen Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld. Die Beklagte erkannte diesen Anspruch in einer Drittschuldnererklärung an. 2018 betrieb eine gegenüber beiden Grundschulden vorrangige Gläubigerin die Zwangsversteigerung des Grundstücks. Die Verteilung des Erlöses führte zur vollständigen Befriedigung der betreibenden Gläubigerin. Zugunsten der Beklagten wurde ein Betrag von 224.073,66 € beim AG hinterlegt.

2 Der Kläger nimmt die Beklagte in der Hauptsache auf Freigabe des hinterlegten Betrages zu seinen Gunsten in Anspruch. Das LG hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seinen Freigabeantrag weiter.

3 I. Das Berufungsgericht meint, dem Kläger stehe gegen die Beklagte kein Anspruch aus § 812 BGB auf Freigabe des hinterlegten Betrages zu. Der Sicherungsgeber habe seinen Rückgewähranspruch gegen die Beklagte nicht wirksam an den Kläger abgetreten. Zwar enthielten die notariellen Urkunden aus den Jahren 2001 und 2014 jeweils eine Einigung über die Abtretung. Die Abtretungen hätten aber aufgrund des Zustimmungsvorbehalts in der Bestellungsurkunde aus dem Jahr 1997 der Zustimmung der Beklagten bedurft, welche diese nicht erteilt habe. Ein solcher Vorbehalt könne nach der Rechtsprechung des BGH in Allgemeinen Geschäftsbedingungen jedenfalls dann vereinbart werden, wenn der Sicherungsgeber nicht Eigentümer des belasteten Grundstücks sei. Es liege ebenso, wenn Sicherungsgeber – wie hier – der Grundstückseigentümer sei. Habe der Grundstückseigentümer ein berechtigtes Interesse an der Zustimmung zur Abtretung, dürfe die Bank diese nicht unbillig verweigern; einen Anspruch auf Zustimmung müsse die Klausel über das Zustimmungserfordernis aber nicht ausdrücklich vorsehen. Dass die Geschäftsbeziehung zwischen dem Sicherungsgeber und der Beklagten zwischenzeitlich beendet sei, ändere nichts am Inhalt der vertraglichen Abreden und der Wirksamkeit der Klausel. Zwar hätte der Sicherungsgeber bei der zweiten Abtretung die Zustimmung der Beklagten verlangen können, weil die Geschäftsbeziehung zu diesem Zeitpunkt beendet gewesen sei. Zur Zustimmung sei die Beklagte aber nie aufgefordert worden. Dass die Beklagte nach wie vor zur Erteilung der Zustimmung verpflichtet wäre, sei unerheblich. Denn diese entfaltete Wirkung nur ex nunc, könnte also, wenn sie nunmehr erteilt würde, die Wirksamkeit der zwischenzeitlich erfolgten Pfändung des Rückgewähranspruchs nicht mehr hindern.

4 II. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Nachprüfung stand. Dem Kläger steht ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Freigabe des beim AG hinterlegten Betrages gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB nicht zu,

weil der Sicherungsgeber den Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld aufgrund des in der Grundschuldbestellungsurkunde enthaltenen Zustimmungsvorbehalts ohne Zustimmung der Beklagten nicht wirksam an den Kläger abtreten konnte (§ 399 Alt. 2 BGB).

5 1. Das Berufungsgericht stellt fest, dass es sich bei dem Zustimmungsvorbehalt um Allgemeine Geschäftsbedingungen der Beklagten handelt und nimmt an, dass diese in die zwischen ihr und dem Sicherungsgeber getroffene Sicherungsabrede einbezogen wurden. Das lässt Rechtsfehler nicht erkennen und wird von der Revision auch nicht beanstandet. Außer Streit steht ferner, dass die Beklagte der Abtretung des Rückgewähranspruchs an den Kläger nicht zugestimmt hat.

6 2. Der formularmäßige Zustimmungsvorbehalt ist wirksam. Ohne Erfolg rügt die Revision, die Klausel halte einer Inhaltskontrolle nicht stand.

7 a) Auf das vor dem 01.01.2002 zwischen dem Sicherungsgeber und der Beklagten begründete Schuldverhältnis finden das BGB und das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung Anwendung (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB), sodass eine Inhaltskontrolle nach Maßgabe von § 9 Abs. 1 AGBG a. F. erfolgt. Die Voraussetzungen der zu einer Anwendbarkeit von § 307 Abs. 1 BGB führenden Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB liegen nicht vor, weil es sich weder bei der Grundschuld als dinglichem Recht noch bei dem schuldrechtlichen Bestellungsvertrag um ein Dauerschuldverhältnis handelt (vgl. Senat, Urteil vom 11.03.2016, V ZR 208/15, NJW-RR 2017, 140 Rdnr. 7; Urteil vom 27.06.2014, V ZR 51/13, NJW-RR 2014, 1423 Rdnr. 13 für den insoweit vergleichbaren Fall einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit).

8 b) Eine Vereinbarung, welche die Abtretbarkeit einer Forderung von der Zustimmung des Schuldners abhängig macht, ist ebenso wie ein Ausschluss der Abtretbarkeit nach § 399 Alt. 2 BGB zu beurteilen (vgl. Senat, Urteil vom 09.02.1990, V ZR 200/88, BGHZ 110, 241, 242; BGH, Urteil vom 14.10.1963, VII ZR 33/62, BGHZ 40, 156, 161). Eine solche Vereinbarung fügt der Forderung nicht ein ihrem Wesen fremdes Veräußerungsverbot hinzu, sondern lässt die Forderung von vornherein als ein unveräußerliches Recht entstehen mit der Folge, dass die Forderung nur mit Zustimmung des Gläubigers abgetreten werden kann. Eine ohne Zustimmung erfolgte Abtretung ist nicht nur dem Schuldner, sondern jedem Dritten gegenüber unwirksam (Senat, Urteil vom 09.02.1990, V ZR 200/88, BGHZ 110, 241, 243 m. w. N.).

9 c) aa) Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist eine Vereinbarung, wonach die Abtretung einer Forderung von der Zustimmung des Schuldners abhängig gemacht wird, grundsätzlich auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zulässig (vgl. Senat, Urteil vom 09.02.1990, V ZR 200/88, BGHZ 110, 241, 243; BGH, Urteil vom 03.12.1987, VII ZR 374/86, BGHZ 102, 293, 300; Urteil vom 18.06.1980, VIII ZR 119/79, BGHZ 77, 274, 275). Eine Abtretungsbeschränkung führt nicht notwendig zu einer unangemessen-

nen Benachteiligung des Gläubigers, andererseits schützt sie die berechtigten Interessen des Schuldners an der Klarheit und Übersichtlichkeit der Vertragsabwicklung. Grundsätzlich darf der Schuldner deshalb mit einem Verbot oder zumindest einer Beschränkung der Abtretungsmöglichkeit die Vertragsabwicklung übersichtlicher gestalten und verhindern, dass ihm hierbei eine im Voraus nicht übersehbare Vielzahl von Gläubigern entgegentritt (vgl. BGH, Urteil vom 17.04.2012, X ZR 76/11, NJW 2012, 2107 Rdnr. 9). Wiederholt ist daher sogar ein Ausschluss der Abtretung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen anerkannt worden (vgl. BGH, Urteil vom 17.04.2012, X ZR 76/11, a. a. O. m. w. N.).

10 bb) Indessen ist eine solche Klausel gleichwohl nach § 9 Abs. 1 AGBG a. F. unwirksam, wenn ein schützenswertes Interesse des Verwenders an einem Zustimmungsvorbehalt nicht besteht oder die berechtigten Belange des Kunden an der Abtretbarkeit vertraglicher Forderungen das entgegenstehende Interesse des Verwenders überwiegen (vgl. Senat, Urteil vom 09.02.1990, V ZR 200/88, BGHZ 110, 241, 243; BGH, Urteil vom 09.11.1981, II ZR 197/80, BGHZ 82, 162, 171; jeweils zum Abtretungsausschluss: BGH, Urteil vom 17.04.2012, X ZR 76/11, NJW 2012, 2107 Rdnr. 9; BGH, Urteil vom 15.06.1989, VII ZR 205/88, BGHZ 108, 52, 55; vgl. nunmehr auch § 308 Nr. 9b) BGB für ab dem 01.10.2021 geschlossene Neuverträge und dazu BT-Drucks. 19/26915, S. 30).

11 d) Gemessen an diesen Grundsätzen benachteiligt der für die Abtretung des Grundschuldrückgewähranspruchs von der Bank formularmäßig ausbedungene Zustimmungsvorbehalt den mit dem Grundstückseigentümer personenidentischen Sicherungsgeber nicht unangemessen.

12 aa) Der Senat hat bereits entschieden, dass der für die Abtretung des Rückgewähranspruchs von der Bank ausbedungene Zustimmungsvorbehalt den Sicherungsgeber jedenfalls dann nicht unangemessen benachteiligt, wenn die Grundschuld nicht von dem Grundstückseigentümer, sondern von einem Dritten als Sicherheit gegeben wird. Sein Interesse beschränkt sich im Wesentlichen auf die Ausschöpfung des Grundpfandrechts als Kreditunterlage. Denn ihm ist es, anders als dem Grundstückseigentümer, in der Regel nicht möglich, den Rückgewähranspruch als zusätzliche Sicherheit nachrangiger Grundpfandgläubiger zur Verstärkung der bestehenden Sicherheit oder zur Erhöhung des Sicherungsumfangs im Interesse der Ausweitung des von diesen eingeräumten Kreditrahmens zu nutzen (Senat, Urteil vom 09.02.1990, V ZR 200/88, BGHZ 110, 241, 244). Diese Rechtsprechung ist auf Zustimmung gestoßen (vgl. Erman/Wenzel, BGB, 16. Aufl., § 1191 Rdnr. 89; MünchKommBGB/Lieder, 8. Aufl., § 1191 Rdnr. 150; Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld, 4. Aufl., Rdnr. 600; Gladenbeck/Samhat, Kreditsicherung durch Grundschulden, 10. Aufl., Rdnr. 759; Reithmann, WM 1990, 1985, 1987; Samhat, WM 2019, 805, 810; Serick, EWIR 1990, 341). Offengelassen hat der Senat, ob die Klausel auch dann wirksam ist, wenn der Sicherungsgeber zugleich Grundstückseigentümer ist.

13 bb) Der Senat entscheidet die Frage nunmehr dahin, dass ein Zustimmungsvorbehalt für die Abtretung des Rückgewähranspruchs auch dann wirksam ist, wenn Siche-

rungsgeber und Grundstückseigentümer personenidentisch sind. Die im Rahmen der Inhaltskontrolle vorzunehmende Abwägung ergibt auch in dieser Konstellation, dass die berechtigten Belange des Sicherungsgebers an der Abtretbarkeit des Rückgewähranspruchs die entgegenstehenden Interessen der Bank nicht überwiegen.

14 (1) Der Zustimmungsvorbehalt schützt das Interesse der Bank, die Verwaltung der Sicherheiten zu vereinfachen und der bei freier Abtretbarkeit aus etwaigen Mehrfach- und Teilabtretungen folgenden Unübersichtlichkeit der Verhältnisse zu begegnen. Dieses Interesse an klarer und übersichtlicher Vertragsabwicklung hat der BGH bislang bei Kaufhäusern als Verwendern anerkannt, die vielfältige Geschäftsbeziehungen und zahlreiche Filialen unterhalten (vgl. BGH, Urteil vom 18.06.1980, VIII ZR 119/79, BGHZ 77, 274, 275), sowie bei Werkunternehmern gegenüber ihren Nachunternehmern (vgl. BGH, Urteil vom 25.11.1999, VII ZR 22/99, NJW-RR 2000, 1220, 1221) und bei einer im Filialsystem organisierten Hypothekenbank mit Großgruppengeschäften und komplexen Kreditabwicklungen (vgl. Senat, Urteil vom 09.02.1990, V ZR 200/88, BGHZ 110, 241, 245). Insbesondere ein Kreditinstitut als Sicherungsnehmer hat ein legitimes Interesse daran, durch eine Beschränkung der Abtretungsmöglichkeit die Verwaltung der Grundpfandrechte übersichtlich zu halten und damit zu verhindern, dass ihm eine im Voraus nicht übersehbare Vielzahl von Gläubigern entgegentritt (vgl. Senat, Urteil vom 09.02.1990, V ZR 200/88, BGHZ 110, 241, 245; BGH, Urteil vom 11.03.1997, X ZR 146/94, NJW 1997, 3434, 3435). Eine freie Abtretbarkeit des Rückgewähranspruchs birgt zudem die Gefahr einer mehrfachen Inanspruchnahme, wenn der Schutz der §§ 407, 408 BGB wegen interner Kennnizzurechnung nicht greift (vgl. Senat, Urteil vom 09.02.1990, V ZR 200/88, BGHZ 110, 241, 245; BGH, Urteil vom 10.03.2010, IV ZR 207/08, NJW-RR 2010, 904 Rdnr. 13; siehe auch OLG Köln, BeckRS 1996, 11124 Rdnr. 29). Dabei ist zu berücksichtigen, dass durch Grundpfandrechte gesicherte Darlehen oft auf eine lange Laufzeit angelegt sind und sich die Frage nach dem Rückgewährberechtigten regelmäßig erst am Ende der Laufzeit stellt (vgl. Erman/Wenzel, BGB, § 1191 Rdnr. 89).

15 (2) Die Klausel führt im Vergleich zur gesetzlichen Regelung allerdings zu einer Benachteiligung des Sicherungsgebers. Ist er zugleich der Grundstückseigentümer, beschränkt sich sein Interesse nicht, wie im Fall der Gewährung einer Sicherheit durch einen Dritten, auf die Ausschöpfung des Grundpfandrechts als Kreditunterlage (vgl. zur Interessenlage eines Dritten als Sicherungsgeber oben Rdnr. 12). Er kann den Rückgewähranspruch weitergehend als zusätzliche Sicherheit an nachrangige Grundpfandgläubiger abtreten, sei es zur Verstärkung der bestehenden Sicherheit, sei es zur Erhöhung des Sicherungsumfangs im Interesse der Ausweitung des von diesen eingeräumten Kreditrahmens (vgl. BGH, Urteil vom 17.03.1988, IX ZR 79/87, BGHZ 104, 26, 29; Gladenbeck/Samhat, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rdnr. 759; Lettl, WM 2002, 788, 797). Der abgetretene Rückgewähranspruch vereinfacht und beschleunigt zudem die Übertragung der Grundschuld (vgl. Senat, Urteil vom 09.02.1990, V ZR 200/88, BGHZ 110, 241, 246).

16 (3) Das aus diesen Vorteilen folgende berechnete Interesse des mit dem Grundstückseigentümer personenidentischen Sicherungsgebers an einer uneingeschränkten Abtretbarkeit des Rückgewähranspruchs überwiegt das Interesse der Bank an einem Zustimmungsvorbehalt nicht. Angesichts der Werte, die Grundpfandrechte regelmäßig verkörpern, ist vor allem ihr Interesse, weitergehend als durch den Schuldnerschutz der §§ 406 bis 410 BGB vor mehrfacher Inanspruchnahme geschützt zu sein, von hohem Gewicht und rechtfertigt es, auch dem Sicherungsgeber, der Grundstückseigentümer ist, Beschränkungen bei der wirtschaftlichen Nutzung seines Rückgewähranspruchs aufzuerlegen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die aus dem Sicherungsvertrag zur Rücksichtnahme verpflichtete Bank ihre Zustimmung zur Abtretung des Rückgewähranspruchs nicht unbillig verweigern darf (hierzu nachfolgend Rdnr. 19) und dass der mit der Einholung der Zustimmung verbundene Aufwand gering ist. Der die Abtretung eines Grundschuldrückgewähranspruchs betreffende formularmäßige Zustimmungsvorbehalt der Bank ist deshalb auch dann wirksam, wenn die Grundschuldssicherheit von dem Grundstückseigentümer gegeben wurde (so auch Erman/Wenzel, BGB, § 1191 Rdnr. 89; MünchKomm-BGB/Lieder, § 1191 Rdnr. 150; Staudinger/Wolfsteiner, Neub. 2019, Vor §§ 1191 ff. Rdnr. 180; Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld, Rdnr. 600; Gladenbeck/Samhat, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rdnr. 759; Reithmann, WM 1990, 1985, 1987; Samhat, WM 2019, 805, 810; Serick, EWIR 1990, 341).

17 e) Entgegen der Ansicht der Revision bedarf es keiner ausdrücklichen Einräumung eines Anspruchs des Sicherungsgebers auf Zustimmung des Sicherungsnehmers für den Fall eines berechtigten Interesses des Sicherungsgebers in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, damit der formularmäßige Zustimmungsvorbehalt der Inhaltskontrolle am Maßstab des § 9 Abs. 1 AGBG a. F. standhält.

18 aa) Teilweise wird allerdings angenommen, dass die formularmäßige Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehalts nur wirksam ist, wenn dem Sicherungsgeber für den Fall eines berechtigten Interesses ausdrücklich ein Anspruch auf Zustimmung des Sicherungsnehmers eingeräumt wird, insbesondere für den Fall der Veräußerung des Grundstücks, weil ein Erwerber, der keinen Rückgewähranspruch hat, dem Risiko ausgesetzt ist, die Löschung einer übernommenen Grundschuld nicht erreichen zu können, obwohl er die gesicherten Ansprüche befriedigt hat. Die Verweisung auf einen ohnehin bestehenden Anspruch nach Treu und Glauben genüge nicht, da Kreditinstitute derartige Ansprüche in Einschränkung ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht ohne Weiteres anerkennen (vgl. Staudinger/Wolfsteiner, Vor §§ 1191 ff. Rdnr. 180; Lettl, WM 2002, 788, 797).

19 bb) Diese Auffassung teilt der Senat nicht. Ein die Abtretung des Grundschuldrückgewähranspruchs betreffender

formularmäßiger Zustimmungsvorbehalt benachteiligt den Sicherungsgeber entgegen den Geboten von Treu und Glauben auch dann nicht unangemessen, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen keinen Anspruch auf Zustimmung vorsehen. Der Sicherungsgeber ist dadurch hinreichend geschützt, dass die Bank ihre Zustimmung nicht unbillig verweigern darf; diese auf Treu und Glauben beruhende Einschränkung, die der BGH für andere Geschäftsbereiche anerkannt hat (vgl. BGH, Urteil vom 25.11.1999, VII ZR 22/99, NJW-RR 2000, 1220, 1221; Urteil vom 07.12.1994, VIII ZR 153/93, NJW 1995, 665, 666), gilt für einen auf Grundschuldrückgewähransprüche bezogenen Zustimmungsvorbehalt gleichermaßen (so auch Gladenbeck/Samhat, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rdnr. 759). Daher hat der Sicherungsgeber jedenfalls dann einen Anspruch auf Zustimmung, wenn ein schützenswertes Interesse der Bank an der Verweigerung der Zustimmung nicht besteht oder seine berechtigten Belange an der Abtretbarkeit des Rückgewähranspruchs überwiegen. Zudem ist der Sicherungsnehmer aus dem Sicherungsvertrag verpflichtet, auf die Interessen des Sicherungsgebers Rücksicht zu nehmen. In ergänzender Auslegung des Sicherungsvertrages ergibt sich daher ebenfalls ein Zustimmungsanspruch, sofern nicht eigene berechnete Interessen des Sicherungsnehmers entgegenstehen (vgl. MünchKomm-BGB/Lieder, § 1191 Rdnr. 150; Gladenbeck/Samhat, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rdnr. 759). Ob darüber hinaus eine generelle Zustimmungspflicht des Sicherungsnehmers besteht (so etwa BeckOGK-BGB/R. Rebhan, Stand: 01.02.2022, § 1191 Rdnr. 127; Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld, Rdnr. 602), erscheint zweifelhaft, bedarf aber für die Beurteilung der Wirksamkeit des formularmäßigen Zustimmungsvorbehalts keiner Entscheidung.

20 f) Der Einwand der Beklagten, ihre Zustimmung zur Abtretung fehle, ist schließlich nicht rechtsmissbräuchlich. Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Beklagte zu keinem Zeitpunkt zur Erteilung der Zustimmung aufgefordert worden, sodass ihr keine unbillige Verweigerung vorgeworfen werden kann. Soweit sich die Beklagte in diesem Rechtsstreit auf die fehlende Zustimmung beruft, handelt sie ebenfalls nicht rechtsmissbräuchlich, da der Rückgewähranspruch zwischenzeitlich gepfändet worden ist. Einer nunmehr erfolgenden Zustimmung käme keine Rückwirkung zu (vgl. BGH, Urteil vom 29.06.1989, VII ZR 211/88, BGHZ 108, 172, 176 f.).

Daher entfaltete eine Zustimmungserklärung angesichts der zeitlich vorrangigen Pfändung keine Rechtswirkung zugunsten des Klägers, sodass dessen Interesse an der Erteilung einer Zustimmung mangels eigenen Rechtsnachteils nicht überwiegt.

(...)

3. Verwalterbestellung in der „Aufteilungsphase“

BGH, Urteil vom 11.03.2022, V ZR 77/21 (Vorinstanz:
LG Itzehoe, Urteil vom 19.03.2021, 11 S 25/20)

WEG a. F. § 24 Abs. 1, § 26 Abs. 1 Satz 5, § 27 Abs. 2 Nr. 2,
§ 45 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Für ein Beschlussmängelverfahren, in dem die Wirksamkeit der einseitigen Bestellung des Verwalters durch den teilenden Eigentümer im Streit steht, ist der Verwalter als berechtigt anzusehen, die beklagten übrigen Wohnungseigentümer zu vertreten und für diese Zustellungen entgegenzunehmen.
2. Eine in der Gemeinschaftsordnung enthaltene Regelung, mit der sich der zunächst zum Verwalter bestellte teilende Eigentümer die einseitige Bestimmung eines anderen Verwalters in der Aufteilungsphase vorbehält, ist unter Geltung des Wohnungseigentumsgesetzes in der bis zum 30.11.2020 geltenden Fassung jedenfalls insoweit unwirksam, als der Vorbehalt nach Entstehung der (werdenden) Wohnungseigentümergeinschaft fortgelten soll.
3. Der Mangel der Einberufung der Eigentümerversammlung durch einen Nichtberechtigten wird geheilt, wenn sämtliche Wohnungseigentümer an der Versammlung und der Abstimmung teilnehmen; dabei kommt es nicht darauf an, ob den Wohnungseigentümern die fehlende Einberufungsberechtigung bekannt war.

4. AGB-Kontrolle der im „Produktmerkblatt Baukindergeld“ enthaltenen Förderbedingungen

OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 02.02.2022, 17 U 119/20

BGB § 305 Abs. 1 Satz 1, § 307 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 1

LEITSÄTZE:

1. Die im Produktmerkblatt „Bauen, Wohnen, Energie“, „Baukindergeld – Zuschuss (424)“ festgehaltenen Förderbedingungen sind ungeachtet einer verwaltungsintern bestehenden ermessenslenkenden Wirkung den Vertragsinhalt gestaltende Allgemeine Geschäftsbedingungen, wenn auf die Förderbedingungen in den AGB und dem Merkblatt auf deren Wirkung hingewiesen wird.
2. In Folge ihres einseitig leistungsbestimmenden Charakters unterliegen sie keiner Inhaltskontrolle.

Bürgerliches Recht

SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

5. Nachweis der Erbfolge bei einer letztwilligen Verfügung mit Scheidungsklausel

BGH, Beschluss vom 17.02.2022, V ZB 14/21 (Vorinstanz:
OLG Karlsruhe, Beschluss vom 01.03.2021, 11 W 56/20 (Wx))

BGB § 2077 Abs. 1

GBO § 35 Abs. 1 Satz 2

LEITSÄTZE:

1. Einem Nachweis der Erbfolge des überlebenden Ehegatten gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO steht nicht entgegen, dass die letztwillige Verfügung eine dem § 2077 Abs. 1 BGB entsprechende Scheidungsklausel enthält, sofern nicht konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass deren Voraussetzungen erfüllt sind.
2. Das gilt auch, wenn die Scheidungsklausel abweichend von § 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB vorsieht, dass die letztwillige Verfügung bereits dann unwirksam sein soll, wenn der überlebende Ehegatte einen Scheidungsantrag gestellt hat.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Im Grundbuch (...) sind die Antragstellerin und ihr Ehemann je zur Hälfte als Miteigentümer eingetragen. Mit notariellem Erbvertrag vom 25.05.2005 setzten sie sich gegenseitig zu alleinigen Erben ein. Der Erbvertrag enthält folgende Regelung:

„Im Fall der Scheidung unserer Ehe wird der heutige Erbvertrag seinem gesamten Inhalt nach unwirksam. Das gleiche gilt für den Fall, dass beim Erbfall die Voraussetzungen für die Scheidung vorliegen und entweder der Erblasser oder dessen Ehegatte die Scheidung beantragt hatte.“

2 Nach dem Tod ihres Ehemanns beantragte die Antragstellerin unter Bezugnahme auf den dem Grundbuchamt vorliegenden Erbvertrag sowie die Niederschrift über dessen Eröffnung durch das Nachlassgericht ihre Eintragung als Alleineigentümerin. Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 02.03.2020 die Berichtigung des Grundbuchs von der Vorlage eines Erbscheins oder einer notariell beurkundeten eidesstattlichen Versicherung der Antragstellerin darüber abhängig gemacht, dass die Ehe vor dem Tod des Ehemanns nicht geschieden worden sei und bei dem Erbfall die Scheidungsvoraussetzungen nicht vorgelegen hätten und/oder keiner der Eheleute einen Scheidungsantrag gestellt habe. Die dagegen gerichtete Beschwerde ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde möchte die Antragstellerin weiterhin die Aufhebung der Zwischenverfügung erreichen.

3 II. Das Beschwerdegericht meint, der Erbvertrag und die Eröffnungsniederschrift seien für den Nachweis der Erbfolge nicht ausreichend. Zwar genüge für den Nachweis der

sich aus einer öffentlichen Urkunde enthaltenen Verfügung von Todes wegen ergebenden Erbfolge nach § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO grundsätzlich die Vorlage der Verfügung und der Niederschrift über deren Eröffnung durch das Nachlassgericht. Das gelte uneingeschränkt aber nur, wenn die Erbeinsetzung unbedingt erfolgt sei. Bei der Scheidungsklausel des Erbvertrags handele es sich um eine Verwirkungsklausel, die dazu führe, dass die Erbeinsetzung auflösend bedingt sei. Sie gehe über die Regelung in § 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB hinaus. Jedenfalls bei Scheidungsklauseln, die nicht lediglich die Auslegungsregel des § 2077 BGB wiederholten, sondern diese erweiterten, müsse das Grundbuchamt auch ohne Vorliegen konkreter Anhaltspunkte für eine Unwirksamkeit der Erbeinsetzung einen Nachweis der Erbfolge in der Form des § 29 GBO verlangen. Es komme nicht darauf an, wie wahrscheinlich der Eintritt der in der Scheidungsklausel genannten Voraussetzungen sei. Entscheidend sei vielmehr, dass es sich nicht um eine abstrakte Möglichkeit der Unwirksamkeit handele. Der Nachweis könne unschwer durch eine eidesstattliche Versicherung des überlebenden Ehegatten geführt werden; die Vorlage eines Erbscheins sei nicht zwingend erforderlich.

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

5 1. Im Ausgangspunkt zutreffend geht das Beschwerdegericht allerdings davon aus, dass die Eintragung der Antragstellerin als Alleineigentümerin des Grundstücks den Nachweis ihrer Erbfolge voraussetzt. 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 einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist – wie hier in einem Erbvertrag (§ 2276 BGB) –, so genügt als Nachweis nach § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO die Vorlage der Verfügung und der Niederschrift über deren Eröffnung durch das Nachlassgericht. In diesem Fall kann das Grundbuchamt die Vorlegung eines Erbscheins nur verlangen, wenn es die Erbfolge durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen hält (§ 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO).

6 2. Richtig ist auch, dass der Nachweis der Erbfolge in der Form des § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO uneingeschränkt nur dann möglich ist, wenn die Erbeinsetzung in der Verfügung unbedingt erfolgt ist. Enthält die öffentliche Verfügung von Todes wegen dagegen eine bedingte Erbeinsetzung, so genügt die Vorlage der Verfügung und die Niederschrift über deren Eröffnung durch das Nachlassgericht grundsätzlich nicht. Auf der Grundlage der im Grundbucheintragungsverfahren zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen bleiben dann nicht aufklärbare Zweifel an dem Nachweis der Erbfolge. Das Grundbuchamt ist deshalb unter Reduktion seines Ermessens nach § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO gehalten, einen Erbschein oder ausreichende Erklärungen der Beteiligten in der Form des § 29 GBO zu verlangen (vgl. zur Pflichtteilstrafklausel sowie zu allgemein gehaltenen und

speziellen Verwirkungsklauseln Senat, Beschluss vom 02.06.2016, V ZB 3/14, FGPrax 2016, 244 Rdnr. 8 ff.).

7 3. Rechtsfehlerhaft ist aber die Auffassung des Beschwerdegerichts, die Vorlage des Erbvertrags und die Niederschrift über dessen Eröffnung durch das Nachlassgericht sei zum Nachweis der Erbfolge der Antragstellerin deshalb nicht ausreichend, weil der Erbvertrag eine Scheidungsklausel enthält, die von der Regelung in § 2077 Abs. 1 BGB abweicht.

8 a) Nach § 2077 Abs. 1 Satz 1 BGB ist eine letztwillige Verfügung, durch die der Erblasser seinen Ehegatten bedacht hat, unwirksam, wenn die Ehe vor dem Tod des Erblassers aufgelöst worden ist. Der Auflösung der Ehe steht es gemäß § 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB gleich, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers die Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe gegeben waren und der Erblasser die Scheidung beantragt oder ihr zugestimmt hat. Die Vorschrift findet auch auf den Erbvertrag Anwendung (§ 2279 BGB; zum gemeinschaftlichen Testament vgl. § 2268 BGB). Sie enthält eine dispositive Auslegungsregel entsprechend dem vom Gesetz vermuteten wirklichen Willen des Erblassers, der auf die Hinfälligkeit des Testaments bei Vorliegen der in der Vorschrift genannten Umstände gerichtet ist (vgl. Senat, Urteil vom 06.05.1959, V ZR 97/58, FamRZ 1960, 28, 29; BGH, Beschluss vom 02.04.2003, IV ZB 28/02, BGHZ 154, 336, 340).

9 b) Richtig ist auch, dass die Scheidungsklausel in dem Erbvertrag vom 25.05.2005 von der Vorschrift des § 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB abweicht. Anders als in § 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB geregelt, sieht sie die Unwirksamkeit des Erbvertrags und damit der letztwilligen Verfügung des Erblassers bei Scheitern der Ehe (§§ 1565, 1566 BGB) nicht nur dann vor, wenn der verstorbene Ehegatte die Scheidung der Ehe beantragt oder ihr zugestimmt hat, sondern auch dann, wenn der überlebende Ehegatte den Scheidungsantrag gestellt hat. Daraus folgt aber nicht, dass der Nachweis der Erbfolge des überlebenden Ehegatten nicht gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO durch den Erbvertrag und die Eröffnungsniederschrift des Nachlassgerichts geführt werden kann.

10 aa) Die Frage, ob bei einer von § 2077 Abs. 1 BGB abweichenden Scheidungsklausel der Nachweis der Erbfolge des überlebenden Ehegatten durch den Erbvertrag und die Eröffnungsniederschrift gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO möglich ist, ist allerdings umstritten.

11 (1) Einigkeit besteht darüber, dass bei einer in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen letztwilligen Verfügung von Ehegatten, in der keine Scheidungsklausel vereinbart ist, die Vorlage der Verfügung und der Eröffnungsniederschrift grundsätzlich zum Nachweis der Erbfolge ausreichend ist. Das Grundbuchamt darf ohne konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 2077 Abs. 1 BGB keine weiteren Nachweise der Erbfolge des überlebenden Ehegatten verlangen (vgl. KG, FamRZ 2013, 1073 Rdnr. 10; ZEV 2020, 764 Rdnr. 8; Meikel/Weber, GBO, 12. Aufl., § 35 Rdnr. 119; Staudinger/Otte, Neub. 2021, § 2077 Rdnr. 15.1, Böhringer, ZEV 2017, 68, 71; Volmer, ZEV 2006, 402, 403; DNotI-Report 2006, 181, 182). Es hat bei der Auslegung

einer letztwilligen Verfügung als Grundlage der Eintragung einer Erbfolge (zur Auslegung vgl. Senat, Beschluss vom 02.06.2016, V ZB 3/14, FGPrax 2016, 244 Rdnr. 15 m. w. N.) zwar gesetzliche Auslegungsregeln zu berücksichtigen, wenn auch das Nachlassgericht voraussichtlich darauf zurückgreifen muss (vgl. OLG Stuttgart, Rpfleger 1992, 154; OLG Schleswig, FGPrax 2006, 248, 249; OLG München, ZEV 2008, 340, 341; *Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 35 Rdnr. 42). Dazu gehört auch die Regelung des § 2077 Abs. 1 BGB. Es liegt aber nur die abstrakte Möglichkeit vor, dass die letztwillige Verfügung nach § 2077 Abs. 1 BGB unwirksam wird. Andernfalls wäre verheirateten Personen der Nachweis der Erbfolge gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO nicht möglich und die Vorschrift liefe weitgehend leer. Auf die statistische Häufigkeit von Ehescheidungen kommt es nicht an.

12 (2) Nach einhelliger Ansicht gilt nichts anderes, wenn die letztwillige Verfügung eine Scheidungsklausel enthält, die sich an die Voraussetzungen des § 2077 Abs. 1 BGB anlehnt (vgl. KG, FamRZ 2013, 1073 Rdnr. 11; ZEV 2020, 764 Rdnr. 8 u. 11; *jurisPK-BGB/Lehrmann*, 9. Aufl., § 2077 Rdnr. 45; *Bauer/Schaub*, GBO, 4. Aufl., § 35 Rdnr. 145; *BeckOK-GBO/Wilsch*, Stand: 01.11.2021, § 35 Rdnr. 105; *jurisPK-BGB/Reymann*, § 2268 Rdnr. 21; *KEHE/Volmer*, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 35 Rdnr. 121; *Meikel/Weber*, GBO, § 35 Rdnr. 119; *Bestelmeyer*, notar 2013, 147, 151; *Böhringer*, ZEV 2017, 68, 71; *Lange*, ZEV 2009, 371, 373; *Weber*, MittBayNot 2017, 163, 165; DNotI-Report 2006, 191, 183; offen gelassen in OLG München, ZEV 2016, 401 Rdnr. 15). Diese Ansicht ist zutreffend. Einem Nachweis der Erbfolge des überlebenden Ehegatten gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO steht nicht entgegen, dass die letztwillige Verfügung eine dem § 2077 Abs. 1 BGB entsprechende Scheidungsklausel enthält, sofern nicht konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass deren Voraussetzungen erfüllt sind. Die Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung tritt dann nämlich unter denselben Voraussetzungen ein, die auch das Gesetz vorsieht. Die Scheidungsklausel stellt lediglich klar, dass die Unwirksamkeit auch dem wirklichen Willen des Erblassers entspricht (vgl. § 2077 Abs. 3 BGB). Ohne konkrete Anhaltspunkte, dass die Voraussetzungen der Scheidungsklausel vorliegen, kann daher keine Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung nach § 2077 Abs. 1 BGB angenommen werden.

13 (3) Ist in der letztwilligen Verfügung eine von § 2077 Abs. 1 BGB abweichende Scheidungsklausel vereinbart, gehen die Meinungen auseinander.

14 (a) Nach einer Auffassung, der sich das Beschwerdegericht angeschlossen hat, ist bei Scheidungsklauseln, die von der gesetzlichen Auslegungsregel abweichen, die Vorlage der letztwilligen Verfügung und der Niederschrift über deren Eröffnung zum Nachweis der Erbfolge nicht ausreichend. Das wird insbesondere angenommen für eine Klausel im Erbvertrag, nach der die Erbeinsetzung im Fall der Einreichung eines Scheidungsantrags durch einen der beiden Ehegatten und – anders als hier – unabhängig von dem Vorliegen der Voraussetzungen für die Ehescheidung unwirksam sein soll. Die Unwirksamkeit der notariellen Verfügung wegen eines Antrags auf Ehescheidung sei keine ganz entfernte, bloß auf theoretischen Überlegungen beru-

hende Möglichkeit. Es liege eine Nachweislücke vor, die durch Vorlage eines Erbscheins oder einer eidesstattlichen Versicherung darüber, dass ein Scheidungsantrag nicht anhängig sei, geschlossen werden müsse (vgl. OLG München, ZEV 2016, 401 Rdnr. 15 ff.; OLG Naumburg, FamRZ 2019, 1656 Rdnr. 12 ff., 17 ff.; *BeckOK-GBO/Wilsch*, § 35 Rdnr. 105).

15 (b) Nach überwiegender Ansicht darf das Grundbuchamt bei einer Scheidungsklausel, die eine Unwirksamkeit auch für den Fall des Scheidungsantrags des überlebenden Ehegatten vorsieht, nur dann weitere Nachweise verlangen, wenn es konkrete Anhaltspunkte dafür hat, dass ein Scheidungsantrag beim Tod des Erblassers gestellt worden war. Allein der Umstand hoher Scheidungsquoten ändere daran nichts. Zwar könne nicht ausgeschlossen werden, dass während einer bestehenden Ehe einmal ein Scheidungsantrag gestellt worden ist. Gleichwohl handele es sich doch immer noch um nicht mehr als eine abstrakte Möglichkeit, die den durch § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO zum Ausdruck kommenden Wert einer notariellen letztwilligen Verfügung nicht zu schmälern vermöge. Das Risiko, dass im Zeitpunkt des Todes des Erblassers ein Scheidungsverfahren anhängig war, sei zu vernachlässigen (vgl. KG, ZEV 2020, 764 Rdnr. 9 f.; *KEHE/Volmer* Grundbuchrecht, § 35 Rdnr. 121; *Meikel/Weber*, GBO, § 35 Rdnr. 119; *Staudinger/Otte*, § 2077 Rdnr. 15.1; *jurisPK-BGB/Reymann*, § 2268 Rdnr. 23; *Böhringer*, NZFam 2019, 442, 443; *Drexler*, MittBayNot 2020, 365, 366 f.; *Litzenburger*, FD-ErbR 2019, 417615; *Volmer*, ZEV 2016, 402, 403; *Weber*, MittBayNot 2017, 163, 165; DNotI-Report, 2006, 181, 183; DNotI-Report 2018, 1, 2; *Langenfeld/Fröhler/Fröhler*, Testamentsgestaltung, 5. Aufl., 5. Kapitel J Rdnr. 182).

16 bb) Die zuletzt genannte Ansicht ist vorzugswürdig. Der Nachweis der Erbfolge des überlebenden Ehegatten kann gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO durch die Vorlage der letztwilligen Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, und der Eröffnungsniederschrift des Nachlassgerichts geführt werden, wenn die Scheidungsklausel abweichend von § 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB vorsieht, dass die letztwillige Verfügung bereits dann unwirksam sein soll, wenn der überlebende Ehegatte einen Scheidungsantrag gestellt hat. Anders ist es nur, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ein solcher Scheidungsantrag gestellt worden ist.

17 (1) Weil § 35 GBO bei verheirateten Erblassern andernfalls weitgehend leer liefe, hat das Grundbuchamt, sofern keine konkreten anderweitigen Anhaltspunkte vorliegen, davon auszugehen, dass letztwillige Verfügungen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten sind, nicht nach § 2077 Abs. 1 BGB bzw. einer entsprechenden Scheidungsklausel unwirksam geworden sind. Das Grundbuchamt darf daher keine weiteren Nachweise in der Form des § 29 GBO verlangen (vgl. *Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 39; *KEHE/Volmer*, Grundbuchrecht, § 35 Rdnr. 108; *Meikel/Krause/Weber*, GBO, § 35 Rdnr. 133; *Lange*, ZEV 2009, 371, 373). Den Beteiligten sollen die damit verbundenen Kosten und Mühen erspart bleiben (vgl. BGH, Urteil vom 08.10.2013, XI ZR 401/12, NJW 2013, 3716 Rdnr. 41; *Meikel/Krause/Weber*, a. a. O. Rdnr. 2; *KEHE/Volmer*, a. a. O. Rdnr. 128).

18 (2) Ein sachlicher Grund, davon bei einer Scheidungsklausel abzurücken, die die Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung auch für den Fall des Scheidungsantrags des überlebenden Ehegatten vorsieht, ist nicht erkennbar. Zwar handelt es sich bei dem Scheidungsantrag des überlebenden Ehegatten um eine von dem Erblasser gewollte auflösende Bedingung für die Wirksamkeit des Erbvertrags. Der Erblasser stellt den Scheidungsantrag des überlebenden Ehegatten dem seinigen aber lediglich gleich. Die Scheidungsklausel knüpft, ebenso wie § 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB, an die Stellung eines Scheidungsantrags an. Das gilt auch für eine Klausel, die, anders als hier, weiter abweichend von § 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB für den Eintritt der Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung den Scheidungsantrag eines der Ehegatten ausreichen lässt, also nicht zusätzlich davon abhängig macht, dass die Voraussetzungen für die Ehescheidung (§§ 1565, 1566 BGB) vorlagen. Der Unwirksamkeitsgrund des Scheidungsantrags ist vergleichbar mit einem allgemeinen Unwirksamkeitsgrund, der jeder Verfügung von Todes wegen abstrakt anhaften kann, zum Beispiel bei Testierunfähigkeit des Erblassers (vgl. OLG München, RNotZ 2016, 320, 322 f.; OLG Oldenburg, MittBayNot 2017, 500 Rdnr. 2; *Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 39.1), der Bindung des Erblassers durch einen vorherigen Erbvertrag oder ein vorheriges gemeinschaftliches Testament, der späteren Aufhebung (vgl. *Meikel/Weber*, GBO, § 35 Rdnr. 133; DNotI-Report, 2006, 181, 182) oder der Anfechtung der Verfügung (vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 788). Solange das Grundbuchamt keinen Anlass zu Zweifeln hat, muss es von der Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung ausgehen.

19 Damit unterscheidet sich die Scheidungsklausel von der Verwirkungsklausel, für die der Senat den Nachweis der Erbfolge in der Form des § 29 GBO als erforderlich angesehen hat (vgl. Rdnr. 6). Ob der überlebende Ehegatte den Nachweis der Wirksamkeit leicht führen kann, ist unerheblich. Es bedarf deshalb keiner Entscheidung, ob die eidesstattliche Versicherung ein taugliches Mittel zum Nachweis der Erbfolge ist (vgl. Senat, Beschluss vom 10.02.2022, V ZB 87/20, DB 2022, 861 Rdnr. 32).

20 IV. Da das Beschwerdegericht hiernach die Beschwerde der Antragstellerin gegen die Zwischenverfügung zu Unrecht zurückgewiesen hat, sind seine Entscheidung und die Zwischenverfügung des Grundbuchamts aufzuheben (§ 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 74 Abs. 5 FamFG). Das Grundbuchamt darf den Vollzug der beantragten Berichtigung des Grundbuchs nicht aus den in der Zwischenverfügung genannten Gründen verweigern.

21 V. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf § 61 Abs. 1 i. V. m. § 36 Abs. 1 und 3 GNotKG.

ANMERKUNG:

Von Notarassessor **Konstantin Sauer**,
MJur (Oxford), München

Die vorliegende Entscheidung überzeugt sowohl unter praktischen als auch rechtsdogmatischen sowie methodischen Gesichtspunkten. Für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis schafft der Beschluss des BGH einerseits dahin gehend Rechtssicherheit, dass derartige Scheidungsklauseln den Urkundenbeteiligten mit gutem Gewissen empfohlen und in öffentliche Testamente und Erbverträge aufgenommen werden können; der rechtssuchenden Bevölkerung andererseits wird ein kostspieliges und zeitaufwändiges Nachweisverfahren gegenüber dem Grundbuchamt erspart. Rechtsdogmatisch lässt sich das Ergebnis insbesondere vor dem Hintergrund der jeweiligen Zielsetzungen von § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO und § 2077 Abs. 1 BGB rechtfertigen; überdies fügt sich die Entscheidung des Senats auch in die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung ein und setzt diese konsequent fort. In seiner Begründung geht der Senat schließlich in methodisch überzeugender Weise auf das Folgen- und Gleichheitsargument ein. Folglich ist die vorliegende Entscheidung in mehrfacher Hinsicht zu begrüßen.

1. Zum Zusammenspiel von Registerrecht und materiellem (Erb-)Recht

Die Entscheidung reiht sich in das dogmatische Zusammenspiel von Registerrecht und materiellem (Erb-)Recht in überzeugender Weise ein. Insbesondere die in § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO vom Gesetzgeber intendierte Nachweiserleichterung gebietet eine zurückhaltende Anwendung des § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO und der ihm vorgeschalteten Prüfung seitens des Grundbuchamts.

a) Die innere Systematik von § 35 GBO

§ 35 GBO ist eine spezielle Ausformung des in § 29 GBO niedergelegten Prinzips, wonach die tatsächlichen und rechtlichen Umstände, welche der Umschreibung des Grundbuchs zugrunde liegen, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden gegenüber dem Grundbuchamt nachgewiesen werden müssen.¹ Andere als die in § 35 Abs. 1 GBO genannten Möglichkeiten des Nachweises gibt es nicht;² man spricht insofern von einem Nachweistypenzwang.³ Es handelt sich folglich um eine Verschärfung des § 29 GBO in Bezug auf den Nachweis der Erbfolge als „sonstige zu der Eintragung erforderliche Erklärung“.⁴

1 BGH, Beschluss vom 20.05.1981, V ZB 25/79, NJW 1982, 170, 172; BayObLG, Beschluss vom 12.01.1989, BReg. 2 Z 108/88, MittBayNot 1989, 146, 147.

2 OLG München, Beschluss vom 04.08.2016, 34 Wx 110/16, BeckRS 2016, 14500; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.02.2020, I-3 Wx 12/19, BeckRS 2020, 8678.

3 BeckOK-GBO/*Wilsch*, Stand: 01.06.2022, § 35 Rdnr. 24.

4 *Meikel/Roth*, Grundbuchrecht, 9. Aufl. 2004, § 35 Rdnr. 7.



Ziel der Vorschrift ist es, dem Grundbuchamt im Grundsatz eine eigene Prüfung der erbrechtlichen Verhältnisse und der damit einhergehenden (Universal-)Rechtsnachfolge zu ersparen.⁵ So soll sich das Grundbuchamt nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO auf die inhaltliche Richtigkeit des Erbscheins oder Europäischen Nachlasszeugnisses verlassen dürfen.⁶ Der öffentliche Glaube der Urkunde (§ 2365 BGB bzw. Art. 69 Abs. 5 EU ErbVO) berechtigt und verpflichtet das Grundbuchamt, sowohl den Tod des Erblassers als auch das Erbrecht in dem bezeichneten Umfang als gegeben hinzunehmen.⁷ Es ist dem Grundbuchamt deshalb verwehrt, eigene Ermittlungen vorzunehmen und in die rechtliche Prüfung der Erbfolge einzusteigen.⁸ Eine inhaltliche Prüfung ist nur ausnahmsweise zulässig, wenn das Grundbuchamt neue, vom Nachlassgericht offenbar nicht berücksichtigte Tatsachen kennt, welche die Unrichtigkeit des Erbscheins in irgendeinem Punkt erweisen und daher dessen Einziehung erwarten lassen.⁹ Im Übrigen beschränkt sich die Prüfung auf die äußere Ordnungsmäßigkeit der vorgelegten Urkunde.¹⁰

Liegen weder ein Erbschein noch ein Europäisches Nachlasszeugnis vor, so kann der Antragsteller stattdessen nach § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO eine Verfügung von Todes wegen, die in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde niedergelegt ist, mitsamt der zugehörigen Eröffnungsniederschrift des Nachlassgerichts zum Nachweis der Rechtsnachfolge vorlegen. Im Gegensatz zu § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO sieht § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO jedoch eine (eingeschränkte) Prüfpflicht des Grundbuchamts hinsichtlich der Richtigkeit der Angaben vor.¹¹ Wenn das Grundbuchamt zu dem Schluss kommt, dass der Nachweis der Erbfolge durch die Urkunden im Sinne des § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO nicht geführt werden konnte, so kann es die Vorlage eines Erbscheins oder Europäischen Nachlasszeugnisses verlangen. Gleichzeitig steht es nicht im Belieben des Grundbuchamts, ob es einen Erbschein verlangen will oder ob ihm die in § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO genannten Beweismittel genügen.¹² Die vom Antragsteller vorgelegte Verfügung von Todes wegen mit-

samt der Eröffnungsniederschrift ist als Eintragungsgrundlage nur dann nicht geeignet, wenn sich bei Prüfung der Verfügung bezüglich des behaupteten Erbrechts wirkliche Zweifel ergeben, die nur durch weitere Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden können.¹³ Lediglich abstrakte Möglichkeiten, aus denen die Unwirksamkeit der Verfügung von Todes wegen resultieren könnte, sind nicht ausreichend.¹⁴ Vielmehr müssen ganz bestimmte Anhaltspunkte für Umstände vorliegen, die das bezeichnete Erbrecht in Frage stellen könnten, sodass im Regelfall von der Wirksamkeit der Verfügung von Todes wegen auszugehen ist.¹⁵ Diese Annahme ist auch durch den gesteigerten Beweiswert der notariellen Urkunde gerechtfertigt.¹⁶

Die Prüfkompetenz hinsichtlich der Erbfolge ist dabei auch im Rahmen des § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO nicht vollständig auf das Grundbuchamt delegiert;¹⁷ das Grundbuchamt nimmt keine eigenen Ermittlungen vor und trifft keine positiven Feststellungen hinsichtlich der Erbfolge.¹⁸ Die Prüfung des Grundbuchamts beschränkt sich auf die negative Feststellung, dass die bisherigen Dokumente zum Nachweis nicht genügen und weitere Ermittlungen seitens des Nachlassgerichts erforderlich sind.¹⁹ Die Verantwortung hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit des Erbscheins verbleibt somit in jedem Fall beim Nachlassgericht.²⁰

Vor diesem Hintergrund stellt sich die vom BGH im vorliegenden Fall getroffene Feststellung, dass das Grundbuchamt bei einer Scheidungsklausel, die eine Unwirksamkeit auch für den Fall des Scheidungsantrags des überlebenden Ehegatten vorsieht, nur dann weitere Nachweise verlangen kann, wenn es konkrete Anhaltspunkte dafür hat, dass ein Scheidungsantrag beim Tod des Erblassers gestellt worden war, als konsequente Umsetzung dieser in § 35 GBO niedergelegten Systematik dar. Allein der Umstand hoher Scheidungsquoten ändert nichts daran, dass es der Sache nach bei einem abstrakten Unwirksamkeitsgrund für die letztwillige Verfügung

5 Meikel/Roth, Grundbuchrecht, § 35 Rdnr. 1.

6 Bauer/Schaub/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, § 35 Rdnr. 1, 29, 84 ff.

7 OLG München, Beschluss vom 27.02.2012, 34 Wx 548/11, BeckRS 2012, 5137; Beschluss vom 21.12.2015, 34 Wx 245/15, BeckRS 2016, 1566; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 01.11.2018, 20 W 272/18, BeckRS 2018, 37074; BeckOK-GBO/Wilsch, § 35 Rdnr. 50 f. A. A. und einen Gleichlauf zur materiellrechtlichen bloßen Vermutungswirkung des Erbscheins postulierend: Meikel/Roth, Grundbuchrecht, § 35 Rdnr. 7.

8 BayObLG, Beschluss vom 14.11.1996, 2 Z BR 83/96, MittBayNot 1997, 44, 45.

9 BayObLG, Beschluss vom 14.11.1996, 2 Z BR 83/96, MittBayNot 1997, 44, 45; OLG München, Beschluss vom 27.02.2012, 34 Wx 548/11, BeckRS 2012, 5137.

10 Bauer/Schaub/Schaub, GBO, § 35 Rdnr. 71.

11 OLG München, Beschluss vom 25.01.2012, 34 Wx 316/11, BeckRS 2012, 4409.

12 Bauer/Schaub/Schaub, GBO, § 35 Rdnr. 135.

13 OLG Hamm, Beschluss vom 02.01.1969, 15 W 490/68, NJW 1969, 798, 799; OLG München, Beschluss vom 25.01.2012, 34 Wx 316/11, BeckRS 2012, 4409; Bauer/Schaub/Schaub, GBO, § 35 Rdnr. 137.

14 Meikel/Roth, Grundbuchrecht, § 35 Rdnr. 126 ff.

15 OLG Hamm, Beschluss vom 02.01.1969, 15 W 490/68, NJW 1969, 798, 799; Bauer/Schaub/Schaub, GBO, § 35 Rdnr. 141 ff.

16 BGH, Urteil vom 08.10.2013, XI ZR 401/12, NJW 2013, 3716, 3718; Grüneberg/Weidlich, 81. Aufl. 2022, § 2232 Rdnr. 9.

17 Meikel/Roth, Grundbuchrecht, § 35 Rdnr. 59, 72.

18 OLG Schleswig, Beschluss vom 19.07.2006, 2 W 109/06, BeckRS 2006, 10067; OLG München, Beschluss vom 25.01.2012, 34 Wx 316/11, BeckRS 2012, 4409.

19 OLG Schleswig, Beschluss vom 19.07.2006, 2 W 109/06, BeckRS 2006, 10067; Meikel/Roth, Grundbuchrecht, § 35 Rdnr. 111.

20 Meikel/Roth, Grundbuchrecht, § 35 Rdnr. 59, 72.

bleibt.²¹ § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO bringt die besondere Wertigkeit der notariell beurkundeten Verfügung von Todes wegen als Nachweismittel zum Ausdruck, welche nicht durch überzogene Anforderungen hinsichtlich des Nachweises von außerhalb der Urkunde liegenden Umständen ausgehöhlt werden darf.²² Dies gilt insbesondere für Negativtatsachen wie die Nichtanhängigkeit eines Scheidungsverfahrens oder das Nichtvorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen einer Scheidung, bei denen der Nachweis der Natur der Sache nach zusätzlich erschwert ist und regelmäßig nur durch das – im Hinblick auf den Beweiswert insofern fragwürdige – Beweismittel der eidesstattlichen Versicherung geführt werden kann.²³ Ein ins Blaue hinein geforderter Nachweis mittels Erbschein entspricht nicht der dem § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO zugrunde liegenden Interessensabwägung, die dem Antragsteller das (unnütze) Kosten verursachende und zu einer Verzögerung der Nachlassregulierung führende Erbscheinverfahren zuzumuten.²⁴ Der BGH merkt insofern zutreffend an, dass § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO andernfalls bei verheirateten Erblassern faktisch ins Leere laufe.

b) Die parallele Zielsetzung der *lex generalis* in § 29 GBO

Diese Sichtweise deckt sich auch mit dem insofern kongruenten Telos des § 29 GBO. Der Antragsteller hat zwar in der Form des § 29 GBO grundsätzlich lückenlos jede Möglichkeit auszuräumen, die der Richtigkeit der begehrten Eintragung entgegenstehen könnte; ganz entfernt liegende, theoretische Möglichkeiten müssen allerdings nicht widerlegt werden.²⁵ Der in § 29 GBO zum Ausdruck gebrachte, auf bestimmte Beweismittel begrenzte Beibringungsgrundsatz dient der Sicherung der Richtigkeit des Grundbuchs als mit öffentlichem Glauben ausgestattetem Register.²⁶ Der Anwendungsbereich des § 29 Abs. 1 GBO ist dabei dem Wortlaut der Vorschrift nach auf die „zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen“, d. h. die positiven Eintragungsvoraussetzungen beschränkt.²⁷ Das Fehlen von Eintragungshindernissen ist demzufolge keine zusätzliche Eintragungsvoraussetzung im Sinne des § 29 GBO neben den positiven Eintragungserfordernissen, sodass der Nachweis, dass Eintragungshinder-

nisse nicht vorliegen, dem Antragsteller insoweit erlassen ist. Der Nachweis der Erklärung selbst in der Form des § 29 GBO lässt vielmehr regelmäßig aufgrund der allgemeinen Erfahrung den Schluss auf die Abwesenheit auch von Unwirksamkeitsgründen zu.²⁸ Ein besonderer Nachweis darf nur dann verlangt werden, wenn ernsthafte Zweifel am Vorliegen eines Eintragungshindernisses bestehen, die durch festgestellte Tatsachen hinreichend begründet sind und sich auch aus Umständen außerhalb der Eintragungsunterlagen ergeben können.²⁹ In vergleichbarer Weise wie bei § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO liegt ein Regel-Ausnahme-Verhältnis vor, welches eine Vermutung zugunsten des Fehlens von Eintragungshindernissen begründet. Lediglich konkrete Anhaltspunkte sind geeignet, diese Vermutung zu erschüttern oder ganz zu beseitigen.³⁰ Auch insoweit bestehen keine eigenen Ermittlungsbefugnisse des Grundbuchamts, sodass die Zweifel an der vom Antragsteller dargestellten Sach- und Rechtslage bereits anhand der vorliegenden Eintragungsunterlagen oder dem Grundbuchamt anderweitig bekannten Umständen bereits hinreichend verdichtet sein müssen.³¹ Folglich überzeugt die Argumentation des BGH im vorliegenden Fall auch im Hinblick auf die norminterne Systematik des § 29 GBO.

c) Zum Telos des § 2077 Abs. 1 BGB

Schließlich gebietet auch die Zielsetzung des § 2077 Abs. 1 BGB keine anderweitige Beurteilung der Scheidungsklausel im Hinblick auf die Nachweispflichten gegenüber dem Grundbuchamt. Die Vorschrift ist eine gesetzliche Auslegungsregel (vgl. § 2077 Abs. 3), wonach vermutet wird, dass der Erblasser die Unwirksamkeit einer letztwilligen Verfügung zugunsten seines Ehegatten will, wenn die Ehe im Zeitpunkt des Erbfalls jeweils nicht mehr besteht oder die Voraussetzungen der Aufhebung der Ehe in diesem Zeitpunkt vorliegen.³² Hintergrund der Vorschrift ist die Annahme, dass die Zuwendung an den Ehegatte in der Regel mit der Vorstellung des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung verknüpft war, dass die in diesem Zeitpunkt bestehende familienrechtliche Bindung zum Zuwendungsempfänger, die in der verrechtlichen Lebensgemeinschaft manifestiert ist, bis zum Erbfall fortbesteht. Es wird daher vermutet, dass der Bestand der Ehe bzw. die Eigenschaft des Zuwendungsempfängers als Ehegatte kausal für die Zuwendung war. Folglich liegt auch die Vermutung nahe, dass die Wirksamkeit der Zuwendung nach dem Willen des Erblassers mit dem Fortbestand der Ehe steht und fällt.

21 KG, Beschluss vom 29.10.2020, 1 W 1463/20, MittBayNot 2021, 372, 373 f.

22 BGH, Urteil vom 08.10.2013, XI ZR 401/12, MittBayNot 2014, 345, 348 f.; KG, Beschluss vom 29.10.2020, 1 W 1463/20, MittBayNot 2021, 372, 374; *Volmer*, ZEV 2016, 402, 403; *Weber*, MittBayNot 2017, 163, 165.

23 Zu den Nachweisproblemen siehe auch *Böhringer*, NZFam 2019, 442, 443; *Drexler*, MittBayNot 2020, 365, 366.

24 BGH, Urteil vom 08.10.2013, XI ZR 401/12, MittBayNot 2014, 345, 349.

25 OLG München Beschluss vom 25.08.2016, 34 Wx 167/16, BeckRS 2016, 15324; BayObLG, Beschluss vom 14.12.1995, 2 Z BR 127/95, BeckRS 1995, 9581; *Bauer/Schaub/Bayer/Meier-Wehrsdorfer*, GBO, § 35 Rdnr. 178.

26 BeckOK-GBO/Otto, § 35 Rdnr. 1 f.

27 *Bauer/Schaub/Bayer/Meier-Wehrsdorfer*, GBO, § 29 Rdnr. 8 ff.

28 *Bauer/Schaub/Bayer/Meier-Wehrsdorfer*, GBO, § 29 Rdnr. 178, 183.

29 OLG München Beschluss vom 27.09.2016, 34 Wx 235/16, BeckRS 2016, 17111.

30 *Bauer/Schaub/Bayer/Meier-Wehrsdorfer*, GBO, § 29 Rdnr. 178.

31 BayObLG, Beschluss vom 13.01.1967, BReg. 2 Z 60/66, NJW 1967, 1283, 1284.

32 BGH, Urteil vom 06.05.1959, V ZR 97/58, BeckRS 2015, 5602.

Tatbestandliche Voraussetzung für § 2077 Abs. 1 Satz 1 BGB ist, dass im Zeitpunkt des Erbfalls die Ehe durch rechtskräftigen Scheidungsbeschluss (§ 1564 BGB) oder gerichtliche Aufhebung (§ 1313 BGB) aufgelöst ist. Nach Satz 2 und 3 steht es der rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung jeweils gleich, wenn im Zeitpunkt des Erbfalls die jeweiligen Voraussetzungen für die Auflösung der Ehe vorlagen. Es erfolgt also eine hypothetische Prüfung, ob der Scheidungsantrag erfolgreich gewesen wäre (§§ 1565 ff. BGB) und der Erblasser den Scheidungsantrag tatsächlich gestellt oder ihm zugestimmt hat. Hintergrund der Gleichstellung ist der Gedanke, dass die Anwendung der Vermutung nicht vom Zufall abhängen soll, ob die richterliche Entscheidung noch vor dem Tod des Erblassers ergeht, solange die materiellrechtlichen Voraussetzungen hierfür vorlagen und der Erblasser durch eine eigene förmliche Prozesshandlung (Antrag oder Zustimmung zum Antrag) seine Billigung des Auflösungsverfahrens zum Ausdruck gebracht hat.³³

Der Scheidungsantrag des überlebenden Ehegatten allein reicht nicht aus.³⁴ Das Gesetz geht von einem typisierten Willen des die Scheidung betreibenden oder ihr zustimmenden Ehegatten aus, die Zuwendung an den anderen Ehegatten nicht mehr zu wollen; dieser Wille ist beim Scheidungsgegner als Erblasser hinsichtlich seiner Verfügung grundsätzlich nicht in derselben Weise zu vermuten.³⁵ Diese Einschränkung des Anwendungsbereichs liegt in der Rechtsnatur des § 2077 Abs. 1 BGB begründet, der eine Auslegungsregel zur Ermittlung des Willens einzig und allein des Erblassers enthält.³⁶ Anknüpfungspunkt für die Vermutung ist nach der Konzeption des Gesetzgebers das Verhalten des Erblassers, nicht lediglich die passive Entgegennahme des Scheidungsantrags, wodurch ein die Ungleichbehandlung rechtfertigendes Kriterium geschaffen wurde.³⁷ Auf diese Weise ist überdies die Höchstpersönlichkeit der Testierfreiheit gewahrt, da dem Erblasser die Entscheidung über die Wirksamkeit der Verfügung von Todes wegen nicht durch das Verhalten des Bedachten abgenommen wird.³⁸

Die vorliegende Scheidungsklausel ergänzt § 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB lediglich dahin gehend, dass die Rechtsfolge der Unwirksamkeit an den Scheidungsantrag sowohl des Erblassers als auch des Bedachten anknüpfen kann. Die Höchstpersönlichkeit ist gewahrt, da jeder Ehegatte als Erblasser der Klausel zugestimmt hat. Im Übrigen bleibt die Rechtsnatur des Unwirksamkeitsgrundes jedoch in der Rechtsfolge unverändert. Lediglich die Tatbestandsseite ist gegenüber dem § 2077 Abs. 1 BGB modifiziert. Aus der tatbestandlichen Erweiterung und der Aufnahme der Klausel in das gemeinschaftliche Testament lassen

sich auch keine Rückschlüsse auf eine konkrete Scheidungsabsicht der Ehegatten ziehen. Vielmehr ist hierin eine Absicherung für den abstrakten Fall der Scheidung zu sehen, welche für zusätzliche Rechtssicherheit sorgen soll. Diesbezüglich spielt es keine Rolle, welcher der Ehegatten den Scheidungsantrag gestellt hat.³⁹ Im Hinblick auf § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO handelt es sich weiterhin um einen Unwirksamkeitsgrund wie jeden anderen, wie das Gericht zu Recht bemerkt; folglich ist insofern eine Gleichbehandlung geboten, d. h. nur bei Vorliegen von konkreten Anhaltspunkten ist ein Erbschein nach § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO zu verlangen.

2. Konsequente Fortführung der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung

Die vorliegende Gerichtsentscheidung stellt sich überdies als konsequente Fortführung der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 29 und § 35 GBO dar.

So legten diverse oberinstanzliche Gerichte in einer ganzen Reihe von Entscheidungen zu unterschiedlichen Unwirksamkeitsgründen wiederholt fest, dass entfernte, gänzlich abstrakte Möglichkeiten, die das aus der Verfügung hervorgehende Erbrecht nur unter ganz besonderen Umständen in Frage stellen, das Verlangen des Grundbuchamts nach Vorlegung eines Erbscheins im Regelfall nicht rechtfertigen können.⁴⁰ Letztlich wohnt jeder Verfügung von Todes wegen bis zu einem gewissen Grad eine Unsicherheit der Wirksamkeit inne, da niemals mit absoluter Gewissheit festgestellt werden kann, dass nicht irgendein Umstand gegeben ist, der die vorliegende Verfügung von Todes wegen zu Fall bringt.⁴¹

Zuletzt hatte derselbe Senat nur eine Woche vor der gegenständlichen Entscheidung in einem Beschluss ausgesprochen, dass es bei der Löschung einer auf dem Grundstück einer GbR lastenden Grundschuld nach dem Tod eines Gesellschafter zum Nachweis der Bewilligungsbefugnis des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Grundbuchamt ausreiche, wenn sich aus der in der Form

39 DNotI-Report 2006, 181, 183.

40 KG, Beschluss vom 13.10.1902 (Az. unbek.), OLG 6, 15, 16; Beschluss vom 19.01.1905, 1 Y 1315/04, KGJ 29, 159, 160; Beschluss vom 27.07.1939, 1 Wr 341/39, JFG 20, 217, 219; OLG München, Beschluss vom 05.02.1941, 8 Wr 772/40, JFG 22, 184, 186; OLG Celle, Beschluss vom 24.10.1960, 4 Wx 30/60, NJW 1961, 562; OLG Hamm, Beschluss vom 02.01.1969, 15 W 490/68, NJW 1969, 798, 799; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 02.09.1985, 3 W 170/85, DNotZ 1986, 240, 242; KG, Beschluss vom 13.11.2012, 1 W 382/12, BeckRS 2012, 25094; OLG München, Beschluss vom 31.10.2014, 34 Wx 293/14, MittBayNot 2015, 221 f.; OLG Oldenburg, Beschluss vom 27.10.2016, 12 W 192/16, MittBayNot 2017, 500, 501; KG, Beschluss vom 29.10.2020, 1 W 1463/20, MittBayNot 2021, 372, 373. Insofern in ihrer Argumentation inkonsequent OLG München, Beschluss vom 28.10.2015, 34 Wx 274/15, BeckRS 2016, 7221, und OLG Naumburg, Beschluss vom 11.12.2018, 12 Wx 59/18, MittBayNot 2020, 362, 363 f., die mit der Annahme, dass es „keinen allgemeinen Erfahrungssatz gibt, wonach Ehegatten einen Scheidungs- oder Eheaufhebungsantrag nicht einreichen“, das Regel-Ausnahme-Verhältnis auf den Kopf stellen.

41 KG, Beschluss vom 27.07.1939, Wr 341/39, JFG 20, 217, 219.

33 BT-Drucks. 7/650, S. 274; Grüneberg/Weidlich, § 1933 Rdnr. 1.

34 Grüneberg/Weidlich, § 1933 Rdnr. 1.

35 MünchKomm-BGB/Leipold, § 2077 Rdnr. 10.

36 BeckOGK-BGB/Harke, Stand: 01.07.2022, § 2077 Rdnr. 21.

37 MünchKomm-BGB/Leipold, § 2077 Rdnr. 10; BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand: 01.05.2022, § 2077 Rdnr. 10.

38 BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2077 Rdnr. 10.

des § 29 GBO eingereichten Zustimmungserklärung des Testamentsvollstreckers und der übrigen Gesellschafter ergibt, dass es keinen schriftlichen Gesellschaftsvertrag gibt und besondere gesellschaftsvertragliche Abreden für den Todesfall nicht getroffen worden sind; sofern keine konkreten Anhaltspunkte für Zweifel an diesen Angaben bestehen, bedürfte es nicht einmal eidesstattlicher Versicherungen.⁴² Das Gericht bekräftigt damit im Hinblick auf Negativtatsachen die eingeschränkte Prüfbefugnis des Grundbuchamts und stellt klar, dass an die begründeten Zweifel hohe Anforderungen zu stellen sind. Begründet wird dies zum einen mit der immanenten Schwierigkeit der Beweisführung und zum anderen mit dem begrenzten Beweiswert von eidesstattlichen Versicherungen.⁴³ Bemerkenswert ist insofern, dass beide Entscheidungen des V. Zivilsenats das Problem der praktischen Erfüllbarkeit der Nachweispflicht adressieren und jeweils in pragmatischer Weise zugunsten des Antragstellers auflösen.

In diesem Kontext ist auch das obiter dictum am Ende der Entscheidung zu sehen, in welchem eine Abgrenzung zu allgemeinen und spezifischen Verwirkungsklauseln erfolgt. Für die Beantwortung der Frage, ob ein im Sinne solcher Verwirkungsklauseln sanktionsbewehrtes Verhalten des Bedachten vorliegt, bedarf es allerdings regelmäßig zunächst der Testamentsauslegung und damit verbundener weitergehender Ermittlungen.⁴⁴ Eine solche tiefgreifende tatsächliche und rechtliche Prüfung der Erbfolge übersteigt die Prüfkompetenz des Grundbuchamts und kann allein vom Nachlassgericht vorgenommen werden.⁴⁵ Im Gegensatz zu Unwirksamkeitsgründen wie fehlender Testierfähigkeit oder Scheidung existieren gerade keine (Lebens-)Erfahrungswerte oder Vermutungen zugunsten der Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung, auf welche sich das Grundbuchamt stützen kann.⁴⁶ Die verfahrensrechtliche Aufgabenverteilung zwischen Grundbuchamt und Nachlassgericht spiegelt insofern auch den Grundsatz der Subsidiarität von gesetzlichen Auslegungsregeln gegenüber der Ermittlung des tatsächlichen oder hypothetischen Erblasserwillens wider.⁴⁷

42 BGH, Beschluss vom 10.02.2022, V ZB 87/20, BeckRS 2022, 4891.

43 BGH, Beschluss vom 10.02.2022, V ZB 87/20, BeckRS 2022, 4891.

44 BGH, Urteil vom 24.06.2009, IV ZR 202/07, NJW-RR 2009, 1455, 1456 f.; Beschluss vom 02.06.2016, V ZB 3/14, MittBayNot 2017, 161, 162.

45 *Litzenburger*, FD-ErbR 2022, 448885, vermutet daher auch, dass eidesstattliche Versicherungen gegenüber dem Grundbuchamt künftig nicht mehr zum Nachweis zum Nachweis des Nichteintritts der Verwirkung genügen werden. Der BGH lässt dies in der vorliegenden Entscheidung ausdrücklich offen.

46 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 18.11.1993, 20 W 158/93, MittBayNot 1994, 156, 157; OLG Köln, Beschluss vom 14.12.2009, 2 Wx 59/09, NJW-RR 2010, 665, 666; OLG Hamm, Beschluss vom 08.02.2011, 15 W 27/11, MittBayNot 2012, 146, 148.

47 *Meikel/Roth*, Grundbuchrecht, § 35 Rdnr. 112 ff.

3. Methodisch überzeugende Argumentation des Gerichts

Die vorliegende Entscheidung überzeugt schließlich auch handwerklich, da sie in methodischer Hinsicht verschiedene Argumentationsfiguren zur Stützung des Ergebnisses heranzieht. Beleuchtet werden sollen dabei das (Un-)Gleichheitsargument und das Folgenargument.

Aus Art. 3 Abs. 1 GG folgt der Gleichheitsgrundsatz, d. h. gleiche Sachverhalte sind gleich zu behandeln; umgekehrt erfordert eine Ungleichbehandlung einen sachlichen Grund.⁴⁸ Die Rechtsanwendungsgleichheit erfordert in der Konsequenz auch eine gleiche bzw. konsistente Auslegung des Gesetzes.⁴⁹ Es handelt sich hierbei um einen Unterfall der systematischen Auslegung.⁵⁰ Das Gericht bemüht im vorliegenden Fall beide Dimensionen des Gleichheitsgrundsatzes. Einerseits setzt es die Unwirksamkeit aus der streitgegenständlichen Scheidungsklausel mit der aus § 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB resultierenden Unwirksamkeit⁵¹ und anderen gesetzlichen Unwirksamkeitsgründen wie fehlender Testierfähigkeit oder Aufhebung durch ein späteres Testament gleich; andererseits grenzt der Senat diese Fallkonstellationen von den Verwirkungsklauseln ab und rechtfertigt dadurch seine abweichende Bewertung in diesen Fällen. Folglich gewinnt nicht nur der vorliegende Beschluss, sondern die komplette einschlägige Rechtsprechung an Überzeugungskraft, da sich eine stimmige Struktur entwickelt.

Das Folgenargument in der Figur des *argumentum ad absurdum* ist ein Instrument der teleologischen Auslegung, das offensichtlich unannehmbare oder unpraktikable Auslegungsergebnisse vermeiden will;⁵² es ist damit eine ausschließlich negative Argumentationsfigur.⁵³ Der BGH stellt fest, dass der Anwendungsbereich des § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO bei verheirateten Erblassern weitgehend leer liefe, wenn der überlebende Ehegatte jeweils den Nachweis des Nichtvorliegens der Voraussetzungen des § 2077 BGB bzw. der Scheidungsklausel nachweisen müsste. Dies kann nicht die Intention des Gesetzgebers gewesen sein. Indem vorliegend die Folgen des Nach-

48 BVerfG, Beschluss vom 10.11.1998, 1 BvL 50-92, NVwZ 1999, 517; Beschluss vom 21.06.2011, 1 BvR 2035/07, NVwZ 2011, 1316 f.; Beschluss vom 10.07.2012, 1 BvL 2/10, 1 BvL 3/10, 1 BvL 4/10, 1 BvL 3/11, NVwZ-RR 2012, 825.

49 *Staudinger/Honsell*, Neub. 2018, Einl. Rdnr. 144; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 1 Rdnr. 42.

50 *Möllers*, Juristische Methodenlehre, § 4 Rdnr. 102, 109; *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 45 f.

51 Vgl. hierzu auch DNotI-Report 2006, 181, 183.

52 BGH, Urteil vom 11.05.1971, VI ZR 78/70, NJW 1971, 1883, 1886; *Staudinger/Honsell*, Einl. Rdnr. 151; *Diederichsen* in FS Larenz, 1973, S. 155 ff.

53 *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 4. Aufl. 2019, S. 218.

weiszwangs für derartige Negativtatsachen in den Blick genommen und dieser im Ergebnis verneint wird, verhilft das Gericht letztlich dem Schutzzweck der Norm zur Durchsetzung.

4. Fazit

Vor diesem Hintergrund ist die vorliegende Entscheidung in jeder Hinsicht zu begrüßen und schafft insbesondere Rechtsklarheit für die notarielle Beratungspraxis. Gleichzeitig ist sie als Bekenntnis des BGH zum erhöhten Beweiswert der notariell beurkundeten letztwilligen Verfügung im Nachlassverfahren zu werten.

6. Keine Abnahme der Werkleistung durch Gemeinschaft der Wohnungseigentümer

OLG München, Endurteil vom 22.03.2022, 28 U 3194/21 Bau

BGB §§ 634, 637, 640

WEG §§ 9a, 19

LEITSÄTZE:

1. Für die Prozessführung durch Wohnungseigentumsgemeinschaften gilt seit dem 01.12.2020 die Bestimmung des § 9a WEG, der keine Übergangsregelung für bereits begonnene Verfahren enthält. § 9a WEG wirkt ex nunc und lässt damit die Wirksamkeit bereits getroffener Beschlüsse von Wohnungseigentumsgemeinschaften vor dem 01.12.2020 mangels entsprechender gesetzlicher Regelung nicht entfallen, sodass die WEG materiellrechtlich befugt ist, auch die Ansprüche auf Herstellung zu verfolgen. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer kann zwar Herstellungsansprüche der Erwerber an sich ziehen, ist jedoch grundsätzlich nicht befugt, die Abnahme der Werkleistung zu erklären. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Da die Wohnungseigentümergeinschaft keine Beschlusskompetenz zur Herbeiführung der Abnahmewirkungen hat, besteht auch keine Kompetenz der Wohnungseigentümergeinschaft, durch das Fordern eines Vorschusses die Abnahme entbehrlich zu machen und ein Abrechnungsverhältnis zu begründen. (Leitsatz der Schriftleitung)
4. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn ein oder mehrere Erwerber die Abnahme, ggf. unter Vorbehalt der Mängel nach § 640 Abs. 3 BGB erklärt hätten, denn dann könnte die Wohnungseigentümergeinschaft die Gewährleistungsrechte für das Gemeinschaftseigentum mit Wirkung für alle geltend machen, da die Rechtsverfolgung erneut sinnvollerweise nur gemeinschaftlich im Sinne von § 9a Abs. 2 WEG erfolgen könnte. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Mit der Klage macht die Klägerin, eine WEG, Ansprüche auf Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung, hilfsweise Schadensersatz aus Kaufverträgen bezüglich gebrauchter Wohnungen mit einer zusätzlichen werkvertraglichen Vereinbarung gegen die Beklagte als Verkäuferin der Wohnungen geltend.

2 Die Beklagte verkaufte nach Teilungserklärung vom 17.04.2012 176 gebrauchte Wohnungseigentumswohnungen an unterschiedliche Erwerber, die gemeinsam die WEG L in U bilden. Es handelte sich dabei um Kaufverträge bezüglich gebrauchter Wohnungen, die mit jeweils gleichlautenden Kaufverträgen (...) verkauft wurden.

3 In § 12 der Verträge findet sich eine Regelung, bezeichnet als „Einverständnis zur Vornahme werterhaltender Maßnahmen“, in der sich die Beklagte verpflichtete, bauliche Maßnahmen zur Verschönerung und Werterhaltung auf Kosten der Verkäuferin durchzuführen. Diese Maßnahmen sollten sich vor allem auf Treppenhäuser und Hauseingangsbereiche erstrecken. Auf die Klausel in § 12 und die Anlage II des Vertrags (beispielsweise Vertrag K 3) wird Bezug genommen. Die insoweit erbrachten Maßnahmen sind nach den Feststellungen des LG nicht abgenommen worden.

4 Nach § 12 des Vertrags war Folgendes vorgesehen:

„Die Fertigstellung der vorbezeichneten, werterhaltenden Maßnahmen hat bis spätestens 31.12.2015 zu erfolgen (...).“

Die technische Abnahme erfolgt durch den TÜV S Industrieservice GmbH (...). Das technische Abnahmeprotokoll wird dem Käufer in Kopie zur Prüfung und rechtsgeschäftlichen Abnahme zugesandt. Teilt der Käufer innerhalb einer Frist von 14 Tagen ab Erhalt des technischen Abnahmeprotokolls keine Mängel mit, steht dies der Abnahme gleich.“

5 Zu dieser Vorgehensweise haben die Parteien nicht vorgebracht.

6 Die Klägerin beehrte erstinstanzlich die Zahlung von 151.028,50 € Kostenvorschuss für Mängelbeseitigungsmaßnahmen, da die unter § 12 in Verbindung mit der Anlage II des Vertrags vorgesehenen Leistungen nicht mangelfrei erbracht worden seien. Im Übrigen wird Bezug genommen auf die Feststellungen des LG.

7 Das LG hat auf die Klage Kostenvorschuss i. H. v. 125.069 € zuzüglich Zinsen zugesprochen und eine entsprechende Feststellung für weitergehende Haftung getroffen. Die vereinbarten Leistungen seien mangelhaft erbracht worden. Dies ergebe sich aus dem im selbstständigen Beweisverfahren eingeholten Sachverständigengutachten. Das LG ging dabei von einem Leistungsmaßstab entsprechend § 20 WEG n. F aus (...). Die Klägerin könne Mängelgewährleistungsansprüche auch geltend machen, da ein Abrechnungsverhältnis vorliege.

8 Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten. Ein Mangel liege bereits deswegen nicht vor, da das Gericht die Sollbeschaffenheit aus dem Vertrag nicht zutreffend bestimmt habe. Bei dem Begriff „werterhaltende Maßnahmen nach dem Konzept der Klägerin“ sei ein bestimmtes Leistungssoll nicht vorgegeben. Die Beklagte schulde daher nicht die vom Gericht vorgegebenen Maßnahmen, sondern habe vielmehr die vertraglich geschuldeten Verpflichtungen erfüllt. Im Übrigen könne die Klägerin keine Mängelrechte vor der Abnahme geltend machen. In gleichem Maße sei der Feststellungsantrag unbegründet.

9 Die Beklagte beantragt,

Das Urteil des LG München I vom 06.05.2021, (...) wird dahin gehend abgeändert, dass die Klage insgesamt abgewiesen wird.

10 Die Klägerin beantragt,

Die Berufung wird zurückgewiesen und im Wege der Anschlussberufung:

Das Urteil des LG München I vom 06.05.2021, wird dahin gehend abgeändert, dass die Beklagte verurteilt wird, an die Klägerin 143.829,35 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 25.09.2014 zu bezahlen.

11 Die Beklagte beantragt,

Die Anschlussberufung wird zurückgewiesen.

(...)

20 II. Die zulässige Berufung erweist sich als begründet, führt zur Abänderung des landgerichtlichen Urteils und Klageabweisung sowie zur Zurückweisung der Anschlussberufung.

21 Der Klägerin steht derzeit kein Anspruch auf Kostenvorschuss bzw. Schadensersatz zu.

22 1. Die Klage ist zulässig.

23 Die Klägerin als WEG kann Ansprüche, welche sie an sich gezogen hat, nach § 9a WEG (Rechtsstand 01.12.20) weiter verfolgen.

24 Für die Prozessführung durch Wohnungseigentumsgemeinschaften gilt seit dem 01.12.2020 die Bestimmung des § 9a WEG, der keine Übergangsregelung für bereits begonnene Verfahren enthält. Diese Vorschrift würde damit grundsätzlich auch für Verfahren gelten, die noch nicht abgeschlossen sind (Vgl. BT-Drucks. 19/18791, S. 47). Eine gekorene Ausübungskompetenz der WEG ist daher zweifelhaft.

25 Aus Sicht des Senats wirkt sich § 9a WEG für bereits erhobene Klagen wie die vorliegende jedoch nicht aus. § 9a WEG wirkt ex nunc und lässt damit die Wirksamkeit bereits getroffener Beschlüsse von Wohnungseigentumsgemeinschaften vor dem 01.12.2020 mangels entsprechender gesetzlicher Regelung nicht entfallen, sodass die WEG materiellrechtlich befugt ist, auch die Ansprüche auf Herstellung zu verfolgen.

26 Eine Prozessführungsbefugnis ist sowohl für Herstellungsansprüche als auch für Gewährleistungsansprüche zu bejahen. Jedenfalls für bereits erhobene Klagen muss eine einmal begründete Prozessführungsbefugnis aufgrund materiellrechtlicher Ermächtigung bestehen bleiben (vgl. *Vogel*, BauR 2021, 420; *Pause*, NZBau 2021, 230). Die Gemeinschaft konnte durch Mehrheitsbeschluss die Durchsetzung der auf die Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichteten Rechte der Erwerber von Wohnungseigentum wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum an sich ziehen (vgl. BGH, Urteil vom 12.04.2007, VII ZR 236/05). Da insoweit eine materiellrechtliche Befugnis besteht, macht die WEG ein eigenes Recht im eigenen Namen geltend. Die Prozessführungsbefugnis ist daher anzunehmen.

27 Der im selbstständigen Beweisverfahren vorgelegte Beschluss (...), Beschluss vom 22.05.2014, enthält unter TOP 5.2 den Mehrheitsbeschluss, dass Ansprüche wegen Nichteinhaltung der sog. werterhaltenden Maßnahmen gemäß § 10 Abs. 6 WEG an die Wohnungseigentümergeinschaft gezogen werden.

28 Die ordnungsgemäße Herstellung gehört im Übrigen zur Erhaltung des Gemeinschaftseigentums, eine Prozessführungsbefugnis der Klägerin ergibt sich somit zudem nach neuem Recht aus § 19 Abs. 2 Nr. 2 WEG (vgl. BGH, Urteil vom 12.04.2007, VII ZR 236/05). Der Umstand, dass die Klägerin den Prozess fortsetzt, bringt zum Ausdruck, dass die Wohnungseigentümergeinschaft weiterhin eine gemeinschaftliche Rechtsverfolgung wünscht. Für Gewährleistungsansprüche am Gemeinschaftseigentum ist jedenfalls eine Rechtsausübung durch die Gemeinschaft nach § 9a WEG erforderlich. Eine einheitliche Rechtsverfolgung ist geboten, da es um eine mangelfreie Leistung der Beklagten am Gemeinschaftseigentum geht.

29 2. Die Berufung der Beklagten ist begründet, da derzeit keine Ansprüche der Klägerin auf Kostenvorschuss bestehen.

30 a) Ein Anspruch auf Kostenvorschuss gemäß § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 1, 3 BGB besteht nicht.

31 1) Zutreffend geht das LG hinsichtlich der in den Kaufverträgen enthaltenen Vereinbarung „Einverständnis zur Vornahme werterhaltender Maßnahmen“ von einer werkvertraglichen Zusatzvereinbarung in den geschlossenen Kaufverträgen aus.

32 Für diese abgrenzbare Vereinbarung wollten die Parteien Werkvertragsrecht zur Anwendung bringen, denn es ist ein Erfolg im Sinne von § 631 BGB geschuldet.

33 Zwar legt die Formulierung in den Verträgen an sich zunächst nicht nahe, dass es sich um einen Werkvertrag handelt. Das LG liest aber zutreffend aus den gewählten Formulierungen, dass ein Erfolg geschuldet sein sollte. Sowohl für die Treppenhäuser, als auch für die Hauseingangsbereiche sollte nach dem Konzept der Verkäuferin eine Überarbeitung stattfinden. Insoweit ist von der Klägerin ein Erfolg im Sinne des § 631 BGB geschuldet. Für die Konkretisierung des Leistungserfolgs sahen die Parteien ein Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB vor. Für die Wer-

tung, Werkvertragsrecht zur Anwendung zu bringen, spricht zudem die Formulierung in den Verträgen, dass nach der Übersendung des technischen Abnahmeprotokolls eine rechtsgeschäftliche Abnahme der Leistungen erfolgen sollte. Dies lässt erkennen, dass auch die Vertragsparteien insofern von einer werkvertraglichen Regelung ausgingen. Jeder einzelne Käufer hat insoweit aufgrund seines mit der Verkäuferin geschlossenen Vertrags einen Anspruch auf Herstellung dieser Überarbeitung gemäß § 631 BGB.

34 2) Die WEG macht Gewährleistungsansprüche für die einzelnen Erwerber nach § 634 Nr. 2 BGB geltend, indem Vorschuss zur Mängelbeseitigung nach § 637 Abs. 1 und 3 BGB begehrt wird.

35 Die Voraussetzungen dieses Anspruchs liegen derzeit aber nicht vor. Es fehlt schon an einer Abnahme der Werkleistung als Voraussetzung für den Gewährleistungsanspruch als Nacherfüllungsanspruch, da ein Abrechnungsverhältnis allein aufgrund eines Verlangens des Kostenvorschusses durch die WEG nicht angenommen werden kann.

36 3) Voraussetzung für den Übergang vom Herstellungsanspruch zu Gewährleistungsansprüchen ist die Abnahme der Werkleistung nach § 640 BGB, da nach der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich keine Gewährleistungsansprüche vor der Abnahme geltend gemacht werden können (vgl. BGH, Urteil vom 19.01.2017, VII ZR 301/13).

37 (1) Zwar kann in Ausnahmefällen von einem Abrechnungsverhältnis ausgegangen werden, dieses darf jedoch nicht gleichsam im Wege eines Automatismus' aufgrund einer Forderung des Bestellers angenommen werden.

38 (2) Der Besteller kann berechtigt sein, Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 bis 4 BGB ohne Abnahme geltend zu machen, wenn er nicht mehr die (Nach-)Erfüllung des Vertrags verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist.

39 Ein solches Abrechnungsverhältnis ist hier zu verneinen. Die Klägerin macht Kostenvorschuss, hilfsweise Schadensersatz nach allgemeinem Leistungsstörungenrecht geltend. Ein Abrechnungsverhältnis, das gesetzlich nicht geregelt ist, kommt in Betracht, wenn der Unternehmer das Werk als fertig gestellt zur Abnahme anbietet, der Besteller nur noch Schadensersatz statt der Leistung geltend macht (vgl. Kniffka/Koebler/Jurjeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 4. Teil Rdnr. 489) und der Besteller nicht mehr die Nacherfüllung geltend machen kann.

40 Für einen geltend gemachten Vorschussanspruch kann dies nicht ohne Weiteres angenommen werden. Das alleinige Verlangen eines Vorschusses für die Beseitigung eines Mangels im Wege der Selbstvornahme genügt hierfür nicht (BGH, Urteil vom 19.01.2017, VII ZR 301/13).

41 Ein Abrechnungsverhältnis kann auch dann entstehen, wenn der Besteller ausdrücklich bzw. konkludent zum Ausdruck gebracht hat, unter keinen Umständen mit dem Unternehmer, der ihm das Werk als fertig gestellt zur Abnahme angeboten hat, zusammenzuarbeiten zu wollen. Auch hieran fehlt es. Der Anspruch auf Herstellung des Gemeinschaftseigentums steht grundsätzlich den Erwerbern zu,

weder von diesen noch von der Wohnungseigentümergemeinschaft wurde dies zum Ausdruck gebracht. Die Klägerin hat mit Schreiben vom 23.09.2014 und Schreiben vom 24.09.2014 (...) zur Erfüllung der werterhaltenden Maßnahmen aufgefordert. Es wurde aber nicht vorgetragen, dass kein Interesse mehr an einer Erfüllung bzw. Nacherfüllung mehr besteht.

42 (3) Hinzu kommt, dass hier die WEG zwar die Herstellungsansprüche der Erwerber an sich ziehen kann, die WEG aber grundsätzlich nicht befugt ist, die Abnahme der Werkleistung zu erklären (vgl. BGH, Urteil vom 12.05.2016, VII ZR 171/15).

43 Da die Wohnungseigentümergeinschaft keine Beschlusskompetenz zur Herbeiführung der Abnahmewirkungen hat, besteht aus Sicht des Senats auch keine Kompetenz der Wohnungseigentümergeinschaft, durch das Fordern eines Vorschusses die Abnahme entbehrlich zu machen und ein Abrechnungsverhältnis zu begründen. Es ist vielmehr Sache der einzelnen Eigentümer, die Abnahme herbeizuführen und die Voraussetzungen für die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen zu bewirken. Die Abnahme ist in jedem einzelnen Verhältnis zu erklären (OLG München, Urteil vom 26.01.2015, 9 U 1995/14 Bau; Urteil vom 06.12.2016, 28 U 2388/16). Bestehende Gewährleistungsansprüche kann die Klägerin dann als Wohnungseigentümergeinschaft wegen des gemeinschaftlichen Interesses und dem Interesse einer einheitlichen Rechtsverfolgung an sich ziehen, § 9a WEG.

44 (4) Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn ein oder mehrere Erwerber die Abnahme, ggf. unter Vorbehalt der Mängel nach § 640 Abs. 3 BGB, erklärt hätten, denn dann könnte die Wohnungseigentümergeinschaft die Gewährleistungsrechte für das Gemeinschaftseigentum mit Wirkung für alle geltend machen, da die Rechtsverfolgung erneut sinnvollerweise nur gemeinschaftlich im Sinne von § 9a Abs. 2 WEG erfolgen könnte.

45 Eine solche Abnahme oder Vortrag zu den Voraussetzungen der Abnahme gemäß Vertrag § 12 (hier war eine technische Abnahme vorgesehen, die letztlich die Wirkung einer fiktiven Abnahme erreichen könnte) ist trotz des ausdrücklichen Hinweises des Senats bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nicht erfolgt.

46 (5) Die Erklärung einer Abnahme durch das Ehepaar S, welche die Klägerin in der mündlichen Verhandlung versuchte, kann nicht als rechtlich wirksame Abnahmeerklärung im Sinne von § 640 BGB angesehen werden, § 174 BGB.

47 Die Abnahme ist eine einseitige Willenserklärung oder geschäftsähnliche Handlung, auf die jedenfalls die für Willenserklärungen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden sind (BeckOGK-BGB/Kögl, Stand: 15.08.2021, § 640 Rdnr. 14). Der Klägerevertreter erklärte die Abnahme unter Vorbehalt in Vertretung des Ehepaars S, um die Abnahmewirkungen zu erzeugen.

48 Zwar wäre grundsätzlich mit einer wirksamen Abnahmeerklärung eine rechtliche Voraussetzung für einen Gewährleistungsanspruch nach § 634 Nr. 2, § 637 BGB geschaffen,



den dann auch die Klägerin als Gemeinschaft der Wohnungseigentümer an sich ziehen könnte und vor Gericht nach § 9a WEG geltend machen könnte, die Abnahmeerklärung erwies sich jedoch unter zwei Gesichtspunkten nicht als wirksam erklärt.

49 (a) Zum einen rügte der Beklagtenvertreter gemäß § 174 BGB die Bevollmächtigung des Klägersvertreters zur Abgabe einer solchen Erklärung.

50 Nach ganz herrschender Meinung unterfallen auch rechtsgeschäftsähnliche Handlungen der analogen Anwendung des § 174 BGB (BGH, Urteil vom 17.10.2000, I ZR 97/99; Soergel/Leptien, BGB; § 174 Rdnr. 7; Grüneberg/Ellenberger, § 174 Rdnr. 2; MünchKomm-BGB/Schubert, § 174 Rdnr. 6; BeckOK-BGB/Schäfer, Stand: 01.02.2022, § 174 Rdnr. 2). Eine schriftliche Vollmacht wurde durch den Klägersvertreter weder im Schriftverkehr im Vorfeld der mündlichen Verhandlung noch in der mündlichen Verhandlung selbst vorgelegt, obwohl der Beklagtenvertreter in seinem Schriftsatz vom 15.12.2021 bereits auf diesen Umstand hingewiesen hatte und auch der Klägersvertreter die Anforderungen des § 174 BGB in seinem Schriftsatz vom 24.01.2022 selbst aufgriff. Ein einseitiges Rechtsgeschäft, dass ein Bevollmächtigter gegenüber einem anderen vornimmt, ist aber unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Eine Zurückweisung im Sinne von § 174 BGB ist in der mündlichen Verhandlung ausweislich der Protokollerklärung des Beklagtenvertreters erfolgt. Der Klägersvertreter legte eine Bevollmächtigung des Ehepaars S nicht vor. Eine wirksame Abnahme scheidet daher bereits an § 174 BGB.

51 (b) Zum anderen stellte sich die Abnahme als eine unzulässige Teilabnahme dar.

52 Ausweislich des Vertrags umfasste die werkvertragliche Zusatzverpflichtung der Klägerin die Überarbeitung der Treppenhäuser und Hauseingangsbereiche, wie in der Anlage II zum Vertrag definiert. In der mündlichen Verhandlung erklärte der Prozessvertreter der Klägerin für das Ehepaar S aber nur die Abnahme hinsichtlich der Treppenhäuser und ging auf die Türeingangsbereiche nicht näher ein. Damit wurde nur eine teilweise Abnahme erklärt. Die Voraussetzungen für eine Teilabnahme gemäß § 641 Abs. 1 Satz 1 sind nicht gegeben bzw. waren auch nicht vertraglich vorgesehen.

53 4) Im Übrigen fehlt – sofern man eine wirksame Abnahme unterstellen möchte – eine Fristsetzung zur Nacherfüllung gemäß § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 1, 3 BGB, um Gewährleistungsrechte auszulösen.

54 Da erst mit einer wirksamen Abnahme die Möglichkeit einer Nacherfüllung besteht, setzt ein Kostenvorschussanspruch weiterhin das Setzen einer Frist zur Nacherfüllung gemäß § 637 Abs. 1 BGB voraus.

55 b) Ein Anspruch auf Schadensersatz nach allgemeinem Leistungsstörungenrecht gemäß §§ 280, 281 Abs. 4, § 323 BGB besteht nicht, da ein ersatzfähiger Schaden noch nicht eingetreten ist.

56 1) Die Klägerin stützt ihren Schadensersatzanspruch – auch – auf allgemeines Leistungsstörungenrecht, nämlich Schadensersatz statt der Leistung, §§ 280, 281 BGB.

57 Geht man von einer unterbliebenen Abnahme aus, so stehen den Erwerbern noch die Herstellungsansprüche aus der zusätzlichen werkvertraglichen Verpflichtung zu. Diese wurden nicht vollumfänglich erfüllt, da die Leistung – möglicherweise – nicht den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Hierfür hatte die Klägerin mit den Schreiben (...) auch die erforderlichen Fristen zur Erfüllung der vertraglichen Pflichten gesetzt.

58 2) Ein etwaiger Schadensersatzanspruch scheidet jedoch – jedenfalls derzeit – deswegen aus, weil ein Schaden bei der Klägerin noch nicht eingetreten ist.

59 Derzeit bleibt die vertragliche Leistung der Beklagten hinter dem vertraglich Geschuldeten zurück, es liegt eine Störung des vertraglichen Äquivalenzinteresses vor. Weder bei der Klägerin selbst noch bei den Mitgliedern der Klägerin ist aber ein tatsächlicher Vermögensschaden eingetreten, denn bisher bleibt nur die Ist-Beschaffenheit der vertraglich erbrachten Leistung hinter dem vertraglich geschuldeten Soll zurück. Die mangelhafte Erfüllung allein stellt nicht einen Schaden an sich dar, da ein Mangel noch keinen Schaden begründet (vgl. BGH, Urteil vom 22.02.2018, VII ZR 46/17).

60 3) Die Klägerin verlangt hier einen Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Leistungspflicht, §§ 280, 281 BGB.

61 Der Schaden ist konkret zu berechnen. Zwar ist für das Kaufrecht entschieden, dass ein solcher Schaden auch auf Basis der fiktiven Mangelbeseitigungskosten berechnet werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 12.03.2021, V ZR 33/19). Dies kann jedoch für das Werkvertragsrecht nicht gelten. Die Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs gemäß § 634 Nr. 1, § 635 BGB stellt – ebenso wie die Nichterfüllung des (Erst-)Erfüllungsanspruchs gemäß § 631 Abs. 1, § 633 Abs. 1 BGB – eine Pflichtverletzung im Sinne der §§ 280, 281 BGB dar.

62 Das Ergebnis beider Pflichtverletzungen ist, dass dem Besteller anstelle eines mangelfreien Werks ein mangelhaftes Werk zur Verfügung steht. Deshalb ist dieses Ergebnis – jedenfalls im Werkvertragsrecht – im Ausgangspunkt auch der richtige Anknüpfungspunkt für die Bemessung des auf der Pflichtverletzung (Sachmangel) beruhenden Vermögensschadens (BGH, Beschluss vom 08.10.2020 VII AR 1/20). Hat der Besteller den Mangel tatsächlich beseitigen lassen, ist der aufgewendete Betrag als entstandener Schaden ersatzfähig (vgl. BGH, a. a. O.). Auch kann die Klägerin einen Schaden dann nach der Differenzhypothese berechnen. Eine Abrechnung auf Basis der fiktiven Mangelbeseitigungskosten muss allerdings ausscheiden (vgl. BGH, a. a. O.).

63 4) Eine Vorfinanzierung der Mangelbeseitigung sieht das allgemeine Schuldrecht nicht vor, sondern es werden nur tatsächlich eingetretene Schäden vergütet.

64 Eine andere Betrachtung rechtfertigt sich auch nicht aus der vom Kläger angeführten Kommentierung Grüneberg/

Grüneberg, § 249 Rdnr. 14. Zwar wird hier auf eine fiktive Schadensberechnung Bezug genommen. Diese Fundstelle befasst sich aber mit der Regulierung von Substanzschäden beispielsweise im Zusammenhang mit der Beschädigung eines Kraftfahrzeugs und ist eine Folge von § 249 BGB.

65 Die hier gegebene Störung des Äquivalenzinteresses ist hingegen anders zu beurteilen.

66 3. Da die Klage nicht begründet ist, war auch die – weitergehende – Anschlussberufung zurückzuweisen.

67 Das erstinstanzliche Urteil ist daher dahin gehend abzuändern, dass die Klage abzuweisen ist.

68 III. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 97, 101 ZPO.

69 Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

70 Die von der Klägerin beantragte Revision ist nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht erfüllt sind. Die vorliegende Sache hat keine über den Einzelfall hinausreichende Bedeutung. Eine Entscheidung des Revisionsgerichts ist auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung geboten.

7. Anforderungen an den Nachweis der Erbfolge bei auslegungsbedürftiger Pflichtteilsstrafklausel

OLG Saarbrücken, Beschluss vom 13.12.2021, 5 W 70/21

GBO § 29 Abs. 1, § 35 Abs. 1 Satz 2

LEITSATZ:

Enthält der notarielle Erbvertrag eine Klausel, wonach der zum Schlussereben eingesetzte Abkömmling von der Erbfolge ausgeschlossen ist, falls er nach dem Tode des Erststerbenden „diesen Erbvertrag anfechten oder seinen Pflichtteil verlangen“ sollte, so kann der Nachweis der Erbfolge im Grundbuchverfahren auch nicht unter ergänzender Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung eines Miterben geführt werden, wonach keiner der Schlussereben den Erbvertrag angefochten habe.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Antragsteller sind Brüder; sie begehren die Eintragung des Beteiligten zu 1 als neuen Eigentümer des im Grundbuch von (...) Blatt (...) eingetragenen Grundbesitzes aufgrund eines am 25.06.2021 geschlossenen – gegenständlich beschränkten – Erbauseinandersetzungsvertrages (UR Nr. 1556/2021 U BE des Notars Dr. U D, [...]). Die im Grundbuch eingetragenen Eigentümer, Vater und Mutter der Antragsteller, sind verstorben. Sie hatten am 28.03.1989 einen Erbvertrag abgeschlossen (UR Nr. 417/1989 des Notars R, [...] = Umschlagmappe [...]), der nach dem Tode des jeweiligen Ehegatten zunächst am 17.10.2019 und sodann erneut am 18.02.2021 vom Nachlassgericht eröffnet worden war. Darin hatten sich beide Ehegatten wechselseitig ohne

Rücksicht auf das Vorhandensein von Pflichtteilsberechtigten zu alleinigen Erben des Überlebenden eingesetzt, der Überlebende sollte sowohl unter Lebenden wie auch von Todes wegen frei verfügen können, für den Fall des gleichzeitigen Versterbens bzw. falls der Überlebende nicht testiert, setzten sie bzw. der Überlebende ihre Kinder, die drei Antragsteller, zu je ⅓-Anteil zu ihren Erben ein. Weiterhin heißt es in § 3 des Erbvertrages:

„Sollte einer unserer Abkömmlinge nach dem Tode des Erststerbenden diesen Erbvertrag anfechten oder seinen Pflichtteil verlangen, so ist er mit seinen Abkömmlingen von der Erbfolge des Überlebenden ausgeschlossen.“

Der Längstlebende kann diese Enterbung einseitig wieder aufheben.“

2 Die Antragsteller haben ausweislich Ziffer I ihres Erbauseinandersetzungsvertrages (UR 1556/2021 U BE, [...]) jeweils vor dem Notar an Eides statt versichert,

„dass keiner von uns nach dem Tode unseres Vaters seinen Pflichtteil geltend gemacht hat“.

3 Auf einen Hinweis des Grundbuchamtes (Verfügung vom 26.07.2021, [...]), dass außerdem an Eides statt zu versichern sei, dass der Erbvertrag der Eltern nicht angefochten wurde, reichte der Verfahrensbevollmächtigte der Antragsteller eine weitere notarielle Urkunde ein (UR 1991/21 U, [...]), in der – nur – der Beteiligte zu 1 an Eides statt versicherte,

„dass der Erbvertrag unserer Eltern vom 28.03.1989 (UR Nr. 417/1989, Notar R, Wadern) nach dem Tode unseres Vaters (Erstversterbende) von keinem der Schlusserben, also weder von meinen Brüdern R und M noch von mir, angefochten wurde“.

4 Mit der angefochtenen Zwischenverfügung (...) hat das Grundbuchamt die Antragsteller darauf hingewiesen, dass zu der beantragten Eintragung der lückenlose Erbnachweis nach § 35 GBO auf Übergeberseite fehle. Nach dem Erbvertrag sei der Überlebende zwar von den drei Übergebern – den Beteiligten zu 1 bis 3 – beerbt worden, dies jedoch nur unter der – einer Pflichtteilsstrafklausel vergleichbaren und demgemäß gleich zu behandelnden – Bedingung, dass jeweils nach dem Tode des Erstversterbenden der Erbvertrag nicht angefochten und ein Pflichtteil nicht verlangt worden sei. Daher sei die Erbfolge zumindest durch Vorlage eidesstattlicher Versicherungen sämtlicher Miterben, sonst durch Erbschein, nachzuweisen.

5 Dagegen richtet sich die von den Antragstellern am 12.11.2021 eingelegte Beschwerde, mit der diese unter Bezugnahme auf den früheren Schriftverkehr an ihrer schon zuvor geäußerten Auffassung (...) festhalten, dass die fehlende Anfechtung des Erbvertrages kein durch eidesstattliche Versicherung nachzuweisender Umstand sei und das Grundbuchamt dies auch nicht zu prüfen habe, zumindest aber die Vorlage der eidesstattlichen Versicherung eines Miterben ausreichen müsse, und der das AG mit Beschluss vom 22.11.2021 nicht abgeholfen hat.

6 II. Die gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes ist unbegründet. Das Grundbuchamt hat die beantragte Eintragung zu Recht von der Beibringung weiterer Nachweise zur Erbenstellung – richtigerweise: eines Erbscheines – abhängig gemacht.

71. Die beantragte Eintragung des Beteiligten zu 1 als Eigentümer des Grundstücks in Folge einer Erbauseinandersetzung kann nur vorgenommen werden, wenn eine wirksame Auflassung nach § 925 BGB, §§ 20, 29 GBO erfolgt und in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen ist (vgl. OLG München, ErbR 2017, 218; OLG Düsseldorf, FGPrax 2020, 256). Der – ggf. vorab im Wege der Berichtigung nach den §§ 22, 29, 35 GBO vorzunehmenden, hier nicht beantragten – Voreintragung des Erben (bzw. der Erbengemeinschaft, § 2040 BGB) bedarf es nicht (§ 40 Abs. 1 GBO; vgl. OLG Köln, NJW-RR 2018, 392; OKG Hamm, FGPrax 2017, 104; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 40 Rdnr. 3); jedoch bleibt dann, zusammen mit der Bewilligung der verfügungsberechtigten Miterben, der Nachweis der Erbfolge zu führen (*Demharter*, GBO, § 40 Rdnr. 2), an dem es hier bislang fehlt:

8 a) Der Nachweis der Erbfolge kann grundsätzlich – vom hier nicht gegebenen Fall der Offenkundigkeit abgesehen – nur durch einen Erbschein (oder ein Europäisches Nachlasszeugnis) geführt werden (§ 35 Abs. 1 Satz 1 GBO). 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 (BGH, Beschluss vom 02.06.2016, V ZB 3/14, FamRZ 2016, 2006; Senat, Beschluss vom 07.04.2020, 5 W 12/20, FGPrax 2020, 213). 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 hier unter Reduktion seines Ermessens nach § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO gehalten, einen Erbschein oder den Nachweis ausreichender Erklärungen der Beteiligten in der Form des § 29 GBO zu verlangen. Anerkannt ist das insbesondere für den Fall eines notariell beurkundeten Testaments, das eine sog. Pflichtteilsstrafklausel enthält, d. h. Klauseln, 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 Erbscheines verlangen oder wenigstens Erklärungen der Erben in der Form des § 29 GBO, dass sie den Pflichtteil nicht geltend gemacht haben (BGH, Beschluss vom 02.06.2016, V ZB 3/14, FamRZ 2016, 2006; Senat, Beschluss vom 03.08.2017, 5 W 62/17; *Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 39.3; *Meikel/Krause/Weber*, GBO, 12. Aufl., § 35 Rdnr. 125). Entsprechendes gilt bei allgemein gehaltenen Verwirkungsklauseln und bei speziellen Verwirkungsklauseln mit nicht eindeutigen Verhaltensanforderungen, dort allerdings mit der weiteren Einschränkung, dass sich im Grundbucheintragungsverfahren regelmäßig nicht sicher feststellen lassen wird, welches Verhalten des Bedachten

hier zum Verlust des in dem Testament zugedachten Erbrechts führt, sodass es dann bei der Regelung in § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO, wonach das Erbrecht durch einen Erbschein nachzuweisen ist, zu verbleiben hat (BGH, Beschluss vom 02.06.2016, V ZB 3/14, FamRZ 2016, 2006; *Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 39.3; *Meikel/Krause/Weber*, GBO, § 35 Rdnr. 125; *Keller/Munzig/Volmer*, KEHE Grundbuchrecht - Kommentar, 8. Aufl., § 35 Rdnr. 128).

9 b) Hiervon ausgehend, hat das Grundbuchamt den erforderlichen Nachweis der Erbenstellung der Veräußerer bislang zu Recht nicht für geführt erachtet und insbesondere die eidesstattliche Versicherung – nur – des Beteiligten zu 1, wonach der Erbvertrag weder von ihm noch den anderen Miterben „angefochten“ worden sei, dazu nicht ausreichen lassen. Dabei hat es im Ausgangspunkt zutreffend angenommen, dass die Regelung in § 3 des Erbvertrages, die gleichrangig auf das Unterlassen einer „Anfechtung“ der letztwilligen Verfügung und eines Pflichtteilsverlangens abstellt, nach § 2075 BGB dazu führt, dass die an sich vorgesehene Erbeinsetzung durch den Umstand oder das Verhalten auflösend bedingt ist, an welchen oder welches die Klausel anknüpft (vgl. BGH, Beschluss vom 02.06.2016, V ZB 3/14, FamRZ 2016, 2006; MünchKomm-BGB/*Leipold*, 8. Aufl., § 2074 Rdnr. 31). Die danach notwendige Feststellung, dass keine dieser beiden Alternativen vorliegt, kann mit den vorgelegten Urkunden nicht getroffen werden. Unbeschadet der Tatsache, dass die bloße eidesstattliche Versicherung allein des Beteiligten zu 1 von vornherein untauglich ist, das Unterbleiben einer „Anfechtung“ – d. h. eines komplexen, auch mit einer rechtlichen Würdigung verbundenen Vorganges, vgl. OLG Frankfurt a. M., FamRZ 2021, 1591 – auch durch die anderen Miterben zu belegen, die in einem entsprechenden Erbscheinsverfahren zwingend zu beteiligen wären (§ 345 Abs. 1 FamFG; vgl. *Keller/Munzig/Volmer*, a. a. O., § 35 Rdnr. 128), folgt dies hier auch schon aus der unklaren Fassung der Verwirkungsklausel, die völlig offenlässt, welches konkrete Verhalten dadurch aus Sicht der Erblasser sanktionieren werden sollte. Denn der darin verwendete Begriff der „Anfechtung“ ist nicht eindeutig; er kann rechtstechnisch gemeint sein, aber auch auf alle Handlungen abzielen, die sonst geeignet sind, die Verfügung ganz oder teilweise zu Fall zu bringen (vgl. OLG Dresden, NJW-RR 1999, 1165; OLG Braunschweig, OLGZ 1977, 185; BayObLGZ 1962, 47; *Staudinger/Otte*, Neub. 2019, § 2074 Rdnr. 72). Für die Ermittlung, ob ein im Sinne der Verwirkungsklausel sanktionsbewehrtes Verhalten des Bedachten vorliegt, bedürfte es daher zunächst einer Auslegung des Erbvertrages; für diese ist allein der sich aus den Gesamtumständen ergebende Wille des Erblassers maßgeblich, der in der Verfügung einen, wenn auch unvollkommenen Ausdruck gefunden haben muss (BGH, Urteil vom 24.06.2009, IV ZR 202/07, NJW-RR 2009, 1455; Urteil vom 10.07.2013, IV ZR 224/12, BGHZ 198, 32). Die dabei gebotene Berücksichtigung der Gesamtumstände ist jedoch im vorliegenden Grundbucheintragungsverfahren mit der in § 29 Abs. 1 GBO vorgesehenen Beschränkung der zulässigen Beweismittel regelmäßig – und so auch hier – nicht möglich (BGH, Beschluss vom 02.06.2016, V ZB 3/14, FamRZ 2016, 2006). Denn allein die Eintragungsunterlagen,

auf die das Grundbuchamt abstellen darf, ermöglichen keine umfassende Würdigung aller Umstände zum – maßgeblichen – Zeitpunkt der Errichtung des Erbvertrages. Eine zuverlässige Feststellung, welches Verhalten der Bedachten bei der hier gegebenen, nicht eindeutigen Verwirkungsklausel zum Verlust des Erbrechts führen sollte, ist damit nicht möglich. Schon deshalb erweisen sich die Bedenken, die das AG in der angefochtenen Zwischenverfügung geäußert hat, als vollumfänglich berechtigt.

10 2. Einer ausdrücklichen Kostenentscheidung bedurfte es im Hinblick auf die gesetzlich geregelte Kostenfolge (§ 22 Abs. 1 GNotKG) nicht. Die Rechtsbeschwerde war mangels Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen (§ 78 Abs. 2 Satz 1 GBO) nicht zuzulassen.

11 Die Entscheidung über die Festsetzung des Geschäftswertes beruht auf den §§ 46, 47, 61 GNotKG; maßgeblich ist das – durch den im Auseinandersetzungsvertrag mitgeteilten Grundstückswert definierte – wirtschaftliche Interesse der Antragsteller an der begehrten Eintragung (vgl. BGH, Beschluss vom 17.09.2020, V ZB 8/20, NJW 2021, 858; Korintenberg/*Bormann*, GNotKG, 21. Aufl., § 36 Rdnr. 55b).

ANMERKUNG:

Von Notarassessorin **Carolin Heiß**, München

In seinem Beschluss vom 13.12.2021¹ hat das OLG Saarbrücken entschieden, dass für den Nachweis der Erbfolge zu Grundbuchberichtigungszwecken die Eröffnungsniederschrift über eine notarielle Verfügung von Todes wegen im Sinne des § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO dann nicht ausreichend sein soll, wenn die Verfügung von Todes wegen Verwirkungsklauseln bzgl. der Erbeinsetzung enthält. Nach Ansicht des OLG Saarbrücken sei auch die Abgabe eidesstattlicher Versicherungen aller Erben über das Ausbleiben der Verwirkungstatbestände nicht ausreichend. In einem solchen Fall sei zum Erbnachweis vielmehr ein Erbschein erforderlich. Damit setzt das OLG Saarbrücken die höchstrichterliche Rechtsprechung² zu den Anforderungen an den Nachweis der Erbfolge im Grundbuchverfahren bei Pflichtteilsstrafklauseln und sonstigen Verwirkungsklauseln fort.

Vorteil und Argument für die Abfassung notarieller Verfügungen von Todes wegen ist neben der höheren Rechtssicherheit der Gestaltung im Vergleich zu privatschriftlichen letztwilligen Verfügungen und der rechtlichen Beratung der Erblasser durch den Notar zumindest auch die Ersparnis eines Erbscheins und des damit verbundenen Zeit- und Kostenaufwands. So regelt § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO, dass bei einer notariellen Verfügung von Todes wegen für den Erbnachweis gegenüber dem Grundbuchamt die Vorlage der Eröffnungsniederschrift ausreicht. Gemäß Hs. 2 kann ergänzend die Vorlage eines Erbscheins oder Europäischen Nachlasszeugnisses

nur verlangt werden, wenn das Grundbuchamt die Erbfolge durch die genannten öffentlichen Urkunden nicht für nachgewiesen erachtet. Auf dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis sei bei Würdigung des Beschlusses des OLG Saarbrücken besonderes Augenmerk gelegt.

Es ist anerkannt, dass das Grundbuchamt die letztwillige Verfügung selbst prüfen, auslegen und rechtlich würdigen muss.³ Im konkreten Fall enthielt der Erbvertrag eine Bestimmung, wonach ein benannter Erbe von der Erbfolge ausgeschlossen sein sollte, falls er nach dem Tod des Erststerbenden „diesen Erbvertrag anfechten oder seinen Pflichtteil verlangen“ würde. Damit steht die Erbeinsetzung unter der auflösenden Bedingung der Anfechtung bzw. des Pflichtteilsverlangens der benannten Person i. S. d. §§ 2075, 158 Abs. 2 BGB. Der Eintritt oder das Ausbleiben des Eintritts dieser auflösenden Bedingung kann vom Grundbuchamt allein anhand der Eröffnungsniederschrift nicht ermittelt werden.

In der Literatur existieren zu Nachweiserfordernissen in solchen Fällen des Ausbleibens von Negativtatsachen im Wesentlichen drei Meinungen.⁴

Nach einer Ansicht ist die Eröffnungsniederschrift der letztwilligen Verfügung ausreichend, solange der Nichtertritt der Bedingung nicht zweifelhaft ist.⁵ Schuldig bleiben die Vertreter dieser Ansicht eine klare Abgrenzung, wann der Bedingungseintritt zweifelhaft ist. Hierzu wäre das Grundbuchamt zu eigenen Ermittlungen oder Wertungen gezwungen, die ihm im Rahmen des Grundbuchberichtigungsverfahrens aber untersagt sind.⁶

Nach einer weiteren Ansicht ist stets die Vorlage eines Erbscheins erforderlich. Ein Nachweis durch eidesstattliche Versicherung ist dagegen nicht ausreichend.⁷ Diese Ansicht stützt sich streng auf den Wortlaut des § 35 Abs. 1 Satz 2 BGB, lässt jedoch die gesetzgeberische Wertung, notariellen letztwilligen Verfügungen einen besonderen Beweiswert zuzusprechen und daher im Regelfall ein Erbscheinsverfahren obsolet zu machen, unberücksichtigt.

Die wohl herrschende Meinung, die auch vom BGH im Jahre 2016⁸ bestätigt wurde, hält vor dem Hintergrund

- 3 Vgl. m. w. N. MünchKomm-BGB/*Grziwotz*, 8. Aufl. 2020, § 2353 Rdnr. 194; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 787.
- 4 Vgl. guter Überblick und m. w. N. BeckOK-GBO/*Wilsch*, Stand: 01.06.2022, § 35 Rdnr. 117; DNotI-Report 2002, 130.
- 5 LG Stuttgart, Beschluss vom 15.06.1988, 1 T 9/88, BWNNotZ 1988, 163; LG Koblenz, Beschluss vom 19.09.1994, 2 T 551/94, MittRhNotK 1995, 67 (wobei in dem zugrunde liegenden Fall eine eidesstattliche Versicherung vorlag); LG Köln, Beschluss vom 01.10.1987, 11 T 321/87, MittRhNotK 1988, 177.
- 6 BeckOK-GBO/*Wilsch*, § 35 Rdnr. 117; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 18.11.1993, 20 W 158/93, DNotZ 1995, 312.
- 7 LG Kassel, Beschluss vom 01.03.1993, 3 T 59–61/93, BeckRS 1993, 9235.
- 8 BGH, Beschluss vom 02.06.2016, V ZB 3/14, BeckRS 2016, 17767.

1 OLG Saarbrücken, Beschluss vom 13.12.2021, 5 W 70/21, ZEV 2022, 288.

2 BGH, Beschluss vom 02.06.2016, V ZB 3/14, BeckRS 2016, 17767.

dieses Regel-Ausnahme-Verhältnisses innerhalb des § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO den Nachweis auch durch Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung und damit in Form des § 29 GBO für möglich.⁹

In dem dem Beschluss des OLG Saarbrücken zugrunde liegenden Fall hatten die Erben bereits an Eides statt versichert, dass der Pflichtteil nach dem Tod des Erstversterbenden von keinem geltend gemacht worden war. Mithin sind die von der herrschenden Meinung und dem BGH geforderten Nachweisanforderungen bei der Verwendung von Pflichtteilsstrafklauseln gewahrt. Insoweit bestätigt das OLG Saarbrücken lediglich die herrschende Grundbuchpraxis.

Ergänzend hatte ein Miterbe eidesstattlich versichert, dass der Erbvertrag auch nicht angefochten worden sei. Dies war nach Ansicht des OLG Saarbrücken zum Nachweis über den Nichteintritt der auflösenden Bedingung nicht ausreichend. Dieser Nachweis sei nur durch Vorlage eines Erbscheins, nach Ansicht des Gerichts wohl nicht einmal durch eidesstattliche Versicherungen sämtlicher Miterben, zu führen.

Nicht zu überzeugen vermag das Argument, dass der Erbvertrag mit der Formulierung „diesen Erbvertrag anfechten“ auslegungsbedürftig sei, sodass ohne Durchführung des Erbscheinsverfahrens nicht ermittelt werden könne, welches konkrete Verhalten die Erblasser haben sanktionieren wollen.¹⁰ Das OLG Saarbrücken zieht hier eine Parallele zu allgemein gehaltenen Verwirkungsklauseln und speziellen Verwirkungsklauseln mit nicht eindeutigen Verhaltensanforderungen.¹¹ Den vom Gericht in Bezug genommenen Gerichtsentscheidungen lagen Einzeltestamente oder tatsächlich offen formulierte Verwirkungsklauseln zugrunde.

Ein Erbvertrag ist jedoch, anders als ein Einzeltestament, nicht allein nach dem wahren Erblasserwillen i. S. d. § 133 BGB auszulegen, sondern dieser muss bei vertragsmäßigen Verfügungen auch nach dem objektiven Empfängerhorizont des anderen Vertragsteils erkennbar sein, §§ 133, 157 BGB.¹² Bei einem Erbvertrag werden die Erblasser im Rahmen der notariellen Beurkundung auch über die Tragweite ihrer Erklärungen rechtlich beraten. Es ist daher davon auszugehen, dass der Begriff der Anfechtung tatsächlich rechtstechnisch i. S. d. §§ 2078 ff. BGB gemeint war. Anderweitige Anhaltspunkte für einen entgegenstehenden Erblasserwillen sind nicht erkennbar. Eine rein abstrakte Möglichkeit einer anderen Auslegung vermag auch in sonstigen Fällen nicht die Anforderung eines Erbscheins zu rechtfertigen, da sonst das Regel-

Ausnahme-Verhältnis des § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO verkannt werden würde.¹³

Die Anfechtung erfolgt gemäß § 2081 Abs. 1 BGB durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht, das verpflichtet ist, die Anfechtung den Miterben mitzuteilen, § 2081 Abs. 2 BGB. Insofern hätten die Erben im Falle einer Anfechtung Kenntnis von dieser Tatsache.

Daher wäre es konsequent, den Nachweis über das Ausbleiben einer Anfechtung des Erbvertrags ebenso wie den Nachweis über sonstige Negativtatsachen zu behandeln und die Vorlage eidesstattlicher Versicherungen sämtlicher Schlusserben und somit in der Form des § 29 GBO genügen zu lassen. Auch im Erbscheinsverfahren werden Negativtatsachen wie das Ausbleiben einer Erbvertragsanfechtung allein durch eine eidesstattliche Versicherung der Erben festgestellt. Eine weiterreichende Beweiserhebung und damit einen höheren Beweiswert vermag daher der Erbschein nicht zu erbringen. Mit diesem Argument hält die herrschende Meinung bei anderen Negativtatsachen auch die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung für Grundbuchzwecke für ausreichend.¹⁴ Vor dem Hintergrund des Regel-Ausnahme-Verhältnisses des § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO und der vom Gesetzgeber intendierten höheren Beweiskraft einer notariellen letztwilligen Verfügung sollte damit auch im vorliegenden Fall die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung der Erben ausreichen.

Der zusätzliche Aufwand der Erben – auch kostenrechtlicher Natur – aufgrund der Durchführung des Erbscheinsverfahrens sollte in diesem Lichte betrachtet ultima ratio für den Fall sein, wenn die Auslegung einer Verwirkungsklausel tatsächlich mit der Beweismittelbeschränkung des § 29 Abs. 1 GBO nicht mehr möglich ist.¹⁵ Eine Unterscheidung zwischen Pflichtteilsstrafklauseln und sonstigen Verwirkungsklauseln, die als Sanktion je eine auflösend bedingte Erbeinsetzung zur Folge haben, ist rechtlich nicht geboten.

Abschließend bleibt für die Praxis dennoch in Ansehung des Beschlusses des OLG Saarbrücken anzuraten:

Offene Formulierungen in Pflichtteilsstrafklauseln oder Verwirkungsklauseln sollten in notariellen Verfügungen von Todes wegen nach Möglichkeit vermieden werden.¹⁶

An die rechtssichere Formulierung von automatisierten Verwirkungsklauseln sind jedoch wohl höchste Anforderungen zu stellen. Daher kann sich die Verwendung fakultativer Verwirkungsklauseln mit einem Rücktrittsrecht oder Abänderungsbefugnis für den Letztversterbenden anstelle automatisierter Verwirkungsklauseln anbieten.¹⁷

9 Vgl. statt aller OLG München, Beschluss vom 11.12.2012, 34 Wx 433/12, RNotZ 2013, 172; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 790.

10 A. A. wohl *Litzenburger* in Anm. zu OLG Saarbrücken, Beschluss vom 13.12.2021, 5 W 70/21, ZEV 2022, 288.

11 Für derartige Fälle Ermessensreduzierung des Grundbuchamts und Erbschein zwingend: BGH, Beschluss vom 02.06.2016, V ZB 3/14, FGPrax 2016, 244.

12 MünchKomm-BGB/*Musielak*, Vor § 2274 Rdnr. 31.

13 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 788.

14 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 790.

15 BGH, Beschluss vom 02.06.2016, V ZB 3/14, FGPrax 2016, 244.

16 So auch DNotI-Report 2022, 46.

17 BeckOK-GBO/*Wilsch*, § 35 Rdnr. 114 ff.; *Litzenburger* in Anm. zu OLG Saarbrücken, Beschluss vom 13.12.2021, 5 W 70/21, ZEV 2022, 288.

8. Kostentragung von sog. Hausanschlusskosten im Rahmen eines Pauschalpreisvertrages

OLG Celle, Beschluss vom 19.10.2021, 14 U 100/21

BGB §§ 133, 157

LEITSATZ

Hausanschlusskosten, die dem Bauunternehmer/Verkäufer eines zu errichtenden Hauses während der Bauphase dafür entstanden sind, dass er gegenüber dem Versorgungsträger seinerseits die Errichtung der Hausanschlüsse veranlasst hat, kann der Bauunternehmer/Verkäufer im Rahmen eines Pauschalpreisvertrages grundsätzlich nicht nachträglich auf den Erwerber/Käufer abwälzen, wenn dem zugrunde liegenden Vertrag eine solche nachträgliche Übernahmeverpflichtung nicht zu entnehmen ist. Der Erwerber darf nach dem allgemeinen Verständnis davon ausgehen, dass der Unternehmer/Verkäufer derartige Kosten im Vorfeld kalkuliert und bei der Bildung des Pauschalpreises berücksichtigt hat, sodass etwaige Hausanschlusskosten mit der Zahlung des Pauschalpreises mitabgegolten sind.

Bürgerliches Recht

FAMILIENRECHT

9. Ausgleichsansprüche bei Scheitern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft

OLG Hamm, Urteil vom 06.04.2022, 8 U 172/20

BGB §§ 125, 242, 311b Abs. 1 Satz 1, § 313 Abs. 1 und 3, §§ 705, 730, § 812 Abs. 1 Satz 1

LEITSÄTZE:

1. Der Erwerb eines Grundstücks zu je $\frac{1}{2}$ mit dem Ziel, darauf ein Einfamilienhaus zu errichten, das künftig gemeinsam bewohnt werden soll, stellt keine konkludente Begründung einer BGB-Gesellschaft dar, wenn der Zweck nicht über die Verwirklichung der Beziehung der Parteien hinausgeht.
2. Die Vereinbarung über die Auseinandersetzung einer BGB-Gesellschaft, die die Übertragung eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück zum Inhalt hat, bedarf zur Wirksamkeit der notariellen Beurkundung. Die Berufung auf die Formnichtigkeit ist jedenfalls dann nicht treuwidrig, wenn beide Parteien die Formbedürftigkeit kannten.
3. Scheitert eine nichteheliche Beziehung nach dem gemeinsamen Erwerb eines Baugrundstücks und errichtet ein Partner nunmehr allein auf dem Grundstück ein Einfamilienhaus, kann er anteiligen Ersatz seiner Aufwendungen nicht nach den Grundsätzen über Ausgleichsansprüche nach Beendigung einer

nichtehelichen Lebensgemeinschaft verlangen. Es verbleiben Ansprüche wegen der Wertsteigerung des hälftigen Miteigentumsanteils des anderen Partners.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Parteien streiten um die Übertragung eines hälftigen Miteigentumsanteils an einem Grundstück und im Wege der Widerklage um Rückzahlung eines Darlehens.

2 Die Klägerin und der Beklagte führten eine nichteheliche Beziehung, in der sie mit notariellem Kaufvertrag vom 20.04.2017 das im Klage- und Berufungsantrag bezeichnete Grundstück zu einem Kaufpreis von 92.000 € je zur Hälfte erwarben. Sie wollten gemeinsam ein Einfamilienhaus errichten und bewohnen. Der Beklagte beglich den Kaufpreis für das Grundstück und gewährte der Klägerin für ihren hälftigen Anteil am Kaufpreis ein unbefristetes Darlehen i. H. v. 46.000 €. Zur Finanzierung des Bauvorhabens schlossen die Parteien einen Darlehensvertrag mit der X-Bank über 275.000 €. Das Darlehen wurde von der Bank weitgehend ausbezahlt. Kurz nach Beginn des Bauvorhabens scheiterte die Beziehung. Die Klägerin setzte das Bauvorhaben alleine fort und veranlasste umfangreiche Investitionen in das Grundstück. Das inzwischen fertiggestellte Einfamilienhaus nutzt sie alleine.

3 Eine von der Klägerin im Januar 2019 angestrebte Beurkundung eines notariellen Vertrags zur Übertragung des hälftigen Miteigentumsanteils des Beklagten auf die Klägerin gegen Zahlung von 46.000 € und zur Rückzahlung des vom Beklagten gewährten Darlehensbetrags von der Klägerin an den Beklagten in Höhe von weiteren 46.000 € kam nicht zustande.

4 Die Klägerin kündigte mit anwaltlichem Schriftsatz vom 24.01.2019 eine aus ihrer Sicht zwischen den Parteien bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur Errichtung des Einfamilienhauses und forderte den Beklagten erfolglos zur „Rückkäufung“ des Grundstücks auf. Dieser kündigte mit anwaltlichem Schreiben vom 02.04.2019 das von ihm gewährte Darlehen und forderte die Klägerin unter Berücksichtigung einer dreimonatigen Kündigungsfrist ebenfalls erfolglos zur Rückzahlung der 46.000 € auf.

5 Die Klägerin hat in erster Instanz vorgetragen, die Parteien hätten eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit dem Gesellschaftszweck „Bau eines Einfamilienhauses“ gegründet. Sie habe diese Gesellschaft gekündigt. Die Parteien hätten eine mündliche Vereinbarung zur Auseinandersetzung der Gesellschaft getroffen, wonach der Beklagte seinen hälftigen Miteigentumsanteil am Grundstück gegen Zahlung von 92.000 € an sie zu übertragen habe. Eine Berufung auf die Formnichtigkeit der Vereinbarung sei treuwidrig, weil sie wertsteigernde Investitionen in das Grundstück geleistet habe.

(...)

8 Er hat vorgetragen, die Parteien hätten keine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, sondern eine Bruchteilsgemeinschaft gegründet. Die Parteien hätten nicht vereinbart, dass er seinen hälftigen Miteigentumsanteil am Grundstück an die

Klägerin übertragen müsse. Jedenfalls sei eine solche Vereinbarung wegen der Formbedürftigkeit von Grundstücksverträgen gemäß § 311b Abs. 1 Satz 1, § 125 Satz 1 BGB nichtig.

9 Der Beklagte hat weiter vorgetragen, das von ihm gewährte Darlehen sei nach der Kündigung und dem Ablauf der Kündigungsfrist zur Rückzahlung fällig.

10 Er hat in erster Instanz im Wege der Widerklage beantragt,

die Klägerin zu verurteilen, an ihn (...) € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 09.07.2019 zu zahlen.

11 Die Klägerin hat beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

12 Sie hat hierzu vorgetragen, das Darlehen sei durch Verrechnung mit Handwerkerleistungen erloschen. Die Parteien hätten vereinbart, dass sie das Darlehen „durch Zahlung von Bauhandwerkerrechnungen und Leistungen der Klägerin zwecks Errichtung des Einfamilienhauses“ verrechnen dürfe. Sie habe Handwerkerrechnungen in Höhe von mindestens 62.217,29 € aus eigenen Mitteln bezahlt.

13 Dem hat der Beklagte entgegnet, dass es eine solche Verrechnungsabrede nicht gegeben habe. Die zur Verrechnung gestellten Handwerkerrechnungen betreffen teilweise nicht das Bauvorhaben. Außerdem habe die Klägerin die Handwerkerleistungen erst nach der Trennung in Anspruch genommen.

14 Das LG hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben.

(...)

24 II. Die Berufung hat keinen Erfolg. Das LG hat zu Recht die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben.

25 1. Die zulässige Klage ist unbegründet.

26 Die Klägerin hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Übertragung des hälftigen Miteigentumsanteils an dem im Klage- und Berufungsantrag bezeichneten Grundstück aufgrund einer mündlichen Vereinbarung der Parteien gemäß § 311 Abs. 1 BGB.

27 a) Es kann dahinstehen, ob die Parteien die umstrittene Vereinbarung zur Übertragung des hälftigen Miteigentumsanteils am Grundstück getroffen haben. Das LG ist zutreffend davon ausgegangen, dass eine solche mündliche Vereinbarung formnichtig ist (§ 311b Abs. 1 Satz 1, § 125 Satz 1 BGB).

28 Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, bedarf der notariellen Beurkundung (§ 311b Abs. 1 Satz 1 BGB). Ein Verstoß gegen die Formvorschrift führt zur Nichtigkeit (§ 125 Satz 1 BGB).

29 Die Parteien haben unstreitig keinen Notarvertrag geschlossen. Der Beklagte hat die von den Parteien angestrebte notarielle Beurkundung einer Grundstücksübertra-

gung abgelehnt. Der Entwurf des Notars aus Januar 2019 und eine etwaige mündliche Vereinbarung der Parteien genügen nicht.

30 b) Die Berufung des Beklagten auf die Formunwirksamkeit ist nicht treuwidrig (§ 242 BGB).

31 aa) Der Gesetzgeber hat die Form des Rechtsgeschäfts der Disposition der Parteien entzogen, sodass nach der Rechtsprechung besonders strenge Anforderungen an den Grundsatz von Treu und Glauben zu stellen sind. Eine Berufung auf die Formnichtigkeit ist nur ausgeschlossen, wenn die Rechtsfolgen der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts für die betroffene Partei nicht nur hart, sondern schlechthin untragbar sind, etwa bei Existenzvernichtung oder besonders schwerer Treuepflichtverletzung (vgl. BGH, Urteile vom 16.07.2004, V ZR 222/03, WM 2005, 991; vom 24.04.1998, V ZR 197/97, juris Rdnr. 18; Grüneberg/*Ellenberger*, 81. Aufl., § 125 Rdnr. 22 ff.; MünchKomm-BGB/*Einsele*, 9. Aufl., § 125 Rdnr. 58 ff.; jew. m. w. N.). Allerdings ist selbst dann eine Berufung auf einen Verstoß gegen Treu und Glauben ausgeschlossen, wenn beide Parteien die Formbedürftigkeit des Rechtsgeschäfts kannten (vgl. BGH, Urteile vom 22.06.1973, V ZR 146/71, NJW 1973, 1455; vom 21.03.1969, V ZR 87/67, NJW 1969, 1167; vom 09.03.1965, V ZR 97/62, LM BGB § 313 Nr. 23; Grüneberg/*Ellenberger*, § 125 Rdnr. 25; MünchKomm-BGB/*Einsele*, § 125 Rdnr. 62).

32 bb) Nach diesen Vorgaben kann sich die Klägerin nicht darauf berufen, dass der Beklagte sich treuwidrig auf die Formvorschrift beruft.

33 Sie hat nicht aufgezeigt, dass die Nichtigkeit der Vereinbarung für sie schlechthin untragbar ist. Etwaige von ihr getätigte Investitionen in das Grundstück – selbst im großen Umfang – genügen hierfür nicht. Die Investitionen beruhen auf einem eigenen Entschluss der Klägerin nach der Trennung. Außerdem ist sie ebenso wie der Beklagte hälftige Miteigentümerin des Grundstücks und nutzt das inzwischen fertiggestellte Einfamilienhaus alleine. Sie profitiert daher unmittelbar selbst von ihren Aufwendungen.

34 Ungeachtet dessen ist die Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben ausgeschlossen. Beide Parteien kannten die Formbedürftigkeit der Übertragung des hälftigen Miteigentumsanteils am Grundstück. Sie haben den gemeinsamen Erwerb des Grundstücks vor dem Notar beurkunden lassen. Nach der Trennung wollten sie die Übertragung des hälftigen Miteigentumsanteils am Grundstück vom Beklagten auf die Klägerin notariell beurkunden lassen.

35 b) Die Klägerin kann ihr Klagebegehren auch nicht auf eine mündlich vereinbarte Auseinandersetzung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemäß § 730 BGB stützen.

36 aa) Die Parteien haben keine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gegründet, weil sie keinen (konkludenten) Gesellschaftsvertrag im Sinne von § 705 BGB „zur Errichtung eines Einfamilienhauses“ geschlossen haben.

37 Nach dem Vortrag der Klägerin sind die Parteien „im Hinblick auf die zukünftige Lebensgestaltung“ übereingekommen, „gemeinsam ein Baugrundstück zu erwerben und

hierauf ein Einfamilienhaus zu errichten, das zukünftig gemeinsam bewohnt werden sollte“ (...). Verfolgen die Partner – wie hier – einen Zweck, der nicht über die Verwirklichung der Beziehung hinausgeht, bestehen grundsätzlich Zweifel an dem für einen Gesellschaftsvertrag erforderlichen Rechtsbindungswillen. Davon abgesehen bestand kein Bedürfnis für eine gesellschaftsvertragliche Regelung. Beide Parteien gingen davon aus, alle Kosten hälftig aufzuteilen. Dementsprechend haben sie Verträge abgeschlossen, wonach sie die Kosten für das Grundstück (Darlehensvertrag zwischen den Parteien) und die Investitionen für das Einfamilienhaus (Darlehensvertrag mit der X-Bank) jeweils zur Hälfte tragen. Darin liegen eigenständige Vereinbarungen, die der Annahme eines schlüssigen Zustandekommens eines Gesellschaftsvertrages entgegenstehen (vgl. BGH, Urteile vom 09.07.2008, XII ZR 39/06, juris Rdnr. 13 ff.; vom 09.07.2008, XII ZR 179/05, juris Rdnr. 22).

38 bb) Zudem ist eine mündliche Vereinbarung über die Auseinandersetzung einer Gesellschaft, mit der ein hälftiger Miteigentumsanteils an einem Grundstück übertragen werden soll, formnichtig, weil das Formerfordernis des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB auch für Auseinandersetzungsvereinbarungen zwischen Gesellschaftern gilt (vgl. BGH, Urteil vom 13.02.1996, XI ZR 239/94, DNotZ 1997, 40).

39 c) Schließlich hat die Klägerin keine gesetzlichen Ausgleichsansprüche nach Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft.

40 aa) Zwar kommen nach Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft wegen wesentlicher Beiträge eines Partners, mit denen ein Vermögenswert von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung geschaffen wurde, Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB) und nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) in Betracht (vgl. BGH, Urteile vom 09.07.2008, XII ZR 39/06, NJW 2008, 3282; vom 09.07.2008, XII ZR 179/05, NJW 2008, 3277). Das kann etwa der Fall sein, wenn die Partner Miteigentümer einer Immobilie je zur Hälfte sind, der eine aber erheblich höhere Beiträge hierzu geleistet hat als der andere (vgl. BGH, Urteil vom 09.07.2008, XII ZR 39/06, NJW 2008, 3282).

41 bb) Die Voraussetzungen für solche Ausgleichsansprüche liegen aber nicht vor.

42 Die Klägerin hat nicht hinreichend dargetan, dass die Parteien vor ihrer Trennung eine nichteheliche Lebensgemeinschaft führten. Sie ist den substantiierten Ausführungen des Beklagten in der Berufungserwiderung, wonach dies nicht der Fall war (keine häusliche Gemeinschaft, keine Wirtschaftsgemeinschaft, keine gemeinsame Lebensführung, keine Kinder, kein gemeinsames Konto, Integration im jeweiligen Elternhaus, nur gelegentliche Kontakte beim Hobby), nicht entgegengesetzt. Der Vortrag des Beklagten gilt daher als zugestanden (§ 138 Abs. 3 ZPO).

43 Außerdem hat die Klägerin dem Beklagten keine „gemeinschaftsbezogene“ Zuwendung gemacht. Der Beklagte hat seinen hälftigen Miteigentumsanteil am Grundstück selbst erworben. Die Investitionen der Klägerin in das ge-

meinsame Grundstück erfolgten nach Beendigung der Beziehung. Sie dienten nicht der Verwirklichung einer Lebensgemeinschaft. Ohnehin kann eine Zuwendung der Klägerin an den Beklagten nicht angenommen werden, soweit sie die Investitionen in das Grundstück mit dem Bankdarlehen finanziert hat, das die Parteien gemeinsam aufgenommen haben. Insoweit liegt keine einseitige Zuwendung, sondern eine gemeinsame Aufwendung vor.

44 Entgegen der Ansicht der Klägerin kommt eine Übertragung der Rechtsprechung des BGH auf Zuwendungen, die erst nach Beendigung der Beziehung getätigt werden, nicht in Betracht. Hintergrund für den Ausgleichsanspruch ist, dass der „gemeinschaftsbezogenen Zuwendung“ die Vorstellung oder Erwartung des Zuwendenden zugrunde liegt, dass die Lebensgemeinschaft, deren Ausgestaltung sie gedient hat, gerade Bestand haben wird (vgl. BGH, Urteil vom 09.07.2008, XII ZR 179/05, juris Rdnr. 40, 43). Das ist hier wegen der vorangegangenen Trennung der Parteien gerade nicht der Fall.

45 II. Die zulässige Widerklage ist begründet.

46 Der Beklagte hat gegen die Klägerin einen Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens i. H. v. 46.000 € gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB.

47 1. Die Parteien schlossen unstreitig einen unbefristeten Darlehensvertrag. Der Beklagte valutiert das Darlehen in voller Höhe, in dem er den Kaufpreis für das Grundstück beglich.

48 2. Der Rückzahlungsanspruch ist fällig.

49 a) Der Beklagte kündigte das Darlehen mit anwaltlichem Schreiben vom 02.04.2019. Die Fälligkeit trat drei Monate nach der Kündigung ein (§ 488 Abs. 3 Satz 2 BGB).

50 b) Der Fälligkeit steht eine etwaige ursprüngliche Vereinbarung der Parteien, dass die Klägerin das Darlehen „durch Zahlung von Bauhandwerkerrechnungen und Leistungen der Klägerin zwecks Errichtung des Einfamilienhauses“ verrechnen durfte, nicht entgegen.

51 Eine solche Vereinbarung hat nach der Trennung der Parteien keine Gültigkeit mehr, weil sich die Geschäftsgrundlage für eine solche Verrechnungsabrede – die gemeinsame Errichtung eines Einfamilienhauses – schwerwiegend verändert hat und die Parteien eine solche Vereinbarung nicht getroffen hätten, wenn sie das Scheitern der Beziehung vorausgesehen hätten (§ 313 Abs. 1 BGB). Die Parteien hätten für den Fall der Trennung vor Abschluss des Bauvertrags die Rückzahlung des Darlehens nach den allgemeinen Vorschriften zum Darlehensvertrag (§§ 488 ff. BGB) vorgesehen, weshalb eine entsprechende Anpassung nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage angezeigt ist. Jedenfalls ist eine etwaige ursprüngliche Verrechnungsabrede durch die Kündigung des Klägers aufgelöst worden (§ 313 Abs. 3 BGB).

52 c) Der Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs steht auch eine etwaige nachträgliche mündliche Vereinbarung der Parteien, dass der Rückzahlungsanspruch erst nach Übertragung des hälftigen Miteigentumsanteils des Beklagten



am Grundstück an die Klägerin fällig sein soll, nicht entgegen.

53 Eine solche Vereinbarung ist mangels notarieller Beurkundung nach § 311b Abs. 1 Satz 1, § 125 Satz 1 BGB formnichtig. Bei gemischten Verträgen (Übertragung eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück und Darlehensrückzahlung) erstreckt sich der Formzwang auf den gesamten Vertrag, sofern dieser rechtlich eine Einheit bildet (vgl. BGH, Urteil vom 06.12.1979, VII ZR 313/78, BGHZ 76, 43, juris Rdnr. 20 m. w. N.; Grüneberg/*Grüneberg*, § 311b Rdnr. 32). Das ist der Fall, wenn die Vereinbarungen nach dem Willen der Parteien derart voneinander abhängig sind, dass sie miteinander „stehen und fallen“ sollen (vgl. BGH, Urteile vom 06.12.1979, VII ZR 313/78, BGHZ 76, 43–50, juris Rdnr. 20 m. w. N.). Von einer solchen rechtlichen Einheit ist hier auszugehen, weil die Parteien die Rückzahlung des vom Beklagten gewährten Darlehens von der Übertragung seines Miteigentumsanteils am Grundstück abhängig machen wollten. Das ergibt sich ausdrücklich aus § 7 des notariellen Entwurfs aus Januar 2019. Beide Vereinbarungen sollten also nur zusammen gelten, sodass der gemischte Vertrag insgesamt dem Formerfordernis des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB entsprechen musste.

54 3. Der Rückzahlungsanspruch ist nicht erloschen.

55 Eine Verrechnung des Rückzahlungsanspruchs in Höhe von Bauhandwerkerrechnungen, welche die Klägerin zur Errichtung des Wohnhauses beglichen hat, oder mit Eigenleistungen, die sie hierfür erbracht hat, scheidet aus, weil nach der Trennung der Parteien die Geschäftsgrundlage für eine solche Vereinbarung entfallen ist (siehe oben).

56 Etwaige gesetzliche Ansprüche der Klägerin gegen den Beklagten wegen der Wertsteigerung des hälftigen Miteigentumsanteils des Beklagten am Grundstück hat diese nicht zur Aufrechnung gestellt.

Bürgerliches Recht

ERBRECHT

10. Unwirksame Erbenbestimmung durch Verweis auf formnichtige Anlage zum Testament

BGH, Beschluss vom 10.11.2021, IV ZB 30/20 (Vorinstanz: OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 30.07.2020, 20 W 79/19)

BGB §§ 2247, 2267

LEITSATZ:

Zur Unwirksamkeit einer Erbeinsetzung, wenn die Erben in einem eigenhändigen Testament erst durch Bezugnahme auf eine nicht die Testamentsform wahrende Anlage individualisierbar bestimmt werden.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligten streiten darüber, ob die Beteiligten zu 1 und 2 Miterben des am 24.04.2017 verstorbenen Erblassers geworden sind. Die Beteiligte zu 3 ist die Tochter des Erblassers aus erster Ehe. Der Erblasser und seine zweite Ehefrau (im Folgenden: Ehefrau) erstellten unter dem 10.03.2011 ein gemeinschaftliches eigenhändiges Testament, das von beiden unterzeichnet wurde. Darin setzten sie sich gegenseitig zu Alleinerben ein; weiter heißt es unter anderem:

„Unser gemeinsam erarbeitetes Kapital ist in zwei Ländern angelegt in Deutschland und in Italien mit in etwa gleicher Wertigkeit. Deswegen geben wir eine genaue Anweisung für die Nach/Schlusserben.

Wir haben zwei Häuser mit Grundstück, eines in W/D und ein Ferienhaus in P/I (...) Für diese beiden Erbteile verfügen wir in vollem Einverständnis miteinander über die Nacherben. Nach dem Tod beider Partner soll das Erbe wie vorgesehen weiter gegeben werden an:

Erbteil W an (...) [die Beteiligte zu 3] Erbteil P/I fällt an eine Erbegemeinschaft aus 5 befreundeten Familien, da (...) [die Ehefrau] außer ihrem Ehemann keine Erben hat (...) Namen und Adressen für das Erbteil Italia sind im PC-Ausdruck angehängt und persönlich unterschrieben.

(...)“

2 In einer maschinengeschriebenen „ANLAGE Gemeinschafts-TESTAMENT NAMENSLISTE der ERBENGEMEINSCHAFT“ sind durch Querstriche getrennt fünf Paare, darunter die Beteiligten zu 1 und 2, mit ihren jeweiligen Namen, Adressen und Kontaktdaten aufgeführt, wobei in mehreren Fällen die Namen den jeweiligen Paaren zugeordneter weiterer Personen mit aufgeführt sind. Die Anlage ist handschriftlich auf den 10.03.2011 datiert und vom Erblasser und seiner Ehefrau unterschrieben.

3 Nachdem die Ehefrau verstorben war, errichtete der Erblasser ein notarielles Testament, in dem er die Beteiligte zu 3 als Alleinerbin einsetzte.

4 Nach dem Tod des Erblassers haben die Beteiligten zu 1 und 2 die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der sie als Erben zu je $\frac{1}{20}$ ausweist. Das Nachlassgericht hat die Tatsachen, die zur Erteilung des beantragten Erbscheins erforderlich sind, für festgestellt erachtet. Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 3 hat das OLG den Beschluss des Nachlassgerichts aufgehoben und den Erbscheinsantrag zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom OLG zugelassene Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1 und 2, mit der sie ihren Erbscheinsantrag weiterverfolgen.

5 II. Die statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

6 1. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung unter anderem in ErbR 2021, 851 und ZEV 2021, 443 veröffentlicht ist, hat ausgeführt, die Beteiligten zu 1 und 2 seien durch das Testament vom 10.03.2011 nicht wirksam zu Erben eingesetzt worden. Es könne zu ihren Gunsten unterstellt werden, dass die Anlage echt sei und es dem Willen des Erblassers und seiner Ehefrau entsprochen habe, dass die Beteiligten zu 1 und 2 Erben werden sollten. Jedoch sei die für eine Erbeinsetzung gemäß § 2247 Abs. 1, § 2267 Satz 1 BGB erforderliche Form nicht eingehalten, denn aus dem eigenhändigen gemeinschaftlichen Testament sei nicht hinreichend, auch nicht im Wege der Auslegung, zu entnehmen, dass die Beteiligten zu 1 und 2 Erben sein sollten. Deren Zugehörigkeit zu einer Gruppe von Erben lasse sich nur der Anlage entnehmen, die aber nicht der Testamentsform entspreche. In den Fällen des „testamentum mysticum“ sei Maßstab für die Grenze der Auslegung, ob für einen mit den Verhältnissen vertrauten Dritten aus dem Text des Testaments erkennbar sei, welche Personen dort gemeint sind. Dem genüge das vorliegende Testament nicht, denn der Begriff der „5 befreundeten Familien“ lasse nicht erkennen, dass die Beteiligten zu 1 und 2 zu diesem Kreis gehören sollten. Es handele sich nicht um einen für einen Dritten erkennbaren feststehenden, abgegrenzten Kreis von Personen.

7 2. Das hält rechtlicher Überprüfung stand.

8 Das Beschwerdegericht hat zu Recht angenommen, dass die Beteiligten zu 1 und 2 nicht Miterben des Erblassers aufgrund des Testaments vom 10.03.2011 geworden sind, da sie in diesem nicht formwirksam zu Erben eingesetzt worden sind. Werden – wie hier – die konkreten Erben in einem eigenhändigen Testament erst durch die Bezugnahme auf eine nicht die Testamentsform wahrende Anlage und nicht bereits allein durch den Wortlaut des Testaments individualisierbar bestimmt, liegt eine wirksame Erbeinsetzung insgesamt nicht vor.

9 a) Ohne Rechtsfehler hat das Beschwerdegericht zunächst unterstellt, dass die Anlage zu dem Testament echt sei und es dem Willen des Erblassers und seiner Ehefrau entsprochen habe, dass unter anderem die Beteiligten zu 1 und 2 Erben nach dem Längstlebenden werden sollten. Es entspricht der Rechtsprechung des Senats auch für das Erbscheinsverfahren, dass ungeachtet der grundsätzlich für richtig gehaltenen Prüfungsreihenfolge (vgl. Senatsurteile vom 27.02.1985, IVa ZR 136/83, BGHZ 94, 36 unter

II. 1., juris Rdnr. 10; vom 08.12.1982, IVa ZR 94/81, BGHZ 86, 41 unter II. 1., juris Rdnr. 18) der Tatrichter einen bestimmten Willen des Erblassers unterstellt, aber mangels formgerechter Erklärung dieses Willens für unbeachtlich erklärt (vgl. Senatsbeschluss vom 19.06.2019, IV ZB 30/18, NJW 2019, 2317 Rdnr. 19 m. w. N.).

10 b) Weiter rechtsfehlerfrei hat das Beschwerdegericht angenommen, der Wille, dass die Beteiligten zu 1 und 2 Miterben werden sollten, sei im Testament vom 10.03.2011 nicht formgerecht im Sinne der § 2247 Abs. 1, § 2267 Satz 1 BGB erklärt worden.

11 aa) Nach § 2247 Abs. 1 BGB kann der Erblasser ein Testament durch eine eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung errichten. Gemäß § 2267 Satz 1 BGB genügt es zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments nach § 2247 BGB, wenn einer der Ehegatten das Testament in der dort vorgeschriebenen Form errichtet und der andere Ehegatte die gemeinschaftliche Erklärung eigenhändig mitunterzeichnet.

12 bb) Sämtliche Verfügungen des Erblassers müssen, um wirksam zu sein, diese Formanforderungen erfüllen (BeckOGK-BGB/*Grziwotz*, Stand: 01.10.2021, § 2247 Rdnr. 32). Dabei ist es zulässig, dass in einem Testament auf eine andere wirksame letztwillige Verfügung, insbesondere auf ein notarielles Testament, verwiesen wird (Senatsbeschluss vom 15.06.2010, IV ZR 21/09, ZEV 2010, 364 Rdnr. 7 m. w. N.). Hingegen kann der Erblasser hinsichtlich des Inhalts der letztwilligen Verfügung grundsätzlich nicht auf Schriftstücke, die nicht der Testamentsform genügen, Bezug nehmen (sog. „testamentum mysticum“; vgl. Senatsurteil vom 29.05.1980, IVa ZR 26/80, Rpfleger 1980, 337, juris Rdnr. 17 f.; RG, WarnRspr 1917 Nr. 59; WarnRspr 1915 Nr. 210; OLG Köln, FamRZ 2015, 1529 unter II. 1., juris Rdnr. 42; OLG Zweibrücken, NJW-RR 1989, 1413, juris Rdnr. 5; BayObLG, BayObLGZ 1979, 215 unter II. 2. a), juris Rdnr. 39 m. w. N.; BeckOGK-BGB/*Grziwotz*, a. a. O.; Burandt/Rojahn/*Lauck*, Erbrecht, 3. Aufl., § 2247 BGB Rdnr. 23; jurisPK-BGB/*Bauermeister*, 9. Aufl., § 2247 Rdnr. 10; MünchKomm-BGB/*Sticherling*, 8. Aufl. 2020, § 2247 Rdnr. 23; Palandt/*Weidlich*, 80. Aufl. 2021, § 2247 Rdnr. 8; Soergel/*Klingseis*, BGB, 14. Aufl. 2021, § 2247 Rdnr. 41; Staudinger/*Baumann*, Neub. 2018, § 2247 Rdnr. 71; *Muscheler*, Erbrecht, 2010, Bd. I Rdnr. 1732; vgl. auch Motive V, S. 294). Zulässig soll allerdings nach herkömmlicher Ansicht die Bezugnahme zum Zwecke der näheren Erläuterung der testamentarischen Bestimmungen sein, weil es sich dann nur um die Auslegung des bereits formgültig erklärten, andeutungsweise erkennbaren Willens handele (vgl. OLG Köln, a. a. O.; Palandt/*Weidlich*, a. a. O.); insoweit wird nach bisheriger Rechtsprechung zwischen (zulässigen) Bezugnahmen zur näheren Erläuterung einerseits und (unzulässigen) ergänzenden oder inhaltsbestimmenden Bezugnahmen andererseits unterschieden (vgl. KG, ZEV 2018, 272 Rdnr. 11 f., 14; OLG Hamm, FamRZ 2006, 1484 unter II., juris Rdnr. 24; OLG Zweibrücken, a. a. O.; BayObLG, a. a. O.; BeckOK-BGB/*Litzenburger*, Stand: 01.11.2021, § 2247 Rdnr. 13; BeckOGK-BGB/*Grziwotz*, a. a. O.; Burandt/Rojahn/*Lauck*, a. a. O.; Erman/S. *Kappler/IT. Kappler*, BGB, 16. Aufl. 2020, § 2247 Rdnr. 10; Jauernig/*Stür-*

ner, BGB, 18. Aufl. 2021, § 2247 Rdnr. 2; jurisPK-BGB/*Bauermeister*, a. a. O.; MünchKomm-BGB/*Sticherling*, a. a. O.; Palandt/*Weidlich*, a. a. O.; Soergel/*Klingseis*, a. a. O. Rdnr. 41, 43; Staudinger/*Baumann*, a. a. O. Rdnr. 71, 77 f.; *Muscheler*, a. a. O.; Reimann/*Bengel/Voit*, Testament und Erbvertrag, 7. Aufl. 2020, § 2247 BGB Rdnr. 12; *Fervers*, ZEV 2016, 34; *Hamdan/Hamdan*, jurisPR-FamR 21/2015 Anm. 2 unter D)). Die Unterscheidung zwischen erläuternden und ergänzenden Bezugnahmen birgt jedoch die Gefahr erheblicher Abgrenzungsschwierigkeiten und hat zum Teil zu einer zu großzügigen Zulassung von Bezugnahmen auf nicht formwirksame Anlagen geführt (vgl. OLG Hamburg, ZEV 2016, 32 Rdnr. 17 f.).

13 cc) Richtigerweise ist zunächst zu klären, ob die letztwillige Verfügung, soweit sie formwirksam ist, für sich genommen hinreichend bestimmt und damit vollständig ist. Ist das nicht der Fall, kommt es darauf an, ob die letztwillige Verfügung auslegungsfähig ist, also mehrere Auslegungsmöglichkeiten zulässt. Bejahendenfalls ist zu prüfen, ob ein sich aus der formunwirksamen Anlage ergebendes Auslegungsergebnis im Testament immerhin andeutungsweise oder versteckt zum Ausdruck gekommen ist. Für eine solche Andeutung genügt allerdings nicht die Bezugnahme auf die Anlage im Testament.

14 Im Einklang damit steht die Würdigung des Beschwerdegerichts, aus dem eigenhändigen gemeinschaftlichen Testament des Erblassers und seiner Ehefrau sei nicht hinreichend, auch nicht im Wege der Auslegung zu entnehmen, dass die Beteiligten zu 1 und 2 Miterben nach dem Längstlebenden werden sollten.

15 (1) Die in dem eigenhändigen Testament hinsichtlich des „Erteils P/I“ getroffene letztwillige Verfügung ist nicht hinreichend bestimmt und damit unvollständig. Denn ihr allein lassen sich die Erben – ohne Rückgriff auf die Anlage – nicht im Einzelnen entnehmen. Wie vom Beschwerdegericht ohne Rechtsfehler festgestellt, war im Streitfall aus dem Text des Testaments nicht erkennbar, welche Personen mit der Formulierung „5 befreundete Familien“ gemeint waren. Ohne eine zweifelsfreie Bestimmung der bedachten Personen liegt jedoch eine vollständige letztwillige Verfügung nicht vor. Dies ergibt sich aus dem allgemeinen erbrechtlichen Bestimmtheitsgebot. Dieses besagt, dass der Erblasser seine Verfügungen so formulieren muss, dass Geltungsanordnung, Zuwendungsempfänger und Zuwendungsgegenstand mit praktisch hinreichender Sicherheit aus den getroffenen Verfügungen entnommen werden können; § 2065 Abs. 2 BGB stellt eine spezielle Ausprägung dieses Grundsatzes dar (vgl. MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 2065 Rdnr. 6; Palandt/*Weidlich*, § 2065 Rdnr. 8; *Karczewski*, ZEV 2018, 192, 196).

16 Die streitgegenständliche Erbeinsetzung „für das Erteil Italia“ konnte nicht dadurch vervollständigt werden, dass in dem gemeinschaftlichen Testament auf die Namen und Adressen in der maschinengeschriebenen Anlage verwiesen wurde. Die Bezugnahme in einem eigenhändigen Testament auf ein nicht der Testamentsform entsprechendes Schriftstück kann nicht dazu führen, dass die nicht formwirksame Anlage gleichsam zum Bestandteil der formgültigen

gen letztwilligen Verfügung wird. Dies folgt unmittelbar aus der Formvorschrift des § 2247 BGB und daraus, dass es insoweit an einer (etwa den Vorschriften der § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG, § 160 Abs. 5 ZPO vergleichbaren) Regelung fehlt, welche die Bezugnahme auf ein nicht der Form entsprechendes Schriftstück für zulässig erklärt. Es entspricht auch dem Willen des historischen Gesetzgebers, solche Bezugnahmen – anders als noch in dem Bürgerlichen Gesetzbuch vorangegangenen Rechtsordnungen – auszuschließen (vgl. Motive V, S. 293 f.).

17 (2) Auch bei Berücksichtigung der Anlage zur Auslegung des Wortlauts des Testaments gemäß § 133 BGB musste das Beschwerdegericht zu keinem anderen Ergebnis gelangen.

18 (a) Zwar können, wenn der Wortlaut eines Testaments mehrere Deutungen zulässt, zur Klärung des innerhalb des Wortlauts liegenden Auslegungsspielraums auch außerhalb des Testaments liegende Umstände herangezogen werden, wozu auch nicht der Testamentsform genügende Schriftstücke zählen (vgl. MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 2084 Rdnr. 30 f.). Wenn der (mögliche) Wille des Erblassers in dem Testament aber auch nicht andeutungsweise oder versteckt zum Ausdruck gekommen ist, ist der unterstellte, aber nicht formgerecht erklärte Wille des Erblassers unbeachtlich (vgl. Senatsbeschluss vom 19.06.2019, IV ZB 30/18, NJW 2019, 2317 Rdnr. 17 m. w. N.; vgl. auch *Jauernig/Stürner*, BGB, § 2084 Rdnr. 4 m. w. N.; MünchKomm-BGB/*Leipold*, a. a. O. Rdnr. 16; Palandt/*Weidlich*, § 2084 Rdnr. 4). Eine Erbeinsetzung, die in dem Testament nicht enthalten und nicht einmal angedeutet ist, ermangelt der gesetzlich vorgeschriebenen Form und ist daher gemäß § 125 Satz 1 BGB nichtig (vgl. Senatsbeschluss vom 19.06.2019, a. a. O.). Ausgehend von dem allgemeinen für die Auslegung letztwilliger Verfügungen geltenden Grundsatz, dass nur dem Willen Geltung verschafft werden kann, der im Testament zum Ausdruck gelangt, dort also eine, wenn auch noch so geringe, Grundlage findet, muss daher im Hinblick auf eine in Frage stehende Anordnung des Erblassers verlangt werden, dass für sie wenigstens gewisse Anhaltspunkte in der letztwilligen Verfügung enthalten sind, die im Zusammenhang mit den sonstigen heranzuziehenden Umständen außerhalb des Testaments den entsprechenden Willen des Erblassers erkennen lassen (Senatsbeschluss vom 19.06.2019, a. a. O.).

19 (b) Hier lässt zwar der Wortlaut des Testaments – anders als in Fällen bloßer Bezugnahme auf die Anlage – hinsichtlich des darin verwendeten Begriffs der „5 befreundeten Familien“ Raum für eine Auslegung. Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde musste das Beschwerdegericht dem Wortlaut der formgültigen Verfügung aber keine Andeutung entnehmen, dass eine Einsetzung der Beteiligten zu 1 und 2 als Miterben gewollt war. Ein bestimmter Erblasserwille ist nicht bereits dadurch im Testament angedeutet, dass dessen Wortlaut überhaupt auslegungsbedürftig ist und sich die generelle Willensrichtung aus dem Wortlaut herleiten lässt (Senatsbeschluss vom 19.06.2019, IV ZB 30/18, NJW 2019, 2317 Rdnr. 18; Soergel/*Loritz/Uffmann*, BGB, § 2084 Rdnr. 28). Die Anwendung der Andeutungs-

theorie kann nicht dazu führen, die Formnichtigkeit einer letztwilligen Verfügung zu überwinden (*Baumann*, ErbR 2021, 853). Demgemäß hat das Beschwerdegericht zu Recht die Bezugnahme auf die formunwirksame Anlage nicht für eine Andeutung des Erblasserwillens in dem Testament genügen lassen.

20 Die von der Rechtsbeschwerde vertretene Ansicht, die die Anlage zur Auslegung heranziehen möchte und zugleich in der Bezeichnung als „5 befreundete Familien“ eine hinreichende Andeutung des Erblasserwillens sieht, wird hingegen den Zwecken des Formerfordernisses nicht gerecht. Die Vorschriften über die Formen, in denen Verfügungen von Todes wegen getroffen werden können, dienen unter anderem dem Zweck, die Echtheit der Erklärungen des Erblassers sicherzustellen und Streitigkeiten über den Inhalt letztwilliger Verfügungen hintanzuhalten (vgl. Senatsbeschlüsse vom 19.06.2019, a. a. O. Rdnr. 16; vom 09.04.1981, IVa ZB 4/80, BGHZ 80, 242 unter III., juris Rdnr. 15; OLG Stuttgart, ZEV 2015, 220 Rdnr. 10; *Stumpf*, FamRZ 1992, 1131, 1137). Dem ist nicht Genüge getan, wenn sich erst aus einer nicht formgerechten und damit im Grundsatz einer erhöhten Fälschungsgefahr unterliegenden Anlage ergibt, wer Erbe ist (vgl. auch *Fervers*, ZEV 2016, 34; *Grundmann*, AcP 187 (1987), 429, 467 ff.).

21 dd) Dabei kommt es entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde für die Formunwirksamkeit nach § 125 Satz 1 BGB nicht darauf an, ob im konkreten Fall das Risiko einer Fälschung der Anlage bestand, denn Formvorschriften gelten auch, wenn die Erreichung des Formzwecks im Einzelfall anderweitig sichergestellt ist (vgl. BGH, Urteil vom 06.02.1970, V ZR 158/66, BGHZ 53, 189 unter II. 3. a), juris Rdnr. 28; MünchKomm-BGB/*Einsele*, 9. Aufl. 2021, § 125 Rdnr. 11; Palandt/*Ellenberger*, § 125 Rdnr. 1, jew. m. w. N.; vgl. auch *Fervers*, ZEV 2021, 444, 445).

ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Daniel J. Schneider**,
Zweibrücken

1. Der Sachverhalt

Die Entscheidung des BGH befasst sich mit der Frage der (Form-)Wirksamkeit einer Verfügung von Todes wegen, wenn in dieser auf ein Schriftstück Bezug genommen wird, das nicht selbst der Testamentsform genügt („testamentum mysticum“).

Konkret hatten die Erblasser, ein Ehepaar, ein formwirksames gemeinschaftliches Testament errichtet.

In diesem eigenhändigen Testament hatten sich die Erblasser gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt und weiter verfügt:

„Wir haben zwei Häuser mit Grundstück, eines in W/D und ein Ferienhaus in P/I. (...) Nach dem Tod beider Partner soll das Erbe wie vorgesehen weiter gegeben werden an:

Erbeil W an (...) (die Beteiligte zu 3), Erbeil P/I fällt an eine Erbgemeinschaft aus 5 befreundeten Fami-

lien. (...) Namen und Adressen für das Erbeil Italia sind im PC-Ausdruck angehängt und persönlich unterschrieben.“

Neben dem handgeschriebenen Testament existiert eine am Computer verfasste, ausgedruckte und eigenhändig unterschriebene „ANLAGE Gemeinschafts-TESTAMENT – NAMENSLISTE der ERBENGEMEINSCHAFT“. In dieser Anlage sind die Namen, Adressen und Kontaktdaten von insgesamt fünf Paaren genannt. Anlage und handschriftliches Testament datieren auf denselben Tag wie das eigenhändige gemeinschaftliche Testament.

Die (nur) in der Anlage namentlich genannten Beteiligten zu 1 und 2 begehren die Erteilung eines Erbscheins, welcher sie als Miterben neben der (im handschriftlichen Testament namentlich genannten) Beteiligten zu 3 und weiteren Personen ausweist.

2. Die Entscheidung

Ausgangspunkt der Entscheidung des BGH ist die (selbstverständliche) Feststellung, dass sämtliche Verfügungen der Testamentsform entsprechen müssen, um wirksam zu sein.

Die Formanforderungen folgen, da es sich vorliegend um ein gemeinschaftliches Testament handelt, aus § 2247 Abs. 1, § 2267 Satz 1 BGB. Hiernach muss das Testament von einem der Ehegatten eigenhändig geschrieben und unterschrieben sein. Der andere Ehegatte muss die gemeinschaftliche Erklärung eigenhändig zumindest mitunterzeichnet haben.

Diesen Formanforderungen genügt nur der handschriftliche Teil des Testaments, nicht aber die maschinengeschriebene Anlage. Die Anlage ist daher formunwirksam.

In dieser Ausgangslage stellt sich die Frage, welche Folgen es hat, dass in dem formwirksamen Teil der Verfügung auf eine formunwirksame Anlage Bezug genommen wird („Namen und Adressen für das Erbeil Italia sind im PC-Ausdruck angehängt“), es sich mithin um ein sog. testamentum mysticum handelt. Denn auch wenn die Formunwirksamkeit der Anlage durch die Bezugnahme nicht geheilt wird, kann die formunwirksame Anlage ggf. zur Auslegung des Testaments herangezogen werden. Insofern ist § 2084 BGB zu beachten, der bestimmt, dass von mehreren möglichen Auslegungen im Zweifel diejenige Auslegung vorzuziehen ist, bei welcher die Verfügung Erfolg hat. Darin verankert ist der Grundsatz der wohlwollenden Auslegung. Hinzu kommt, dass die Echtheit der Anlage im vorliegenden Fall nicht im Zweifel stand.

Bislang wurden zu diesem Problem in Rechtsprechung und Literatur erläuternde und ergänzende Bezugnahmen unterschieden. Eine erläuternde Bezugnahme soll dann vorliegen, wenn die Bestimmungen der Anlage lediglich zur Auslegung des bereits in dem formwirksamen Testament selbst formgültig enthaltenen Willens dienen. Um eine ergänzende Bezugnahme handelt es sich, wenn die notwendigen Verfügungselemente (dazu unter 4. a)) nicht – auch nicht andeutungsweise – in dem formwirksamen

Testament enthalten sind. In ersterem Fall liegt eine wirksame Verfügung vor, in letzterem Falle nicht.¹

Der BGH stellt in seiner Entscheidung fest, dass die Unterscheidung von erläuternden und ergänzenden Bezugnahmen die Gefahr erheblicher Abgrenzungsschwierigkeiten berge. Sie habe in der Vergangenheit zu einer (zu) großzügigen Zulassung von Bezugnahmen auf nicht formwirksame Anlagen geführt.²

Der BGH gibt sodann ein gestaffeltes Prüfverfahren vor. Dieses Prüfverfahren lässt sich in drei Stufen untergliedern:

- **Stufe 1: Ist die Verfügung aus sich heraus hinreichend bestimmt?**
Zunächst ist zu prüfen, ob die letztwillige Verfügung, soweit diese formwirksam ist, für sich genommen hinreichend bestimmt und damit vollständig ist.
- **Stufe 2: Ist die Verfügung auslegungsfähig?**
Ist dies nicht der Fall, kommt es darauf an, ob die letztwillige Verfügung auslegungsfähig ist, also überhaupt mehrere Auslegungsmöglichkeiten zulässt.
- **Stufe 3: Auslegungsergebnis im formwirksamen Testament zumindest angedeutet?**
Wird dies bejaht, ist zu untersuchen, ob das aus der formunwirksamen Anlage folgende Auslegungsergebnis im Testament zumindest andeutungsweise oder versteckt zum Ausdruck kommt. Für eine solche Andeutung genügt die Bezugnahme auf eine (formunwirksame) Anlage im Testament nicht.

Unter Anwendung dieser Kriterien kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass vorliegend das formwirksame Testament für sich genommen nicht hinreichend bestimmt und daher unvollständig sei (Stufe 1). Dem Testament lasse sich nicht entnehmen, welche konkreten Personen mit der Formulierung „5 befreundete Familien“ gemeint seien. Voraussetzung einer wirksamen Verfügung sei jedoch, dass der Zuwendungsempfänger hinreichend bestimmt sei (§ 2065 Abs. 2 BGB). Auf die Anlage könne nicht zurückgegriffen werden, da diese formunwirksam sei.

Auf der nächsten Stufe lasse die letztwillige Verfügung zwar mehrere Auslegungen zu (Stufe 2).

1 Siehe etwa BayObLG (1. ZS), Beschluss vom 10.07.1979, BReg. 1 Z 28/79, BayObLGZ 1979, 215, 218; KG, Beschluss vom 13.12.2017, 26 W 45/16, ZEV 2018, 272, 273; BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand: 01.11.2021, § 2247 Rdnr. 14 f. m. w. N.

2 Konkret zitiert der BGH ein Urteil des OLG Hamburg aus dem Jahr 2015 (OLG Hamburg, Beschluss vom 18.03.2015, 2 W 5/15, ZEV 2016, 32), in welchem es das OLG hatte ausreichen lassen, dass der Erblasser bei der Abfassung seines Testaments „an ganz bestimmte Personen gedacht“ hatte. Den Grundstein für diese Rechtsprechung hatte der BGH mit einer Entscheidung aus dem Jahr 1980 (BGH, Urteil vom 29.05.1980, IVa ZR 26/80, DNotZ 1980, 761) freilich selbst gelegt. Damals hatte er es für eine wirksame Vermächtnisanordnung ausreichen lassen, dass der Erblasser betreffend den Vermächtnisgegenstand „an ganz bestimmte Vermögensvorteile“ gedacht hatte.

Allerdings sei dem Testament nicht einmal andeutungsweise oder versteckt zu entnehmen, dass die in der Anlage genannten Personen zu Erben berufen sein sollten (Stufe 3).

Der BGH kommt daher zu dem Ergebnis, dass keine wirksame Verfügung vorliege, sodass die Beteiligten zu 1 und zu 2 nicht Miterben geworden seien.

3. Bewertung

Die Entscheidung des BGH ist im Ergebnis richtig. Sie stärkt die Bedeutung der Testamentsform.

Der BGH versucht mit der besprochenen Entscheidung die – aus seiner Sicht zu großzügige – Handhabung der Instanzgerichte mit der Vorgabe eines dreistufigen Prüfverfahrens (wieder) in geordnete Bahnen zu lenken.

Durch diese Prüfung wird das Bewusstsein für die Relevanz der Testamentsform gestärkt. Ob die Entscheidung darüber hinaus für mehr Rechtssicherheit sorgen wird, darf jedoch bezweifelt werden. Denn der Schwerpunkt der Prüfung wird künftig auf der dritten Stufe liegen, also auf der Frage, ob ein konkret gefundenes Auslegungsergebnis im Testament zumindest andeutungsweise oder versteckt zum Ausdruck kommt. Diese Fragestellung entspricht in der Sache weitestgehend der bisherigen Abgrenzung zwischen erläuternden und ergänzenden Bezugnahmen und lässt weiterhin Raum für Interpretationen.

Gleichwohl ist zu erwarten, dass die Rüge des BGH, die bisherige Handhabung habe zu einer (zu) großzügigen Zulassung von Bezugnahmen auf nicht formwirksame Anlagen geführt, zu einer restriktiveren Rechtsprechung führen wird.

Diese Entwicklung ist zu begrüßen. Die §§ 2231, 2247 BGB dienen dem Zweck, den wirklichen Willen des Erblassers zum Ausdruck kommen zu lassen, verantwortliches Testieren zu fördern, die Echtheit der Erklärung sicherzustellen und Streitigkeiten über den Inhalt letztwilliger Verfügungen zu vermeiden.³ Diese Formzwecke werden unterlaufen, wenn in weitem Umfang Inhalte formunwirksamer Erklärungen über Umwege zum Inhalt einer formwirksamen Erklärung erhoben werden.

Dies wird durch folgendes Beispiel, in welchem die Formzwecke gänzlich ad absurdum geführt werden, verdeutlicht: Erlaubte man Bezugnahmen auf formunwirksame Dokumente in großem Umfang, könnte der Erblasser einer formunwirksamen (etwa maschinengeschriebenen) Verfügung von Todes wegen dadurch Geltung verschaffen, dass er zugleich eine formwirksame Verfügung errichtet, in welcher er vollumfänglich auf die formunwirksame Verfügung verweist (etwa: „Hinsichtlich des Inhalts dieses Testamentes verweise ich vollumfänglich auf die maschinengeschriebene Anlage [...] vom [...]“). Auch in diesem Fall ließe sich argumentieren, der Erblasser habe

3 Grüneberg/Weidlich, 81. Aufl. 2022, § 2231 Rdnr. 1.

an ganz bestimmte Zuwendungsempfänger und Zuwendungsgegenstände gedacht.⁴

Erfreulich ist auch die Klarstellung des BGH, dass für eine Andeutung in der Verfügung von Todes wegen die Bezugnahme auf eine Anlage im Testament nicht ausreicht. Das ist richtig, denn der Grundsatz der wohlwollenden Auslegung (§ 2084 BGB) findet seine Grenze dort, wo die erforderliche Form nicht eingehalten wird.⁵

Abschließend ist noch anzumerken, dass der BGH zu recht nicht darauf abstellt, ob im konkreten Fall das Risiko einer Fälschung besteht. Denn § 125 Satz 1 BGB und die jeweiligen Formvorschriften gelten auch dann, wenn die Erreichung des Formzwecks im Einzelfall anderweitig sichergestellt ist.

4. Praxishinweise

a) Anlagen und Bezugnahmen bei handschriftlichen Verfügungen von Todes wegen

Aus dem allgemeinen erbrechtlichen Bestimmtheitsgebot folgt, dass der Erblasser die wesentlichen Elemente seiner Verfügung (Geltungsanordnung, Zuwendungsempfänger und Zuwendungsgegenstand; vgl. § 2065 Abs. 2 BGB) in dem formwirksamen Teil der Verfügung selbst zum Ausdruck bringen (also zumindest andeuten) muss.⁶

Aus § 2247 Abs. 1 BGB, der für sämtliche Bestandteile der letztwilligen Verfügung Schriftlichkeit verlangt, folgt außerdem, dass eine wirksame Bezugnahme auf Karten, Zeichnungen oder Abbildungen im eigenhändigen Testament ausscheidet.⁷

Von der Verwendung nicht handschriftlicher Anlagen und von Bezugnahmen auf nicht handschriftliche Dokumente ist bei einem privatschriftlichen Testament daher vorsichtshalber grundsätzlich abzuraten.⁸

b) Auswirkungen auf die Praxis der Notare

Notaren dürfte das Phänomen des testamentum mysticum in erster Linie bei der Beurkundung von Erbscheinsanträgen aufgrund privatschriftlicher Testamente begegnen. Denn anders als bei privatschriftlichen Testamenten kann in öffentlichen Testamenten gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3, § 13 Abs. 1, §§ 13a, 14 BeurkG auf andere notarielle Niederschriften, sonstige Schriftstücke, Karten,

Zeichnungen, Abbildungen sowie Bestandsverzeichnisse verwiesen werden.⁹

Höchstrichterlich noch nicht entschieden ist die Frage, welche Auswirkungen es hat, wenn in einem Testament oder Erbvertrag auf eine früher beurkundete Verfügung von Todes wegen verwiesen wird, die entweder zu diesem Zeitpunkt bereits widerrufen ist oder aber später widerrufen wird.¹⁰ Das OLG Frankfurt a. M. hat für den Fall des späteren Widerrufs kürzlich entschieden, dass der Inhalt eines durch Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung aufgehobenen Testaments nicht (mehr) formgültig erklärt sei und daher nicht (mehr) Gegenstand einer späteren Verfügung von Todes wegen sein könne, auch wenn diese spätere Verfügung von Todes wegen auf die frühere (aufgehobene) Verfügung von Todes wegen Bezug nehme.¹¹ Den veröffentlichten Entscheidungsgründen lässt sich allerdings nicht mit Sicherheit entnehmen, ob es sich dabei um eine förmliche Verweisung nach § 13a BeurkG handelte oder um eine bloße Bezugnahme (unechte Verweisung).¹² Vieles spricht für eine bloße Bezugnahme. Dann ist die Feststellung des Oberlandesgerichts zutreffend, denn die Verfügungen des vorangegangenen Testaments werden in dem späteren Testament nicht – auch nicht im Wege der Verweisung nach § 13a Abs. 1 Satz 1 BeurkG – wiederholt, sondern als gegeben vorausgesetzt.

Weiterhin ungeklärt ist damit, wie sich der Widerruf der Bezugsurkunde auf die Haupturkunde auswirkt, wenn in der Haupturkunde auf die Bezugsurkunde förmlich gemäß § 13a Abs. 1 Satz 1 BeurkG verwiesen wird.¹³ Richtigerweise hat der Widerruf der Bezugsurkunde keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Haupturkunde.¹⁴ Durch die wirksame Verweisung nach § 13a Abs. 1 Satz 1 BeurkG wird der Inhalt der Bezugsurkunde zum Inhalt der Haupt-

4 Siehe hierzu Fn. 2.

5 Grüneberg/Weidlich, § 2084 Rdnr. 4.

6 BGH, Beschluss vom 10.11.2021, IV ZB 30/20, BGHZ 231, 377; Karczewski, ZEV 2018, 192, 196; BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand: 01.02.2022, § 2247 Rdnr. 15. Ist eine von mehreren in einem Testament enthaltenen Verfügungen unwirksam, kann auf die Auslegungsregel des § 2085 BGB zurückgegriffen werden.

7 BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand: 01.02.2022, § 2247 Rdnr. 13.

8 Verweisungen auf notarielle Testamente sind allerdings zulässig. Siehe hierzu BGH, Beschluss vom 15.06.2010, IV ZR 21/09, ZEV 2010, 364; MünchKomm-BGB/Sticherling, 9. Aufl. 2022, § 2247 Rdnr. 34 m. w. N.

9 Vgl. BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand: 01.02.2022, § 2247 Rdnr. 13; MünchKomm-BGB/Sticherling, 8. Aufl. 2020, § 2232 Rdnr. 61 ff.; Grziwotz, MittBayNot 2022, 371, 372.

10 Für den Fall des späteren Widerrufs offen gelassen von BGH, Urteil vom 29.05.1980, IVa ZR 26/80, DNotZ 1980, 761, siehe auch BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand: 01.02.2022, § 13a BeurkG Rdnr. 1 m. w. N.

11 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 20.07.2021, 20 W 9/20, MittBayNot 2022, 366 m. Anm. Grziwotz.

12 Zu den Begrifflichkeiten Beck'sches Notar-Handbuch/Krauß, 7. Aufl. 2019, § 1 Rdnr. 536.

13 Grziwotz formuliert a. a. O. das Beispiel, dass ein Erblasser eine Erbeinsetzung dadurch vornimmt, dass er auf ein bereits beurkundetes Testament seines Ehepartners Bezug nimmt (genauer: verweist) und die dort genannten Personen ohne Angabe der Namen in seinem Testament ebenfalls zu Erben einsetzt.

14 MünchKomm-BGB/Sticherling, 9. Aufl. 2022, § 2247 Rdnr. 34; BeckOGK/Seebach/Rachlitz, Stand: 01.05.2022, § 13a BeurkG Rdnr. 30.2; BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand: 01.08.2022, § 13a BeurkG Rdnr. 1; vgl. auch Grziwotz a. a. O.: „Ohne Bedeutung ist, ob die Bezugsurkunde [noch oder bereits] wirksam ist.“

urkunde selbst.¹⁵ Diese stellt eine – auch in ihrer Wirksamkeit – eigenständige Urkunde dar. Gleichwohl kann es sich in derartigen Fällen anbieten, in der Haupturkunde klarzustellen, ob die im Wege der Verweisung übernommenen Urkundsteile auch im Falle eines (etwaigen) Widerrufs der Bezugsurkunde Bestand haben sollen. Weiterhin kann angedacht werden, eine (beglaubigte) Abschrift der Bezugsurkunde als Anlage zu der Verfügung von Todes wegen zu nehmen, um einem etwaigen Verlust der Bezugsurkunde vorzubeugen.¹⁶ Die Wiederholung der aufrechterhaltenen Verfügungen in der späteren Verfügung von Todes wegen anstelle einer Verweisung oder Bezugnahme ist dagegen nicht in jedem Fall angezeigt.¹⁷

5. Fazit

Es ist zu begrüßen, dass der BGH die Zügel bei der Bezugnahme auf nicht formwirksame Anlagen anzieht. Die bisherige Rechtsprechung hatte Bezugnahmen auf formunwirksame Anlagen in sehr weitem Maße zugelassen und ist damit den Formzwecken nicht in jedem Fall gerecht geworden. Ob das vom BGH entwickelte neue Prüfverfahren allerdings tatsächlich zu mehr Rechtssicherheit führen wird, darf bezweifelt werden, da die Schwierigkeiten nunmehr auf die dritte Stufe der Prüfung verlagert werden.

15 OGK-BeurkG/Seebach/Rachlitz, Stand: 01.05.2022, § 13a Rdnr. 132.

16 Zu einem solchen „Verlust“ kann es etwa dann kommen, wenn das Original einer Verfügung von Todes wegen aus der amtlichen Verwahrung genommen wird. Zu beachten ist allerdings, dass in diesem Fall dem Interesse des Erblassers, den Inhalt der früheren Verfügung von Todes wegen nicht bekannt werden zu lassen, allein durch Rücknahme der früheren Verfügung von Todes wegen dann nicht mehr Rechnung getragen werden kann. In Betracht kommt daher auch eine nur auszugsweise Beifügung.

17 Vgl. Grziwotz, MittBayNot 2022, 371, 373, der nicht nur auf etwaige kostenrechtliche Folgen hinweist, sondern etwa auch die Konstitution des Erblassers in den Blick nimmt.

11. Erfordernis des Eingangs der Anfechtungserklärung im Original bei zuvor erfolgter Erbausschlagung

OLG Bamberg, Beschluss vom 21.03.2022, 2 W 35/21

BGB §§ 1945, 1955, 1960

ZPO § 792

LEITSÄTZE:

1. Die formgerechte Anfechtungserklärung bezüglich einer vorausgegangenen Erbausschlagung erfordert bei Abgabe der Erklärung in öffentlich beglaubigter Form den Eingang der Originalurkunde beim Nachlassgericht.
2. Die Übermittlung der als Papierurkunde erstellten notariell beglaubigten Anfechtungserklärung in Gestalt

einer PDF-Datei über das besondere elektronische Anwaltspostfach an das Nachlassgericht reicht zur Wahrung der erforderlichen Form für eine wirksame Anfechtung der Erbausschlagung nicht aus.

3. Einem Nachlassgläubiger steht gemäß § 792 ZPO eine Antragsbefugnis zur Erteilung eines Erbscheins nur dann zu, wenn er einen titulierten Anspruch gegen den Nachlass hat.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist der Antrag eines Gläubigers auf Anordnung einer Nachlasspflegschaft, welcher vom Nachlassgericht zurückgewiesen worden ist.

2 Am (...) 2019 ist der Erblasser A ohne Hinterlassung von Abkömmlingen verstorben. Seine Eltern waren bereits verstorben. Die Beteiligten X und Y sind seine Geschwister. Diese hatten die Erbschaft mit Erklärungen vom 30.09.2019 und 01.10.2019 zunächst ausgeschlagen. Ebenso haben die Töchter der X die Erbschaft ausgeschlagen sowie die Abkömmlinge eines weiteren, vorverstorbenen Bruders des Erblassers.

3 Mit Beschluss des Nachlassgerichts vom 25.10.2019 wurde für die unbekannteren Erben Nachlasspflegschaft zur Abwicklung des Mietverhältnisses des Erblassers und zur eventuellen Sicherung des Nachlasses angeordnet. Zum Nachlasspfleger war (...) bestellt worden.

4 Mit Verfügung vom 10.08.2020 wurde den Beteiligten X und Y unter Übersendung einer Kopie des Nachlassverzeichnisses mitgeteilt, dass ein die Beerdigungskosten übersteigender Nachlass vorhanden sein dürfte, die Erben daher von Amts wegen zu ermitteln seien und die Beteiligten um Mithilfe bei deren Ermittlung gebeten werden. Das Nachlassverzeichnis enthielt die Eintragung, dass der Erblasser am Todestag über Bankguthaben i. H. v. 17.982 € verfügt habe.

5 Daraufhin ging am 29.09.2020 beim AG über das besondere elektronische Anwaltspostfach die Vertretungsanzeige von Rechtsanwältin (...) für die Beteiligten X und Y ein mit der Mitteilung, die Beteiligten hätten am heutigen Tage ihre Erbausschlagungserklärungen angefochten, ihre notariell beglaubigte Anfechtungserklärung würde anliegend übermittelt und im Original auf dem Postweg nachgereicht. Der Eingang des Originals der Erklärung erfolgte am 01.10.2020. Auf den Inhalt der notariell beglaubigten Anfechtungserklärung der beiden Beteiligten wird Bezug genommen (...).

6 Am 24.03.2021 hob das Nachlassgericht die mit Beschluss vom 25.10.2019 angeordnete Nachlasspflegschaft auf, da der Wirkungskreis erledigt und die Erben ermittelt seien. Mit Verfügung vom gleichen Tag stellte es fest, dass X und Y als Miterben zu je ½ in Betracht kämen. Die Verfügung wurde u. a. der Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten und den bekannten Nachlassgläubigern, insbesondere dem Bezirk (...), mitgeteilt.

7 Mit Schreiben vom 03.09.2021 und 06.09.2021 beantragte der Bezirk (...) die Bestellung eines Nachlasspflegers. Der

Bezirk habe dem Erblasser bis zum 30.06.2018 Blinden- hilfe gewährt. Es errechne sich ein ersatzfähiger Sozial- hilfeaufwand i. H. v. 6.806,61 €, welcher nach § 102 Abs. 2 Satz 1 SGB XII gegen die Erben geltend zu machen sei. Die ermittelten Erben X und Y verfolgten die Anfechtung der Erbschaftsausschlagung offenbar nicht mehr weiter. Die Verfahrensbevollmächtigte von X und Y habe dem Bezirk mit Schreiben vom 23.04.2021 erklärt, dass deren Erben- stellung nicht gesichert sei. Ob die Anfechtung der Erb- schaftsausschlagung überhaupt wirksam sei, sei nur in einem aufwendigen Erbscheinsverfahren zu klären. Mit Schreiben vom 30.11.2021 und 01.12.2021 führte der Bezirk seinen Antrag weiter aus und erklärte insbesondere, dass der Kostenersatzanspruch drei Jahre nach dem Tod des Erblassers erlösche, mithin Ende August 2022.

8 Mit Beschluss vom 09.12.2021 wies die Rechtspflegerin den Antrag auf Bestellung eines Nachlasspflegers zurück. Neben dem Antrag eines Nachlassgläubigers erfordere eine Nachlasspflegschaft nach § 1961 BGB eine unsichere Erbrechtslage, die vorliegend nicht gegeben sei. Unbe- kannt seien die Erben, wenn nicht mit zumindest hoher Wahrscheinlichkeit feststehe, wer Erbe geworden sei. Hin- sichtlich der Beteiligten X und Y lägen Ausschlagungserklä- rungen und die Anfechtung der Ausschlagungserklärungen vor. Die notariell beglaubigte Anfechtungserklärung vom 29.09.2020 sei im Original zwar erst am 01.10.2020 bei Ge- richt eingegangen. Die Einreichung über das besondere elektronische Anwaltspostfach am 29.09.2020 reiche nicht aus. Ausgehend vom 18.08.2020 als Zeitpunkt der Kennt- niserlangung über den geltend gemachten Irrtum sei die sechswöchige Anfechtungsfrist am 30.09.2020 abgelaufen. Der Eingang der Originalerklärung am 01.10.2020 sei daher nach Aktenlage verfristet. Eine abschließende Prü- fung hinsichtlich der Wirksamkeit der Anfechtungserklä- rungen erfolge jedoch nur im Erbscheinsverfahren. Einen Erb- scheinsantrag könne auch ein Gläubiger stellen.

9 Gegen den ihm am 15.12.2021 zugestellten Beschluss leg- te der Bezirk (...) mit Schreiben vom 20.12.2021, beim AG (...) eingegangen am selben Tag, Beschwerde ein mit den An- trägen, dass der Beschluss des AG (...) vom 09.12.2021, Az.: VI 2008/19, aufgehoben und das Nachlassgericht an- gewiesen werde, einen Nachlasspfleger zu bestellen. Zur Begründung verweist der Bezirk (...) auf seinen bereits erst- instanzlich geltend gemachten Anspruch gegen den Nach- lass und leitet daraus ein Rechtsschutzbedürfnis zur Bean- tragung einer Nachlasspflegschaft nach § 1961 BGB ab. Weiter bestehe Ungewissheit, ob die in Betracht kommen- den Erben die Erbschaft angenommen hätte, da sie diese zunächst ausgeschlagen und sodann die Ausschlagung angefochten hätten. Der Bezirk gehe davon aus, dass die Anfechtungserklärung verfristet beim Nachlassgericht ein- gegangen sei, sodass die Erben weiterhin unbekannt seien.

10 Mit Beschluss vom 23.12.2021 half das Nachlassgericht der Beschwerde nicht ab und legte das Verfahren dem OLG Bamberg zur Entscheidung vor.

11 II. 1. Die nach § 11 Abs. 1 RpfVG, § 58 Abs. 1 FamFG statt- hafte Beschwerde ist zulässig, insbesondere innerhalb der Monatsfrist nach Zustellung des Beschlusses beim AG ein-

gelegt worden, § 63 Abs. 1 und 3 FamFG. Da es sich bei dem zugrundeliegenden Verfahrensgegenstand des Antrags eines Nachlassgläubigers auf Anordnung einer Nachlass- pflegschaft um eine vermögensrechtliche Angelegenheit handelt, muss der Wert des Beschwerdegegenstandes einen Betrag von 600 € übersteigen (vgl. Zöller/*Feskorn*, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 61 FamFG Rdnr. 6 unter Hinweis auf BGH, Beschluss vom 25.09.2013, XII ZB 464/12, NJW 2013, 3523). Dies ist in Anbetracht der vom Beschwerdeführer verfolgten Forderung der Fall.

12 2. Die Beschwerde hat in der Sache Erfolg und führt zur Abänderung des angefochtenen Beschlusses und Anord- nung der beantragten Nachlasspflegschaft, da die Voraus- setzungen nach §§ 1961, 1960 Abs. 1 BGB vorliegen und der Beschwerdeführer, der nicht über einen titulierten Anspruch verfügt, keinen Erbscheinsantrag stellen kann.

13 Nach § 1961 BGB hat das Nachlassgericht in den Fällen des § 1960 Abs. 1 BGB einen Nachlasspfleger zu bestellen, wenn die Bestellung zur gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruchs, der sich gegen den Nachlass richtet, von dem Berechtigten beantragt wird.

14 a) Grundvoraussetzung für die Anordnung einer Nach- lasspflegschaft auch auf Antrag eines Nachlassgläubigers ist aufgrund der Verweisung von § 1961 BGB auf § 1960 Abs. 1 BGB eine Ungewissheit hinsichtlich des Erben, sei es vor Annahme der Erbschaft (§ 1960 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder sei es, dass der Erbe gänzlich unbekannt ist oder Unge- wissheit über die Annahme der Erbschaft durch den Erben besteht (§ 1960 Abs. 1 Satz 2 BGB).

15 Steht mit hoher Wahrscheinlichkeit fest, wer Erbe ge- worden ist, kommt die Anordnung einer Nachlasspfleg- schaft nicht in Betracht (vgl. BeckOK-BGB/*Siegmann/Hö- ger*, Stand: 01.02.2022, § 1960 Rdnr. 4; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 26.09.2019, 21 W 65/19, ZEV 2020, 95 Rdnr. 14).

16 Eine solche hohe Wahrscheinlichkeit, dass die Beteilig- ten X und Y Erben geworden sind, besteht jedoch bereits nach den Ausführungen des Nachlassgerichts im angegrif- fenen Beschluss vom 09.12.2021 nicht. Denn das Nachlass- gericht geht zutreffend davon aus, dass die notariell be- glaubigte Anfechtungserklärung der Beteiligten X und Y hinsichtlich ihrer zuvor erfolgten Ausschlagung der Erb- schaft im Original beim zuständigen Nachlassgericht ein- gehen muss und zwar innerhalb der sechswöchigen An- fechtungsfrist ab Kenntnis vom Anfechtungsgrund, welche vorliegend mit dem Eingang der Originalerklärung am 01.10.2020 nicht gewahrt worden ist, § 1954 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Alt. 2, Satz 2, §§ 1955, 1945 Abs. 1 Alt. 2, § 129 Abs. 1 Satz 1 BGB.

17 Ausgehend von der Mitteilung der Beteiligten X und Y in ihrer Anfechtungserklärung vom 29.09.2020 haben diese die formlos übersandte Verfügung des Nachlassgerichts vom 10.08.2020, mit welcher ihnen u. a. die Existenz eines Bankguthabens des Erblassers in Höhe von über 17.000 € im Zeitpunkt seines Todes mitgeteilt worden ist, am 18.08.2020 erhalten. Die Beteiligten machen in ihrer An- fechtungserklärung im Wesentlichen geltend, sie seien da-

von ausgegangen, dass der Erblasser nicht über ein Bankkonto verfügt hätte, weshalb sie die Erbausschlagung nunmehr anfechten. Die Anfechtungsfrist von sechs Wochen beginnt mit Kenntniserlangung vom Anfechtungsgrund, § 1954 Abs. 1, Abs. 2 Alt. 2 BGB, mithin vorliegend am 19.08.2020, 0 Uhr (§ 187 Abs. 1 BGB) und endete am Dienstag, den 29.09.2020, 24 Uhr (§ 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB), da dieser Tag seiner Bezeichnung nach dem Wochentag entspricht, in welchen die Kenntniserlangung als maßgebliches Ereignis nach § 187 Abs. 1 BGB gefallen ist. Die Kenntniserlangung ist laut Mitteilung der Beteiligten X und Y am Dienstag, den 18.08.2020, erfolgt.

18 Folglich hätte die notariell beglaubigte Anfechtungserklärung als amtsempfangsbedürftige Willenserklärung (vgl. Erman/J. Schmidt, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1945 Rdnr. 1) im Original am 29.09.2020 beim AG (...) als zuständigem Nachlassgericht (§ 343 Abs. 1 FamFG) eingehen müssen. Dies ist jedoch erst am 01.10.2020 erfolgt. Die Übermittlung über das besondere elektronische Anwaltspostfach als Datei am 29.09.2020 reichte nicht aus (vgl. Grüneberg/Weidlich, 81. Aufl. 2022, § 1945 Rdnr. 3), wovon auch das Nachlassgericht zutreffend ausgegangen ist.

19 Zwar wird erst im Erbscheinsverfahren die Wirksamkeit der Erklärung geprüft (vgl. Grüneberg/Weidlich, § 1945 Rdnr. 7). Jedoch ergibt sich der verspätete Eingang der Anfechtungserklärung bereits nach Aktenlage ohne aufwändige Ermittlungen, sodass gerade nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Beteiligten X und Y mit hoher Wahrscheinlichkeit als Erben feststehen.

20 Damit kann dahinstehen, ob der von den Beteiligten X und Y mit ihrer einheitlich gefertigten und unterschriebenen Erklärung geltend gemachte Irrtum über die Existenz eines Bankkontos des Erblassers überhaupt einen zur Anfechtung berechtigenden Inhaltsirrtum im Sinne des § 119 Abs. 1 Alt. 1, Abs. 2 BGB darstellt, oder ob es sich nicht vielmehr um einen unbeachtlichen Motivirrtum über die Werthaltigkeit des Nachlasses handelt (vgl. Grüneberg/Weidlich, § 1954 Rdnr. 6 a. E.).

21 Damit besteht weiterhin Ungewissheit über die Erbfolge im Sinne der §§ 1961, 1960 Abs. 1 BGB.

22 b) Auch die weiteren Voraussetzungen für die Anordnung einer Nachlasspflegschaft auf Antrag eines Gläubigers liegen vor:

23 Beim Beschwerdeführer handelt es sich um einen Nachlassgläubiger, da er dem Erblasser Sozialleistungen gewährt hatte und nunmehr einen sozialrechtlichen Kostenersatzanspruch nach § 102 Abs. 1 Satz 1 SGB XII gegen die Erben geltend machen will. Es handelt sich dabei um eine Nachlassverbindlichkeit nach § 1967 Abs. 2 Alt. 2 BGB, § 102 Abs. 2 SGB XII.

24 Der Beschwerdeführer hat die Anordnung einer Nachlasspflegschaft zur Geltendmachung seines Ersatzanspruchs gegen die Erben mit Schreiben vom 06.09.2021 beantragt. Im Schreiben vom 03.09.2021 wurde dargelegt, dass vor Erlass eines Leistungsbescheides der Nachlasspfleger als Vertreter der unbekanntenen Erben anzuhören sei.

25 Damit besteht ein Rechtsschutzbedürfnis zur Beantragung einer Nachlasspflegschaft, da entgegen dem Wortlaut des § 1961 BGB nicht ausschließlich eine gerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs gegen den Nachlass beabsichtigt sein muss, sondern ausreichend ist, dass der Antragsteller seine Forderung gegen den Nachlass notfalls gerichtlich durchsetzen will, falls der Anspruch nicht außergerichtlich durchzusetzen ist. Ein solches Rechtsschutzbedürfnis nach § 1961 BGB tritt an Stelle des Sicherungsbedürfnisses im Sinne des § 1960 Abs. 1 BGB (vgl. OLG München, Beschluss vom 18.12.2013, 31 Wx 490/13, juris Rdnr. 5).

26 c) Der Beschwerdeführer kann auch nicht auf die Stellung eines Erbscheinsantrags und damit auf die Klärung der Erbfolge im Rahmen des Erbscheinsverfahrens verwiesen werden. Denn nach § 792 ZPO steht das Recht, einen Erbschein zu beantragen, nur dem Gläubiger einer titulierten Nachlassverbindlichkeit zu, wie sich aus der systematischen Stellung der Norm im Rahmen der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung ergibt (vgl. auch Zöller/Geimer, ZPO, § 792 Rdnr. 1).

12. Ausschluss der Teilungsversteigerung aufgrund eines letztwillig verfügten Teilungsverbots

OLG Karlsruhe, Urteil vom 09.02.2022, 11 U 7/21

BGB § 2044 Abs. 1 Satz 1, § 2048

LEITSÄTZE:

- Jeder Miterbe hat grundsätzlich das Recht, jederzeit die Auseinandersetzung von Nachlassgrundstücken im Wege der Teilungsversteigerung zu verlangen, um die Gesamtauseinandersetzung der Erbengemeinschaft herbeizuführen. Sofern der Erblasser die Auseinandersetzung in Bezug auf den Nachlass oder einzelne Nachlassgegenstände in der Verfügung von Todes wegen für immer oder auf Zeit ausgeschlossen hat, kann diese nur verlangt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- Im Rahmen der Testamentsauslegung ist festzustellen, ob es sich bei der Anordnung des Erblassers nur um einen rechtlich unverbindlichen Wunsch oder ein Teilungsverbot handelt. In der Anordnung, dass die Miterben die Teilung nur einstimmig vornehmen können, kann ein sog. mildes, die Minderheit schützendes Teilungsverbot enthalten sein, das zugleich eine negative Teilungsanordnung und ein Vorausvermächtnis zugunsten der anderen Miterben darstellt. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- Eine testamentarische Regelung, nach der die Töchter und Enkel den Grundbesitz bei Einstimmigkeit jederzeit beleihen oder verkaufen können, lässt die Vorstellung der Erblasserin erkennen, dass Grundbesitz, der nicht verkauft wird, über die Generation der**

Enkel hinaus in der Familie verbleiben soll. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 A. Die Parteien streiten als Mitglieder der Erbengemeinschaft nach Frau (...) (im Folgenden: Erblasserin) um die Zulässigkeit der Teilungsversteigerung des zum Nachlass gehörenden Miteigentumsanteils an dem Grundstück (...) Karlsruhe.

2 Die im Jahr 1914 geborene Erblasserin verstarb am 22.06.2012. Sie hinterließ zwei Töchter und deren Kinder: die Klägerin und ihren Sohn (...) sowie die am 26.09.2012 nachverstorbene (...) und deren Kind (Beklagter), (...) und (...). Der Ehemann der Erblasserin ist am 16.10.1970 vorverstorben. Der noch nicht vollständig auseinandergesetzte Nachlass der Erblasserin besteht im Wesentlichen aus dem hälftigen Miteigentumsanteil an dem Grundstück (...) K.

3 Die Erblasserin beerbte ihren Ehemann auf der Grundlage eines gemeinschaftlichen notariellen Testaments vom 02.06.1964 (...) als befreite Vorerbin. Nacherben des Erstversterbenden sollten die beiden Töchter zu je ½, wiederum als befreite Vorerben, werden. Nacherben und Ersatznacherben sollten jeweils die Abkömmlinge entsprechend der gesetzlichen Erbfolgeregelung sein. Der überlebende Ehegatte sollte frei sein, über sein Vermögen zu Lebzeiten und von Todes wegen zu verfügen.

4 Ferner liegt eine letztwillige Verfügung der Erblasserin vom 29.10.1995 vor, die folgenden Wortlaut hat:

„Mein letzter Wille:

1. Ich (...) setze meine Töchter (...) und (...) zu gleichen Teilen als befreite Vorerben meines Immobilienbesitzes ein.

Nacherben, auch meines zu Lebzeiten an meine Töchter verschenkten Immobilienbesitzes, (Nacherben meiner Töchter) sollen zu gleichen Teilen sein deren leibliche Kinder und zwar nur (...) und (...). Auch meine Enkel sollen, wie meine Töchter, bei Einstimmigkeit jederzeit den Grundbesitz beleihen oder verkaufen können, jedoch vererben können sie ihn nur an leibliche Kinder, nicht an Ehegatten, sonstige Personen oder Institutionen. Verstirbt einer meiner genannten Enkel ohne leibliche Kinder zu hinterlassen, fällt dessen Anteil zu gleichen Teilen an meine anderen Enkel.

Bei meinem Tod erhält jeder der genannten Enkel 5.000 DM.

K den 29.10.1995

2. Alles was ich sonst noch hinterlasse gehört je zur Hälfte meinen Töchtern (...) und (...). Ich setze meine Tochter (...) als meinen Testamentsvollstrecker ein. Nach deren Tod soll mein Enkel (...) Testamentsvollstreckung durchführen.

K, den 29.10.1995“

5 Frau (...) lehnte das Testamentsvollstreckeramt ab. Der deswegen als Testamentsvollstrecker verpflichtete (...) wur-

de im Jahr 2014 aus dem Amt entlassen (Senat, Az. [...]). Das Nachlassgericht ging von einer Beendigung der Testamentsvollstreckung aus, da ein konkludentes Ersuchen, einen weiteren Testamentsvollstrecker zu ernennen, nicht ersichtlich sei. Es zog daher einen mit Testamentsvollstreckervermerk erteilten gemeinschaftlichen Erbschein ein und erteilte auf Grundlage des Testaments vom 29.10.1995 einen neuen Erbschein des Inhalts, dass die Erblasserin von der Klägerin zu ½ und ihren vier Enkeln (...) zu je ⅙ beerbt worden und jeweils Nacherbfolge angeordnet ist (Einziehungsbeschluss vom 14.07.2016 und Erbschein vom 15.09.2016, Beiakte [...]). Im Jahr 2020 lehnte das Nachlassgericht die von der Klägerin angeregte und mit dem Antrag auf Einziehung des zuletzt ohne Testamentsvollstreckervermerk ausgestellten Erbscheins verbundene Ernennung eines Ersatztestamentsvollstreckers ab (AG – Nachlassgericht – Karlsruhe, [...]). Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Klägerin ist beim Senat anhängig (...).

6 Der Beklagte betreibt aus einem Beschlagnahmebeschluss des AG Karlsruhe vom 21.02.2020 (...) die Zwangsversteigerung zum Zweck der Aufhebung der Gemeinschaft (§ 180 ZVG). In diesem Verfahren gestellte Anträge der Klägerin auf einstweilige Einstellung bzw. Aussetzung des Verfahrens blieben erfolglos (AG – Vollstreckungsgericht – Karlsruhe, (...)).

7 In dem vorliegenden Verfahren wendet sich die Klägerin mit der Drittwiderspruchsklage gegen die Teilungsversteigerung des Miteigentumsanteils. Sie ist der Auffassung, die von der Erblasserin testamentarisch festgelegte Einstimmigkeit bei der Beleihung und dem Verkauf von Grundbesitz sei als ein der Teilungsversteigerung entgegenstehendes Auseinandersetzungsverbot im Sinne des § 2044 BGB auszulegen. In erster Instanz hat sie hierzu unter anderem vorgetragen, der Erblasserin sei ein Verbleib des vorhandenen Grundbesitzes im Familienstamm und dessen einvernehmliche Veräußerung besonders wichtig gewesen und sich zum Beweis auf die Zeugen (...) und (...) berufen. Ferner hat die Klägerin eingewandt, dass die von der Erblasserin angeordnete Testamentsvollstreckung mit der Entlassung des (...) nicht beendet worden sei und der Teilungsversteigerung ebenfalls entgegenstehe. Die Erblasserin habe gewollt, dass der Testamentsvollstrecker nicht lediglich den Nachlass abwickle, sondern ihn über mehrere Generationen hinweg verwalte.

8 Die Klägerin hat in erster Instanz beantragt:

9 Die Teilungsversteigerung des ideellen Bruchteils zu ½ des folgenden Grundbesitzes:

Grundbuchbezeichnung: AG Maulbronn Grundbuch von Karlsruhe Bezeichnung gemäß Bestandsverzeichnis, laufende Nr. 1, Gemarkung Karte

Eingetragene Eigentümer zur laufenden Nr. 2,

(...), in Erbengemeinschaft zu ½,

wird für unzulässig erklärt.

10 Der Beklagte hat in erster Instanz beantragt, die Klage abzuweisen.



11 Der Beklagte hat zur Begründung vorgetragen, die Klage nach § 771 ZPO sei unzulässig und im Übrigen unbegründet. Die Erblasserin habe weder ein Auseinandersetzungsverbot noch eine Dauertestamentsvollstreckung gewollt. Immobilien seien für die Erblasserin eine Wertanlage gewesen und je nach kaufmännischer Zweckmäßigkeit gekauft bzw. verkauft worden. Die durch ein testamentarisches Auseinandersetzungsverbot erschwerte Abwicklung des Nachlasses der Schwester ihres Ehemannes, (...) sei für die Erblasserin ein abschreckendes Beispiel gewesen. In ihrem eigenen Testament habe sie lediglich den Wunsch zum Ausdruck gebracht, dass die Erben wie bisher friedlich unter einem Dach wohnen sollen. Zudem habe sie mit der Nacherbfolge sicherstellen wollen, dass nur direkte Abkömmlinge und keine Ehepartner von dem Familienvermögen profitieren. Dem Einwand der Testamentsvollstreckung stehe die Rechtshängigkeit des nachlassgerichtlichen Verfahrens betreffend die Bestellung eines Ersatztestamentsvollstreckers (AG Karlsruhe, [...] und OLG Karlsruhe, [...]) entgegen. Im Übrigen habe die Erblasserin die Testamentsvollstreckung nur den von ihr bestimmten Familienmitgliedern anvertrauen wollen.

12 Das LG hat die Klage mit dem angegriffenen Urteil vom (...) abgewiesen. Die Klage sei zwar statthaft und im Übrigen zulässig; insbesondere greife keine Rechtshängigkeitssperre ein. Sie sei jedoch unbegründet. Eine Auslegung des streitgegenständlichen Testaments ergebe, dass die Erblasserin weder ein die Teilungsversteigerung hinderndes Auseinandersetzungsverbot noch eine Dauertestamentsvollstreckung angeordnet und das Nachlassgericht auch nicht um die Benennung eines Ersatztestamentsvollstreckers ersucht habe. Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts, der tatsächlichen Feststellungen, des erstinstanzlichen Vorbringens der Parteien und der Entscheidungsgründe wird auf dieses Urteil Bezug genommen.

13 Gegen das ihr am 09.02.2021 zugestellte Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer am 09.03.2021 beim OLG Karlsruhe eingegangenen Berufung, welche sie nach Verlängerung der Begründungsfrist bis zum 09.05.2021 mit am 07.05.2021 eingegangenem Schriftsatz begründet hat. Rechtsfehlerhaft habe das LG das in seinem Wortlaut eindeutige Testament als auslegungsbedürftig angesehen. Zudem habe es zu strenge Anforderungen an ein Auseinandersetzungsverbot gestellt und dessen Anordnung mit nicht nachvollziehbarer Argumentation verneint. Die Erblasserin habe das Verbot, über das sich die Begünstigten nach der Rechtsprechung bei Einstimmigkeit hinwegsetzen könnten, gar nicht anders formulieren können. Zu sehen sei auch, dass ein ihr von der Erblasserin eingeräumtes, in dem Verfahren (...) rechtskräftig festgestelltes lebenslanges Nutzungsrecht an der Dachgeschosswohnung des Anwesens (...) einer Versteigerung nicht standhalten würde. Überdies habe das LG die Zeugen nicht gehört, welche sie zum Beweis ihres entscheidungserheblichen Vorbringens benannt habe, der Erblasserin sei ein Verbleib des streitgegenständlichen Grundbesitzes im Familienstamm und dessen lediglich einvernehmliche Veräußerung besonders wichtig gewesen. In Bezug auf die Anordnung der Testamentsvollstreckung habe das LG verkannt, dass es der

Erblasserin auf die Bindung des Nachlasses an die Testamentsvollstreckung und die kaufmännischen und wirtschaftlichen Kenntnisse der eingesetzten Personen angekommen sei. Bei Kenntnis von deren bei Errichtung des Testaments nicht absehbarem Wegfall hätte die Erblasserin mit Blick auf die komplexe Situation sowohl bezogen auf die Erben als auch auf die Nachlassgegenstände vernünftigerweise eine weitere Testamentsvollstreckung und die Ernennung eines Ersatztestamentsvollstreckers durch das Gericht gewollt.

14 Die Klägerin beantragt (...),

unter Abänderung des am 04.02.2021 verkündeten Urteils des LG Karlsruhe, (...)

wie folgt zu erkennen:

Die Teilungsversteigerung des ideellen Bruchteils zu ½ des Grundbesitzes mit der Grundbuchbezeichnung:

AG Maulbronn Grundbuch von K (...); Bezeichnung gemäß Bestandsverzeichnis, laufende Nr. 1,

in Erbengemeinschaft zu ½,

wird für unzulässig erklärt.

15 Der Beklagte beantragt (...):

Die Berufung gegen das Urteil des LG Karlsruhe vom 04.02.2021 – wird zurückgewiesen.

16 Der Beklagte verteidigt die angegriffene Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens als zutreffend. Ergänzend hat er den Zeugen (...) benannt, der die Immobiliengeschäfte der Familie gemanagt und am Tag vor Errichtung des verfahrensgegenständlichen Testaments, dem 28.10.1995, als Pfleger für die damals noch minderjährigen bzw. ungeborenen Nachkommen der Klägerin und ihrer Schwester an dem Verkauf des Anwesens (...) K aus dem Nachlass der Schwägerin (...) mitgewirkt habe. Herr (...) habe mit der Erblasserin darüber gesprochen, wie unsinnig ein Auseinandersetzungsverbot sei und wie unglücklich Erben dadurch geknebelt werden könnten, auch wenn sie das gar nicht wollten. Die Erblasserin habe auf keinen Fall den gleichen Fehler machen wollen und deshalb am 29.10.1995 auf Empfehlung des Zeugen das vorliegende Testament verfasst. Dabei habe sie das Testament ihrer Schwägerin teilweise als Vorlage benutzt, allerdings mit befreiter Vorerbeneinsetzung und ohne den Zusatz, dass der Immobilienbesitz nicht veräußert werden dürfe. Mit der Formulierung, dass die Töchter bzw. Enkel „bei Einstimmigkeit jederzeit den Grundbesitz beleihen oder verkaufen können“, habe die Erblasserin lediglich klarstellen wollen, dass ein freihändiger Verkauf nur gemeinsam zustande kommen dürfe. Ein Auseinandersetzungsverbot habe damit nicht verbunden sein sollen. Die Erblasserin habe das Testamentsvollstreckeramts auch unter keinen Umständen einem fremden Dritten überlassen wollen.

17 Wegen der weiteren Einzelheiten des Berufungsvorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

18 Der Senat hat die Teilungsversteigerung mit Beschluss vom 31.05.2021 einstweilen eingestellt, die Klägerin und, in Vertretung des Beklagten, Herrn (...) persönlich angehört sowie Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen. Wegen des Ergebnisses der Anhörung und Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 09.02.2022 (...) Bezug genommen. Den Parteien wurde Gelegenheit gegeben, sich zu dem Ergebnis der Beweisaufnahme ergänzend schriftsätzlich zu äußern. Wegen ihrer Stellungnahmen wird auf die im Anschluss an die Berufungsverhandlung eingereichten Schriftsätze Bezug genommen.

19 Die Akten AG – Nachlassgericht – Karlsruhe, (...) mit OLG Karlsruhe, Az. (...) und (...), waren beigezogen und Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

20 B. Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung hat in der Sache Erfolg.

21 I. Zutreffend hat das LG die Klage als zulässig angesehen.
(...)

24 II. Die Klage ist auch begründet, da die materiellrechtlichen Voraussetzungen für eine Aufhebung der Gemeinschaft nicht erfüllt sind.

25 1. Gemäß § 2042 Abs. 1 BGB hat jeder Miterbe das Recht, jederzeit die Auseinandersetzung zu verlangen. In Bezug auf Nachlassgrundstücke kann die Auseinandersetzung im Wege der Teilungsversteigerung nach § 180 ZVG erfolgen, wenn die Versteigerung die Gesamtauseinandersetzung der Erbengemeinschaft bezweckt (§ 753 BGB; vgl. BGH, FamRZ 1999, 433; *Böttcher*, ZVG, 6. Aufl. 2016, § 180 Rdnr. 15b). Die Voraussetzungen für die Aufhebung der Gemeinschaft im Verfahren nach § 180 ZVG ergeben sich aus den materiellrechtlichen Bestimmungen. Kann nach deren Maßgabe die Aufhebung der Gemeinschaft nicht betrieben werden, ist auch die Teilungsversteigerung nicht zulässig (vgl. *Kindl/Meller-Hannich/Stumpe/Simon*, *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, 4. Aufl. 2021, § 180 ZVG Rdnr. 28). Sofern der Erblasser die Auseinandersetzung in Bezug auf den Nachlass oder einzelne Nachlassgegenstände für immer oder auf Zeit ausgeschlossen hat (§ 2044 Abs. 1 BGB), kann die Aufhebung daher nur verlangt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§ 2044 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 749 Abs. 2 Satz 1 BGB; vgl. *Kindl/Meller-Hannich/Stumpe/Simon*, *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, 4. Aufl. 2021, § 180 ZVG Rdnr. 9; *Böttcher*, ZVG, 6. Aufl. 2016, § 180 Rdnr. 15).

26 2. Hier steht der Teilungsversteigerung entgegen, dass sie einer von der Erblasserin getroffenen Bestimmung über die Auseinandersetzung (§ 2044 Abs. 1 Satz 1 BGB) und der darin liegenden negativen Teilungsanordnung (§ 2048 BGB) widerspricht.

27 a) Gemäß § 2044 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Erblasser durch Verfügung von Todes wegen die jederzeitige Auseinandersetzung ausschließen oder, im Sinne eines „Erst-Recht-Schlusses“, erschweren (vgl. RGZ 110, 270, 273; BeckOGK-BGB/*Rißmann/Szalaj*, Stand: 01.04.2021, § 2044 Rdnr. 1; MünchKomm-BGB/*Ann*, 8. Aufl. 2020, § 2044

Rdnr. 5). Dabei liegt in einem Veräußerungsverbot in der Regel zugleich ein gegenständlich beschränkter Auseinandersetzungsausschluss (vgl. MünchKomm-BGB/*Ann*, § 2044 Rdnr. 5; *Muscheler*, ZEV 2010, 340, 341). In der Anordnung, dass die Miterben die Teilung nur einstimmig vornehmen können, kann ein sog. mildes, die Minderheit schützendes Teilungsverbot enthalten sein, das zugleich eine negative Teilungsanordnung (§ 2048 BGB) und ein Vorausvermächtnis zugunsten der anderen Miterben darstellt (vgl. *Nieder/Kössinger/R. Kössinger*, *Handbuch der Testamentsgestaltung*, 5. Aufl. 2015, § 15 Rdnr. 250 f.; *Burandt/Rojahn/Flechtner*, *Erbrecht*, 3. Aufl. 2019, § 2044 BGB Rdnr. 3). Abzugrenzen ist im Rahmen der Testamentsauslegung in jedem Fall, ob es sich nicht nur, wie vom Beklagten behauptet, um eine rechtlich unverbindliche Bitte oder einen Ratschlag handelt (vgl. *Firsching/Graf/Krätzschel*, *Nachlassrecht*, 11. Aufl. 2019, § 10 Rdnr. 101; *Nieder/Kössinger/R. Kössinger*, *Handbuch der Testamentsgestaltung*, § 15 Rdnr. 247).

28 b) Die vorliegend von der Erblasserin in Ziffer 1 ihres Testaments bestimmte Möglichkeit, den Grundbesitz bei Einstimmigkeit jederzeit beleihen oder verkaufen zu können, bedarf vor diesem Hintergrund der Auslegung. Die Auslegungsbedürftigkeit ergibt sich schon aus den divergierenden Interpretationen dieser Anordnung durch die Parteien im Sinne einer verbindlichen Einschränkung bzw. Ausschließung der Auseinandersetzung oder eines unverbindlichen Wunsches.

29 Bei der nach Maßgabe von § 133 BGB vorzunehmenden Testamentsauslegung ist in erster Linie der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen, ohne dass am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften ist. Es müssen daher nicht nur der gesamte Text der Verfügung, sondern auch alle anderen zugänglichen Umstände außerhalb der Urkunde ausgewertet werden, die zur Aufdeckung des Erblasserwillens möglicherweise dienlich sind. Abzustellen ist dabei stets auf den Willen des Erblassers im Zeitpunkt der Errichtung. Danach eingetretene Umstände können nur Bedeutung erlangen, soweit sie Rückschlüsse hierauf zulassen (vgl. BGH, ZEV 2013, 36, 37).

30 Bei der Auslegung geht es mithin nicht um die Ermittlung eines von der Erklärung losgelösten Willens, sondern um die Klärung der Frage, was der Erblasser mit seinen Worten sagen wollte. Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass der Sprachgebrauch nicht immer so exakt ist oder sein kann, dass der Erklärende mit seinen Worten genau das unmissverständlich wiedergibt, was er zum Ausdruck bringen wollte. Gerade deshalb ordnet § 133 BGB an, den Wortsinn der benutzten Ausdrücke unter Heranziehung aller Umstände zu „hinterfragen“. Nur dann kann die Auslegung der Erklärung durch den Richter gerade die Bedeutung auffinden und ihr die rechtliche Wirkung zukommen lassen, die der Erklärende seiner Willenserklärung „wirklich“ beilegen wollte. Dabei ist der Erblasserwille als sog. innere Tatsache dem Geständnis und der Beweisaufnahme zugänglich und geht, wenn er feststeht und formgerecht erklärt ist, jeder anderen Interpretation vor (vgl. BGH, NJW 1993, 256 m. w. N.).

31 c) Ausgehend von diesen Grundsätzen ist der Senat zu der Überzeugung gelangt, dass die Erblasserin in dem Testament vom 29.10.1995 ein mildes, die Minderheit schützendes Teilungsverbot anordnen wollte.

32 aa) Eine Auslegung des Wortlauts unter Berücksichtigung von Wortsinn, Aufbau und Kontext der streitigen Bestimmung innerhalb des Testaments führt zu dem Ergebnis, dass die Erblasserin nicht nur den unverbindlichen Wunsch nach einem einstimmigen Handeln ihrer Erben niedergelegt, sondern das Prinzip der Einstimmigkeit verbindlich vorgegeben hat.

33 Nach dem Wortlaut der Verfügung soll Grundbesitz bei Einstimmigkeit jederzeit beliehen oder verkauft, indes nur an leibliche Kinder der Enkel vererbt werden können und im Fall des kinderlosen Versterbens zu gleichen Teilen an die anderen Enkel fallen.

34 (1) Diese Anordnung lässt die Vorstellung der Erblasserin erkennen, dass Grundbesitz, der nicht verkauft wird, über die Generation der Enkel hinaus in der Familie verbleiben soll. Die Erblasserin ging sogar davon aus, dass selbst von ihr zu Lebzeiten an Familienmitglieder verschenkte Immobilien nur in der Familie weiterzugeben sind, wie aus dem Einschub „auch meines zu Lebzeiten an meine Töchter verschenkten Immobilienbesitzes“ hervorgeht.

35 Ausschließen wollte die Erblasserin hingegen eine Weitergabe von Grundbesitz im Wege der Erbfolge an Personen, die nicht zu den leiblichen Nachkommen und damit zur Familie im engeren Sinn zählen. Der Unterschied zu den von ihr erlaubten Rechtsgeschäften – Beleihung und Verkauf – liegt darin, dass die jeweiligen Erben beim Beleihen oder Verkaufen von Grundbesitz eine Gegenleistung erhalten, welche die Beschränkung oder den Verlust des Eigentums wirtschaftlich ausgleicht. Die Entscheidung, Immobilienbesitz zu belasten oder sich gegen eine Gegenleistung von ihm zu trennen, sollte aber nur „bei Einstimmigkeit“ möglich sein, mithin weder einem einzelnen Erben noch der Mehrheit der Erben obliegen, sondern letztlich dem Willen der durch die jeweiligen Erben repräsentierten gesamten Familie entsprechen.

36 (2) Diese Regelungsziele sind allein mit der Anordnung von Vor- und Nacherbschaften nicht verlässlich zu erreichen. Bereits aus diesem Grund liegt es nahe, dass die Erblasserin den Bestimmungen zum Verkaufen, Beleihen und Vererben von Immobilienbesitz die Bedeutung einer ergänzenden und die Erben bindenden Regelung beigemessen hat. Auch die von der Erblasserin verwendeten Wörter „sollen“ und „können“ (zum Beispiel „meine Enkel sollen“, „jedoch vererben können sie ihn nur“) legen nach allgemeinem Sprachgebrauch ein Verständnis dahin nahe, dass die Erblasserin nicht nur einen unverbindlichen Wunsch äußern, sondern den Handlungsspielraum ihrer Erben festlegen wollte. Für diese Auffassung spricht ferner der Kontext der Regelung. Die Passage zum Verkaufen, Beleihen und Vererben von Immobilienbesitz steht ohne textliche Trennung im Anschluss an die Regelung von Vor- und Nacherbschaft und nimmt sprachlich auf diese Bezug („Auch meine Enkel sollen [...]“). Unmittelbar anschließend folgen weitere

Verfügungen für den Fall des kinderlosen Versterbens eines Enkels und ein Geldvermächtnis. Dass die Erblasserin ihre Vorstellungen zum Verkaufen, Beleihen und Vererben von Immobilienbesitz zwar in erbrechtliche Verfügungen eingebettet, sie aber gleichwohl, ohne dies kenntlich zu machen, nur als unverbindlichen Wunsch verstanden hat, erscheint fern liegend.

37 (3) Dieses Auslegungsergebnis wird durch die unter Ziffer 2 des Testaments getroffenen Anordnungen über die Testamentsvollstreckung gestützt. Die Erblasserin hat je ein Familienmitglied aus dem Kreis ihrer Kinder und Enkel zum Testamentsvollstrecker bestimmt, dieses aber aufgrund seiner Einsetzung zum Miterben durch die für Erben geltende Voraussetzung der Einstimmigkeit auch in seiner Verfügungsbefugnis als Testamentsvollstrecker (§ 2205 Satz 2 BGB) beschränkt. Diese Verknüpfung legt es nahe, dass die Erblasserin die Einstimmigkeit verbindlich anordnen und durch eine Person aus dem Kreis der Erben als Testamentsvollstrecker überwachen lassen wollte. Für die Verbindlichkeit spricht im Übrigen auch die zeitliche, zwei Generationen betreffende Geltungsdauer der Anordnung.

38 bb) Die nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme unter Berücksichtigung der schriftsätzlichen Stellungnahmen zum Beweisergebnis festzustellenden Umstände außerhalb der Testamentsurkunde rechtfertigen keine andere Auslegung. Belastbare Anhaltspunkte dafür, dass die Erblasserin kein mildes Teilungsverbot, sondern einen unverbindlichen Wunsch oder eine Empfehlung aussprechen wollte, haben sich nicht ergeben.

39 (1) (a) Nach den weitgehend übereinstimmenden und im Übrigen jedenfalls unwidersprochen gebliebenen Angaben der Parteien und des vom Senat angehörten Herrn (...) hat die Erblasserin das streitgegenständliche Testament vor folgendem familiären und wirtschaftlichen Hintergrund abgefasst:

40 Ursprünglicher Wohnsitz der Eheleute (...) war ein Anwesen am (...) in K, in dem der Ehemann der Erblasserin ein Groß- und Einzelhandelsunternehmen geführt hat. Im Zeitraum 1959/1960 erwarben die Eheleute das der Familie fortan als Wohn- und Unternehmenssitz dienende Mehrfamilienhaus (...). Auch bei Errichtung des Testaments im Jahr 1995 befand sich im Erdgeschoss das unter der Leitung von Frau (...) fortgeführte Geschäft, in den beiden darüber liegenden Stockwerken wohnten die Erblasserin und Frau (...), ursprünglich mit dem Beklagten und seinen Geschwistern, sowie im Dachgeschoss die Klägerin mit ihrem Sohn, dem damals 18 Jahre alten Zeugen (...). Der Zeuge war seinen Angaben zufolge bis Dezember 1995 mit der Klägerin verheiratet gewesen und zu Beginn des Jahres 1995 nach Frankfurt verzogen.

41 Bei Errichtung des Testaments bestand das Vermögen der Erblasserin im Wesentlichen aus Grundbesitz. Die Erblasserin war Eigentümerin der Immobilie (...), in Bezug auf den Miteigentumsanteil ihres verstorbenen Ehemannes als dessen befreite Vorerbin. Zudem gehörten ihr landwirtschaftliche, aus ihrer Familie stammende Flächen, aus dem Nachlass ihres Ehemannes ein in den 50er Jahren erwor-

benes Mehrfamilienhaus in Bad Herrenalb und das von ihr im Jahr 1994 gekaufte Hausgrundstück in K. Der Wohnraum in dem Mehrfamilienhaus in Bad Herrenalb war vermietet mit Ausnahme einer Wohnung, die der Erblasserin und ihrer Familie seit jeher als Ferienwohnung diente; das Anwesen veräußerte die Erblasserin in den Jahren 1996 oder 1997 an Dritte. In das Haus in der (...) waren der Beklagte und (...) bereits vor Errichtung des Testaments eingezogen; nach der Errichtung des Testaments verkaufte die Erblasserin das Anwesen an ihre vier Enkel und bewohnte es später selbst zusammen mit ihrer Tochter (...). Das Haus am (...) hatte die Erblasserin ebenso wie ein weiteres in der (...) in K bereits vor Errichtung des streitgegenständlichen Testaments verkauft.

42 (b) Vor diesem Hintergrund ist die von dem Beklagten geschilderte Bereitschaft der Erblasserin, Immobilien zu verkaufen und zu kaufen, ebenso nachvollziehbar wie die Annahme, dass sie ihren Erben diese Möglichkeit nicht nehmen wollte.

43 Zu sehen ist allerdings, dass alle der Erblasserin bei Errichtung des Testaments gehörenden Immobilien nicht nur einen wirtschaftlichen, sondern auch einen persönlichen Bezug zu ihrem Leben haben, da sie entweder aus Familienbesitz stammten oder von der Erblasserin und ihrer Familie als Wohn- und Geschäftsräume genutzt worden sind oder künftig genutzt werden sollten. Lediglich das von der Erblasserin später an Dritte verkaufte Mietshaus in Bad Herrenalb wurde von der Familie nur noch wenig genutzt und hatte damit eher den Charakter eines reinen Wirtschaftsobjekts. In Bezug auf den übrigen Immobilienbesitz erscheint es plausibel, dass die Erblasserin die Immobilien für die Familie erhalten und eine Verfügung über diese nur gestatten wollte, wenn ihre ausschließlich aus dem Kreis der Familienmitglieder bestimmten Erben dies einstimmig beschließen.

44 (2) Für eine Auslegung im Sinn eines milden Teilungsverbots spricht auch die Rechtslage in Bezug auf die von der Klägerin bei Errichtung des Testaments bewohnte Dachgeschosswohnung.

45 (a) Die Klägerin ist aufgrund eines mit der Erblasserin Ende der 1980er Jahre geschlossenen und für die Erben-gemeinschaft verbindlichen Leihvertrags berechtigt, die Dachgeschosswohnung sowie einen Keller und einen Stellplatz im Anwesen (...) bis zu ihrem Tod unentgeltlich zu nutzen; zudem stehen ihr Mieteinnahmen aus einer Fremdvermietung der Wohnung zu. Dies ergibt sich aus den von der Klägerin vorgelegten, die Parteien bindenden Urteile des LG und OLG Karlsruhe ([...], Beschluss vom 01.10.2020).

46 (b) Die Erblasserin konnte nur mit einer die Erben bindenden Vorgabe der Einstimmigkeit sicherstellen, dass das dinglich nicht abgesicherte Nutzungsrecht Bestand hat, solange die Klägerin dies wünscht. Es ist möglich und keineswegs fernliegend, dass die in Immobiliengeschäften nicht unerfahrene Erblasserin diese Sach- und Rechtslage erfasst und bei Errichtung des Testaments bedacht hat.

47 (3) Es ist auch plausibel, dass die Erblasserin eine hinreichend konkrete Vorstellung von den rechtlichen Wirkun-

gen der von ihr angeordneten Vor- und Nacherbschaft gehabt und die Notwendigkeit gesehen hat, insbesondere die von ihr gewünschte Einstimmigkeit ergänzend festzulegen. Denn das vor einem Notar errichtete gemeinschaftliche Testament der Erblasserin und ihres Ehemannes enthält eine vergleichbare Erbfolgeregelung und die Erblasserin war bereits seit vielen Jahren (befreite) Vorerbin nach ihrem Ehemann.

48 (4) Das Auslegungsergebnis wird schließlich weder durch die Angaben der vernommenen Zeugen noch das Testament der Schwägerin in Zweifel gezogen.

49 (a) (aa) Der Zeuge (...) hat die Erblasserin als eine bodenständige Frau beschrieben, die auf die Einheit der Familie bedacht gewesen sei. Die Klägerin und er hätten für ihre Ehe den Güterstand der Gütertrennung vereinbart, da sowohl die Klägerin als auch die Erblasserin ein Interesse an einem Verbleib des Anwesens (...) im Familienbesitz gehabt hätten. Die Erblasserin habe geäußert, dass dieses Haus der Familienstammsitz bleiben und darüber einheitlich entschieden werden solle. Aus diesem Grund hätten die Klägerin und er Ende der 80er Jahre das Dachgeschoss ausgebaut.

50 (bb) Der in dem Anwesen aufgewachsene, dort bis zu seinem Wegzug im Jahr 2006 lebende Zeuge hat angegeben, es habe ein richtiger Familienverbund über die eigene Kernfamilie hinaus bestanden. Beispielsweise habe die Erblasserin für alle Enkel nach der Schule gekocht und es habe bei ihr ein sonntägliches Essen der Familie gegeben. Er denke schon, dass das Haus in der (...) ebenso wie das Haus in der (...) für die Erblasserin eine Art Familienstammsitz gewesen und es ihr wichtig gewesen sei, dass die Dinge in der Familie liegen. Als er sich entschlossen habe, aus der (...) auszuziehen, habe die Erblasserin ihm erklärt, dass er jederzeit in die Wohnung zurückkommen könne. Bei der Feier zu seinem 30. Geburtstag habe die Erblasserin zum Ausdruck gebracht, dass die Enkelkinder über dieses Haus nur gemeinsam würden verfügen können.

51 (cc) Das Testament der Schwägerin (...) vom 20.02.1978 (...) hat auszugsweise folgenden Wortlaut:

„Testament

Ich setze hiermit die Töchter meines verstorbenen Bruders als meine Erben ein.

Nach deren Ableben bestimme ich die Kinder meiner Nichten, da ich will, daß das ganze Erbe in Familienbesitz bleibt und nicht veräußert wird (...).“

52 Der Zeuge (...) berichtete hierzu, er sei an dem Verkauf eines zum Nachlass der Schwägerin (...) gehörenden Grundstücks als familiengerichtlich bestellter Vormund für noch ungeborene Erben bzw. möglicherweise später adoptierte Kinder beteiligt gewesen. Inwiefern das Testament der Schwägerin von der Erblasserin als Vorlage für ihr eigenes Testament benutzt worden war, vermochte der Zeuge nicht anzugeben. Er erinnerte sich aber, dass die notwendige Einschaltung des Vormundschaftsgerichts den Verkauf aus seiner Sicht erschwerte, worüber er mit der Erblasserin gesprochen und ihr gesagt habe, dass in einem Testament ein

Verbot des Verkaufs von Grundstücken nicht festgelegt werden solle. Die Erblasserin habe dies verstanden und ihm mitgeteilt, dass sie dies selbst nicht machen wolle.

53 Darüber hinaus hat der Zeuge (...) ebenso wie die übrigen Zeugen die Erblasserin als eine Frau beschrieben, der die Familie wichtig gewesen sei. So erinnerte auch er sich, dass die Erblasserin für die Familie gemeinsame Mahlzeiten ausgerichtet habe, zu denen er teilweise eingeladen gewesen sei.

54 (b) Das Testament der Schwägerin (...) und die Angaben des Zeugen (...) stehen der Auslegung der streitigen Verfügung im Sinne eines milden, die Minderheit schützenden Teilungsverbots nicht entgegen. Frau (...) hat die Veräußerung des Erbes ausnahmslos ausgeschlossen und die von dem Zeugen (...) geschilderten Schwierigkeiten bei der Abwicklung des Nachlasses beruhen gerade auf dem vollständigen Veräußerungsverbot. Ein mildes Teilungsverbot ist hiermit nicht vergleichbar, da die Auseinandersetzung des Nachlasses gerade nicht verboten, sondern lediglich durch die Anordnung der Einstimmigkeit erschwert wird. Auch im Übrigen sind die Angaben der Zeugen (...) mit dem Ergebnis der Auslegung in Einklang zu bringen, wobei es für den Senat in einer Gesamtschau aller Umstände nicht mehr entscheidend darauf ankommt, inwiefern die Erblasserin das Anwesen (...) als Familienstammsitz angesehen oder den Wunsch nach einem einheitlichen Handeln tatsächlich gegenüber einzelnen Familienmitgliedern zum Ausdruck gebracht hat.

55 d) Der Antrag des Beklagten, das Anwesen (...) zum Zweck der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft zu versteigern, widerspricht dem von der Erblasserin angeordneten milden Teilungsverbot. Er bedeutet zwar keinen Verkauf im Sinne einer rechtsgeschäftlichen Verfügung über das Grundstück, stellt jedoch die einzige für die Versteigerung erforderliche Rechtshandlung dar. Würde dem Antrag stattgegeben, würde das Versteigerungsverfahren ohne weiteres Zutun zum Zuschlag an den Meistbietenden und damit zum Verlust des Eigentums der Miterben an dem Grundstück führen, zu dem es nach der Bestimmung der Erblasserin gerade nur im Einvernehmen mit den Miterben kommen soll. Es ist daher gerechtfertigt, den Versteigerungsantrag eines Miterben, hier des Beklagten, im Rahmen der Zwangsversteigerung einer Verfügung über das Grundstück gleichzusetzen (vgl. BGHZ 181, 127, juris Rdnr. 11), die nach dem Inhalt des Testaments mangels Einstimmigkeit nicht möglich ist.

56 e) Die dem Testament widersprechende Versteigerung ist auch nicht ausnahmsweise aus besonderen Gründen statthaft. Ein wichtiger Grund im Sinne des § 2044 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 749 Abs. 2 Satz 1 BGB ist von dem insofern darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten weder dargelegt noch sonst ersichtlich.

57 aa) In der Rechtsprechung wird die von einer Teilungsanordnung abweichende Veräußerung eines Nachlassgegenstands auch gegen den Willen eines begünstigten Erben nach Treu und Glauben zugelassen, wenn von dem Nachlass schwerer Schaden abgewendet werden muss.

Dies ist etwa denkbar, wenn die Teilungsversteigerung der einzige Weg ist, um eine Nachlassinsolvenz abzuwenden und der begünstigte Erbe keinen vernünftigen Grund für eine Schonung eines ihm zugewandten Grundstücks anführen kann, wobei darlegungs- und beweispflichtig der die Versteigerung betreibende Erbe ist (vgl. OLG Oldenburg, Urteil vom 04.02.2014, 12 U 144/13, juris Rdnr. 16).

58 bb) Einen derartigen Ausnahmefall hat der Beklagte nicht vorgetragen. Dass die Erbengemeinschaft seit Jahren zerstritten ist, rechtfertigt es nicht, sich zulasten der Klägerin über die Anordnungen der Erblasserin hinwegzusetzen.

59 3. Die Teilungsversteigerung ist mithin für unzulässig zu erklären, ohne dass es auf die weitere zwischen den Parteien streitige Frage einer der Zwangsversteigerung ggf. entgegenstehenden Testamentsvollstreckung ankommt. Lediglich ergänzend weist der Senat darauf hin, dass die Erblasserin die Testamentsvollstreckung nach zutreffender Auslegung auf die im Testament benannten Personen beschränkt hat mit der Folge, dass die Testamentsvollstreckung mit der Entlassung von Herrn (...) beendet war und einer Teilungsversteigerung nicht entgegenstehen würde. Im Übrigen wäre die Ernennung eines Testamentsvollstreckers durch das Nachlassgericht auch nicht sachdienlich. Insofern wird auf die den Parteien zusammen mit diesem Urteil bekanntgegebene Entscheidung des Senats in dem Beschwerdeverfahren 11 W 81/20 (Wx) Bezug genommen. (...)

60 Die nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung eingegangenen Schriftsätze wurden vom Senat berücksichtigt; sie geben keinen Anlass, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen (§ 156 ZPO).

61 C. Die Nebenentscheidungen beruhen auf den § 91 Abs. 1 Satz 1, § 708 Nr. 10, §§ 711, 709 Satz 2 ZPO. Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Zulassung der Revisions (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO) sind nicht erfüllt.

13. Wirksamer Erlass von Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüchen durch sozialhilfrechtlichen Leistungsempfänger

OLG Hamm, Urteil vom 09.11.2021, 10 U 19/21

BGB §§ 397, 2346 Abs. 2

LEITSÄTZE:

- 1. Verzichtet der Pflichtteilsberechtigte durch Vertrag auf den mit dem Erbfall gemäß § 2317 BGB entstandenen Anspruch auf seinen Pflichtteil bzw. Pflichtteilsergänzung gegenüber dem dies annehmenden Erben, handelt es sich bei dieser Vereinbarung nicht um einen Pflichtteilsverzicht im Sinne des § 2346 Abs. 2 BGB, bei dem der Pflichtteilsberechtigte vor dem Erbfall gegenüber dem Erblasser auf sein Pflichtteilsrecht verzichtet und damit bereits die Entstehung**

eines solchen Anspruchs ausschließt, sondern um einen Erlassvertrag gemäß § 397 BGB. (Leitsatz der Schriftleitung)

2. Auf den Erlass von Pflichtteilsansprüchen durch den pflichtteilsberechtigten Leistungsempfänger sind die Grundsätze, die der BGH in seiner Rechtsprechung zur Wirksamkeit von Pflichtteilsverzichtsverträgen gemäß § 2346 Abs. 2 BGB aufgestellt hat (vgl. BGH, Urteil vom 19.01.2011, IV ZR 7/10, juris), übertragbar. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Kläger macht aus übergeleitetem Recht im Wege der Stufenklage – hier auf der Auskunftsstufe – Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche nach dem am 24.02.2017 verstorbenen Erblasser K A geltend.

2 Die Beklagte (geb. 00.00.1934) war mit dem Erblasser verheiratet. Die Eheleute hatten zwei Kinder, L und B A. Der am 00.00.1967 geborene B A ist aufgrund eines cerebralen Geburtsschadens mit verminderter Sauerstoffversorgung seit seiner Geburt in seinen kognitiven und mnestischen Fähigkeiten eingeschränkt. Er besuchte die Sonderschule, erwarb einen Hauptschulabschluss und arbeitet heute in einer Behindertenwerkstatt (...).

3 Die Eheleute A errichteten am 29.08.1988 ein gemeinschaftliches Testament (...), in dem sie sich gegenseitig zu Alleinerben und den Sohn L zum Schlusserben einsetzten. Nach dem Tod des Erblassers nahm die Beklagte die Erbschaft an.

4 Seit dem Tod ihres Ehemannes kann die Beklagte den bis zu diesem Zeitpunkt bei ihr wohnenden Sohn B A nicht mehr allein versorgen. Deshalb regte sie am 28.01.2018 die Einrichtung einer Betreuung an. Der Sohn B A zog am 03.02.2018 in den stationären Wohnbereich des C-Hauses in J. Seit dem 01.02.2018 erhält er vom Kläger Sozialhilfe in Form von stationärer Eingliederungshilfe und Hilfe zum Lebensunterhalt in Höhe von zuletzt 1.371,66 € monatlich. Am 23.04.2018 wurde für ihn eine gesetzliche Betreuung für die Bereiche Gesundheitsfürsorge, Vermögensangelegenheiten und Wohnungsangelegenheiten angeordnet (...). Im Frühjahr/Sommer 2018 zog die Beklagte in eine ambulant betreute Wohneinrichtung nach Z. Ab dem 05.11.2020 wurde ihr der Pflegegrad 3 bewilligt; eine stationäre Pflege ist geplant.

5 Mit notariellem Vertrag vom 03.07.2018 verkaufte die Beklagte das zum Nachlass gehörende Wohnhaus in X, Dstraße 00, zu einem Verkaufspreis von 235.000 €. Mit notariellem Vertrag vom 11.06.2019 erklärte B A gegenüber der Beklagten den Verzicht auf Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche nach dem Erblasser (...). Der Kläger leitete durch Bescheid vom 04.02.2020 Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche des Leistungsempfängers B A nach dem Erblasser auf sich über, § 141 SGB IX, § 93 SGB XII. Dieser Bescheid ist inzwischen bestandskräftig.

6 Mit anwaltlichem Schreiben vom 10.02.2020 forderte der Kläger von der Beklagten Auskunft über den Nachlass. Nach Fristablauf hat er mit Klageschrift vom 20.10.2020 die vorliegende Stufenklage zur Geltendmachung von Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüchen aus übergeleitetem Recht anhängig gemacht und auf erster Stufe Auskunft über den Bestand des Nachlasses begehrt.

7 Der Kläger hat die Ansicht vertreten, der am 11.06.2019 geschlossene Verzichtvertrag sei sittenwidrig und damit unwirksam, § 138 BGB. Hilfsweise hat er sich darauf berufen, dass der Vertrag auch wegen Geschäftsunfähigkeit des B A gemäß § 104 Ziffer 1 BGB unwirksam sei.

8 Die Beklagte hat vorgetragen, B A sei unbeschränkt geschäftsfähig gewesen. Der Verzicht sei rechtswirksam mit ihm vereinbart worden, insbesondere sei der Verzicht nicht sittenwidrig.

9 Das LG hat die Beklagte mit Teil-Urteil vom 26.02.2021 verurteilt, dem Kläger Auskunft über den Nachlass sowie den Ergänzungsnachlass des Erblassers durch Vorlage eines schriftlichen Bestandsverzeichnisses zu erteilen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, ein Anspruch gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB bestehe aus übergeleitetem Recht, § 141 SGB IX, § 93 SGB XII. B A sei pflichtteilsberechtigt, § 2303 BGB. Der am 11.06.2019 geschlossene Pflichtteilsverzichtsvertrag sei kein Verzicht gemäß § 2346 Abs. 2 BGB, sondern ein Erlassvertrag im Sinne des § 397 BGB. Auf diesen seien zwar die Wertungen der Rechtsprechung des BGH zu übertragen, wonach Pflichtteilsverzichtsverträge nicht generell sittenwidrig seien. Unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls sei die Kammer hier aber davon überzeugt, dass alleinige Motivation des Vertragsschlusses gewesen sei, den Zugriff des Klägers auf bereits entstandene, werthaltige Ansprüche des Leistungsempfängers zu verhindern, um so zulasten der Allgemeinheit die Bedürftigkeit des Leistungsbeziehers aufrecht zu erhalten. Aufgrund dessen sei der hier erklärte Verzicht sittenwidrig und der Vertrag damit nichtig, § 138 Abs. 1 BGB. Auf die weitere Frage, ob der Leistungsbezieher bei Beurkundung des Erlassvertrages geschäftsunfähig gewesen sei, komme es deshalb nicht an.

10 Gegen dieses Urteil hat die Beklagte form- und fristgerecht Berufung eingelegt, mit der sie ihren erstinstanzlichen Antrag auf Klageabweisung weiterverfolgt. Unter Verweis auf die Rechtsprechung des BGH, insbesondere des Urteils vom 19.01.2011 (IV ZR 7/10), hält sie das ergangene Urteil für fehlerhaft. Sie trägt vor, es sei unerheblich, ob der Pflichtteilsberechtigte vor oder nach dem Erbfall verzichte. Auch komme es nicht auf die Motivation der Beteiligten an. Selbst die Motivation, eine Überleitung von Pflichtteilsansprüchen auf den Sozialhilfeträger zu verhindern, sei für eine Sittenwidrigkeit nicht ausreichend.

11 Die Beklagte beantragt, die Klage unter Abänderung des Urteils des LG Paderborn vom 26.02.2021 abzuweisen.

12 Der Kläger beantragt, die Berufung zurückzuweisen.



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

13 Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil, insbesondere die vorgenommenen Wertungen zur Sittenwidrigkeit des vereinbarten Pflichtteilsverzichts. Er meint, der Vertrag sei als Pflichtteilerlassvertrag anders zu beurteilen als ein mit dem Erblasser geschlossener Verzicht auf den Pflichtteil. Er trägt vor, Ziel des Vertrages sei es gewesen, eine Durchsetzung des Pflichtteilsanspruchs durch den Kläger zu verhindern.

14 Die Betreuungsakte des AG Detmold (23 XVII 69/18) war beigezogen und Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

15 II. Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache Erfolg. Die Stufenklage war daher insgesamt abzuweisen.

16 Dem Kläger stehen die mit Bescheid vom 04.02.2020 gemäß § 141 SGB IX, § 93 SGB XII übergeleiteten Ansprüche nicht zu, weil der Leistungsempfänger, B A, rechtswirksam auf etwaige Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche nach seinem Vater, dem Erblasser K A, verzichtet hat.

17 Der am 11.06.2019 zwischen ihm als Pflichtteilsberechtigten und der Beklagten als Alleinerbin abgeschlossene Pflichtteilsverzichtsvertrag ist rechtsgültig.

18 Bei dieser Vereinbarung handelt es sich – wie das LG zutreffend festgestellt hat – nicht um einen Pflichtteilsverzicht im Sinne des § 2346 Abs. 2 BGB, bei dem der Pflichtteilsberechtigte vor dem Erbfall gegenüber dem Erblasser auf sein Pflichtteilsrecht verzichtet und damit bereits die Entstehung eines solchen Anspruch ausschließt. Vielmehr ist der Vertrag als Erlassvertrag gemäß § 397 BGB zu qualifizieren. Durch den Vertrag hat der Pflichtteilsberechtigte auf den mit dem Erbfall gemäß § 2317 BGB entstandenen Anspruch auf seinen Pflichtteil bzw. Pflichtteilsergänzung gegenüber der Beklagten als Alleinerbin ihres Ehemannes verzichtet, die den Verzicht angenommen hat.

19 Dieser nach dem Erbfall vereinbarte Pflichtteilsverzicht verstößt nicht gegen die guten Sitten und ist deshalb nicht gemäß § 138 Abs. 1 BGB unwirksam.

20 Nach Auffassung des Senats sind die Grundsätze, die der BGH in seiner Rechtsprechung zur Wirksamkeit von Pflichtteilsverzichtsverträgen gemäß § 2346 Abs. 2 BGB aufgestellt hat (vgl. BGH, Urteil vom 19.01.2011, IV ZR 7/10, juris), auf den vorliegenden Erlass von Pflichtteilsansprüchen durch den pflichtteilsberechtigten Leistungsempfänger ohne Weiteres übertragbar.

21 Nach dem Grundsatz der Privatautonomie sind Rechtsgeschäfte, die das bürgerliche Recht vorsieht, wirksam, solange sie nicht gegen entgegenstehende Gesetze verstoßen (§ 134 BGB). Nur in eng begrenzten Ausnahmefällen kann ihnen gleichwohl die Wirksamkeit versagt werden, wenn dies aufgrund übergeordneter Wertungen, etwa infolge objektiver Wertentscheidungen der Grundrechte, die über Generalklauseln wie § 138 Abs. 1 BGB in das Zivilrecht hineinwirken, erforderlich ist. In solchen Fällen muss jedoch stets die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts, nicht etwa dessen Rechtfertigung konkret begründet werden. Grundsätzlich können demzufolge alle vom Gesetz bereitgestellten Gestaltungsinstrumente einschließlich ihrer Kombina-

tionsmöglichkeiten ausgeschöpft werden. Daher ist auch in Fällen etwaiger nachteiliger Wirkungen zulasten der Allgemeinheit nicht die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts durch besondere Gründe im Einzelfall zu rechtfertigen, sondern positiv festzustellen und zu begründen, gegen welche übergeordneten Wertungen das Rechtsgeschäft verstößt und weshalb seine Wirksamkeit nicht hingenommen werden kann (BGH, a. a. O.).

22 Das Sozialhilferecht ist zwar von dem Grundsatz durchzogen, dass jeder nur insoweit staatliche Hilfe beanspruchen kann, als er die betreffenden Aufwendungen (insbesondere den Lebensunterhalt) nicht durch den Einsatz eigener Einkünfte und eigenen Vermögens bestreiten kann, er somit bedürftig ist (Nachranggrundsatz, Subsidiaritätsprinzip). Zivilrechtliche Gestaltungen können mit diesem Grundsatz in Konflikt geraten, wenn sie darauf gerichtet sind, die Bedürftigkeit einer Person gezielt herbeizuführen (BGH, a. a. O.). Daraus folgt aber nicht schon deren Sittenwidrigkeit.

23 Wie der BGH (Urteil vom 19.01.2011, IV ZR 7/10, juris) jedoch überzeugend dargelegt hat, ist der Nachranggrundsatz, auf den sich der Kläger vorliegend maßgeblich beruft, schon im Sozialhilferecht selbst in erheblichem Maße durchbrochen (BGH, Urteil vom 21.03.1990, IV ZR 169/89, BGHZ 111, 36-44), vom Gesetzgeber für die unterschiedlichen Leistungsarten differenziert ausgestaltet und nicht überall beibehalten worden, weshalb dem Subsidiaritätsprinzip als Grundsatz die Prägekraft weitgehend genommen worden ist (BGH, Urteil vom 20.10.1993, IV ZR 231/92, BGHZ 123, 368-379). Der Gesetzgeber respektiert bei allen Leistungsarten Schonvermögen des Leistungsempfängers, seines Ehegatten und seiner Eltern. Bei Leistungen für behinderte Menschen ist der Einsatz eigenen Vermögens zudem auf das Zumutbare begrenzt und vor allem die Überleitung von Unterhaltsansprüchen – insbesondere gegenüber den Eltern des Behinderten – nur in sehr beschränktem Umfang möglich (§ 19 Abs. 3, §§ 92, 94 Abs. 2 SGB XII). Nach Auffassung des BGH, der sich der Senat im vorliegenden Fall anschließt, ist zudem das dem Nachranggrundsatz gegenläufige Prinzip des Familienlastenausgleichs zu beachten, nach welchem die mit der Versorgung, Erziehung und Betreuung von Kindern verbundenen wirtschaftlichen Lasten, die im Falle behinderter Kinder besonders groß ausfallen, zu einem gewissen Teil endgültig von der Allgemeinheit getragen werden sollen (BGH, Urteil vom 20.10.1993, IV ZR 231/92, BGHZ 123, 368-379). Insbesondere bei Hilfebeziehern mit Behinderungen lässt sich somit keine hinreichend konsequente Durchführung des Nachrangs der öffentlichen Hilfe entnehmen, die für den hier in Rede stehenden Pflichtteilerlass die Einschränkung der Privatautonomie über § 138 Abs. 1 BGB rechtfertigen würde.

24 Die Sittenwidrigkeit eines nachträglichen Erlasses kann auch nicht damit begründet werden, dass der Leistungsempfänger selbst tätig wird, in dem er durch den Abschluss des Erlassvertrages mit der Alleinerbin auf seine Ansprüche verzichtet. Nach Auffassung des Senats sind die vom BGH herangezogenen Wertungen für das erbrechtlich relevante Handeln Behinderter auf den vorliegenden Fall uneinge-

schränkt zu übertragen. Auch hier gilt, dass die Entscheidung darüber, ob jemand die Erbschaft bzw. den Pflichtteil erhalten will, zunächst durch die Privatautonomie gedeckt wird. Grundsätzlich ist jeder frei in seiner Entscheidung, ob er Erbe eines anderen werden oder auf andere Art etwas aus dessen Nachlass bekommen will. Es gibt keine Pflicht, zu erben oder sonst etwas aus einem Nachlass anzunehmen. Deshalb muss nach Auffassung des BGH (Urteil vom 19.01.2011, IV ZR 7/10, juris) den Betreffenden wenigstens das Recht zur Ausschlagung zustehen, um sich gegen den vom Gesetz vorgesehenen Von-Selbst-Erwerb (§§ 1922, 1942 BGB) wehren zu können. Insoweit kann für einen erbrechtlichen Erwerb von Vermächtnis- oder Pflichtteilsansprüchen im Grundsatz nichts anders gelten als für die Erbenstellung selbst. In diesem Sinn steht Pflichtteilsberechtigten für einen Verzicht nicht nur die durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Privatautonomie, sondern auch der Grundgedanke der Erbfreiheit zur Seite (BGH, a. a. O.). Das muss auch für den Fall gelten, dass nicht schon zu Lebzeiten des Erblassers vertraglich ein Pflichtteilsverzicht gemäß § 2346 BGB vereinbart worden ist, sondern nachträglich nach Entstehen des Pflichtteilsanspruchs auf diesen gegenüber dem Erben verzichtet wird. Denn auch bei dieser Fallkonstellation muss es dem Pflichtteilsberechtigten zugebilligt werden, seine Ansprüche nicht geltend zu machen. Dieses Recht darf der Kläger dem Berechtigten nicht dadurch nehmen, dass er etwaige Pflichtteilsansprüche auf sich überleitet.

25 Weiterhin stellt der BGH darauf ab, dass das Handeln des behinderten Pflichtteilsberechtigten nur eine Situation herbeiführe, die in vergleichbarer Weise durch eine testamentarische Gestaltung der Eltern hätte erreicht werden könne. Hätten diese sich nicht gegenseitig als Alleinerben eingesetzt, sondern dem behinderten Nachkommen bereits beim ersten Erbfall eine Miterbenstellung eingeräumt, hätte der Sozialhilfeträger nur bei einer Ausschlagung der Erbschaft auf den Pflichtteilsanspruch zugreifen können (BGH, a. a. O.). Der Sozialhilfeträger ist jedoch nicht befugt, das Ausschlagungsrecht auf sich überzuleiten und auszuüben, um den Pflichtteilsanspruch nach § 2306 Abs. 1 BGB geltend zu machen (vgl. BGH, a. a. O.; OLG Hamm, Beschluss vom 16.07.2009, I-15 Wx 85/09, juris; Palandt/*Weidlich*, 80. Aufl., § 1937 Rdnr. 16). Auch dieser Gesichtspunkt ist auf den vorliegenden nachträglichen Erlass ohne Weiteres zu übertragen.

26 Zudem gilt nach Auffassung des Senats auch im vorliegenden Fall des Erlasses bereits entstandener Pflichtteilsansprüche, dass anzuerkennen ist, dass Behinderte mit dem Pflichtteilsverzicht typischerweise einer Erwartungshaltung der Eltern nachkommen, die sich gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt haben und sicherstellen wollen, dass die Nachkommen nicht bereits beim Tode des Erstversterbenden Nachlasswerte für sich beanspruchen. Verzichtet ein nicht behinderter Abkömmling ohne Sozialleistungsbezug in dieser Situation auf seinen Pflichtteil, ist dies sittlich anzuerkennen. Widersetzt er sich – trotz Berücksichtigung im Schlusserbfall – einem solchen Wunsch der Eltern, sieht er sich dem Vorwurf des Undanks und der Illoyalität gegenüber der Familie ausgesetzt. Verzichtet ein

Behinderter mit Rücksicht auf die gegenläufigen Interessen des Sozialhilfeträgers nicht auf den Pflichtteilsanspruch, setzt er sich zugleich in einen Gegensatz zu den Wünschen und Vorstellungen seiner Familie. Dasselbe Verhalten, das bei einem nicht behinderten Nachkommen als sittlich billigenwert gälte, stellte sich mithin bei einem behinderten Kind als sittenwidrig dar (BGH, a. a. O.).

27 Im vorliegenden Fall ist schließlich zu beachten, dass mit dem Erlass der Pflichtteilsansprüche durch den Leistungsempfänger zwar einerseits dessen Bedürftigkeit aufrechterhalten werden sollte, andererseits aber auch die finanzielle Versorgung der Beklagten nach dem Tod ihres Ehemannes sichergestellt werden sollte. Diese Entscheidung ist vor dem Hintergrund der beim Tod des Erblassers gegebenen Verhältnisse nicht nur nachvollziehbar, sondern auch in vollem Umfang zu billigen. Die Beklagte war bei Abschluss des Verzichtsvertrages 85 Jahre alt und aus gesundheitlichen Gründen im Frühjahr/Sommer 2018 in eine ambulant betreute Wohneinrichtung nach Z gezogen. Im Hinblick auf eine absehbare Verschlechterung ihres Gesundheitszustandes ist eine stationäre Pflege geplant. Angesichts der offensichtlichen, zunehmenden Bedürftigkeit der Beklagten ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund ihre Leistungsfähigkeit zugunsten des ebenfalls bedürftigen Sohnes durch die Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen vermindert werden sollte. Jedenfalls kann der von den Beteiligten gewählte Weg des Abschlusses eines Erlassvertrages vor diesem Hintergrund nicht als sittenwidrig zu missbilligen sein.

28 Es lässt sich letztlich auch nicht feststellen, dass der notarielle Erlassvertrag gemäß § 105 Abs. 1 BGB unwirksam ist.

29 Dafür fehlt es – auch in der Berufungsinstanz – bereits an einem hinreichend substantiierten Vortrag des Klägers zur Geschäftsunfähigkeit des Leistungsempfängers zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 11.06.2019. Allein die Anordnung einer Betreuung indiziert die Geschäftsunfähigkeit nicht, weil die Einrichtung einer Betreuung nicht die Geschäftsunfähigkeit des Betreuten voraussetzt (Palandt/*Götz*, Vor § 1896 Rdnr. 13). Der Beschluss des AG Detmold vom 23.04.2018, mit dem die Betreuung des Leistungsempfängers angeordnet worden ist, enthält auch keinen Einwilligungsvorbehalt, sodass es auch nicht der Mitwirkung der Betreuerin bei Beurkundung des Erlassvertrages bedurfte. Schließlich hat auch das Betreuungsgericht nach Kenntnisnahme von dem Verzichtsvertrag keine Veranlassung für die Einholung einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung gesehen (vgl. AG Detmold, 23 XVII 69/18, Bl. 35, 76).

30 Unabhängig davon lassen sich auch dem Inhalt der beigezogenen Betreuungsakte keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass der Leistungsempfänger geschäftsunfähig ist. Aus den in der Akte enthaltenen Stellungnahmen geht hervor, dass es dem Leistungsempfänger trotz seiner Behinderung gelungen ist, den Hauptschulabschluss zu erlangen. Nach einem in dem Betreuungsverfahren eingeholten Fachgutachten des Neurologen und Psychiaters E vom 15.03.2018 erreichte der Leistungsempfänger in einem Mini-Mental-Test 24 von 30 möglichen Punkten.

Diese Leistung liegt zwar im Grenzbereich, deutet aber noch nicht auf eine Geschäftsunfähigkeit hin, wie dem Senat aus zahlreichen erbrechtlichen Rechtsstreitigkeiten, in denen Sachverständige zur Beurteilung der Testier- und Geschäftsfähigkeit hinzugezogen worden sind, bekannt ist. Auf eine Begutachtung der Geschäftsfähigkeit des Leistungsempfängers durch Einholung eines Sachverständigen-gutachtens, die ohnehin von dem Verzicht des Sohnes der Beklagten auf sein Zeugnisverweigerungsrecht abhängig wäre, ist im Senatstermin angesichts dieser Sach- und Rechtslage durch die Klägersvertreterin verzichtet worden.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notarassessor **Thomas Dziwis**, München

1. Sachverhalt

Der Entscheidung des OLG Hamm liegt eine Sonderkonstellation des sozialhilferechtlichen Regresses zugrunde, auf die die höchstrichterlichen Rechtsprechungsgrundsätze¹ zur Wirksamkeit eines Pflichtteilsverzichts eines behinderten Sozialleistungsbeziehers erstreckt werden: Der klagende Sozialhilfeträger begehrt im Wege der Stufenklage von der verwitweten Alleinerbin Auskunft über den Nachlass zur Bestimmung der Höhe von Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüchen aus übergeleitetem Recht, §§ 2314, 2303, 2325 BGB, § 14 SGB IX, § 93 SGB XII, § 254 ZPO. Die beklagte Witwe hat mit ihrem vorverstorbenen Ehemann ein gemeinschaftliches Testament errichtet, wonach sich die Eheleute für den ersten Todesfall gegenseitig zum alleinigen und ausschließlichen Erben einsetzen. Damit ist insbesondere das behinderte Kind des Erblassers enterbt, das nach dessen Tod Sozialhilfe in Gestalt von stationärer Eingliederungshilfe und Hilfe zum Lebensunterhalt bezieht. Für das behinderte Kind wird zudem ein Betreuer für die Bereiche Gesundheitsfürsorge, Vermögens- und Wohnungsangelegenheiten bestellt. Die Mutter ihrerseits wird nach dem Ableben ihres Ehemannes pflegebedürftig und zieht in eine ambulant betreute Wohneinrichtung. Das behinderte Kind selbst verzichtet sodann in einem notariellen Vertrag gegenüber der Mutter auf Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche nach dem vorverstorbenen Vater. Erst anschließend erlässt der zuständige Sozialhilfeträger einen zwischenzeitlich bestandskräftig gewordenen Bescheid zur Überleitung etwaiger Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche des behinderten Kindes nach dem Erblasser. Das Auskunftsbegehren des Sozialhilfeträgers bleibt unbeantwortet, sodass sich dieser zur Klageerhebung veranlasst sieht. Vorgebracht wird insbesondere die Unwirksamkeit des notariellen Verzichtsvertrages gemäß § 138 Abs. 1 BGB, hilfsweise die Unwirksamkeit wegen Geschäftsunfähigkeit nach § 104 Nr. 2, § 105 Abs. 1 BGB.

2. Entscheidung

Das OLG Hamm entscheidet entgegen der ersten Instanz zugunsten der beklagten Witwe, die schon nicht zur Erteilung von Auskunft verpflichtet ist. Weder ist der zu notarieller Urkunde erklärte Verzicht sittenwidrig noch ist die Geschäftsunfähigkeit des verzichtenden Kindes substantiiert dargelegt.

3. Argumentation des OLG Hamm

a) Fehlende Sittenwidrigkeit des Verzichts

aa) Zu Beginn seiner Entscheidungsgründe stellt das OLG Hamm klar, dass der streitgegenständliche Verzicht als ein Erlassvertrag im Sinne des § 397 Abs. 1 BGB zu qualifizieren ist. Ein Pflichtteilsverzicht nach § 2346 Abs. 2 BGB kann nämlich in zeitlicher Hinsicht ausschließlich zu Lebzeiten des Erblassers geschlossen werden und hat zur Rechtsfolge, dass Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche schon gar nicht mit dem Erbfall (§ 2317 Abs. 1 BGB) entstehen. Der hiesige Verzicht demgegenüber ist erst nach dem Erbfall geschlossen und bewirkt, dessen Wirksamkeit unterstellt, den nachträglichen Untergang bereits entstandener Ansprüche.

bb) Gestritten wird im Kern über die Übertragbarkeit der höchstrichterlichen Grundsätze zur Wirksamkeit von vor dem Erbfall geschlossenen Pflichtteilsverzichtsverträgen auf den hier relevanten Fall des erst nachträglich *nach* dem Erbfall vereinbarten Verzichts durch den pflichtteilsberechtigten Leistungsempfänger. Das Gericht bejaht diese Frage und schließt sich somit der Auffassung der Beklagten an, wonach „es (...) unerheblich (sei), ob der Pflichtteilsberechtigte vor oder nach dem Erbfall verzichte“.² Das OLG Hamm zieht zur Begründung dieses Ergebnisses fünf Argumente heran:

(1) Privatautonomie³

Als ersten Entscheidungsgrund führt das OLG Hamm das Prinzip der in Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich verankerten Privatautonomie an, wonach in freier Willensentschließung geschlossene Rechtsgeschäfte im Ausgangspunkt als wirksam anzuerkennen sind. Nur bei Verstößen gegen Gesetze oder ausnahmsweise gegen übergeordnete Wertungen, insbesondere solche, die der objektiven Werteordnung des Grundgesetzes entnommen sind, kann einem Rechtsgeschäft die Wirksamkeit abgesprochen werden, §§ 134, 138 BGB. Der Einzelne bewegt sich gerade im Rahmen der Rechtsordnung, wenn er sich der von dieser zur Verfügung gestellten Werkzeuge frei bedient, auch wenn sich dies faktisch zulasten des Sozialhilfeträgers auswirken mag. Aus diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis leitet das OLG Hamm – im Anschluss und unter Verweis auf den BGH⁴ – ab, dass die Darlegungs- und Begründungslast denjenigen trifft, der

2 Rdnr. 10 der besprochenen Entscheidung.

3 Rdnr. 21 der besprochenen Entscheidung.

4 BGH, Urteil vom 19.01.2011, IV ZR 7/10, Rdnr. 18, MittBayNot 2012, 138, 139.

1 BGH, Urteil vom 19.01.2011, IV ZR 7/10, MittBayNot 2012, 138.

sich auf die Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts beruft. Es besteht keine Rechtfertigungslast, die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts positiv festzustellen.

(2) Sozialhilferechtliche Wertungen⁵

Als nächstes rekurriert das OLG Hamm auf den sozialhilferechtlichen Nachranggrundsatz, wonach Sozialhilfe nur subsidiär dem Bedürftigen, der weder eigenes Einkommen noch Vermögen zum Bestreiten des Lebensunterhalts einsetzen kann, zu gewähren ist. Nahezu im selben Atemzug betont das Gericht den fragmentarischen Charakter des nur lückenhaft umgesetzten Nachranggrundsatzes, der insofern mangels Prägekraft kaum als übergeordnetes Prinzip fungieren kann.⁶ Ferner beschränkt das Prinzip des Familienlastenausgleichs den Nachranggrundsatz. Die genuin der Familie entstehenden finanziellen Lasten aus der Versorgung, Erziehung und Betreuung eines Kindes werden zu einem gewissen Teil endgültig der Allgemeinheit zugewiesen.⁷ Gerade bei behinderten Kindern können solche Lasten gewichtiger ausfallen.

(3) Nachträgliches Tätigwerden des Verzichtenden belanglos⁸

Ferner erteilt das OLG Hamm dem – wohl in der mündlichen Verhandlung vorgebrachten – Einwand, dass der Verzichtende durch den Erlassvertrag seine Bedürftigkeit selbst ausgelöst habe, eine Absage. Zur Entkräftung wird erneut das Prinzip der Privatautonomie bemüht: Wenn schon der (potenzielle) Sozialleistungsempfänger autonom und höchstpersönlich über die Annahme bzw. Ausschlagung der Erbschaft entscheiden kann, so muss dessen Entscheidungsbefugnis als Ausfluss der Erbfreiheit erst recht einen vor dem Erbfall erklärten Pflichtteilsverzicht wie auch einen erst nach dem Erbfall geschlossenen Erlassvertrag umschließen.

Überdies stellt das OLG Hamm in Anlehnung an den BGH einen Vergleich an⁹: bei einer (Mit-)Erbenstellung des behinderten Kindes wäre ein sozialhilferechtlicher Regress in Ansehung etwaiger Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche ausgeschlossen, wenn nicht das behinderte Kind selbst ausschlagen würde. Der Sozialhilfeträger nämlich vermag aus den oben angeführten Gründen nicht das Recht zur Ausschlagung auf sich überzuleiten.

(4) Familiäre Erwartungen¹⁰

Schließlich entspricht die Nichtgeltendmachung von Pflichtteilsansprüchen nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten regelmäßig den elterlichen Erwartungen. Ein Verzicht drückt Loyalität und Rücksicht gegen-

über der Familie aus und ist deswegen sittlich eher positiv zu würdigen.

(5) Pflegebedürftigkeit der Alleinerbin¹¹

Das letzte Argument dürfte den Besonderheiten des konkret-individuellen Falls geschuldet sein: Die Mutter als potenzielle Anspruchsgegnerin ist ihrerseits wegen Alters pflegebedürftig geworden. Der Verzicht des Sohnes dient zugleich in sittlich billiger Weise der Sicherstellung der finanziellen Leistungsfähigkeit der Alleinerbin.

Nicht mit letzter Gewissheit kann gesagt werden, ob die Entscheidung anders ausgefallen wäre, wenn die Alleinerbin ihrerseits nicht in ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit gefährdet gewesen wäre. Tendenziell sprechen die vorgenannten Erwägungen aber dafür, beide Fälle gleich zu behandeln.

b) Keine Geschäftsunfähigkeit¹²

Die Geschäftsunfähigkeit des behinderten Kindes konnte im konkreten Fall nicht festgestellt werden. Eine solche konnte insbesondere nicht aus der Betreuung hergeleitet werden, deren gerichtliche Anordnung keine Geschäftsunfähigkeit voraussetzt. Ein Einwilligungsvorbehalt hat nicht bestanden.

4. Würdigung

Die Entscheidung fügt sich kohärent in die bislang ergangene Judikatur ein und ist aus notarieller Sicht begründenswert. Spielräume werden dort eröffnet, wo die Beteiligten zu Lebzeiten des Erblassers den Abschluss eines Pflichtteilsverzichtsvertrages versäumten. Ebenso kann ein nachträglicher Pflichtteilerlassvertrag ein prinzipiell erwägenswertes Gestaltungsinstrument in den Fällen sein, in denen der Pflichtteilsberechtigte erst nachträglich nach dem Ableben des Erblassers sozialhilfebedürftig wird, wenngleich diese Konstellation bislang, soweit ersichtlich, nicht entschieden worden ist. Die Empfehlung eines Pflichtteilerlassvertrages mag indes wohlüberlegt sein:

Der vorsichtige Vertragsgestalter wird in diesen Fällen gleichwohl nicht davon absehen, die Beteiligten darüber zu belehren, dass die Wirksamkeit eines Pflichtteilerlassvertrages anhand des § 138 Abs. 1 BGB auf eine etwaige Sittenwidrigkeit hin zu überprüfen und höchststrichterliche Rechtsprechung hierzu nicht ersichtlich ist. Nicht außer Acht gelassen werden sollte nämlich, dass sich bei einem nachträglichen Pflichtteilerlassvertrag der aleatorische Charakter des Geschäfts gleichsam durch Zeitablauf „erledigt“ hat. Die konkreten (finanziellen) Auswirkungen des Geschäfts können objektiv im Zeitpunkt des Abschlusses durchaus beziffert werden, wenngleich sie sich der subjektiven Kenntnis der Beteiligten entziehen mögen.

5 Rdnr. 21 der besprochenen Entscheidung.

6 So auch schon BGH, Urteil vom 20.10.1993, IV ZR 231/92, Rdnr. 23, MittBayNot 1994, 49.

7 BGH, Urteil vom 20.10.1993, IV ZR 231/92, Rdnr. 25, MittBayNot 1994, 49.

8 Rdnr. 24 der besprochenen Entscheidung.

9 Rdnr. 25 der besprochenen Entscheidung.

10 Rdnr. 26 der besprochenen Entscheidung.

11 Rdnr. 27 der besprochenen Entscheidung.

12 Rdnr. 29 der besprochenen Entscheidung; hierzu prägnant: BeckOK-BGB/Müller-Engels, Stand: 01.02.2022, § 1896 Rdnr. 20.

Ebenso wird der Vertragsgestalter nicht auf den Hinweis verzichten wollen, dass sich in einem ohne Gegenleistungen vereinbarten Pflichtteilsverlassvertrag eine formwirksame (Hand-)Schenkung eines Forderungserlasses nach § 518 Abs. 2 BGB¹³ verbergen kann, welche ihrerseits dem Schenkungsregress nach § 528 BGB unterliegen kann.¹⁴

Schließlich bleibt die Frage, ob ein Pflichtteilsverzicht bzw. Pflichtteilsverlassvertrag unter Beteiligung eines nicht behinderten Sozialleistungsempfängers wirksam abgeschlossen werden kann, der gerichtlichen Klärung vorbehalten.¹⁵

13 BeckOGK-BGB/Wolber, Stand: 01.04.2022, § 397 Rdnr. 14.

14 Vgl. Muscheler, ZEV 2005, 119, 119 f.; RNotZ 2022, 169, 169.

15 In Richtung Wirksamkeit argumentierend DNotI-Report 2020, 65, 67, mit der abschließenden Anmerkung: „noch keine endgültige Rechtssicherheit“.

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

14. Unzulässigkeit einer zu unbestimmten Satzungsregelung eines e. V. zur Höhe der Umlage

OLG München, Beschluss vom 28.06.2022, 34 Wx 153/22, mitgeteilt von Notarin Dr. **Gabriele Bartsch**, Wasserburg am Inn

BGB § 58 Nr. 2, § 71 Abs. 2

LEITSÄTZE:

1. Bei einer Änderung der Satzung eines eingetragenen Vereins erstreckt sich die Rechtmäßigkeitskontrolle durch das Registergericht auf die Prüfung, ob die Änderung den in §§ 57, 58 BGB aufgestellten Erfordernissen entspricht, soweit der Inhalt der Satzung betroffen ist. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Umlagen sind zur Deckung eines Finanzbedarfs des Vereins, der aus regulären Mitgliedsbeiträgen nicht erfüllt werden kann, erhobene zusätzliche Beiträge der Mitglieder. Ihr Grund und ihre Höhe müssen sich aus der Satzung ergeben, wobei für Umlagen (anders als für reguläre Beiträge) sich die Höhe (ggf. in Form einer Obergrenze) aus der Satzung ergeben muss, damit ein Mitglied die mit dem Beitritt verbundenen Lasten überschauen kann und diese sich in einem zumutbaren Rahmen halten. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Diesen Vorgaben wird eine Satzungsbestimmung, nach der die zu leistenden Arbeitsstunden jährlich bzw. die Ersatzgeldleistung pro Arbeitsstunde in die Berechnung des Mitgliedsbeitrags bzw. in die Höhe der Umlagen mit einzubeziehen sind, nicht gerecht. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

Die Mitgliederversammlung des Beteiligten, eines eingetragenen Vereins, hat am 03.09.2021 einstimmig beschlossen, die Satzung umfassend abzuändern. Mit notarieller Anmeldung vom 12.11.2021 samt Berichtigung vom 21.12.2021 hat der Vorstand die Satzungsänderungen zur Eintragung in das Vereinsregister angemeldet. Die beschlossene Satzung enthält u. a. folgende Bestimmung:

„§ 7 Mitgliedsbeitrag

1. Der Verein erhebt von den Mitgliedern einen Jahresbeitrag, dessen Höhe jeweils von der Mitgliederversammlung festgelegt wird.

II. Der Verein kann von Neumitgliedern eine Aufnahmegebühr erheben und von den volljährigen Mitgliedern jährlich in angemessenem Umfang Arbeitsleistungen bzw. eine angemessene Ersatzgeldleistung verlangen. Über beide Möglichkeiten entscheidet die Mitgliederversammlung. Die zu leistenden Arbeitsstunden jährlich bzw. die Ersatzgeldleistung pro Arbeitsstunde sind in die Berechnung des Mitgliedsbeitrags bzw. in die Höhe der Umlagen mit einzubeziehen.“

Das Registergericht hat mit Schreiben vom 30.11.2021 und 20.12.2021 beanstandet, dass in der neuen Satzung in § 7 Abs. 2 von Umlagen die Rede sei und bei Umlagen eine Obergrenze entweder in konkreter Höhe oder bestimmbarer Höhe festzulegen sei. Insoweit sei die Satzung zu ergänzen (neuerliche Abstimmung der Mitgliederversammlung samt Vorlage des Protokolls und eines neuen Satzungsexemplars). Mit Schreiben vom 17.03.2022 hat es unter Verweis auf die genannten Schreiben die Zurückweisung der Anmeldung angeordnet, sofern binnen zwei Monaten die mitgeteilten Vollzugshindernisse nicht behoben werden.

Der Beteiligte ist durch Schreiben seiner Verfahrensbevollmächtigten vom 5.12.2021 und 18.01.2022 der Auffassung des Registergerichts entgegengetreten und hat mit Schreiben vom 28.03.2022 Beschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 17.03.2022 eingelegt. Er ist der Ansicht, eine Höchstgrenze der Umlage ergebe sich aus der Satzung, da es sich um einen Ersatz für nicht durchgeführte, angemessene Arbeitsleistungen handle.

Das Registergericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Die gemäß § 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG statthafte und gemäß § 59 Abs. 1, § 63 Abs. 1, 3 Satz 1, § 64 FamFG auch im Übrigen zulässige Beschwerde des Beteiligten bleibt in der Sache ohne Erfolg.

Der Beteiligte begehrt die Eintragung einer Satzungsänderung in das Vereinsregister. Für die Anmeldung einer Satzungsänderung und das Eintragungsverfahren gelten die gleichen Regeln wie bei der Ersteintragung (§ 71 Abs. 2, §§ 60, 64, 66 Abs. 2 BGB). Die Rechtmäßigkeitskontrolle durch das Registergericht erstreckt sich daher,

soweit der Inhalt der Satzung betroffen ist, auf die Prüfung, ob die Änderung den in §§ 57, 58 BGB aufgestellten Erfordernissen entspricht (BayObLG, NJW-RR 2001, 326; BeckOGK-BGB/*Geißler*, Stand: 01.03.2022, § 71 Rdnr. 22). Auch die Verletzung von Sollvorschriften des § 58 BGB oder das Fehlen von dort vorgeschriebenen Bestimmungen führt entweder zur Zurückweisung der Anmeldung oder bei behebbaren Mängeln zum Erlass einer Zwischenverfügung (BayObLG, NJW-RR 1992, 802; Grüneberg/*Ellenberger*, 81. Aufl., Vor § 55 Rdnr. 2; Sauter/*Schweyer/Waldner*, Der eingetragene Verein, 21. Aufl., Rdnr. 141).

Zutreffend hat das Registergericht beanstandet, dass § 7 Abs. 2 der Satzung nicht mit § 58 Nr. 2 BGB zu vereinbaren ist.

Nach dieser Vorschrift soll die Satzung Bestimmungen darüber enthalten, ob und welche Beiträge von den Mitgliedern zu leisten sind. Unter Beiträgen sind alle mitgliedschaftlichen Pflichten zur Förderung des Vereinszwecks zu verstehen, die ein Mitglied zu erfüllen hat. Sie bestehen meist in Geldzahlungen, können aber auch in Sachleistungen oder in der Leistung von Diensten bestehen (Sauter/*Schweyer/Waldner*, Der eingetragene Verein, Rdnr. 117). Die Beitragshöhe muss sich nicht aus der Satzung ergeben, sondern kann durch Mitgliederbeschluss oder Entscheidung eines anderen in der Satzung bestimmten Organs festgesetzt werden (Staudinger/*Schwennicke*, Neub. 2019, § 38 Rdnr. 40). Umlagen dagegen sind zur Deckung eines Finanzbedarfs des Vereins, der aus regulären Mitgliedsbeiträgen nicht erfüllt werden kann, erhobene zusätzliche Beiträge der Mitglieder. Ihr Grund und ihre Höhe müssen sich nach § 58 Nr. 2 BGB ebenfalls aus der Satzung ergeben, wobei für Umlagen (anders als für reguläre Beiträge) sich die Höhe (ggf. in Form einer Obergrenze) aus der Satzung ergeben muss, damit ein Mitglied die mit dem Beitritt verbundenen Lasten überschauen kann und diese sich in einem zumutbaren Rahmen halten (BGH, NZG 2008, 38; Staudinger/*Schwennicke*, § 38 Rdnr. 43; Stöber/*Otto*, Handbuch zum Vereinsrecht, 12. Aufl., Rdnr. 411).

Diesen Maßstäben wird § 7 Abs. 2 Satz 3 der beschlossenen Satzung nicht gerecht. § 7 Abs. 1 sowie § 7 Abs. 2 Satz 1 und 2 sind insoweit nach den obigen Ausführungen nicht zu beanstanden. § 7 Abs. 2 Satz 3 regelt allerdings die Einbeziehung von Arbeitsstunden bzw. Ersatzgeldleistungen nicht nur in die Berechnung des Mitgliedsbeitrags, sondern auch „in die Höhe der Umlagen“. Es wird damit vorausgesetzt, dass der Beteiligte nicht nur Mitgliedsbeiträge, sondern auch Umlagen erheben kann, ohne dass diesbezüglich eine Höhe oder Begrenzung festgelegt wäre. Entgegen der Ansicht des Beteiligten kann die Bestimmung auch nicht dahin gehend verstanden werden, dass es sich bei dem Begriff „Umlagen“ um die in § 7 Abs. 2 Satz 1 genannten Ersatzgeldleistungen handelt, da gerade diese Ersatzgeldleistungen auch auf die Höhe etwaiger Umlagen angerechnet werden sollen. Zutreffend weist der Beteiligte zwar darauf hin, dass eine weitere Konkretisierung oder eine Obergrenze

für die in der Satzung angegebenen angemessenen Arbeitsleistungen nicht erforderlich ist, ebenso wenig dementsprechend für etwaige Ersatzgeldleistungen. Eine Übertragung der konkreten Festlegung diesbezüglich auf die Mitgliederversammlung ist nicht zu beanstanden. Damit wird dem praktischen Bedürfnis Rechnung getragen, die laufenden Beitragsleistungen zum Beispiel an die Preisentwicklung anzupassen, ohne durch jede Anpassung Registerkosten für eine Satzungsänderung zu verursachen (Staudinger/*Schwennicke*, § 38 Rdnr. 40). Vorliegend wird aber eine Einbeziehung dieser Leistungen in die Höhe nicht näher definierter Umlagen angeordnet. Welchem Zweck diese Umlagen dienen sollen, bleibt ebenso offen wie deren sonstige Berechnung und deren Höhe. Damit ist für das einzelne Mitglied nicht mehr nachvollziehbar, welche Leistungen neben dem Mitgliedsbeitrag und angemessenen Arbeitsleistungen (bzw. Ersatzgeldleistungen hierfür) von ihm beansprucht werden können.

III. Der Beschwerdeführer trägt kraft Gesetzes die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens, § 22 Abs. 1 GNotKG. Die Festsetzung des Geschäftswertes für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 36 Abs. 3 GNotKG.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 70 FamFG liegen nicht vor.

15. Zur Geltung des gesellschaftsvertraglichen Zustimmungserfordernisses auch bei Verschmelzungsbeschluss

OLG Brandenburg, Beschluss vom 18.05.2022, 7 AktG 1/22

UmwG § 5 Abs. 1 Nr. 3, § 13 Abs. 2, § 16 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1, § 29 Abs. 1, § 34, § 43

LEITSÄTZE:

1. Da § 13 Abs. 2 *UmwG* das Zustimmungserfordernis zur Verschmelzung durch eine Verweisung auf das gesellschaftsvertragliche Zustimmungserfordernis bei der Abtretung regelt, gelten auch Einschränkungen und besondere Voraussetzungen des vertraglichen Sonderrechts für das dadurch begründete gesetzliche Sonderrecht. Eine Auslegung der Vertragsregel, die die Zustimmung zur Abtretung regelt, ist sinnerhaltend auf die Zustimmung zur Verschmelzung zu übertragen.
2. Die Reichweite allgemeiner Mehrheitsklauseln ist nicht dahin beschränkt, dass nur gewöhnliche Beschlussgegenstände erfasst werden, nicht aber solche, die die Grundlagen der Gesellschaft betreffen oder sich auf ungewöhnliche Geschäfte beziehen. Müsste anhand der Vertragsregeln angenommen werden, die Gesellschafter wollten Umwandlungen

nicht einem Mehrheitsbeschluss unterwerfen, sondern nur weniger einschneidende Maßnahmen, wie etwa Satzungsänderungen, dann könnte die Mehrheitsklausel auch nach Aufgabe des Bestimmtheitsgrundsatzes den Anforderungen des § 43 Abs. 2 Satz 1 UmwG nicht genügen.

3. **Ob das Umtauschverhältnis als wirtschaftlich angemessen oder gar richtig zu beurteilen ist, ist nicht Gegenstand der Prüfung, ob § 5 Abs. 1 Nr. 3 UmwG eingehalten worden ist.**
4. **Abweichend vom allgemeinen Beschlussmängelrecht führt es nicht zur Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit eines Verschmelzungsbeschlusses, wenn das Abfindungsangebot komplett fehlt, zu niedrig bemessen ist oder aus anderen Gründen als nicht ordnungsgemäß zu beurteilen ist. Solche Mängel sind nicht mit einer Unwirksamkeitsklage, sondern im Spruchverfahren geltend zu machen.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Erhebung der Klage steht der Eintragung der Verschmelzung nicht entgegen, weil die Klage offensichtlich unbegründet ist (§ 16 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 UmwG). Sie erweist sich aufgrund des unstreitigen Vortrages, ohne dass es weiterer tatsächlicher Ermittlungen bedarf, zweifelsfrei als unbegründet (vgl. Widmann/Mayer/Fronhöfer, UmwR, Stand: 197. Lfg., § 16 UmwG Rdnr. 152 f.; Schmitt/Hörtnagl/Winter, UmwG, 9. Aufl. 2020, § 16 Rdnr. 56, 58 m. zahlr. w. N.).

2 Keine der mit der Klage (...) vorgetragenen Erwägungen spricht für die Unwirksamkeit der Verschmelzungsbeschlüsse.

3 1. Die Antragsgegnerin meint, die Verschmelzungsbeschlüsse hätten gemäß § 13 Abs. 2 UmwG ihrer Zustimmung bedurft, die sie nicht erklärt hat. Ihr Sonderrecht zur Genehmigung von Anteilsabtretungen ergebe sich aus § 17 Abs. 2 der insoweit gleichlautenden Gesellschaftsverträge der Antragstellerinnen (...).

4 Nach § 17 Abs. 2 der Verträge kann ein Geschäftsanteil nur dann an eine nicht nach § 18 erbberechtigte Person abgetreten werden, wenn alle Gesellschafter zustimmen. Da § 13 Abs. 2 UmwG das Zustimmungserfordernis zur Verschmelzung durch eine Verweisung auf das gesellschaftsvertragliche Zustimmungserfordernis bei der Abtretung regelt, gelten auch Einschränkungen und besondere Voraussetzungen des vertraglichen Sonderrechts für das dadurch begründete gesetzliche Sonderrecht. Eine Auslegung der Vertragsregel, die die Zustimmung zur Abtretung regelt, ist sinnerhaltend auf die Zustimmung zur Verschmelzung zu übertragen.

5 § 18 der Verträge dient dazu, die Eigenart der Gesellschaften als „Familiengesellschaften“ zu erhalten. Die Präambel der Verträge beschreibt die Gesellschaften als den unternehmerischen Zusammenschluss der Nachkommen des Unternehmensgründers Ulrich Rieck sen. Die Teilhabe an den Gesellschaften, also sowohl die unternehmerischen Entscheidungen als auch die Aufteilung von Gewinn und Ver-

lust, soll nur den Nachkommen des Unternehmensgründers zugänglich sein. Nur sie sind „erbberechtigt“ im Sinne der Verträge. Selbst wenn die derzeitigen Stammhalter andere, in diesem Sinne familienfremde Personen als ihre Erben bestimmen würden, blieben die Anteile an den Gesellschaften in den Händen der mit dem Unternehmensgründer verwandten Abkömmlinge (§ 18 Abs. 2 und 5 der Verträge).

6 Das Zustimmungserfordernis des § 17 der Verträge sichert jedem einzelnen Gesellschafter den Erhalt der Gesellschaften als Familiengesellschaften. Nur wenn alle Gesellschafter ausdrücklich, nämlich durch ihre Zustimmung, ihr Einverständnis erklärten, wäre es möglich, einen Familienfremden durch Abtretung in die Gesellschaften aufzunehmen.

7 § 13 Abs. 2 UmwG überträgt das Erfordernis der Zustimmung zu einer Abtretung auf das Erfordernis der Zustimmung zu einer Verschmelzung in gleicher, zweckgebundener Reichweite. Das Zustimmungserfordernis nach § 13 Abs. 2 UmwG hat die gleichen Voraussetzungen und Zweckbindungen wie das Zustimmungserfordernis nach § 17 Abs. 2 der Verträge. Jeder Gesellschafter darf einer Verschmelzung entgegentreten, die dazu führte, dass die als Ergebnis der Verschmelzung entstehenden oder fortbestehenden Gesellschaften nicht mehr Familiengesellschaften im Sinne der Präambel und des § 18 der Verträge wären. Insbesondere darf er eine Verschmelzung verhindern, als deren Ergebnis familienfremde, nach § 18 der Verträge nicht „erbberechtigte“ Gesellschafter an dem entstehenden oder aufnehmenden Rechtsträger teilhätten. Indes besteht ein Zustimmungsbedürfnis und mithin ein Sonderrecht zum Verhindern der Verschmelzung nicht, wenn durch die Gestaltung des Verschmelzungsvertrages ausgeschlossen wird, dass durch die Verschmelzung familienfremde Gesellschafter in dem entstehenden oder aufnehmenden Rechtsträger Stimm- oder Teilhaberechte irgendeiner Art zustehen könnten.

8 Die Verschmelzungsbeschlüsse der Antragstellerinnen bedürfen nicht der Zustimmung eines jeden einzelnen Gesellschafters, weil der Verschmelzungsvertrag eine Änderung der Eigenart der aufnehmenden Antragstellerin zu 3 als Familiengesellschaft ausschließt. Da die übertragenden Rechtsträger (die Antragstellerinnen zu 1 und 2) ebenso wie die aufnehmende Antragstellerin zu 3 als Familiengesellschaften konstituiert sind, den gleichen Regeln über Restriktionen bei der Aufnahme Familienfremder unterliegen und weil auch die Verschmelzungsbeschlüsse und der Verschmelzungsvertrag keine Ausnahmen von diesen Regeln enthalten und bei der Verschmelzung keine neuen Gesellschafter in die Antragstellerin zu 3 aufgenommen werden, kann die Antragstellerin zu 3 bei der Verschmelzung ihre Eigenart als Familiengesellschaft nicht einbüßen. Der mit dem Zustimmungserfordernis verfolgte Zweck wird nicht berührt oder – anders gewendet – er wird gesichert, ohne dass dazu die Zustimmung der Gesellschafter erforderlich wäre.

9 2. Die Klägerin meint, § 43 Abs. 1 UmwG schreibe für die Verschmelzungsbeschlüsse Einstimmigkeit vor, die wegen ihrer Neinstimmen nicht gegeben sei.

10 Indes ist das Erfordernis der Einstimmigkeit dispositiv (§ 43 Abs. 2 Satz 1 UmwG) und es ist durch § 16 Abs. 1 Satz 1 der Verträge abbedungen. Erforderlich ist nach dieser Vertragsbestimmung i. V. m. § 43 Abs. 2 Satz 2 UmwG eine Dreiviertelmehrheit, die erreicht ist, da die Antragsgegnerin mit nur einem Sechstel der Stimmen gegen die Verschmelzungen gestimmt hat.

11 Diese Stimmenzählung setzt voraus, dass es auf das Stimmverhalten jedes einzelnen Gesellschafters ankommt. Da selbst unter dieser Voraussetzung die erforderliche Mehrheit erreicht ist, braucht nicht erörtert zu werden, ob auch für die Abstimmung über Verschmelzungen die Regeln über einheitliche Stimmabgabe nach Stämmen (§ 16 Abs. 2 der Verträge) gelten. Wenn sie gelten sollten, hätten die Stimmen des Stammes, dem die Antragsgegnerin angehörte, das Ergebnis nicht mitbestimmen können, weil die Stammeszugehörigen nicht zu einer einvernehmlichen Ablehnung oder Zustimmung gelangen konnten.

12 Die Regelung einer Dreiviertelmehrheit durch § 16 Abs. 1 Satz 1 der Verträge bezieht sich auch auf Verschmelzungsbeschlüsse. Die Reichweite allgemeiner Mehrheitsklauseln ist – auch – in Personengesellschaftsverträgen nicht durch den vormals für zutreffend gehaltenen Bestimmtheitsgrundsatz dahin beschränkt, dass nur gewöhnliche Beschlussgegenstände erfasst werden, nicht aber solche, die die Grundlagen der Gesellschaft betreffen oder sich auf ungewöhnliche Geschäfte beziehen (BGHZ 203, 77, Rdnr. 9 ff., 14 f.). Die Regelung im § 16 Abs. 1 der Verträge gibt durch den Bezug zur direkt vorausgehenden Bestimmung über die Beschlussgegenstände (§ 15 der Verträge) keinen Grund zu der Besorgnis, die Mehrheitsklausel könnte zu allgemein gefasst sein. Müsste anhand der Vertragsregeln angenommen werden, die Gesellschafter wollten Umwandlungen nicht einem Mehrheitsbeschluss unterwerfen, sondern nur weniger einschneidende Maßnahmen, wie etwa Satzungsänderungen, dann könnte die Mehrheitsklausel auch nach Aufgabe des Bestimmtheitsgrundsatzes den Anforderungen des § 43 Abs. 2 Satz 1 UmwG nicht genügen (vgl. Semler/Stengel/Leonard/Ihrig, UmwG, 5. Aufl. 2021, § 43 Rdnr. 33). Aber diese Bedenken sind nicht begründet. § 15 benennt als Gegenstände der Beschlussfassung nicht nur die im alljährlichen Geschäftsbetrieb zu erledigenden Anliegen wie etwa die Bestimmung der Gewinnausschüttung oder die Feststellung des Jahresabschlusses oder Angelegenheiten der alltäglichen Unternehmensführung wie den Abschluss und die Gestaltung von Anstellungsverträgen, sondern es werden auch Verhandlungs- und Beschlussgegenstände ausdrücklich bezeichnet, die die Verfassung der Gesellschaft grundlegend ändern oder umstürzen, nämlich Vertragsänderungen, die Auflösung der Gesellschaft, der Ausschluss eines Gesellschafters und ebenso „sonstige Angelegenheiten von besonderer Bedeutung“. Dass weder Umwandlung noch Verschmelzung ausdrücklich bezeichnet werden, hindert zum einen deren Einordnung als Angelegenheiten von besonderer Bedeutung nicht. Zum anderen stehen Entscheidungen über eine Umwandlung in ihrem Gewicht den ausdrücklich benannten Änderungen des Gesellschaftsvertrages gleich (vgl. Lutter/H. Schmidt, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 43 Rdnr. 12, 25). Der nachfolgende § 16 Abs. 1

unterwirft alle vorgenannten Beschlussgegenstände grundsätzlich dem Erfordernis einfacher Mehrheit und gibt dabei sogleich ausdrücklich zu erkennen, dass Bestimmungen über qualifizierte Mehrheiten bis zu den Grenzen des Zulässigen abbedungen werden sollen: „Zwingende Gesetzesbestimmungen“ bleiben unberührt. Auch diese – überflüssige – Anerkennung des Vorranges des nicht dispositiven Gesetzesrechts lässt den Bezug zu den in § 15 genannten Grundlagengeschäften erkennen, denn gerade für Beschlussgegenstände, die die Gesellschaftsverfassung grundlegend betreffen, sind im Gesetz unverfügbare Mehrheitsanforderungen zu erwarten.

13 Es braucht nicht in Betracht gezogen zu werden, bei Beachtung des formellen Mehrheitserfordernisses nach § 16 Abs. 1 der Verträge und § 43 Abs. 2 Satz 2 UmwG die materielle Wirksamkeit der Verschmelzungsbeschlüsse gegenüber der Antragsgegnerin in Frage zu stellen. Dafür kommt es darauf an, ob der Eingriff im Interesse der Gesellschaft geboten und dem betroffenen Gesellschafter unter Berücksichtigung seiner eigenen schutzwürdigen Belange zumutbar ist (BGHZ 203, 77, Rdnr. 19 a. E.). Die Antragsgegnerin legt in ihrer Klage nicht einen illoyalen Missbrauch der Stimmenmehrheit dar, sondern sie greift spezielle Anforderungen auf, die sich auf die Regelung der Festkapitalanteile und auf das Abfindungsangebot beziehen. Diese Vertragsregelungen sind am Maßstab der dafür jeweils geltenden und von der Antragsgegnerin erörterten speziellen gesetzlichen Bestimmungen zu prüfen, nicht anhand des allgemeinen Grundsatzes eines Kernbereichsschutzes oder eines Mehrheitsmissbrauchs.

14 3. Die Antragsgegnerin meint, der Verschmelzungsvertrag nenne entgegen § 5 Abs. 1 Nr. 3 UmwG das Umtauschverhältnis nicht. Es fehlten Unternehmensbewertungen der beteiligten Unternehmen. Es reiche nicht aus, die Kommanditeinlagen der übernehmenden Antragstellerin zu 3 schlicht um die Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile und der Festkapitalziffern der Gesellschafter der Antragstellerinnen zu 1 und 2 zu erhöhen.

15 a) Auch hier beachtet die Antragsgegnerin nicht ausreichend, dass § 5 Abs. 1 Nr. 3 UmwG der Verschmelzung keine rein formale Hürde entgegensetzt, sondern einen die Gesellschafter schützenden Zweck verfolgt, der durch den hier zu prüfenden Verschmelzungsvertrag nicht berührt wird. Die genaue Festlegung des Umtauschverhältnisses sowie ggf. der Höhe der baren Zuzahlungen ist erforderlich, damit die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers für den Verlust ihrer Rechtsposition wirtschaftlich voll entschädigt werden. Die Verschmelzung darf einerseits nicht zu einer Verminderung ihrer Vermögensrechte führen; andererseits steht es den Gesellschaftern frei, nach ihrem Belieben ein unangemessenes Umtauschverhältnis miteinander zu vereinbaren (Widmann/Mayer, UmwR, § 5 UmwG Rdnr. 94). Dass die Gesellschafter im Verschmelzungsvertrag erkennen können, wie sich ihr Vermögensrecht durch die Verschmelzung ändert, ist gewährleistet und den Anforderungen des § 5 Abs. 1 Nr. 3 UmwG damit Genüge getan, wenn die Anteile beim übernehmenden Rechtsträger unter Angabe des Nennbetrags zugewiesen werden. Um den

Schutzzweck der Norm zu erfüllen, reicht es aus, wenn der Verschmelzungsvertrag dieeteiligungsverhältnisse am übertragenden Rechtsträger, die bisherigen Beteiligungverhältnisse am übernehmenden Rechtsträger und die als Gegenleistung gewährten Anteile offenlegt. Ist eine Personengesellschaft als übertragender oder übernehmender Rechtsträger beteiligt, genügt somit die Angabe der Bezeichnung der Festkapitalkonten beim übertragenden Rechtsträger und die Angabe, auf welchen Konten die im Zuge des Verschmelzungsvorgangs zu gewährende Gegenleistung beim übernehmenden Rechtsträger zu verbuchen ist. Dazu müssen die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers namentlich mit den ihnen zuzuordnenden Konten beim übernehmenden Rechtsträger bezeichnet werden (Widmann/Mayer, UmwR, § 5 UmwG Rdnr. 94.1 f.; Kallmeyer/Lanfermann, UmwG, 7. Aufl. 2020, § 5 Rdnr. 20).

16 Diese Angaben sind dem § 2 des Verschmelzungsvertrages und dessen Anlagen 2.1 und 2.2 zu entnehmen (...). Die Anlagen enthalten für alle sieben Kommanditisten der aufnehmenden Antragstellerin zu 3 den Stand ihres auf Festkapitalkonten geführten Kommanditkapitals vor und nach der Aufnahme zunächst der Antragstellerin zu 2 und sodann der Antragstellerin zu 1. Die Antragsgegnerin hält es für unsachgemäß, als Folge der aufnehmenden Verschmelzung der Antragstellerin zu 2, einer GmbH, durch die Antragstellerin zu 3, eine KG, schlicht die Stammkapitalanteile dem Kommanditkapitalanteil hinzuzurechnen. § 5 Abs. 1 Nr. 3 UmwG verlangt indes allein, das Umtauschverhältnis oder die Entwicklung der Festkapitalkonten im Verschmelzungsvertrag ausdrücklich zu bezeichnen, damit die Gesellschafter ihre Entscheidung über die Zustimmung zur Verschmelzung – auch – von diesen Angaben abhängen lassen können (vgl. zur Information über die Höhe einer Barabfindung: BGH, NJW 2001, 1425 f.; 2001, 1428). Ob das Umtauschverhältnis als wirtschaftlich angemessen oder gar richtig zu beurteilen ist, ist nicht Gegenstand der Prüfung, ob § 5 Abs. 1 Nr. 3 UmwG eingehalten worden ist (Semler/Stengel/Leonard/Schröer/Greitemann, UmwG, § 5 Rdnr. 25).

17 b) Ob das Umtauschverhältnis oder die Erhöhung der Anteile an einer aufnehmenden Personengesellschaft angemessen ist, kann unter Umständen Gegenstand der Prüfung im Rahmen der Anfechtung der Verschmelzungsbeschlüsse werden. Aber der darauf bezogene Einwand der Antragsgegnerin führt unter keinen hier obwaltenden Umständen zu einer Erfolgsaussicht ihrer Klage.

18 Soweit die Klage gegen die Verschmelzungsbeschlüsse der übertragenden Antragstellerinnen zu 1 und 2 gerichtet ist, kann sie nicht darauf gestützt werden, dass mit den Anteilen an der übernehmenden Antragstellerin zu 3 ein zu geringer Gegenwert für die Anteile an den übertragenden Gesellschaften gewährt würde (§ 14 Abs. 2 UmwG).

19 Die Antragsgegnerin verweist zutreffend darauf, der Angriff auf den Verschmelzungsbeschluss der aufnehmenden Antragstellerin zu 3 sei durch den generellen, aber auf übertragende Rechtsträger beschränkten Einwendungsausschluss des § 14 Abs. 2 UmwG nicht beschränkt. Aber die Antragsgegnerin hat in ihrer Klage nicht ausgeführt, unter

welchem Mangel, der ihre Vermögensinteressen als Anteilseignerin an der Antragstellerin zu 3 beeinträchtigen könnte, die Erweiterung der Festkapitalkonten der Gesellschafter leiden könnte. Wer die mit der Verschmelzung bewirkte Veränderung der Festkapitalkonten in der aufnehmenden Gesellschaft angreifen will, hat substantiiert darzulegen, dass die vorgesehene Veränderung zu einer wirtschaftlich oder rechtlich unangemessenen Verringerung der eigenen oder anderer Anteile führt, etwa durch die übermäßige Beteiligung der hinzutretenden Gesellschafter.

20 Diese Darlegung bietet die Klage der Antragsgegnerin nicht. Sie beanstandet, es fehlten Unternehmensbewertungen der Antragstellerinnen. Sie hält es für unangemessen, den Festkapitalkonten in der aufnehmenden KG (der Antragstellerin zu 3) die Nennbeträge der Geschäftsanteile an der übertragenden GmbH (der Antragstellerin zu 2) schlicht hinzuzurechnen. Aber sie legt nicht dar, weshalb durch diese etwaigen Fehler ihr Anteil oder ein anderer Anteil an der Antragstellerin zu 3 nach der Aufnahme der Antragstellerinnen zu 1 und 2 geringer ausfallen könnte als bei einem von ihr für richtig gehaltenen Vorgehen. Dazu hätte die Antragsgegnerin auf die besonderen Beteiligungverhältnisse ihrer selbst und der anderen Gesellschafter an den Antragstellerinnen eingehen müssen. Da an allen drei Antragstellerinnen dieselben Gesellschafter beteiligt sind und da die Anteile der einzelnen Gesellschafter an allen drei Antragstellerinnen gleich sind, ist es gleichgültig, welche Beträge den Festkapitalkonten der aufnehmenden Antragstellerin zu 3 hinzugerechnet werden, wenn nur die hinzugerechneten Beträge im gleichen Verhältnis zueinanderstehen wie die Festkapitalbeträge der einzelnen Gesellschafter vor der Verschmelzung. Der durch die Festkapitalbeträge ausgedrückte Anteil der einzelnen Gesellschafter an der Gesellschaft verändert sich durch eine in diesem Sinne verhältnismäßige Hinzurechnung nicht. Ob dieses Vorgehen – wie die Antragstellerinnen meinen – zur Abbildung des wirtschaftlichen Ergebnisses der Verschmelzung geeignet ist oder ob es sogar die einzig dazu geeignete Abbildung sein könnte, braucht zur Beurteilung der Klage der Antragsgegnerin nicht geprüft zu werden. Jedenfalls ist nicht ersichtlich, dass dieses Vorgehen zu einer zu geringen oder zu hohen Beteiligung eines Gesellschafter an der Antragstellerin zu 3 nach der Verschmelzung führen könnte. Jeder Anteil bleibt im Verhältnis zu den Anteilen der anderen Gesellschafter gleich und es liegt fern – und wird zudem auch von der Antragsgegnerin nicht in Erwägung gezogen –, dass einer der Anteile durch die Verschmelzung anwachsen müsste.

21 4. Die Antragsgegnerin hat mit ihrer Klage schließlich das Abfindungsangebot in § 2 Abs. 4 des Verschmelzungsvertrages beanstandet, weil es dem Widersprechenden den Erwerb der Geschäftsanteile an der übertragenden Antragstellerin zu 2 anbiete.

22 Dieser Mangel scheint allerdings eklatant zu sein: § 29 Abs. 1 Satz 1 UmwG gebietet – unter den geregelten Voraussetzungen –, dem Widersprechenden anzubieten, eine Abfindung für das Ausscheiden aus dem übernehmenden Rechtsträger (der Antragstellerin zu 3) zu zahlen (Lutter/

Grunewald, UmwG, § 29 Rdnr. 24; *Semler/Stengel/Leonard/Kalss*, UmwG, § 29 Rdnr. 23, 36; *Schmitt/Hörtnagl/Winter*, UmwR, § 29 Rdnr. 1, 14). Die Antragstellerin zu 3 hätte also eine Abfindung anzubieten, die sie als Gegenleistung für das vom Widersprechenden gewollte Aufgeben der Kommanditanteile an ihr, der Antragstellerin zu 3, gewährt, also für das Ausscheiden aus der Antragstellerin zu 3 nach Vollzug der Aufnahme der Antragstellerinnen zu 1 und 2. Den Erwerb der Geschäftsanteile an der übertragenden Antragstellerin zu 2 anzubieten – so § 2 Abs. 4 des Verschmelzungsvertrages –, wird den Anforderungen des § 29 Abs. 1 UmwG also wohl offensichtlich nicht gerecht.

23 Einer näheren Prüfung bedarf es zur Entscheidung über den hier gestellten Antrag allerdings nicht, weil dieser Gesichtspunkt der Klage, die die Antragsgegnerin gegen die Verschmelzungsbeschlüsse gerichtet hat, nicht zum Erfolg verhelfen kann. Selbst wenn das Abfindungsangebot in Bezug auf die Aufnahme der Antragstellerin zu 2 grob unzureichend sein sollte und selbst wenn es in Bezug auf die Aufnahme der Antragstellerin zu 1 ganz fehlen sollte, führt dies nicht zur Begründetheit der erhobenen Klage.

24 Abweichend vom allgemeinen Beschlussmängelrecht führt es nicht zur Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit eines Verschmelzungsbeschlusses, wenn das Abfindungsangebot komplett fehlt, zu niedrig bemessen ist oder aus anderen Gründen als nicht ordnungsgemäß zu beurteilen ist. Solche Mängel sind nicht mit einer Unwirksamkeitsklage, sondern gemäß den § 34 UmwG, § 1 Nr. 4 SpruchG im Spruchverfahren geltendzumachen (*Lutter/Grunewald*, UmwG, § 29 Rdnr. 23, § 32 Rdnr. 3, § 34 Rdnr. 4; *Semler/Stengel/Leonard/Kalss*, UmwG, § 29 Rdnr. 23, § 34 Rdnr. 7 ff., *Semler/Stengel/Leonard/Gehling*, UmwG, § 32 Rdnr. 1; *Widmann/Mayer/Wälzholz*, UmwR, § 32 UmwG Rdnr. 5, § 34 Rdnr. 1.2). Ob gegenüber dem Verschmelzungsbeschluss des aufnehmenden Rechtsträgers (der Antragstellerin zu 3) mit der Wirksamkeitsklage beanstandet werden kann, ein Barabfindungsangebot sei zu hoch und beeinträchtige dadurch die Rechtsstellung der Anteilseigner (vgl. BGHZ 146, 179, 183, 189; *Lutter/Grunewald*, UmwG, § 32 Rdnr. 2; *Semler/Stengel/Leonard/Gehling*, UmwG, § 31 Rdnr. 8, *Semler/Stengel/Leonard/Kalss*, UmwG, § 34 Rdnr. 5; *Widmann/Mayer/Wälzholz*, UmwR, § 32 Rdnr. 14, § 34 Rdnr. 1.4; *Schmitt/Hörtnagl/Winter*, UmwG, § 32 Rdnr. 4), bedarf hier keiner weiteren Erörterung, denn diesen Einwand eines zu hohen Abfindungsangebotes führt die Antragsgegnerin in ihrer Klage nicht aus.

16. Zeitliche Reichweite der Habilitationsversicherung

KG, Beschluss vom 17.03.2022, 22 W 10/22

GmbHG § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und Nr. 3, § 6 Abs. 2 Satz 3, § 67 Abs. 3
FamFG § 26

LEITSATZ:

Eine Versicherung nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3, Satz 3 GmbHG (Habilitationsversicherung) kann nicht allein deswegen beanstandet werden, weil sie bereits mehrere Monate vor der Einreichung beim Registergericht abgegeben worden ist. Anderes gilt nur dann, wenn sich Zweifel an der Richtigkeit der Versicherung ergeben.

17. Unzulässige Einschränkung des Auskunftsrechts der Aktionäre

LG München I, Endurteil vom 09.06.2022, 5 HK O 3712/21

AktG § 242 Abs. 1, § 131 Abs. 1 Satz 1
BGB § 242

LEITSÄTZE:

1. Die Anordnung in der Einberufung der Hauptversammlung zum Einreichen von Fragen innerhalb einer Frist von zwei Tagen vor der Hauptversammlung sowie die Verknüpfung des Fragerechts mit der ordnungsgemäßen Hinterlegung der Aktien und daran anknüpfend dem Versand der Zugangsdaten als Voraussetzung für die Ausübung von Aktionärsrechten führt zu einer gesetzeswidrigen Verkürzung des Fragerechts der Aktionäre. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Für die Nichtigkeitserklärung eines Beschlusses ist die Relevanz des hier in der Verkürzung des Fragerechts liegenden Verfahrensverstößes für das Mitgliedschafts- bzw. Mitwirkungsrecht eines objektiv urteilenden Aktionärs, insbesondere auch des in der Abstimmung unterlegenen Minderheitsaktionärs, maßgebend. Ein dem Beschluss anhaftendes Legitimationsdefizit kann bei einer wertenden, am Schutzzweck der verletzten Norm orientierten Betrachtung die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit gemäß § 243 Abs. 1 AktG rechtfertigen. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Parteien streiten mittels Beschlussmängelklage um die Wirksamkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses über einen verschmelzungsrechtlichen Squeeze out.

2 I. 1. Die Beklagte, deren Unternehmensgegenstand im Wesentlichen im Erwerb, der Entwicklung, Vermietung, Veräußerung und Vermittlung von Immobilien und sonstigen Vermögenswerten sowie der Beteiligung an anderen Ge-

sellschaften liegt, ging aus der L(...) (...)gesellschaft mbH hervor und war bis Mitte 2017 an der Bayerischen Börse gelistet. Das in 561.960 Stückaktien eingeteilte Grundkapital der Beklagten beläuft sich auf € 561.960. Die Satzung der Beklagten (...) enthielt unter anderem folgende Bestimmungen:

„§ 5

(1) Die Aktien lauten auf den Inhaber.

(2) (...)

(3) Anstelle von Aktienurkunden über eine Aktie kann die Gesellschaft Urkunden über mehrere Aktien (Sammelaktien) ausgeben. Der Anspruch auf Einzelverbriefung der Aktien ist ausgeschlossen.

(...)

§ 16

(1) Zur Teilnahme an der Hauptversammlung und zur Ausübung des Stimmrechts sind nur diejenigen Aktionäre berechtigt, die ihre Aktien bei einem deutschen Notar, bei einer zur Entgegennahme der Aktien befugten Wertpapiersammelbank oder bei den sonst in der Einberufung bezeichneten Stellen hinterlegen und bis zur Beendigung der Hauptversammlung dort belassen. Die Hinterlegung gilt auch dann als bei einer der genannten Stellen bewirkt, wenn Aktien mit Zustimmung einer Hinterlegungsstelle für sie bei einem Kreditinstitut bis zur Beendigung der Hauptversammlung gesperrt gehalten werden.

(2) Die Hinterlegung hat so zeitig zu erfolgen, dass zwischen dem Tag der Hinterlegung und dem Tag der [Hauptversammlung; Ergänzung der Schriftleitung] mindestens drei Werktage freibleiben. Ist der letzte Tag für die Hinterlegung ein Sonnabend, ein Sonntag, ein am Hinterlegungsort staatlich anerkannter Feiertag oder ein Tag, an dem die Kreditinstitute geschlossen sind, so tritt an dessen Stelle der vorangehende Werktag.

(3) Im Falle der Hinterlegung bei einem deutschen Notar oder bei einer Wertpapiersammelbank ist die von diesen auszustellende Hinterlegungsbescheinigung spätestens am nächsten Werktag nach Ablauf der Hinterlegungsfrist bei der Gesellschaft einzureichen.

(...)

(5) Sind Aktienurkunden nicht ausgegeben, so ist bei der Einladung zur Hauptversammlung bekanntzugeben, unter welchen Voraussetzungen die Aktionäre zur Teilnahme an der Hauptversammlung zugelassen werden.“

3 2. Mit Kaufvertrag vom 13.12.2017 verkaufte die Beklagte die Immobilie P(...) 5 / R(...) 9, deren Erdgeschossflächen an die S1 L GmbH verpachtet sind, die diese wiederum mit einem ebenfalls spätestens am 31.12.2022 auslaufenden Unterpachtvertrag an den Gastronomiebetrieb X(...) GmbH & Co. KG zum Betrieb der Gaststätte „(...)“ unterverpachtet hatte, an ihre S2 AG, zu einem Kaufpreis von € 97

Mio. bei verwertbaren Flächen von 4.770 m², nachdem die A(...) AG im Jahr 2013 bereits die Nachbarimmobilie P(...) 5 mit einer Mietfläche von etwa 2.200 m² für € 54 Mio. erworben hatte. Auf Antrag des Klägers vom 24.07.2020 erließ das LG München I am 08.02.2021 einen Beschluss, 17 HK O 9479/20 (...) mit dem eine Sonderprüfung der Transaktion vom Dezember 2017 angeordnet wurde. Das OLG hob diese erstinstanzliche Entscheidung mit Beschluss vom 06.07.2021, 31 Wx 236/21 (...) auf und wies den Sonderprüfungsantrag mit der Begründung zurück, eine Gesamtschau aller Umstände zeige, ein illoyales, grob eigennütziges Verhalten des hiesigen Klägers zu 1, weshalb von einem rechtsmissbräuchlichen Antrag auszugehen sei.

4 Am 19.07.2017, 21.02.2018, 31.08.2018 und 13.03.2020 hatte die v. F(...) GmbH freiwillige öffentliche Kaufangebote (...) an die Aktionäre der Beklagten veröffentlicht; am 25.08.2020 veröffentlichte die v. F(...) GmbH eine Aufforderung zur Abgabe von Angeboten an die Aktionäre der N(...) Aktiengesellschaft, München (...) zu einem Preis von € 1.150 je Aktie. Als Folge dieses letzten Angebots hielt die N(...) SE 505.921 Aktien oder 90,03 % der Aktien der Beklagten und informierte den Vorstand der Beklagten mit Schreiben vom 07.10.2020 über die Verschmelzungsabsicht und richtete ein erstes vorläufiges Verlangen zur Durchführung eines verschmelzungsrechtlichen Squeeze out an die Beklagte. Am 27.11.2020 schlossen die Beklagte und die N(...) SE einen Verschmelzungsvertrag unter der Bedingung eines Beschlusses der Hauptversammlung der Beklagten gemäß § 62 Abs. 5 Satz 1 UmwG, § 327a Abs. 1 Satz 1 AktG. Nach Festlegung einer Barabfindung in Höhe von 813 € je Stückaktie der Beklagten richtete die N(...) SE als Hauptaktionärin ein konkretisiertes Verlangen an die Beklagte.

5 3. Mit Veröffentlichung im Bundesanzeiger vom 14.01.2021 (...) lud die Beklagte zu einer außerordentlichen virtuellen Hauptversammlung auf den 19.02.2021, in der zum einzigen Tagesordnungspunkt die Übertragung der Aktien der Minderheitsaktionäre auf die N(...) SE gegen Zahlung einer Barabfindung in Höhe in Höhe von 813 € beschlossen werden sollte. Die Einberufung zu dieser virtuellen Hauptversammlung enthielt unter anderem folgende Aussagen zu den Teilnahmebedingungen:

„Voraussetzungen für die Ausübung der Aktionärsrechte in Bezug auf die virtuelle Hauptversammlung: Zur Verfolgung der virtuellen Hauptversammlung im Aktionärsportal der Gesellschaft sowie zur Ausübung der weiteren Aktionärsrechte in Bezug auf die virtuelle Hauptversammlung, insbesondere des Stimmrechts, sind nach § 16 Abs. 1 und 2 der Satzung der Gesellschaft nur diejenigen Aktionäre berechtigt, die ihre Aktien spätestens am Montag, 15.02.2021, bei einem deutschen Notar oder bei einer zur Entgegennahme der Aktien befugten Wertpapiersammelbank hinterlegt haben und dort bis zum Ende der Hauptversammlung belassen.“

Die Hinterlegung gilt nach § 16 Abs. 1 Satz 2 der Satzung der Gesellschaft auch dann als bei einer der genannten Stellen ordnungsgemäß bewirkt, wenn die

Aktien mit Zustimmung einer Hinterlegungsstelle für sie bei einem anderen Kreditinstitut bis zur Beendigung der Hauptversammlung gesperrt gehalten werden. Als Nachweis genügt eine in Textform (§ 126b BGB) in deutscher oder englischer Sprache erstellte Depotbestätigung des depotführenden Instituts mit entsprechendem Sperrvermerk, die der Gesellschaft unter einer der folgenden Kontaktmöglichkeiten übermittelt wird:

N(...) Aktiengesellschaft c/o C(...) 8. M. oder per Telefax: (...) oder per E-Mail: (...) im Falle der Hinterlegung bei einem deutschen Notar oder bei einer Wertpapiersammelbank bitten wir, die von diesen ausgestellte Bescheinigung über die erfolgte Hinterlegung nach § 16 Abs. 3 der Satzung der Gesellschaft spätestens am Dienstag, 16.02.2021, bei der Gesellschaft unter einer der unmittelbar vorstehenden Kontaktmöglichkeiten einzureichen.

Den Aktionären, die eine ordnungsgemäße Hinterlegung der Aktien nachgewiesen haben, etwa durch die Übermittlung einer in Textform (§ 126b BGB) in deutscher oder englischer Sprache erstellten Depotbestätigung des depotführenden Instituts mit entsprechendem Sperrvermerk im Sinne von § 16 Abs. 1 Satz 2 der Satzung der Gesellschaft oder einer von einem Notar oder einer Wertpapiersammelbank ausgestellten Bescheinigung, werden – anstelle der herkömmlichen Eintrittskarten – Zugangskarten mit persönlichen Zugangsdaten (Zugangskartennummer und Internet-Zugangscode) für die Ausübung der Aktionärsrechte aus den hinterlegten Aktien in Bezug auf die virtuelle Hauptversammlung übermittelt.

(...) Aktionäre, die ihre Aktien ordnungsgemäß hinterlegt haben, haben die Möglichkeit, im Wege der elektronischen Kommunikation Fragen zu stellen (§ 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, Satz 2 COVID-19-G). Auf der Grundlage von § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, Satz 2 2. Hs. COVID-19-G hat der Vorstand mit Zustimmung des Aufsichtsrats der Gesellschaft aus organisatorischen Gründen entschieden, dass Fragen spätestens bis zum Ablauf des 16.02.2021, 24:00 Uhr (MEZ), über die dafür vorgesehene Eingabemaske im Aktionärsportal der Gesellschaft unter der Internetadresse [www. N\(...\)-ag. de](http://www.N(...)-ag.de) über den Link „Investor Relations/ Hauptversammlung“ in deutscher Sprache einzureichen sind. Auf anderem Wege oder später eingereichte Fragen bleiben unberücksichtigt. Eine Beantwortung der eingereichten Fragen erfolgt nach freiem, pflichtgemäßem Ermessen des Vorstands. Der Vorstand ist nicht verpflichtet, alle Fragen zu beantworten. Fragen können insbesondere zusammengefasst werden, es können im Interesse der anderen Aktionäre sinnvolle Fragen ausgewählt werden. Rückfragen zu den Auskünften des Vorstands sind ausgeschlossen.

Darüber hinaus stehen den Aktionären weder das Auskunftsrecht gemäß § 131 AktG noch ein Rede- oder Fragerecht in und während der virtuellen Hauptversammlung zu.“

6 Hinsichtlich der näheren Einzelheiten des Inhalts der Einberufung zur Hauptversammlung wird im vollen Umfang auf (...) Bezug genommen.

7 Die Hauptaktionärin reichte bei der Beklagten eine Bestätigung der U(...) AG vom 28.01.2021 (...) ein, in der unter anderem Folgendes ausgeführt war:

„Wir bestätigen, dass die oben aufgeführten Aktien am Beginn des 21. Tages vor der Hauptversammlung, 00:00 Uhr (Record-Date) bei uns für den oben genannten Aktionär depotverwahrt, bzw. sonst im Bestand waren und, soweit erforderlich, während der Hinterlegungsfrist bis nach Ablauf der Hauptversammlung gesperrt gehalten werden.“

8 3. Die Hauptversammlung vom 19.02.2021 fasste zu dem einzigen Tagesordnungspunkt den angekündigten Beschluss, wobei aber die Barabfindung von 813 € entsprechend der Ankündigung in der Einberufung auf 822 € erhöht wurde. Die Kläger, die ihre Aktien bereits vor der Bekanntmachung der Tagesordnung erworben hatten, stimmten gegen den Beschluss und erklärten jeweils Widerspruch zur Niederschrift des die Hauptversammlung beurkundenden Notars.

9 Nach Eintragung des verschmelzungsrechtlichen Squeeze out wurde die Beklagte auf die N(...) SE verschmolzen.

10 II. Zur Begründung ihrer Klage machen die Kläger im Wesentlichen geltend, der Squeeze out-Beschluss stelle sich als gesetzwidrig dar, weil die Hauptaktionärin versuche, in rechtsmissbräuchlicher Weise die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen zu vereiteln und sich die Anteile der Minderheitsaktionäre unter Wert anzueignen. Hier liege angesichts der Bewertung von Ersatzansprüchen als Folge der unter Wert erfolgten Veräußerung der oben beschriebenen Immobilie im Rahmen der Ermittlung der Barabfindung mit einem Erinnerungsposten von 1 € ein den Rechtsmissbrauch begründender enger und zeitlicher Zusammenhang zwischen dem Sonderprüfungsantrag als Vorbereitungsmaßnahme für Ersatzansprüche und dem verschmelzungsrechtlichen Squeeze out vor. Die Verschmelzungskosten seien so hoch, dass sich die Maßnahme nur rentiere, wenn es der N(...) SE gelinge, die Ersatzansprüche zu vereiteln. Auch seien die Minderheitsaktionäre angesichts des nicht nachvollziehbar wiedergegebenen Inhalts des Gutachtens in der Squeeze out-Dokumentation nicht in der Lage, die Bewertung der Immobilie durch den „Haus- und Hof-Gutachter“ der Familie (...) F(...) zu überprüfen. Daher fehle es für den Squeeze out an einem legitimen Zweck.

11 Die Kläger zu 2 bis 4 machen darüber hinaus vor allem geltend, die Vorschriften des COVID-19-Gesetzes seien formell verfassungswidrig, weil der Deutsche Bundestag bei allen drei Lesungen wegen Abwesenheit von mehr als der Hälfte der Abgeordneten nicht beschlussfähig gewesen und eine gleichzeitige Zuleitung an den Deutschen Bundestag und den Bundesrat unzulässig sei, nachdem sich der Fraktionsentwurf aufgrund der Formulierungshilfen der Bundesregierung so behandeln lassen müsse, als sei er eine Vorlage der Bundesregierung. Die materielle Verfas-



sungswidrigkeit beruhe auf einem unverhältnismäßigen Eingriff in das durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Fragerecht sowie dem Ausschluss des Anfechtungsrechts der Aktionäre. Zudem habe der Vorstand die auf das verfassungswidrige Gesetz gestützten Fristen auch noch unzulässig verkürzt, weil die korrekt berechnete Frist erst am 17.02.2021, 24:00 Uhr geendet habe. Zudem sei eine Einreichung von Fragen bei Ausschöpfung der Frist zum Nachweis der Voraussetzungen zur Ausübung der Aktionärsrechte auf der Hauptversammlung nicht möglich gewesen. Angesichts der Regelung in der Satzung ohne Fristsetzung für die Übermittlung eines entsprechenden Nachweises über die Sperrung an die Beklagte und der damit bestehenden Möglichkeit der Übermittlung eines Nachweises bis zum oder sogar am Tag der Hauptversammlung wäre es den Aktionären bei Ausschöpfung der Frist zeitlich nicht möglich gewesen, überhaupt Fragen zu stellen, nachdem Fragen lediglich über die zugangsgeschützte Eingangsmaske im Aktionärsportal der Gesellschaft zu stellen seien und die ordnungsgemäße Übersendung eines Nachweises der Teilnahmeberechtigung vorausgesetzt worden sei. Weiterhin habe die Beklagte in Bezug auf den Nachweis der Sperrung der Aktien übermäßig und damit rechtswidrig über die Satzung hinausgehende Erfordernisse zur Teilnahme geschaffen. Aus der Depotbestätigung der U(...) AG ergebe sich angesichts der einschränkenden Formulierung „soweit erforderlich“ gerade nicht der definitive Ausschluss der Übertragung der Aktien in der Zeit bis zur Hauptversammlung.

12 Alle Kläger wehren sich gegen den Vorwurf, die von ihnen erhobene Anfechtungsklage sei nicht rechtsmissbräuchlich. Der Kläger zu 1 und sein Vater machen geltend, keine „räuberischen Aktionäre“ zu sein, die das Sonderprüfungsverfahren zur Monetarisierung eines Lästigkeitswerts missbraucht hätten; die problematische Transaktion sei durchaus fragwürdig gewesen, weshalb eine Fertigstellung der Sonderprüfung dem Interesse aller Aktionäre entsprochen habe.

13 Die Kläger beantragen daher:

14 Der Beschluss der außerordentlichen Hauptversammlung der Beklagten vom 19.02.2021 zum einzigen Tagesordnungspunkt, mit dem die Hauptversammlung beschlossen hat:

„Die auf den Inhaber lautenden Stückaktien der übrigen Aktionäre (Minderheitsaktionäre) der N(...) Aktiengesellschaft mit Sitz in München werden gemäß § 62 Absatz 5 Umwandlungsgesetz i. V. m. §§ 327a ff. Aktiengesetz gegen Gewährung einer von der N(...) SE mit Sitz in München (Hauptaktionär) zu zahlenden angemessenen Barabfindung in Höhe von EUR 822 je auf den Inhaber lautender Stückaktie der N(...) Aktiengesellschaft auf die N(...) SE übertragen.“

wird für nichtig erklärt.

15 Die Kläger zu 2 bis 4 beantragen darüber hinaus hilfsweise:

Es wird festgestellt, dass vorgenannter Beschluss nichtig ist.

16 Äußerst hilfsweise beantragen die Kläger zu 2 bis 4:

Es wird festgestellt, dass vorgenannter Beschluss unwirksam ist.

17 III. Die Beklagte beantragt demgegenüber:

Klageabweisung.

18 Zur Begründung beruft sie sich im Wesentlichen darauf, ein Rechtsmissbrauch ihrerseits lasse sich nicht bejahen. Dies zeige sich bereits daran, dass kein Unter-Wert-Verkauf vorliege und die H1 F GmbH seit Langem geplant habe, die Aktien ihrer Beteiligungsgesellschaften – der Beklagten, der A(...) Verwaltungs GmbH und der C(...) AG – in ihren Aktienbesitz zu überführen. Zudem beabsichtige sie, die Immobilien der Beklagten und der A Verwaltungs AG aus gewerbesteuerlichen Gründen in einzelne G2 GmbH & Co. KGs auszulagern. Bei den Regelungen über die virtuelle Hauptversammlung handle es sich allenfalls um zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmungen, deren Ausgestaltung angesichts des mit ihnen verfolgten legitimen Zwecks des Infektionsschutzes und der Aktionärsinteressen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspreche. Die Frist zur Beantwortung der Fragen stehe in Einklang mit der auch hier anwendbaren Vorschrift des § 121 Abs. 7 AktG; eine analoge Anwendung der §§ 187 f. BGB führe zudem zu keinem anderen Ergebnis. Auch habe die Beklagte die Ausübung des Fragerechts insgesamt in zulässiger Weise ausgestaltet; es bestehe die Möglichkeit, das Fragerecht von einer Frist und einer vorherigen Anmeldung und die Stellung der Fragen über ein Aktionärsportal abhängig zu machen – dadurch erweitere und erleichtere die Beklagte ihren Aktionären die Teilnahme an der Hauptversammlung. Die offenbleibende Möglichkeit zur Erfüllung der Teilnahmevoraussetzungen – also auch noch nach Ablauf der Frist zur Einreichung von Fragen – erhalte den Aktionären die Ausübung von Aktionärsrechten von großer praktischer Bedeutung wie beispielsweise die Ausübung des Stimmrechtes. Die Einberufung stelle auch keine übermäßigen Erfordernisse an die Teilnehmer, weil sich aus dem Wort „genügt“ ergebe, dass andere Möglichkeiten des Nachweises nicht ausgeschlossen seien. Den Kläger zu 1 treffe selbst der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs, weil er das Ziel verfolge, mit von ihm erhobenen Vorwürfen einen deutlich über dem Marktpreis liegenden Verkaufswert für die von ihm, seinem Vater und einer weiteren Minderheitsaktionärin gehaltenen Aktien zu erzielen. Erst nach dem Scheitern der Verkaufsverhandlungen aufgrund überzogener Kaufpreisforderungen des Klägers zu 1 habe dieser den Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung gestellt. Das Spruchverfahren biete angesichts der Möglichkeit der Berücksichtigung evtl. bestehender Schadensersatzansprüche einen hinreichenden Schutz.

19 IV. Das OLG München hat mit Beschluss vom 28.07.2021, 7 AktG 4/21 festgestellt, dass die Erhebung der Klagen der dortigen Antragsgegner und hiesigen Kläger beim LG München I, 5 HK O 3712/21, gegen den in der außerordentlichen Hauptversammlung der dortigen Antragstellerin und hiesigen Beklagten vom 19.02.2021 gefassten Beschluss über die Übertragung der auf den Inhaber lautenden Stückaktien

der übrigen Aktionäre auf die N(...) SE der Eintragung dieses Beschlusses in das Handelsregister nicht entgegenstehe.

20 V. Zur Ergänzung des Tatbestandes wird Bezug genommen auf die gewechselten Schriftsätze samt Anlagen sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 10.02.2022 (...).

Entscheidungsgründe:

21 I. Die Anfechtungsklagen sind zulässig und begründet.

22 1. An der Zulässigkeit der Anfechtungsklagen bestehen keine Zweifel. Dabei muss insbesondere das Rechtsschutzbedürfnis für die Anfechtungsklage bejaht werden, auch wenn der Beschluss über den Squeeze out im Handelsregister eingetragen ist und die Kläger daher ihre Aktionärsstellung aufgrund von § 327e Abs. 3 Satz 1 AktG kraft Gesetzes verloren haben. Dieses ließe sich nur dann verneinen, wenn aus einem entsprechenden Urteil keinerlei Rechtswirkungen zugunsten der Kläger hergeleitet werden könnten, wovon indes angesichts der Vorschriften der § 327e Abs. 2, § 319 Abs. 6 Satz 10 AktG nicht ausgegangen werden kann. Erweist sich die Klage nämlich als begründet, so ist die Gesellschaft, die den (Freigabe-)Beschluss erwirkt hat, verpflichtet, dem Antragsgegner – mithin dem klagenden Aktionär – den Schaden zu ersetzen, der ihm aus einer auf dem Beschluss beruhenden Eintragung des Hauptversammlungsbeschlusses entstanden ist. Demgemäß setzt ein Schadensersatzanspruch auf der Grundlage dieser Norm ein stattgebendes Urteil voraus, weshalb bereits der Gesetzgeber davon ausgeht, das Beschlussmängelverfahren müsse trotz Eintragung des Beschlusses fortgeführt werden.

23 2. Die Anfechtungsklagen sind auch begründet.

24 a. Die Kläger sind anfechtungsbefugt im Sinne des § 245 Nr. 1 AktG. Nach dieser Vorschrift ist zur Anfechtung befugt jeder in der Hauptversammlung erschienene Aktionär, wenn er die Aktien schon vor der Bekanntmachung der Tagesordnung erworben hatte und gegen den Beschluss Widerspruch zur Niederschrift erklärt hat. Da die Kläger ihre Aktien unstreitig bereits vor der am 14.01.2021 erfolgten Einberufung zu der außerordentlichen Hauptversammlung vom 19.02.2021 erworben hatten und während der Hauptversammlung Widerspruch zur Niederschrift erklärten, sind sie anfechtungsbefugt.

25 b. Die Klagen wurden fristgerecht innerhalb der gemäß § 246 Abs. 1 AktG einen Monat betragenden und daher am 19.03.2021 endenden Klagefrist erhoben, auch wenn die Klage erst mit ihrer Zustellung gemäß § 253 Abs. 1 ZPO erhoben wird. Dabei erfolgte die Zustellung der Klage am 26.04.2022 an die Prozessbevollmächtigten der Beklagten. Es greift nämlich auch im Anwendungsbereich von § 246 Abs. 1 AktG die Vorschrift des § 167 ZPO ein, wonach in den Fällen, in denen durch die Erhebung der Klage eine Frist gewahrt werden soll, die Wirkung bereits mit Eingang des Antrags bei Gericht eintritt, wenn die Zustellung demnächst erfolgt. Die Voraussetzungen des § 167 ZPO müssen bejaht werden, weshalb auf den am 12.03.2021 bzw. am 19.03.2021 erfolgten Eingang der Klagen bei Gericht abgestellt werden muss. Die Verzögerung der Zustellung ist zu

einem erheblichen Teil der Organisationssphäre des Gerichts zuzuordnen und steht folglich einer demnächst erfolgten Zustellung nicht entgegen. Mit Beschlüssen vom 22.03.2021 (...) bzw. 30.03.2021 (...) hat das Gericht den Streitwert jeweils vorläufig festgesetzt. Die Einzahlung des darauf beruhenden Kostenvorschusses erfolgte am 31.03. bzw. am 12.04.2021. Wenn die Zustellung der Klageschrift aufgrund der Verfügung vom 12.04.2021 erst am 26.04.2021 erfolgte, so beruht dies auf der Zeitdauer zwischen der Einzahlung und dem Eingang des Zahlungsnachweises beim LG München I sowie dem Nachweis der Zustellung durch das Empfangsbekanntnis des Prozessbevollmächtigten der Beklagten. Dann aber ist die weitere Verzögerung der Zustellung ausschließlich der Organisationssphäre des Gerichts sowie dem Zeitpunkt der Entgegennahme der Zustellung durch die Prozessbevollmächtigten der Beklagten zuzuordnen. Die Kläger selbst hatten alles Erforderliche veranlasst, um eine zeitnahe Zustellung der Klageschrift durch das Gericht zu ermöglichen. Gerade bei einem nicht bezifferten Klageantrag sind sie auch berechtigt, die Anforderung zur Zahlung des Gerichtskostenvorschusses abzuwarten.

26 c. Der Beschluss der Hauptversammlung vom 19.02.2021 verstößt gegen das Gesetz im Sinne des § 243 Abs. 1 AktG und ist daher für nichtig zu erklären.

27 (1) Eine Gesetzesverletzung muss in der Tatsache gesehen werden, dass die Ausübung des Fragerechts nur solchen Aktionären gestattet wurde, die sich bis zum Ende der Frist am 16.02.2021, 24:00 Uhr fristgerecht zur Hauptversammlung angemeldet hatten und die Zugangskarten mit persönlichen Zugangsdaten für die Ausübung der Aktionärsrechte aus den hinterlegten Aktien übermittelt bekommen haben. Durch diese Anforderungen wird das Recht der Aktionäre aus § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG auch unter Berücksichtigung der einschränkenden Bestimmungen in Art. 2 § 1 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie in Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27.03.2020, BGBl. I, S. 569 (im Folgenden COVMG) a. F. verletzt. Nach § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG ist jedem Aktionär auf Verlangen in der Hauptversammlung vom Vorstand Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben, sofern sie zur ordnungsgemäßen Beurteilung des Gegenstandes der Tagesordnung erforderlich ist. Diese Regelung wurde indes durch Art. 2 § 1 Abs. 2 Satz 2 COVMG dahin gehend verändert, dass im Rahmen einer virtuellen Hauptversammlung der Vorstand nach pflichtgemäßem, freiem Ermessen entscheidet, wie er Fragen beantwortet; der Vorstand kann auch vorgeben, dass Fragen bis spätestens zwei Tage vor der Versammlung im Wege elektronischer Kommunikation einzureichen sind. Da Art. 11 des Gesetzes zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Anpassung pandemiebedingter Vorschriften im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht sowie im Miet- und Pachtrecht vom 22.12.2020, BGBl. I, S. 3328 aufgrund von Art. 14 Abs. 3 dieses Gesetzes erst am 28.02.2021 in Kraft getreten ist, finden auf die Hauptversammlung der Beklagten die Regelungen aus Art. 2, § 1 Abs. 2 COVMG a. F. Anwendung.

28 Die Anordnung in der Einberufung der Hauptversammlung zum Einreichen von Fragen innerhalb einer Frist von zwei Tagen vor der Hauptversammlung sowie die Verknüpfung des Fragerechts mit der ordnungsgemäßen Hinterlegung der Aktien und daran anknüpfend dem Versand der Zugangsdaten als Voraussetzung für die Ausübung von Aktionärsrechten führt zu einer gesetzeswidrigen Verkürzung des Fragerechts der Aktionäre. Die ordnungsgemäße Hinterlegung der Aktien setzt nach § 16 Abs. 1 Satz 2 der Satzung der Beklagten voraus, dass die Aktien mit Zustimmung der Hinterlegungsstelle für die Aktionäre bei einem anderen Kreditinstitut bis zur Beendigung der Hauptversammlung gesperrt gehalten werden. Sodann erhalten die Aktionäre anstelle der herkömmlichen Zugangskarten mit persönlichen Zugangsdaten, um überhaupt ihre Aktionärsrechte ausüben zu können. Zu diesen Aktionärsrechten muss ohne jeden Zweifel auch das durch Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG als Ausfluss des Eigentumsrechts grundrechtlich geschützte Fragerecht der Aktionäre gehören (vgl. BVerfG, NJW 2000, 349, 350 = NZG 2000, 192, 192 = AG 2000, 74 = ZIP 1999, 1798, 1799).

29 Dieses Zusammenspiel zwischen Nachweis der ordnungsgemäßen Hinterlegung und Erhalt der Zugangsdaten zur Ausübung dieses Aktionärsrechts führt indes dazu, dass ein Aktionär die Frist aus Art. 2 § 1 Abs. 2 Satz 2 COVMG nicht ausschöpfen kann, wenn er von seiner Fragemöglichkeit Gebrauch machen will. Er muss nämlich abwarten, bis er seine Zugangskarte erhält. Dies kann bei einem Erhalt der für die Rechteaübung erforderlichen Unterlagen erst ganz kurz vor Mitternacht des 16.02.2021 nicht mehr ausreichen, um die Fragen rechtzeitig vor dem Fristende in elektronischer Form bei der Beklagten einzureichen, weil er dann die Zugangsdaten nicht mehr vor dem Ende der für die Ausübung des Fragerechts gesetzten Frist erhalten kann. Die Möglichkeit, eine gesetzte Frist vollumfänglich auszuschöpfen, ist indes ein allgemein anerkannter Grundsatz (vgl. für prozessuale Fristen BVerfGE 40, 42, 44 = NJW 1975, 1405, 1406; BVerfGE 69, 381, 385 = NJW 1986, 244; BGH, VersR 2018, 1278, 1279 = MDR 2018, 1074, 1075 = NJW-RR 2018, 958, 959). Der tragende Gedanke, dass Fristen auch Überlegungsfristen sind (vgl. BVerfGE 40, 42, 44 = NJW 1975, 1405, 1406), gilt hier in gleicher Weise. Durch die mit der Einberufung gesetzten Fristen soll dem Aktionär gerade auch die Möglichkeit gegeben werden, sich auf den Hauptversammlungstermin einzustellen und sich insbesondere auch sachlich darauf vorbereiten zu können (vgl. Bürgers/Körper/Lieder/Reger, AktG, 5. Aufl., § 123 Rdnr. 1; MünchKomm-AktG/Kubis, 5. Aufl., § 123 Rdnr. 1; Kölner Kommentar zum AktG/Noack/Zetzsche, 3. Aufl., § 123 Rdnr. 2; Heidel/Müller, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl., § 123 Rdnr. 5).

30 Wenn der Aktionär die erforderlichen Daten der Hinterlegungsstelle nicht bis zum oder erst sehr spät am letzten Tag der für die Fragen eingeräumten Frist erhält, ist es diesem Aktionär trotz Aktionärsstellung nach der Einberufung in der Satzung verwehrt, von seinem Fragerecht Gebrauch zu machen. Dies stellt sich als Gesetzesverletzung dar. Dem können organisatorische Schwierigkeiten nicht entgegengehalten werden. Sollte ein Aktionär den Nachweis

seiner Aktionärsstellung entsprechend den Vorgaben aus § 16 der Satzung nicht erbringen können, ist er an der Hauptversammlung nicht teilnahmeberechtigt – in diesem Fall muss dann aber auch die vorab eingereichte Frage nicht beantwortet werden. Ein Abgleich der Fragesteller mit den teilnahmeberechtigten Aktionären muss der Beklagten problemlos möglich sein. Damit aber trägt auch das Argument der Beklagten nicht, es komme zu einer Verbesserung der Rechtsposition des Aktionärs, weil er zwar keine Fragen stellen, aber immerhin an der Hauptversammlung teilnehmen und sein Stimmrecht ausüben dürfe. Die in der Einberufung enthaltene Beschränkung des Fragerechts ist rechtswidrig, weshalb eine Verbesserung der Rechtsstellung nicht angenommen werden kann. Bei rechtmäßiger Ausgestaltung der Einberufung wäre es gerade nicht zur unzulässigen Verkürzung des Fragerechts der Aktionäre gekommen.

31 (2) Der Beschluss der Hauptversammlung beruht auch auf diesem Gesetzesverstoß; die Kausalität zwischen der Gesetzesverletzung und der Beschlussfassung muss bejaht werden. Dabei kann nicht auf eine mathematisch-naturwissenschaftliche Kausalität abgestellt werden. Für die Nichtigerklärung eines Beschlusses ist vielmehr die Relevanz des hier in der Verkürzung des Fragerechts liegenden Verfahrensverstößes für das Mitgliedschafts- bzw. Mitwirkungsrecht eines objektiv urteilenden Aktionärs maßgebend, insbesondere auch des in der Abstimmung unterlegenen Minderheitsaktionärs, im Sinne eines dem Beschluss anhaftenden Legitimationsdefizits, das bei einer wertenden, am Schutzzweck der verletzten Norm orientierten Betrachtung die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit gemäß § 243 Abs. 1 AktG rechtfertigt (vgl. BGHZ 160, 385, 391 f. = NJW 2005, 828, 830 = NZG 2005, 77, 79 = AG 2005, 87, 89 = ZIP 2004, 2428, 2430 = WM 2004, 2489, 2491 = DB 2004, 2803, 2805 = BB 2005, 65, 66 f. = DNotZ 2005, 302, 305; NZG 2010, 843, 945 = AG 2010, 632, 634 = ZIP 2010, 1437, 1439 = WM 2010, 1502, 1504 = DB 2010 1697, 1699 = NJW-RR 2010, 1339, 1341 = DNotZ 2011, 138, 140; BGHZ 216, 110, 134 = NJW 2018, 52, 58 = NZG 2017, 1374, 1380 = AG 2018, 28, 35 = ZIP 2017, 2245, 2252 = WM 2007, 2263, 2270 f. = DB 2017, 2794, 2801 = DNotZ 2018, 382, 397; NZG 2020, 1106, 1109 = AG 2020, 789, 793 = ZIP 2020, 1857, 1860 = WM 2020, 1784, 14887 = DB 2020, 2008, 2012; OLG München, AG 2019, 266, 268 = ZIP 2018, 2369, 2371 = Der Konzern 2019, 140, 143; Koch, AktG, 16. Aufl., § 243 Rdnr. 13; Grigoleit/Ehmann, AktG, 2. Aufl., § 243 Rdnr. 8).

32 Die Möglichkeit der Verweigerung des Fragerechts kann sehr wohl dazu führen, dass ein Aktionär auf seine Teilnahme an der Hauptversammlung verzichtet. Gerade die Entscheidung über die Teilnahme kann durch die Fehlerhaftigkeit der Bekanntmachung und den Ausschluss des Fragerechts im negativen Sinn beeinflusst werden. Es besteht sehr wohl die Gefahr, dass Aktionäre von der Teilnahme an der Hauptversammlung abgehalten werden, weil sie davon ausgehen, keine Fragen zu dem Tagesordnungspunkt stellen zu können. Folglich kann auch von einem lediglich marginalen Verstoß nicht gesprochen werden. (vgl. BGHZ 153, 32, 36 f. = NJW 2003, 970, 971 f. = NZG 2003, 216, 217 = AG 2003, 319 f. = ZIP 2003, 290, 292 = WM 2003, 437, 438 =

DB 2003, 383, 384 = BB 2003, 462, 463 = GmbHR 2003, 408, 409 f. = DNotZ 2003, 358, 360 f.). Es besteht die Gefahr, dass Aktionäre auch aufgrund unvollständiger Informationen eine Entscheidung für oder gegen den Beschluss auf nicht hinreichend informierter Basis treffen.

33 (3) Ein Anfechtungsausschluss lässt sich nicht aus Art. 2 § 1 Abs. 7 COVMG herleiten. Nach dieser Vorschrift kann die Anfechtung eines Beschlusses unter anderem nicht auf eine Verletzung von Art. 2 § 1 Abs. 2 COVMG gestützt werden. Allerdings sind die Voraussetzungen dieser Norm bereits nicht erfüllt, weil sich dieser Verstoß auch auf die Teilnahmebedingungen im Übrigen zumindest mittelbar auswirkt. Dann aber handelt es sich zumindest auch um einen inhaltlichen Mangel der Einberufung, der von Art. 2 § 1 Abs. 7 COVMG nicht erfasst sein kann (vgl. *Schäfer*, NZG 2010, 481, 486 f.). Bei dieser Vorschrift handelt es sich nämlich um eine Sonderregelung, die den besonderen Bedingungen der Abhaltung einer Hauptversammlung während der Pandemie geschuldet ist (vgl. BT-Drucks. 19/18110, S. 27) und die daher eng auszulegen ist, um den aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Justizgewährungsanspruch der Aktionäre hinreichend Rechnung zu tragen.

34 (4) Die Klagen wurden nicht rechtsmissbräuchlich erhoben. Zwar ist weithin anerkannt, dass die Ausübung der Anfechtungsbefugnis ungeachtet ihrer Kontrollfunktion den für die private Rechtsausübung auch sonst geltenden Schranken – hier dem aus § 242 BGB folgenden Verbot des individuellen Rechtsmissbrauchs – unterliegt und dass eine rechtsmissbräuchlich erhobene Anfechtungsklage unbegründet ist (vgl. BGHZ 107, 296, 310 f. = NJW 1989, 2689, 2692 = ZIP 1989, 980, 983 = DB 1989, 1664, 1666 = BB 1989, 1782, 1784; OLG Stuttgart, Beschluss vom 22.03.2002, 20 W 32/2001; LG München I, Der Konzern 2006, 700, 703). Da es zur Erhebung einer Anfechtungsklage eines berechtigten Eigeninteresses grundsätzlich nicht bedarf und ihr gerade die Aufgabe der Rechtmäßigkeitskontrolle in Bezug auf Beschlüsse der Hauptversammlung zukommt, kann eine Klageerhebung nur in Ausnahmefällen, für die die Gesellschaft die Darlegungs- und Beweislast trägt, als rechtsmissbräuchlich angesehen werden. Der Aktionär muss sachfremde, eigene Interessen verfolgen und somit das Klagerecht in zweckentfremdender Weise zum eigenen Vorteil nutzen. Davon kann vorliegend nicht ausgegangen werden.

35 (a) Dies gilt zunächst für den Kläger zu 1. Allein die Tatsache, dass er nach Scheitern der Verhandlungen über eine Veräußerung der insbesondere von ihm und seinem Vater gehaltenen Aktien einen Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung nach § 315 Satz 2 AktG gestellt hat und im Wesentlichen nur unter Hinweis auf die Rechtsmissbräuchlichkeit der Durchführung eines verschmelzungsrechtlichen Squeeze out die Anfechtungsklage erhoben hat, rechtfertigt nicht die Annahme eines Rechtsmissbrauchs. Es geht dem Kläger zu 1 nicht ausschließlich um die Verfolgung selbstsüchtiger Motive. Der Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung stellt sich als legitimes Mittel des Minderheitenschutzes dar, der die Durchsetzung von Ansprüchen nach §§ 317, 318 AktG erleichtern soll und zudem den

außenstehenden Aktionären die Möglichkeit gibt, ihre Informationsgrundlage zu verbessern (vgl. *Bürgers/Körber/Lieder/Fett*, AktG, a. a. O., § 315 Rdnr. 2; *MünchKomm-AktG/Altmeyen*, § 315 Rdnr. 1 und 4; *Schmidt/Lutter/J. Vetter*, AktG, 4. Aufl., § 315 Rdnr. 2; *Heidel/Schatz/Schödel*, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, a. a. O., § 315 Rdnr. 1 und 2). Allein die Tatsache der Einreichung eines Antrages auf Bestellung eines Sonderprüfers nach dem Scheitern von Verkaufsgesprächen begründet – entgegen der Auffassung des 31. Zivilsenats des OLG München im Beschluss vom 06.07.2021, 31 Wx 236/21, NZG 2021, 1403, 1404 f. = AG 2021, 891 f. = ZIP 2022, 79,80 f. m. krit. Anm. *Hippeli*, jurisPR – HaGesR 1/2022 Anm. 5) – selbst bei gleichzeitiger und fortdauernder Bereitschaft zum Verkauf der Aktien im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nicht den Rechtsmissbrauch der Anfechtungsklage. Dies zeigt sich bereits darin, dass die Anfechtungsklage einen völlig anderen Streitgegenstand hat als die Durchführung einer Sonderprüfung nach § 315 Satz 2 AktG. Nun wehrt sich der Kläger zu 1 gegen den Verlust der Aktionärsstellung der Minderheitsaktionäre, ohne dass er eine unangemessene Gegenleistung für einen freiwilligen Verkauf der Aktien gefordert hätte. Die Verhandlung über einen Verkauf von Aktien stellt sich nicht als rechtsmissbräuchlich dar. Dabei muss insbesondere berücksichtigt werden, dass der Kläger zu 1 auch in diesem Verfahren ein Privatgutachten vorgelegt hat, aus dem er herleitet, dass der Kaufpreis für die Immobilie P(...) 5 / R(...) 9 deutlich zu niedrig angesetzt sei.

36 Dem lässt sich gerade nicht entgegenhalten, dass im Spruchverfahren nach zutreffender Ansicht (vgl. OLG München, ZIP 2008, 2117, 2122; AG 2007, 452, 453 = ZIP 2007, 699, 700; auch BGHZ 169, 221, 228 f. = NJW 2007, 300, 302 = NZG 2007, 26, 28 = AG 2006, 931, 933 = ZIP 2006, 2167, 2170 = WM 2006, 2216, 2218 f. = DB 2006, 2566, 2567 f. = BB 2006, 2601, 2603; OLG München, NZG 2021, 1160, 1164 f. = AG 2022, 47, 52 f.; *Fleischer/Hüttemann/Hüttemann/Meinert*, Rechtshandbuch Unternehmensbewertung, a. a. O., Rdnr. 8.49) die Frage des Bestehens von Ansprüchen auf Nachteilsausgleich im Falle einer Unterwertveräußerung geprüft werden muss und daher den Rechtsschutzinteressen des Klägers zu 1 Genüge getan sei. Dies ergibt sich bereits aus dem strukturellen Unterschied zwischen der Prüfung der Strukturmaßnahme als solcher im Rahmen der eine kassatorische Wirkung erstrebenden Anfechtungsklage und der Überprüfung der Angemessenheit der Barabfindung im Spruchverfahren.

37 (2) Der gegen die Kläger zu 2 bis 4 erhobene Vorwurf, Sonderinteressen angesichts einer Vielzahl von Anfechtungsklagen unter Hinweis auf die Verfassungs- und Europarechtswidrigkeit der Bestimmungen des COVMG zu verfolgen, trägt ebenfalls nicht den Rechtsmissbrauch der Klageerhebung durch die Kläger zu 2 bis 4. Die Kammer hat zwar bereits mit Endurteil vom 29.07.2021, 5 HK O 8083/21, entschieden, dass die Regelungen im COVMG weder gegen das Grundgesetz noch gegen europarechtliche Vorgaben aus Art. 9 der RL 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.07.2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften verstoßen, wobei dies auch dann gilt, wenn

man deren Vorgaben entgegen ihrem Wortlaut auch auf die nicht börsennotierte Beklagte anwenden wollte. Allerdings muss gesehen werden, dass in der Literatur durchaus mit beachtlichen Argumenten vertreten wird, namentlich die Beschränkung des Fragerechts aus § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG verstoße gegen Art. 14 Abs. 1 GG (vgl. Hirte/Heidel/Heidel/Lochner, Das neue Aktienrecht, 1. Aufl., § 1 GesCoronaG Rdnr. 32 ff.). Angesichts dieser Auffassung lässt sich ein Rechtsmissbrauch nicht bejahen. Die gegenteilige Auffassung wird der Schutzfunktion der Anfechtungsklage nicht gerecht.

38 Folglich muss die Kammer nicht abschließend entscheiden, inwieweit die weiteren von den Klägern vorgetragenen Anfechtungsgründe tatsächlich gegeben sind.

(...)

INTERNATIONALES PRIVATRECHT

18. Keine funktionale Gleichwertigkeit eines Unterschriftenabgleichs durch den ausländischen Notar

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 20.04.2022, 1 W 25/22 (Wx)

BeurkG § 40 Abs. 1

BGB § 129 Abs. 1 Satz 1

HGB § 12

LEITSATZ:

Eine sog. – ausländische – Beglaubigung einer Unterschrift aufgrund von Ähnlichkeit mit einer beim Notar hinterlegten Unterschriftsprobe steht einer Beglaubigung nach § 40 BeurkG nicht gleich. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Antragstellerin begehrt die Eintragung einer Änderung in den Personen ihrer Geschäftsführer.

2 Mit Gesellschafterbeschluss vom 29.09.2021 bestellte die Alleingesellschafterin der Antragstellerin AG mit Sitz in der S die Beteiligten zu 2 und 3 zu Geschäftsführern der Antragstellerin. Diese vertreten danach die Antragstellerin – unter Befreiung von den Beschränkungen bei Insichgeschäften – gemeinsam mit einem weiteren Geschäftsführer oder einem Prokuristen.

3 Unter dem 29.11.2021 reichte der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin eine Anmeldung dieser Änderung in den Personen der Geschäftsführer beim Handelsregister ein. Die beigelegten Anmeldungen der Beteiligten zu 2 (vom 02.11.2021) und 3 (vom 25.10.2021) sind notariell beglaubigt, die Unterschrift des Beteiligten zu 2 allerdings von einem S Notar, ohne dass sie in dessen Gegenwart geleistet oder anerkannt wurde; vielmehr hat dieser die Unterschrift nur mit einer bei ihm vorhandenen Unterschriftsprobe verglichen. Eine Unterschriftenbeglaubigung nach deutschem Recht haben die Beteiligten – trotz Hinweises ihres Verfahrensbevollmächtigten – abgelehnt.

4 Mit Zwischenverfügung vom 29.12.2021 hat das Registergericht darauf hingewiesen, dass die Beglaubigung der Unterschrift des Beteiligten zu 2 nicht den deutschen Formanforderungen entspricht und eine erneute, formwirksame Anmeldung durch den Beteiligten zu 2 vorzunehmen ist.

5 Unter dem 04.01.2022 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten – soweit hier von Belang – mitgeteilt, dass die Antragstellerin der Ansicht sei, die Anmeldung sei formgerecht erfolgt, und diesbezüglich um eine rechtsmittelfähige Entscheidung gebeten.

6 Mit Beschluss vom 18.02.2022, den Beteiligten über ihren Verfahrensbevollmächtigten zugestellt am 28.02.2022, hat das Registergericht die Anmeldungen vom 25.10.2021 und 02.11.2021 zurückgewiesen; auf die dortigen Gründe wird verwiesen.

7 Hiergegen wendet sich die – jedenfalls bis zum 17.03.2022 eingegangene – Beschwerde der Antragstellerin vom 15.03.2022, mit der diese ihr Begehren weiterverfolgt und weiterhin die Auffassung vertritt, die vorgelegte Handelsregisteranmeldung sei wirksam beglaubigt. Hierfür genüge die Einhaltung der S Ortsform, die eine Beglaubigung auf Grundlage eines Unterschriftenvergleichs genügen lasse, ohne dass die Unterschrift in Gegenwart des Notars geleistet oder anerkannt werde.

8 Mit Beschluss vom 21.03.2022 hat das Registergericht der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

9 II. Die zulässige Beschwerde der Antragstellerin hat in der Sache keinen Erfolg.

10 1. Das Rechtsmittel der Antragstellerin ist statthaft (§ 58 Abs. 1 FamFG) sowie form- (§ 64 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1, 3 und 4 FamFG) und fristgerecht binnen der einmonatigen Beschwerdefrist (§ 63 Abs. 1 FamFG) ab der schriftlichen Bekanntgabe des angefochtenen Beschlusses (§ 63 Abs. 3 Satz 1 FamFG) mit der Zustellung an ihren Verfahrensbevollmächtigten eingelegt.

11 2. Die Antragstellerin ist aufgrund ihrer Anmeldepflicht (vgl. Habersack/Casper/Löbbe/Paefgen, GmbHG, 3. Aufl. 2020, § 39 Rdnr. 40) materiell Beteiligte des Anmeldeverfahrens (§ 7 Abs. 1 FamFG; vgl. Gehrlein/Born/Simon/Leitzen, GmbHG, 5. Aufl. 2021, § 78 Rdnr. 11 m. w. N.) und als solche auch in ihren Rechten beeinträchtigt und beschwerdeberechtigt (§ 59 Abs. 1 und 2 FamFG; vgl. Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 78 Rdnr. 8).

12 3. Im handelsregisterrechtlichen Verfahren auf Anmeldung der Beteiligten zu 2 und 3 als ihre – neuen – Geschäftsführer wird die Antragstellerin durch diese vertreten, denn diese nehmen die notwendige Anmeldung der Geschäftsführerbestellung für die Antragstellerin als Gesellschaft vor (§ 78 GmbHG; vgl. KG, Beschluss vom 07.07.2015, 22 W 15/15, juris Rdnr. 26; Habersack/Casper/Löbbe/Paefgen, GmbHG, § 39 Rdnr. 40 und 43; *Krafka*, RegisterR, 11. Aufl. 2019, Rdnr. 1095). Ob die anmeldenden Geschäftsführer zugleich auch tatsächliche Geschäftsführer sind, ist als sog. doppelt relevante Tatsache im Rahmen der Zulässigkeit

des Rechtsmittels nicht zu prüfen (vgl. KG, Beschluss vom 07.07.2015, 22 W 15/15, juris Rdnr. 26).

13 4. Die Beteiligten zu 2 und 3 sind am Anmelde- und Beschwerdeverfahren über die beantragte deklaratorische Eintragung als Geschäftsführer der Antragstellerin ebenfalls zu beteiligen (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG; vgl. KG, Beschluss vom 23.11.2021, 22 W 89/21, juris Rdnr. 13; Gehrlein/Born/Simon/Leitzen, GmbHG, § 78 Rdnr. 11; Keidel/Heinemann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 374 Rdnr. 44c). Die (Allein-)Gesellschafterin der Antragstellerin war dagegen weder am Anmelde- noch am Beschwerdeverfahren zu beteiligen, denn ein Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft wird durch die Eintragungen in Bezug auf die Gesellschaft – insbesondere betreffend die Berufung und Abberufung von Geschäftsführern – nicht in seinen Rechten beeinträchtigt (vgl. KG, Beschluss vom 23.11.2021, 22 W 89/21, juris Rdnr. 8 ff. m. w. N.).

14 5. In der Sache hat das Registergericht die Anmeldung der Änderung in den Personen der Geschäftsführer der Antragstellerin indes zu Recht zurückgewiesen, weil die Anmeldung nicht in öffentlich beglaubigter Form eingereicht worden ist.

15 5.1 Die Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister sind grundsätzlich elektronisch in öffentlich beglaubigter Form einzureichen (§ 12 Abs. 1 Satz 1 HGB). Ist – wie hier – durch Gesetz für eine Erklärung öffentliche Beglaubigung vorgeschrieben, so muss die Erklärung schriftlich abgefasst und die Unterschrift des Erklärenden von einem Notar beglaubigt werden (§ 129 Abs. 1 Satz 1 BGB). Eine Unterschrift soll nur beglaubigt werden, wenn sie in Gegenwart des Notars vollzogen oder anerkannt wird (§ 40 Abs. 1 BeurkG). Dabei handelt es sich um eine unbedingte Amtspflicht des Notars (vgl. BeckOGK-BeurkG/Theilig, Stand: 01.02.2022, § 40 Rdnr. 22), die dazu dient, dass die Urkundsperson sich nicht auf andere Weise von der Echtheit der Unterschrift überzeugt (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 21.10.1998, 1 Ss 133/98, juris Rdnr. 12). Denn die Beglaubigung einer Unterschrift ist die öffentliche Beurkundung der Tatsache, dass die Unterschrift von einer bestimmten Person herrührt, dass der Aussteller persönlich seine Unterschrift vor der Urkundsperson vollzogen oder anerkannt hat (vgl. BGH, Urteil vom 04.04.1962, V ZR 110/60, juris Rdnr. 31; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 08.11.2002, 11 Wx 48/02, juris Rdnr. 16; Hauschild/Kallrath/Wachter/Heinemann/Wolf, NotarHdB, 3. Aufl. 2022, § 9 Rdnr. 3; Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 40 Rdnr. 15 ff.; Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 40 Rdnr. 2 m. w. N.); der Notar muss folglich eine Identitätsprüfung vornehmen (vgl. Staub/Koch, HGB, 5. Aufl. 2009, § 12 Rdnr. 25).

16 5.2 Eine von einem im Ausland – hier der S – ansässigen Notar vorgenommene Beurkundung, hier betreffend die Echtheit der Unterschrift des Beteiligten zu 2, ist – nur – dann ausreichend, wenn sie einer Beurkundung durch einen deutschen Notar funktional gleichwertig ist (vgl. BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, juris Rdnr. 14; KG, Beschluss vom 26.07.2018, 22 W 2/18, juris Rdnr. 5; Hopt/Merkt, HGB, 41. Aufl. 2022, § 12 Rdnr. 1; jew. m. w. N.). Eine solche Gleichwertigkeit ist gegeben, wenn die ausländische Urkundsperson nach Vorbildung und Stellung im

Rechtsleben eine der Tätigkeit des deutschen Notars entsprechende Funktion ausübt und – was hier entscheidend ist – für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten hat, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht (vgl. BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, juris Rdnr. 14 f.). Beglaubigungsformen, die dem deutschen Verfahrensrecht (§ 40 BeurkG) nicht entsprechen, erfüllen trotz der Fungibilität der Urkundsperson das nach der lex fori (vgl. dazu auch BGH, Beschluss vom 15.06.2021, II ZB 25/17, juris Rdnr. 14; Hopt/Merkt, HGB, § 12 Rdnr. 8; Fleischhauer/Wochner/Schemmann, HandelsregisterR, 4. Aufl. 2019, Rdnr. A 91; Staub/Koch, HGB, § 12 Rdnr. 75) maßgebliche deutsche Formerfordernis nicht (vgl. Oetker/Preuß, HGB, 7. Aufl. 2021, § 12 Rdnr. 34; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Schaub, HGB, 4. Aufl. 2020, Anhang zu § 12 Rdnr. 131).

17 5.3 Dass gemessen hieran sog. – ausländische – Beglaubigungen einer Unterschrift aufgrund von Ähnlichkeit, die – wie hier – mithilfe einer beim Notar hinterlegten Unterschriftsprobe vorgenommen werden, nicht dem deutschen Verfahrensrecht und dem damit verfolgten Sinn und Zweck entsprechen, liegt auf der Hand (vgl. Oetker/Preuß, HGB, § 12 Rdnr. 34; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Schaub, HGB, Anhang zu § 12 Rdnr. 131; jew. m. w. N.). Denn eine dem deutschen Recht entsprechende Identitätsprüfung (vgl. dazu BeckOK-HGB/Müther, Stand: 15.01.2022, § 12 Rdnr. 11.1) findet dabei nicht statt. Eine formwahrende Substitution der vorgeschriebenen öffentlichen Beglaubigung (§ 12 Abs. 1 Satz 1 HGB, § 40 Abs. 1 BeurkG) ist daher durch ein solches Verfahren nicht möglich, da Sinn und Zweck des maßgeblichen deutschen Formerfordernisses durch die im Ausland verwirklichten Tatbestandsmerkmale nicht erfüllt wird (vgl. auch Oetker/Preuß, HGB, § 12 Rdnr. 29).

18 5.4 Dass die Beglaubigung der Unterschrift der Anmeldung durch den Beteiligten zu 3 am 25.10.2021, anders als die der Unterschrift des Beteiligten zu 2 – aufgrund deren Vollzug vor einem deutschen Notar erfolgte (§ 40 Abs. 1 BeurkG), verhilft dem Begehren der Antragstellerin nicht zum Erfolg. Die Anmeldung hat durch die – neuen – Geschäftsführer in vertretungsberechtigter Zahl zu erfolgen (vgl. Henssler/Strohn/Servatius, GesR, 5. Aufl. 2021, § 78 GmbHG Rdnr. 5; Habersack/Casper/Löbbecke, GmbHG, § 78 Rdnr. 12). Die Beteiligten zu 2 und 3 als – neue – Geschäftsführer der Antragstellerin sind aber nach dem Gesellschaftsvertrag vom 16.02.2018 (dort § 6.2 und 6.3) sowie dem Gesellschafterbeschluss vom 29.09.2021 (vgl. dazu Habersack/Casper/Löbbecke/Paefgen, GmbHG, § 35 Rdnr. 97) – soweit hier von Belang (eine unechte Gesamtvertretung hat vorliegend, unabhängig von ihrer Zulässigkeit im betroffenen Anmeldeverfahren, nicht stattgefunden) – nur gemeinschaftlich zur Vertretung der Gesellschaft befugt (vgl. dazu auch Gehrlein/Born/Simon/Leitzen, GmbHG, § 78 Rdnr. 12; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Baukelmann, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 78 Rdnr. 11).

19 5.5 Anlass für eine – weitere – Zwischenverfügung zur Behebung dieses Eintragungshindernisses bestand und besteht nicht, nachdem die – anwaltlich vertretene – Antragstellerin auf den zutreffenden diesbezüglichen Hinweis

des Registergerichts ausdrücklich auf ihrer abweichenden Rechtsauffassung beharrt und damit die Behebung des – aus ihrer Sicht nicht bestehenden – Hindernisses endgültig verweigert hat (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.12.2017, 3 Wx 275/16, juris Rdnr. 11; Keidel/Heinemann, FamFG, § 382 Rdnr. 22; jew. m. w. N.).

20 Einer Kostengrundsentscheidung bedarf es nicht. (...)

21 Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen, da weder die Rechtsache grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordern (§ 70 Abs. 2 Satz 1 FamFG).

ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

19. Beschwerde des früheren Grundstückseigentümers im Aufgebotsverfahren

OLG Celle, Beschluss vom 26.03.2021, 10 W 5/21

BGB §§ 372, 376, 378, 952, 1143, 1154, 1192, 1160
FamFG §§ 439, 466, 467, 468

LEITSATZ:

Der frühere Grundstückseigentümer, dem nach Tilgung der besicherten Forderung ein unbedingter Anspruch auf Rückabtretung der Grundschuld zusteht, ist zur Beschwerde gegen einen Ausschließungsbeschluss zur Kraftloserklärung des Grundschuldbriefs berechtigt, der auf Antrag seines Rechtsnachfolgers, welcher das Grundstück im Wege der Zwangsversteigerung mit der als Teil des geringsten Gebots bestehen gebliebenen Grundschuld erworben hat, erlassen wurde. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Grundschuldbrief für den früheren Grundstückseigentümer von der Grundschuldgläubigerin unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme hinterlegt worden ist.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Zu entscheiden ist über die Kraftloserklärung eines Grundschuldbriefs im Aufgebotsverfahren nach §§ 466 ff. FamFG.

2 Die Antragstellerin ist Eigentümerin des im Grundbuch von B Blatt 1656 eingetragenen Grundbesitzes. Sie hat die Immobilie im Wege der Zwangsversteigerung zur Aufhebung einer Erbengemeinschaft durch Zuschlagsbeschluss des AG Otterndorf vom 28.11.2018, 9 a K 27/17, erworben. Im Grundbuch ist in Abteilung III unter Nr. 6 seit 1978 eine Grundschuld für die Volksbank S über 80.000 DM nebst Zinsen eingetragen, die im Rahmen der Zwangsversteigerung als Teil des geringsten Gebots bestehen geblieben ist.

3 Anfang November 2019 hat die Antragstellerin beim AG das Aufgebotsverfahren zur Kraftloserklärung des zu vorge-

nannter Grundschuld gehörenden Grundschuldbriefs beantragt. Dabei hat sie an Eides Statt versichert, dass die Grundschuld nicht mehr valutierte, die von der Gläubigerin erteilte Löschungsbewilligung sowie der übersandte Grundschuldbrief bei den Voreigentümern nicht mehr auffindbar seien und die Gläubigerin die Löschungsbewilligung am 04.6.2019 erneut erteilt habe. Sie – die Antragstellerin – habe den Grundschuldbrief nicht in den Händen und ihr sei nicht bekannt, wo er sich befinde. Ihrer Kenntnis nach sei die Grundschuld weder weiter abgetreten noch verpfändet worden, auch von einer Pfändung sei ihr nichts bekannt. Dem Antrag ist eine von der Volksbank S erteilte Löschungsbewilligung vom 04.06.2019 beigelegt nebst einem Begleitschreiben vom 07.06.2019, in dem die Volksbank an Eides Statt versichert, dass die Grundschuld nicht mehr valutierte und die bereits erstellte Löschungsbewilligung sowie der dazugehörige Grundschuldbrief sich nicht mehr in ihrem Besitz befänden.

4 Ohne weitere Ermittlungen anzustellen, hat das AG nach Einsicht in die Grundakte unter dem 13.12.2019 das Aufgebot erlassen und zur Anmeldung von Rechten und Vorlage des Briefes eine Frist bis zum 12.04.2020 bestimmt. Durch Beschluss vom 24.04.2020 hat es den Grundschuldbrief sodann für kraftlos erklärt.

5 Gegen diese Entscheidung hat Herr E S, ein Mitglied der Erbengemeinschaft, die vor der Antragstellerin Eigentümerin des Grundstücks war, mit Schreiben vom 24.09.2020, eingegangen beim AG am 29.09.2020, Beschwerde eingelegt und zugleich beantragt, ihm Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Aufgebotsfrist zu gewähren. Zur Begründung trägt er unter Versicherung an Eides Statt vor, von dem Aufgebotsverfahren erst am 21.09.2020 per Zufall erfahren zu haben. Der Grundschuldbrief sei keineswegs verloren gegangen, sondern von der Volksbank beim AG hinterlegt worden, da sein Halbbruder und Miterbe Herr E M der Herausgabe des Grundschuldbriefs an ihn – den Beschwerdeführer – nicht zugestimmt habe. Die Rechte aus der Eigentümergrundschuld stünden ihm gegenüber dem Ersteher zu. Der Beschwerde sind an den Beschwerdeführer gerichtete Schreiben der Volksbank vom 04.08.2020 und 04.09.2020 beigelegt. In dem Schreiben vom 04.08.2020 heißt es, mit Rückzahlung der Verbindlichkeiten bestehe die Grundschuld als Eigentümergrundschuld fort. Eine Aushändigung des Grundschuldbriefes und Abtretung der entstandenen Eigentümergrundschuld könne erst vorgenommen werden, wenn eine übereinstimmende Erklärung aller ehemaligen Eigentümer vorliege und die Übernahme der anfallenden Notarkosten versichert werde. In dem Schreiben vom 04.09.2020 teilt die Volksbank mit, der Grundschuldbrief sei beim AG S zum Aktenzeichen 11 HL 41/20; WHB-Nr.: 129/20, hinterlegt worden.

6 Durch Beschluss vom 17.12.2020 hat das AG den Antrag des Beschwerdeführers auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zurückgewiesen und seiner Beschwerde gegen den Ausschließungsbeschluss vom 24.04.2020 nicht abgeholfen. Zur Begründung hat das AG im Wesentlichen ausgeführt, dem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vori-

gen Stand habe mangels Antragsberechtigung nach den Grundsätzen zu § 59 FamFG nicht stattgegeben werden können. Insoweit müsse durch die angegriffene Entscheidung das eigene, materielle Recht unmittelbar beeinträchtigt sein. Aus dem Grundbuch und dem vorgelegten Schreiben der Volksbank gehe jedoch hervor, dass eine Abtretung der Grundschuld nicht erfolgt sei. Die geleisteten Zahlungen dürften auf die Forderung erfolgt sein, weshalb es sich bei der Grundschuld weiterhin um ein Fremdrecht handele. Ebenso habe die notwendige Briefübergabe unbestritten nicht stattgefunden. Es müsse weiterhin davon ausgegangen werden, dass die Grundschuld der Volksbank zustehe und das materielle Recht des Beschwerdeführers daher nicht unmittelbar durch den Ausschließungsbeschluss beeinträchtigt sein dürfte. Zudem sei eine Briefvorlage bis heute nicht erfolgt. Der Beschwerdeführer sei nicht Inhaber des aufgegebenen Briefes. Es werde nicht für ausreichend erachtet, dass er den Brief möglicherweise aus der Hinterlegung erhalten könnte. Die eingelegte Beschwerde gegen den Ausschließungsbeschluss sei verspätet.

7 Gegen diesen Beschluss hat der Beschwerdeführer ebenfalls Beschwerde eingelegt, mit der er auf seine bisherigen Ausführungen Bezug nimmt.

8 Der Senat hat eine Stellungnahme der Volksbank S (vom 02.03.2021 eingeholt, in der sie erläutert, das Darlehen, welches durch die Grundschuld besichert worden sei, sei bereits 1997 zurückgeführt worden. Der Antragstellerin sei die Löschungsbewilligung vom 04.06.2019 auf Anforderung ihres Bevollmächtigten irrtümlich erteilt worden, während sich der Grundschuldbrief tatsächlich in der Abwicklungsabteilung der Volksbank befunden habe. Diese habe die Zwangsversteigerung zur Aufhebung der Gemeinschaft begleitet. Da sich die bisherigen Eigentümer nicht über die Herausgabe des Grundschuldbriefs hätten einigen können, sei der Grundschuldbrief dann beim AG S hinterlegt worden.

9 Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird verwiesen auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen.

10 Der Senat hat einen aktuellen Auszug des Grundbuchs von B Blatt 1656 erfordert, die Zwangsversteigerungsakte des AG Otterndorf 9 a K 27/17 sowie die Hinterlegungsakte des AG S 11 HL 41/20 beigezogen. Aus der Hinterlegungsakte ergibt sich, dass der verfahrensgegenständliche Grundschuldbrief von der Volksbank Ende August 2020 zugunsten der aus dem Beschwerdeführer und seinem Halbbruder bestehenden Erbengemeinschaft unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme hinterlegt worden ist.

11 II. Die Beschwerde des Beschwerdeführers gegen den Ausschließungsbeschluss vom 24.04.2020 hat nach Maßgabe des Tenors Erfolg. Die Beschwerde gegen die durch Beschluss vom 17.12.2020 erfolgte Ablehnung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Aufgebotsfrist ist damit erledigt.

1. Zulässigkeit

12 Die Beschwerde gegen den Ausschließungsbeschluss ist zulässig. Insbesondere ist der Beschwerdeführer be-

schwerdeberechtigt (siehe nachfolgend Ziffer a)), zur Führung des Beschwerdeverfahrens auch ohne seinen Halbbruder und Miterben befugt (siehe nachfolgend Ziffer b)), und die Beschwerdefrist ist gewahrt (siehe nachfolgend Ziffer c)).

a) Beschwerdeberechtigung

13 Gemäß § 59 Abs. 1 FamFG steht die Beschwerde demjenigen zu, der durch den Beschluss in seinen Rechten beeinträchtigt ist. Erforderlich ist insoweit ein unmittelbarer nachteiliger Eingriff. D. h., die angegriffene Entscheidung muss ein bestehendes Recht des Beschwerdeführers aufheben, beschränken, mindern, ungünstig beeinflussen oder gefährden, die Ausübung dieses Rechts stören oder dem Beschwerdeführer die mögliche Verbesserung seiner Rechtsstellung vorenthalten oder erschweren (vgl. Keidel/Giers, FamFG, 20. Aufl., § 59 Rdnr. 9).

14 Mit dem Ausschließungsbeschluss wird der für kraftlos erklärten Urkunde allgemein die Legitimationswirkung genommen. Die Geltendmachung einer Briefgrundschuld erfordert gemäß § 1192 Abs. 1, § 1160 Abs. 1 BGB auf Verlangen des Schuldners die Vorlage des Grundschuldbriefs, sodass im Fall der Kraftloserklärung die Rechte aus der Grundschuld dem Grundstückseigentümer gegenüber nicht mehr durchgesetzt werden können (vgl. BeckOK-FamFG/Schlögel, Stand: 01.01.2021, § 479 Rdnr. 1; *Haußleiter*, FamFG, 2. Aufl., § 479 Rdnr. 2). Das Eigentum an dem Grundschuldbrief steht gemäß § 952 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB dem Gläubiger der Grundschuld zu. Dieser ist im Fall der Kraftloserklärung somit in jedem Fall in seinen Rechten unmittelbar beeinträchtigt und zur Beschwerde berechtigt.

15 Das AG ist zwar zutreffend davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer und sein Miterbe nicht Gläubiger der Grundschuld geworden sind. Das Schicksal einer Grundschuld zur Sicherung einer Forderung (sog. Sicherungsgrundschuld) richtet sich bei Befriedigung der Gläubigerin danach, ob auf die Grundschuld oder auf die abgesicherte Forderung gezahlt wird. Im erstgenannten Fall entsteht entsprechend § 1143 BGB eine Eigentümergrundschuld. Andernfalls erlischt nur die zugrunde liegende Forderung, und die Grundschuld bleibt Fremgrundschuld, wobei aus dem Sicherungsvertrag ein unbedingter Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld besteht (vgl. Palandt/*Herrler*, 79. Aufl., § 1191 Rdnr. 10, 19, 26, 35 ff.). Die Rückübertragung der Grundschuld erfolgt gemäß §§ 1192, 1154 Abs. 1, 2 BGB durch Abtretung und Übergabe des Grundschuldbriefs. Das vom Beschwerdeführer vorgelegte Schreiben der Volksbank vom 04.08.2020 ist insoweit nicht eindeutig, da dort von einer (Rück-)Abtretung der entstandenen Eigentümergrundschuld die Rede ist. In der vom Senat eingeholten Stellungnahme der Volksbank wird jedoch klargestellt, dass bei den zur Sicherung bestellten Grundschulden üblicherweise vereinbart wird, dass Zahlungen des Darlehensnehmers auf die persönliche Forderung und nicht auf die Grundschuld erfolgen. Somit ist vorliegend davon auszugehen, dass mit der Darlehenstilgung im Jahr 1997 keine Eigentümergrundschuld, sondern lediglich ein unbedingter Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld entstanden und die Volksbank Inhaberin der Grundschuld geblieben ist.

Der Rückgewähranspruch dürfte aktuell dem Beschwerdeführer als Teil der mit seinem Halbbruder bestehenden Erbengemeinschaft in Mitgläubigerschaft (§§ 2032, 432 BGB) zustehen: Zum Zeitpunkt der Grundschuldbestellung bis Mai 2010, waren Herr B und Frau H S als Miteigentümer des Grundstücks eingetragen, sodass der Senat davon ausgeht, dass diese das Darlehen aufgenommen, zurückgeführt und den Rückgewähranspruch ursprünglich erworben haben. Im Mai 2010 wurde als Erbin nach B S allein H S als Eigentümerin, Ende August 2017 wurden nach deren Tod der Beschwerdeführer und sein Halbbruder in Erbengemeinschaft als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. Dementsprechend dürfte gemäß § 1922 Abs. 1 BGB auch der Rückgewähranspruch auf die Erbengemeinschaft übergegangen sein. Davon geht schließlich auch die Volksbank aus. Zu einer entsprechenden Rückübertragung der Grundschuld durch Abtretung und Übergabe des Grundschuldbriefes ist es bislang nicht gekommen, weil sich der Beschwerdeführer und sein Halbbruder nicht einig sind und die von der Volksbank insoweit geforderte gemeinsame Erklärung der Miterben nebst einer Versicherung zur Übernahme der anfallenden Notarkosten offenbar noch nicht beigebracht ist.

16 Dies steht der Beschwerdeberechtigung des Beschwerdeführers allerdings nicht entgegen. Zum einen dürfte mit der Kraftloserklärung des Grundschuldbriefes die Erfüllung des Rückgewähranspruchs jedenfalls erschwert sein (siehe zur denkbaren Neuerteilung nach Kraftloserklärung Palandt/*Herrler*, § 1162 Rdnr. 2), sodass allein aus diesem Grund eine eigene Rechtsbeeinträchtigung aufseiten des Beschwerdeführers anzunehmen sein dürfte. Zum anderen ist jedenfalls bereits die Übergabe des Grundschuldbriefes an die Erbengemeinschaft erfolgt, sodass der Rückgewähranspruch zumindest teilweise erfüllt ist. Die Volksbank hat den Grundschuldbrief für den Beschwerdeführer und seinen Halbbruder in Erbengemeinschaft unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme hinterlegt. Der Verzicht auf das Recht zur Rücknahme wirkt gemäß § 372 Abs. 2 Ziffer 1, § 378 BGB schuldbefreiend (sog. Erfüllungssurrogat); die Hinterlegungsstelle wird – außer bei Geld – Besitzmittlerin für die von der Hinterlegerin benannten Forderungsprätendenten (vgl. BeckOGK-BGB/*Ulrici*, Stand: 01.12.2020, § 372 Rdnr. 99-101). Diese Teilerfüllung des Rückgewähranspruchs erachtet der Senat zur Begründung der Beschwerdeberechtigung ebenfalls als ausreichend, zumal die bislang noch fehlende Abtretung nicht auf einer Weigerung der Volksbank, sondern allein auf den Differenzen der Miterben beruht. Außerdem weist die Volksbank in ihrer vom Senat eingeholten Stellungnahme darauf hin, dass die der Antragstellerin erteilte Löschungsbewilligung nicht hätte erteilt werden dürfen und auf einem von dem Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin erregten Irrtum beruhe. Diesem sei aufgrund der Zwangsversteigerung bekannt, dass die Grundschuld als bestehenbleibendes Recht den bisherigen Eigentümern zustehe und die Antragstellerin kein Recht auf eine kostenfreie Löschung habe. Diese Ausführungen können auch als konkludente Ermächtigung des Beschwerdeführers zur Durchführung des Beschwerdefahrens gewertet werden (sog. gewillkürte Verfahrensstandschaft).

b) Beschwerdeführungsbefugnis

17 Die alleinige Beschwerdeführungsbefugnis des Beschwerdeführers ergibt sich ungeachtet seiner Stellung als lediglich mitberechtigter Erbe aus § 2039 BGB (vgl. Palandt/*Weidlich*, § 2039 Rdnr. 6 f.).

c) Beschwerdefrist

18 Die gemäß § 63 Abs. 1 FamFG einmonatige Frist zur Einlegung der Beschwerde gegen den öffentlich zugestellten Ausschließungsbeschluss hat der Beschwerdeführer zwar versäumt. Denn der Aushang an der Gerichtstafel ist am 02.06.2020 erfolgt, sodass die Entscheidung als am 02.07.2020 zugestellt gilt und die Beschwerdefrist daher am 03.08.2020 (02.08.2020 = Sonntag) und damit vor Eingang der Beschwerde am 29.09.2020 abgelaufen ist; § 63 Abs. 3, § 15 Abs. 2, §§ 16, 441 FamFG, § 188 Satz 1, §§ 222 ff. ZPO, 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2 BGB.

19 Dies ist jedoch unschädlich, weil dem Beschwerdeführer insoweit gemäß § 439 Abs. 4 Satz 1, § 17 ff. FamFG von Amts wegen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren war. Der Beschwerdeführer hat durch eidesstattliche Versicherung glaubhaft gemacht, dass er von dem Ausschließungsbeschluss zufällig am 21.09.2021 Kenntnis erlangt hat. Er hat innerhalb von zwei Wochen nach diesem Datum die versäumte Rechtshandlung – Einlegung der Beschwerde – nachgeholt. Der Beschwerdeführer war auch ohne sein Verschulden verhindert, die Beschwerdefrist einzuhalten. Bei einer öffentlichen Zustellung ist fehlende Kenntnis unverschuldet, wenn der Beteiligte nicht mit ihr rechnen musste (vgl. Zöller/*Greger*, ZPO, 33. Aufl., Rdnr. 23.44 m. w. N.). Der Beschwerdeführer musste weder mit dem Aufgebotsantrag noch mit dem Erlass und der öffentlichen Zustellung des Ausschließungsbeschlusses rechnen, weil der Grundschuldbrief tatsächlich nicht unauffindbar war, sondern – was der Beschwerdeführer wusste – sich bei der Volksbank befand.

2. Begründetheit

20 Die Beschwerde ist auch begründet.

21 Dabei verkennt der Senat nicht, dass es zweifelhaft erscheint, ob der Beschwerdeführer seine Rechte überhaupt noch anmelden könnte. Er hat nämlich auch die Aufgebotsfrist versäumt. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Aufgebotsfrist kommt nach der Rechtsprechung des BGH jedenfalls im Aufgebotsverfahren zur Ausschließung von Nachlassgläubigern nicht in Betracht (vgl. BGH, FamRZ 2016, 2096ff). Ob diese Rechtsprechung auf die anderen Aufgebotsverfahren übertragbar ist, wird nicht einheitlich gesehen (vgl. BeckOK-FamFG/*Schlögel*, § 439 Rdnr. 9; Keidel/*Zimmermann*, FamFG, 20. Aufl., § 439 Rdnr. 9; MünchKomm-FamFG/*Dörndorfer*, 3. Aufl. 2019, § 439 Rdnr. 10), kann vorliegend jedoch dahinstehen.

22 Denn das Verfahren des AG leidet an wesentlichen Mängeln, sodass die angefochtene Entscheidung bereits aus diesem Grund keinen Bestand haben kann. Zum einen hat die Antragstellerin entgegen der Annahme des AG weder den Verlust des Grundschuldbriefes noch ihre Antragsberechtigung hinreichend glaubhaft gemacht (siehe nachfol-

gend Ziffer a)), zum anderen hat das AG seiner aus § 26 FamFG folgenden Pflicht zur Amtsermittlung nicht genügt (siehe nachfolgend Ziffer b)).

23 a) Gemäß § 468 Ziffer 2 FamFG hat der Antragsteller eines Aufgebots zur Kraftloserklärung von Urkunden den Verlust der Urkunde sowie diejenigen Tatsachen glaubhaft zu machen, von denen seine Berechtigung abhängt, das Aufgebotsverfahren zu beantragen.

24 Der Verlust der Urkunde setzt deren Abhandenkommen oder Vernichtung voraus. Eine Urkunde ist abhandengekommen, wenn die Inhaberin den Besitz derart verloren hat, dass sie nicht mehr auf sie zugreifen und sie auch im Wege der Zwangsvollstreckung nicht mehr erlangen kann. Vernichtet ist die Urkunde im Falle völligen Substanzverlustes sowie dann, wenn sie derart beschädigt ist, dass die wesentlichen Unterscheidungsmerkmale nicht mehr zuverlässig feststellbar sind (vgl. MünchKomm-FamFG/Dörndorfer, § 466 Rdnr. 12 f.; Keidel/Giers, FamFG, § 466 Rdnr. 11). Die Antragstellerin selbst war zu keiner Zeit Besitzerin des Grundschuldbriefs und kann daher aus eigener Anschauung zu dessen Verlust bzw. Vernichtung nichts sagen. Auch die Volksbank hatte den Grundschuldbrief nach dem Vorbringen der Antragstellerin nicht verloren oder vernichtet, sondern nebst einer Löschungsbewilligung den Voreigentümern übersandt. Ob die Voreigentümer den Grundschuldbrief verloren, vernichtet oder die Grundschuld möglicherweise durch Abtretung und Übergabe des Briefes an eine dritte Person übertragen haben, geht aus den Angaben der Antragstellerin nicht hervor. Insbesondere konnte die Antragstellerin insoweit mangels eigener Wahrnehmung nicht selbst an Eides Statt versichern, dass von den Voreigentümern über die Grundschuld nicht verfügt worden war (vgl. Bumiller/Harders/Harders, FamFG, 12. Aufl., FamFG § 468 Rdnr. 2). Dies gilt umso mehr, als dem Antrag nicht einmal zu entnehmen ist, an welche Voreigentümer die Volksbank den Brief nach Tilgung des besicherten Darlehens übersandt haben soll. Immerhin haben seit der Tilgung im Jahr 1997 drei Eigentümerwechsel stattgefunden. Von einem Verlust des Grundschuldbriefs durfte das AG auf Basis der von der Antragstellerin getätigten Angaben daher nicht ausgehen.

25 Entsprechendes gilt für die Antragsberechtigung. Zur Beantragung des Aufgebots zur Kraftloserklärung von Urkunden ist gemäß § 467 Abs. 2 FamFG derjenige berechtigt, der das Recht aus der Urkunde geltend machen kann. Hierbei handelt es sich grundsätzlich um die materiellrechtlich berechtigte Gläubigerin. Anerkannt ist ferner eine gewillkürte Verfahrensstandschaft der Grundstückseigentümerin, wenn dieser von der letzten Grundpfandrechtsgläubigerin die Löschungsbewilligung in grundbuchmäßiger Form überlassen worden ist (vgl. jeweils m. w. N. Prütting/Helms/Holzer, FamFG, 4. Aufl., § 467 Rdnr. 7 f.; Schulte-Bunert/Weinreich/Tschichoflos, FamFG, 3. Aufl., § 467 Rdnr. 2 f.). Bei einer Briefgrundschuld, die auch außerhalb des Grundbuchs übertragen werden kann, ist insoweit zu beachten, dass die im Grundbuch als solche ausgewiesene Gläubigerin nicht zwingend diejenige ist, der die Briefgrundschuld tatsächlich zusteht. Vorliegend ergibt sich aus dem Vortrag der Antragstellerin aber gerade nicht, dass die

Volksbank noch materiellrechtlich berechtigte Gläubigerin des Grundpfandrechts war. Nach dem Vortrag der Antragstellerin war vielmehr davon auszugehen, dass die Volksbank die Grundschuld vermutlich bereits wieder auf die Voreigentümer zurückübertragen hatte, sodass die der Antragstellerin erteilte Löschungsbewilligung vom 04.06.2019 nicht geeignet sein konnte, die Antragsberechtigung der Antragstellerin zu begründen.

26 b) Das AG hätte sich mit den unzureichenden Angaben der Antragstellerin auch nicht begnügen dürfen, sondern die Antragstellerin zur Nachbesserung auffordern bzw. entsprechende Ermittlungen selbst anstellen müssen. Es erschien unter den gegebenen Umständen zumindest geboten, eine eigene Stellungnahme des Beschwerdeführers und seines Miterben einzuholen oder der Antragstellerin die Vorlage einer solchen aufzugeben. Zudem hätten weitere Informationen der Volksbank insbesondere darüber vorliegen müssen, zu welchem Zeitpunkt und an welchen der insgesamt drei nacheinander eingetragenen Voreigentümer der Grundschuldbrief übersandt worden sein soll. Hätte das AG in diesem Sinne weiter aufgeklärt, wäre der wahre Sachverhalt zweifelsohne bereits erstinstanzlich zutage getreten und es wäre nicht zu dem fehlerhaften Ausschließungsbeschluss gekommen.

27 Nach alledem war die angefochtene Entscheidung aufzuheben. Da sich nunmehr herausgestellt hat, was mit dem Grundschuldbrief tatsächlich geschehen und dass dieser keineswegs abhandengekommen bzw. vernichtet worden ist, war der Aufgebotsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar a. D. Prof. Dr. Dr. **Herbert Grziwotz**, Regensburg

1. Bedeutung für die notarielle Praxis

Die Entscheidung behandelt den in der Praxis nicht seltenen Fall der Erteilung einer Löschungsbewilligung für eine Sicherungsgrundschuld durch ein Kreditinstitut, wenn die zugrunde liegende Verbindlichkeit getilgt wurde. Dies ist insbesondere nach einer Teilungsversteigerung nicht selten, wenn nicht juristisch beratene Miteigentümer oder Miterben davon ausgehen, die noch im Grundbuch eingetragene Grundschuld sei löschtungsreif. Hinzu kommt in der entschiedenen Konstellation der vermeintliche Verlust eines Grundschuldbriefs. Fordert der Notar im Rahmen der Abwicklung eines Kauf- oder eines Überlassungsvertrags von einem im Grundbuch als Gläubiger eingetragenen Kreditinstitut eine Löschungsbewilligung an, können diese Probleme die Vertragsabwicklung bei einem sorgfältig arbeitenden Kreditinstitut nicht unerheblich verzögern. Zudem spielen sie eine Rolle bei einer Veräußerung von Grundbesitz während eines Zwangsversteigerungsverfahrens bei der Ermittlung der abzulösenden Gläubiger.¹ Schließlich betrifft die Ent-

¹ Siehe dazu *Franck*, MittBayNot 2012, 345, 348.

scheidung noch das Aufgebotsverfahren hinsichtlich eines Grundschuldbriefs.

2. Die nicht mehr valutierte Fremdgrundschuld in der Versteigerung

Da eine Grundschuld, auch wenn sie für ein Kreditinstitut zur Sicherung eines konkreten Darlehens bestellt wird, nicht akzessorisch zu der Forderung ist, besteht sie auch ohne diese fort.² Sie vermittelt dem Gläubiger weiterhin das Recht, die Zahlung der im Grundbuch eingetragenen Geldsumme und rückständiger Zinsen in dem gesetzlich geregelten Umfang (§ 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG, vgl. § 13 Abs. 1 ZVG) verlangen zu können. Dieses Recht wird nach § 1192 Abs. 1, § 1147 BGB im Wege der Zwangsvollstreckung realisiert. Nach einer Zwangsversteigerung gilt dies auch für Grundschulden, die in das geringste Gebot fallen und deshalb vom Bieter, der den Zuschlag erhält, übernommen werden müssen (§ 52 Abs. 1 Satz 1, § 49 Abs. 1 ZVG). Dieser gibt immer nur die Summe an, die er bar bieten will, und übernimmt zusätzlich, ohne dass dies ausdrücklich erwähnt wird, die in das geringste Gebot fallenden Rechte.³ Lediglich, wenn eine bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigte Grundschuld nicht besteht, hat der Ersteher außer dem Bargebot auch den Betrag des berücksichtigten Kapitals zu zahlen (§ 50 Abs. 1 Satz 1 ZVG). Ab dem Zuschlag stehen dem Ersteher die Nutzungen zu; er hat ab diesem Zeitpunkt auch die Lasten zu tragen einschließlich der im Grundbuch bei der stehen gebliebenen Grundschuld eingetragenen Zinsen (§ 56 Satz 2 ZVG).⁴ Die bestehen bleibenden Grundpfandrechte mindern den „Kaufpreis“, wirken also – bei einem informierten Bieter – preisbildend.⁵

Bei einer zugunsten eines Kreditinstituts bestellten Sicherungsgrundschuld schließen der Eigentümer als Sicherungsgeber und der Gläubiger als Sicherungsnehmer in der Regel im Zusammenhang mit dem Darlehensvertrag einen schuldrechtlichen Sicherungsvertrag, in dem u. a. auch die Rückgewähr der als Sicherheit gestellten Grundschuld durch Abtretung, Verzicht oder Löschung geregelt wird.⁶ Der Gläubiger wird durch den Sicherungsvertrag in der Verwertung seines Rechts eingeschränkt.

- 2 Siehe nur *Wellenhofer*, Sachenrecht, 36. Aufl. 2021, § 28 Rdnr. 1; *Hertelt/Athie*, Jus 2021, 1129, 1130.
- 3 Zur (verneinten) Anfechtung bei einem diesbezüglichen Irrtum BGH, Beschluss vom 05.06.2008, V ZB 150/07, BGHZ 177, 62 = DNotZ 2008, 917.
- 4 Zur umstrittenen Verpflichtung der Geltendmachung rückständiger Zinsen durch den Grundpfandrechtsgläubiger ausführlich *Kessler*, DNotZ 2012, 405 ff. Zur Problematik der vom neuen Eigentümer zu zahlenden, im Grundbuch eingetragenen Zinsen siehe *Grziwotz*, ZfIR 2012, 774 ff.
- 5 BGH, Urteil vom 21.05.2003, IV ZR 452/02, BGHZ 155, 63 = DNotZ 2003, 707 = NJW 2003, 2673.
- 6 Statt vieler BeckOGK-BGB/R. *Rebhan*, Stand: 01.02.2022, § 1191 Rdnr. 82 ff. und MünchKomm-BGB/*Lieder*, 8. Aufl. 2020, § 1171 Rdnr. 26 ff. Zu Fehlern der Kreditinstitute bei der Erteilung von Löschungsbewilligungen *Hartenstein*, FPR 2013, 362, 365.

a) Wenn sein Recht bei einer Versteigerung nicht ins geringste Gebot fällt und damit erlischt (§ 91 Abs. 1 ZVG), muss er die auf die Grundschuld entfallende Entschädigung aus dem Versteigerungserlös verlangen.⁷ Er darf diese im Verhältnis zum Sicherungsgeber aber nur zur Befriedigung seiner Kreditforderung verwenden. Einen Überschuss muss er an den Sicherungsgeber herausgeben.

b) Bleibt die Grundschuld über den Zuschlag hinaus bestehen und hat das Kreditinstitut keinerlei Forderungen mehr, ist die Grundschuld durch Abtretung oder Verzicht an den ursprünglichen Sicherungsgeber, der die Sicherheit gestellt hat, herauszugeben, also nicht etwa an den neuen Eigentümer, der den Zuschlag unter Fortbestand der Grundschuld erhalten hat. Zahlt der Eigentümer zur Abwendung einer Zwangsversteigerung unmittelbar auf die Grundschuld und nicht nur auf die Kreditforderung, geht die Grundschuld als Eigentümergrundschuld ohnehin auf ihn über (§§ 1192, 1143 BGB); es bedarf dann nicht der Geltendmachung der Rechte aus dem Sicherungsvertrag. Die Abtretung der Grundschuld und der Übergang auf den Eigentümer als Eigentümergrundschuld dienen dem Rangerhalt; nachrangige Rechte rücken nicht ohne Weiteres auf. Es kommt in sämtlichen Fällen zu einer verdeckten Eigentümergrundschuld im Grundbuch. Der Notar kann dies nur durch Anfrage an das eingetragene Kreditinstitut ermitteln, auf dessen Auskunft er sich regelmäßig verlassen darf.⁸

3. Besonderheiten bei einer Teilungsversteigerung

Die Feststellung des geringsten Gebots (§§ 44 ff. ZVG) setzt einen (bestrangig) betreibenden Gläubiger voraus. Dieser fehlt bei der Teilungsversteigerung, da ein Miteigentümer aus seinem Miteigentum vorgeht, nicht aus einem eingetragenen Recht.⁹ Er wird deshalb durch die gesetzliche Regelung so gestellt, als betreibe er das Verfahren aus dem letzten Rang. Es bleiben folglich sämtliche Rechte bestehen.¹⁰ Bei einer Teilungsversteigerung zur Aufhebung einer Miteigentümergeinschaft können zudem die Miteigentumsanteile unterschiedlich hoch sein; ferner sind noch unterschiedliche Belastungen möglich. Die damit verbundenen Probleme regelt die Sondervorschrift des § 182 ZVG. Nach dessen Abs. 1 muss das geringste Gebot die den Anteil des Antragstellers allein oder mitbelastenden Rechte am Versteigerungsgrundstück sowie diejenigen Rechte, die einem dieser Rechte vorge-

- 7 Zur umstrittenen sog. Bestverwertungspflicht des Grundschuldgläubigers siehe nur BGH, Urteil vom 16.12.2011, V ZR 52/11, MittBayNot 2012, 405 = NJW 2012, 686; Urteil vom 03.02.2012, V ZR 133/11, MittBayNot 2012, 493 = NJW 2012, 1142.
- 8 Vgl. zur verneinten Ermittlungspflicht des Versteigerungsgerichts *Eickmann/Böttcher*, Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsrecht, 3. Aufl. 2013, § 20 I 2; *Stöber/Gojowczyk*, ZVG, 22. Aufl. 2019, § 45 Rdnr. 10 ff.; MünchKomm-BGB/*Lieder*, § 1163 Rdnr. 60.
- 9 *Böttcher*, FPR 2013, 345, 346.
- 10 Krit. zur gesetzlichen Regelung bei der Teilungsversteigerung *Hartenstein*, ZfIR 2014, 1 ff.

hen oder gleichstehen, als bestehenbleibend (§ 52 ZVG) umfassen. Abweichend von der Versteigerung aus einem eingetragenen Recht umfasst das Bargebot (§ 49 ZVG) neben den Rangklassen 1-4 (Verfahrenskosten, öffentliche Lasten, WEG-Wohngeldrückstände, Kosten und Zinsen aus den bestehenbleibenden Rechten) auch einen etwaigen Ausgleichsbetrag unter den Miteigentümern, der bei unterschiedlich hoch belasteten Miteigentumsanteilen zu entrichten ist. § 182 Abs. 2 ZVG soll bei ungleicher Anteilsbelastung eine Benachteiligung einzelner Miteigentümer dadurch verhindern, dass das zunächst nach den allgemeinen Regeln festgestellte Bargebot um den zur Ausgleichung unter den Miteigentümern erforderlichen Betrag erhöht wird. Damit wird letztlich erreicht, dass alle Anteile gleich hoch bedient werden.¹¹ Der Ausgleichsbetrag wird nach herrschender Meinung jedoch nicht unter den Miteigentümern verteilt oder ihnen in der Erlösverteilung zugeteilt; es handelt sich vielmehr nur um einen Rechnungsposten, der das Bargebot erhöht und insgesamt hinterlegt wird.¹² Im Nichteinigungsfall über die Auseinsetzung dieses Betrags entscheidet hierüber das Prozessgericht, nicht etwas das Versteigerungsgericht. Die Beteiligten, häufig Ehegatten im Rahmen der Auseinsetzung im Zusammenhang mit der Scheidung oder Kinder zur Auseinsetzung von im Wege der vorweggenommenen Erbfolge zum Miteigentum übertragenem Grundbesitz, werden von den komplizierten Berechnungen regelmäßig keine Kenntnis haben, sondern sich auf bestimmte Ausgleichszahlungen geeinigt haben. Den Notar trifft auch insoweit – wie das Vollstreckungsgericht – keine Pflicht zur abweichenden Berechnung. Er sollte nur die Beteiligten auf die von der gesetzlichen Regelung möglicherweise abweichende Berechnung hinweisen und dies auch in der Urkunde zum Ausdruck bringen. Ggf. kann im Zusammenhang mit einer „Gesamtregelung“ klargestellt werden, dass auf weitergehende Ansprüche vorsorglich verzichtet wird. Handelt es sich nur um eine gegenständliche Auseinsetzung bezüglich eines bestimmten Grundbesitzes, kann zusätzlich darauf hingewiesen werden, dass die restliche Auseinsetzung mangels abweichender späterer Einigung nach den gesetzlichen Vorschriften erfolgt.

4. Antragsberechtigung für das Aufgebot eines Grundschuldbriefs

Für das Aufgebot von Urkunden, zu denen auch Grundschuldbriefe gehören, ist grundsätzlich nur der Rechts- oder Forderungsinhaber antragsberechtigt (§ 467 Abs. 2 FamFG), wobei sich die Rechtsinhaberschaft nach materiellem Recht richtet. Bei Grundschuldbriefen handelt es sich um den Inhaber des dinglichen Rechts. Dies ist bei Fremdgrundschulden unzweifelhaft der Gläubiger,¹³ aber

auch der Eigentümer, der den im Grundbuch eingetragenen Gläubiger befriedigt hat (§§ 1153, 1163, 1164 BGB). Gleiches gilt für den Eigentümer, dem vom Kreditinstitut eine Löschungsbewilligung in grundbuchmäßiger Form ausgehändigt wurde; hierin liegt regelmäßig das Einverständnis, mit der Grundschuld in beliebiger Weise zu verfahren, zumindest sie löschen zu lassen, und damit auch ein Aufgebotsverfahren durchzuführen.¹⁴ Es handelt sich um eine gewillkürte Verfahrensstandschaft, wobei die hierfür notwendigen Voraussetzungen, nämlich erstens eine Ermächtigung des Eigentümers durch den im Grundbuch eingetragenen Grundschuldgläubiger, das Recht im eigenen Namen geltend zu machen, und zweitens dessen eigenes rechtliches Interesse, im Antrag angegeben werden sollten. Hierzu kann auf die erteilte Löschungsbewilligung sowie die Verpflichtung des früheren Eigentümers zur Lastenfreistellung verwiesen werden.¹⁵ Das eigene rechtliche Interesse kann auch mit der Inhaberschaft von Rückgewähransprüchen aus dem Sicherungsvertrag begründet werden.¹⁶

Probleme können sich jedoch aus der Verpflichtung des Antragstellers eines Aufgebots zur Kraftloserklärung eines Grundschuldbriefs ergeben, den Verlust der Urkunde sowie derjenigen Tatsachen glaubhaft zu machen, von denen die Antragsberechtigung abhängt (§ 468 Nr. 2 FamFG). Teilweise wird bei zwischenzeitlich eingetretener Sonder- bzw. Gesamtrechtsnachfolge im Eigentum die Antragsbefugnis des nunmehrigen Eigentümers mit der Begründung verneint, die negative Tatsache, dass ein Voreigentümer nicht über den Grundschuldbrief verfügt habe, könne mangels eigener Wahrnehmung regelmäßig nicht an Eides Statt versichert werden.¹⁷ *Schlögel*¹⁸ hat diese Ansicht zutreffend kritisiert, da sie die Anforderungen an eine Versicherung an Eides Statt bezüglich negativer Tatsachen überspannt. Wie auch etwa in Grundbuchangelegenheiten müsse es ausreichen, wenn für das Gericht – dem insofern ein entsprechender Beurteilungsspielraum zusteht – keine vernünftigen Zweifel an der Richtigkeit der erklärten Tatsachen ersichtlich sind. Das OLG Celle hat nunmehr zumindest für den Sonderfall der Hinterlegung des Grundschuldbriefs durch die Grundschuldgläubigerin die Antragsberechtigung trotz eines zwischenzeitlichen mehrfachen Eigentumswechsels bejaht.

11 Zu den diesbezüglichen Berechnungen und den unterschiedlichen Theorien ausführlich *Nickel*, FPR 2013, 370, 373 ff.

12 Siehe dazu *Eickmann/Böttcher/Böttcher*, Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsrecht, S. 337 ff.

13 Zum Pfändungsgläubiger siehe nur OLG Karlsruhe, Beschluss vom 20.11.2014, 14 Wx 60/14, Rpfleger 2015, 348.

14 Siehe nur OLG Brandenburg, Beschluss vom 17.12.2019, 3 W 77/19, BeckRS 2019, 37476; OLG Köln, Beschluss vom 07.08.2019, 2 Wx 213/19, 2 Wx 213/19 und 214/19, BeckRS 2019, 47865; *König*, RNotZ 2020, 485, 492 f.

15 OLG München, Beschluss vom 05.11.2010, 34 Wx 117/10, MittBayNot 2011, 137.

16 OLG München, Beschluss vom 25.07.2017, 34 Wx 110/17, MittBayNot 2018, 547 (Ls.) = BeckRS 2017, 118274.

17 So OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.07.2010, 3 Wx 121/10, RNotZ 2012, 34; Beschluss vom 20.03.2019, I-3 Wx 204/18, FGPrax 2019, 191, 192; *Heckel*, DNotZ 2017, 348, 366.

18 BeckOK-FamFG/*Schlögel*, Stand: 01.04.2022, § 467 Rdnr. 2; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.12.2020, I-3 Wx 247/12, FGPrax 2013, 134.

BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

20. Schlüssigkeitsprüfung der Eigentums- und Kontrollstruktur durch den Notar

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 22.06.2022,
1 Rb 34 Ss 122/22

GwG § 10 Abs. 9, § 11 Abs. 5 a, § 56 Abs. 1 Nr. 25

LEITSATZ:

Nach § 11 Abs. 5 a Satz 1 GwG a. F. (bzw. § 12 Abs. 4 Satz 1 GwG n. F.) ist der beurkundende Notar – sofern der bei ihm auftretende Vertragspartner bei einem Erwerbsvorgang nach § 1 GrEStG für eine Rechtsform im Sinne von § 3 Abs. 2 oder 3 GwG a. F. (bzw. § 3 Abs. 2 oder 3 GwG n. F.) handelt – vor der Beurkundung verpflichtet, die Identität des wirtschaftlich Berechtigten anhand einer von dem Vertragspartner in Textform vorzulegenden Dokumentation der Eigentums- und Kontrollstruktur auf ihre Schlüssigkeit zu überprüfen. Art und Umfang der nach § 11 Abs. 5 a Satz 1 GwG a. F. (bzw. § 12 Abs. 4 Satz 1 GwG n. F.) gebotenen Prüfung stehen nach dem Wortlaut und nach Sinn und Zweck der klaren gesetzlichen Regelung nicht im Ermessen des Notars.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Mit dem angefochtenen Urteil vom 23.11.2021 hat das AG Karlsruhe den Betroffenen wegen eines leichtfertigen Verstoßes gegen § 56 Abs. 1 Nr. 25 GwG i. V. m. § 10 Abs. 9 Satz 4, § 11 Abs. 5 a GwG „jeweils in der zur Tatzeit gültigen Fassung“ zu einer Geldbuße von 2.500 € verurteilt. Nach den getroffenen Feststellungen hat der Betroffene am 01.09.2020 in seinen Amtsräumen in E leichtfertig entgegen § 10 Abs. 9 Satz 4 GwG a. F. eine Transaktion (Beurkundung des Grundstückskaufvertrages über ein Grundstück in F zum Preis von acht Millionen € zwischen der GRB FMZ G Ltd. & Co. KG und der HL 150 I GmbH vom 01.09.2020) durchgeführt, obwohl beide Vertragspartner für eine Rechtsform im Sinne von § 3 Abs. 2 und 3 GwG a. F. handelten und für diese entgegen § 11 Abs. 5 a Satz 1 GwG a. F. jeweils keine Dokumentation der Eigentümer- und Kontrollstruktur der Gesellschaften vorgelegt hatten, anhand welcher der Betroffene vor der Beurkundung die Identität des wirtschaftlich Berechtigten auf Schlüssigkeit hätte prüfen müssen, was dem Betroffenen auch bewusst war.

(...)

4 Mit Gegenerklärung vom 03.04.2022 führt der Rechtsbeschwerdeführer aus, die Stellungnahme der Generalstaatsanwaltschaft vermöge nicht zu überzeugen:

„Dass Vertragspartner im Sinne des § 12 Abs. 4 GwG tatsächlich auch die natürliche Person sein kann, ist fernliegend und mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht in Einklang zu bringen. Denn nach dem deutschen Rechtsverständnis ist Vertragspartner ausschließlich der zivilrechtliche Vertragspartner. (...) Die formalistische Auffassung der Staatsanwaltschaft geht am risi-

kobasierten Ansatz ebenso vorbei wie am Sinn und Zweck des § 12 GwG, dem es um Aufklärung geht, wer wirtschaftlich tätig wird. Sie führt zu einer reinen Formalpflicht zur Vorlage einer Struktur, obwohl das Gesetz deutlich macht, dass es diese bei transparenten Rechtsformen für entbehrlich hält.“

(...)

7 II. Die umfassende Nachprüfung des Urteils aufgrund der mit der Sachrüge begründeten Rechtsbeschwerde hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Betroffenen ergeben (§ 349 Abs. 2 StPO i. V. m. § 79 Abs. 3 Satz 1 OWiG).

8 A. Zur Begründung nimmt der Senat zunächst Bezug auf die – auch unter Berücksichtigung der Gegenerklärung der Verteidigung vom 03.04.2022, zutreffenden Ausführungen der Generalstaatsanwaltschaft in ihrer Antragschrift vom 10.03.2022.

9 Entgegen der Auffassung des Rechtsbeschwerdeführers ist Vertragspartner im Sinne des § 11 Abs. 5 a Satz 1 GwG a. F. (bzw. § 12 Abs. 4 Satz 1 GwG n. F.) nicht „ausschließlich der zivilrechtliche Vertragspartner“, sondern bezeichnet auch die bei dem Notar auftretende Person. Der Gesetzgeber hat bei der Änderung des GwG ausdrücklich auf die Bedeutung der im GwG verwendeten Begriffe „Vertragspartner“ und „auftretende Person“, vor dem Hintergrund der gesetzlich verlangten Identifizierungen in der notariellen Praxis, hingewiesen:

„Nach Artikel 13 Absatz 1 letzter Satz der Richtlinie (EU) 2015/849 ist nicht nur der Vertragspartner, sondern auch die Person, die vorgibt, im Namen des Kunden zu handeln‘ (im sog. Leading Text der Richtlinie: ‚any person purporting to act on behalf of the customer‘) zu identifizieren und dessen Angaben zu verifizieren. Der im Geldwäschegesetz de lege lata verwendete Begriff des Vertragspartners ist damit zu eng, da die Richtlinie, wie früher auch das GwG bis zum Inkrafttreten des Geldwäschebekämpfungsergänzungsgesetzes – neben dem Vertragspartner – zusätzlich die Identifizierung der Person, die dem Mitarbeiter des Instituts gegenüber erscheint und sich zum Beispiel als Bote oder Bevollmächtigter des Vertragspartners zu erkennen gibt, erfordert. Darunter fallen nicht die gesetzlichen Vertreter oder Verfügungsberechtigten einer juristischen Person oder Personenhandelsgesellschaft, die ohnehin schon nach § 4 Absatz 3 Nummer 2 GwG bzw. § 154 Absatz 2 AO zu identifizieren sind. Ebenfalls ausgenommen sind Personen, die Verpflichtete im Sinne von § 2 Absatz 1 GwG sind. Da der Begriff des ‚Vertragspartners‘ und der ‚auftretenden Person‘ für den Bereich der notariellen Praxis zusammenfallen und diese Pflichten sich nur auf den Erschienenen beziehen, hat diese Rechtsänderung für die Identifizierungspraxis der Notare keine Auswirkungen“ (BT-Drucks. 18/7204, S. 99).

10 Das Gesetz zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie geht ebenfalls davon aus, dass Vertragspartner des Notars nur die Erschienenen sind: § 11 Abs. 5 a GwG a. F. (jetzt § 12 Abs. 4 GwG) sieht ausdrücklich vor, dass die Prüfungspflicht des Notars nur dann be-

steht, wenn „der Vertragspartner für eine Rechtsform im Sinne von § 3 Abs. 2 oder 3 handelt“. Dies ergibt aber nur dann Sinn, wenn Vertragspartner des Notars nicht die Rechtsform selbst, sondern die natürliche Person ist, die die Rechtsform vertritt, also der Erschienene (ausführlich hierzu BNotK, Geldwäschegesetz 2021, Auslegungs- und Anwendungshinweise für Notarinnen und Notare, Stand: Oktober 2021, E II. „Identifizierung der formell Beteiligten“ S. 24-28; BeckOK-GwG/Frey/Pelz, Stand: 01.03.2022, § 10 Rdnr. 17 ff. m. w. N. und § 12 Rdnr. 26 j; maßgebend für die Auslegung einer Norm ist in erster Linie der Wortlaut [vgl. BGH, Urteil vom 31.10.1986, 2 StR 33/86, NStZ 1987, 323], wobei der Wortsinn einerseits die Grenze der Auslegung bestimmt, andererseits aber bei der Auslegung zwischen den möglichen Wortbedeutungen bis zur „äußersten sprachlichen Sinnengrenze“ gewählt werden darf, vgl. KK/Ro-gall, OWiG, 5. Aufl. 2018, § 3 Rdnr. 53 und 73 m. w. N.).

11 Der Rechtsbeschwerdeführer geht auch fehl, soweit er vorträgt, die formalistische Auffassung der Staatsanwaltschaft führe zu einer „reinen Formalpflicht zur Vorlage einer Struktur“. Nach der gesetzlichen Regelung ist der beurkundende Notar – sofern der Vertragspartner bei einem Erwerbsvorgang nach § 1 GrESTG für eine Rechtsform im Sinne von § 3 Abs. 2 oder 3 GwG 2020 (bzw. § 3 Abs. 2 oder 3 GwG 2021) handelt – gemäß § 11 Abs. 5a Satz 1 GwG 2020 (bzw. § 12 Abs. 4 Satz 1 GwG 2021) vor der Beurkundung verpflichtet, die Identität des wirtschaftlich Berechtigten anhand einer von dem Vertragspartner in Textform vorzulegenden Dokumentation der Eigentums- und Kontrollstruktur auf ihre Schlüssigkeit zu überprüfen (Herzog/Figura, GwG, 4. Aufl. 2020, § 11 Rdnr. 42 m. w. N.). Art und Umfang der nach § 11 Abs. 5a GwG 2020 (bzw. § 12 Abs. 4 GwG 2021) gebotenen Prüfung stehen nach dem Wortlaut und nach Sinn und Zweck der klaren gesetzlichen Regelung gerade nicht im Ermessen des Notars (vgl. hierzu auch unten C.).

B.

(...)

20 1. Die von der Rechtsbeschwerde gemachten Ausführungen, die Feststellungen des AG trügen eine Verurteilung wegen einer Ordnungswidrigkeit nach § 56 Abs. 1 Nr. 25 GwG 2020 nicht, da entgegen der Beurteilung des AG kein Beurkundungsverbot gemäß § 10 Abs. 9 Satz 4 GwG 2020 für die am 01.09.2020 errichtete Urkunde bestanden habe, sowie – hilfsweise – die Annahme einer leichtfertigen Pflichtverletzung nach § 56 Abs. 1 Nr. 25 i. V. m. 10 Abs. 9 Satz 4, § 11 Abs. 5a Satz 1 GwG 2020 sei rechtsfehlerhaft, kann dieser jeweils tragend auf urteilsfremdes Vorbringen gestützte Vortrag und die damit vorgenommene eigene Beweiswürdigung der allein auf die Sachrüge gestützten Rechtsbeschwerde nicht zum Erfolg verhelfen.

21 Die Rechtsbeschwerdebegründung rügt, das Tatgericht habe verkannt, dass dem Betroffenen keine Verletzung des Beurkundungsverbots vorzuwerfen sei, da der Betroffene „die für die Erwerberseite [Hervorhebung durch den Senat] notwendige Prüfung der in Textform dokumentierten Eigentums- und Kontrollstruktur in hinreichender Weise vorgenommen“ habe. Hierzu wird u. a. ausgeführt:

„Dies erfolgte durch die Prüfung des ihm vorliegenden Gesellschaftsvertrags, der Gesellschafterliste und der Einsichtnahme in das Handelsregister. Diese Maßnahmen stellen sicher, dass er die wirtschaftliche Berechtigung an der Gesellschaft auf Erwerberseite hinreichend sicher auf Schlüssigkeit prüfen konnte. Damit hat der Betroffene seine Pflicht aus § 11 Abs. 5a Satz 1 GwG 2020 erfüllt.“

22 In Bezug auf die Veräußererseite wird u. a. ausgeführt:

„Hinsichtlich der Veräußererseite bestand eine solche Pflicht wohl bereits nicht, weil zwar die Vertragspartnerin (Kommanditgesellschaft) für eine sonstige Rechtsform tätig wurde, diese aber unter die Ausnahme von § 3 Abs. 2 GwG (Börsennotierung oder hinreichende Transparenz) fallen dürfte, sodass die Eigentums- und Kontrollstrukturen nicht weiter geprüft werden mussten.“

23 Dieser Vortrag ist überwiegend auf nichtberücksichtigungsfähiges urteilsfremdes Vorbringen gestützt. So wird u. a. – urteilsfremd – vorgetragen:

„Die Darlegungen der Eigentums- und Kontrollstruktur der Veräußererseite durch den Betroffenen im Bußgeldverfahren (...) wecken Zweifel daran, dass die Rechtsform, für die die veräußernde Vertragspartnerin gehandelt hat, in den Anwendungsbereich von § 11 Abs. 5a Satz 1 GwG 2020 fiel. (...) Da die Limited eine Tochtergesellschaft der Z AG war, einer in Deutschland börsennotierten Gesellschaft, scheidet eine Anwendung von § 11 Abs. 5a Satz 1 GwG 2020 insofern aus, als sie an einem organisierten Markt nach § 2 Abs. 1 WpHG notiert war. (...) Insofern wurde im Bußgeldverfahren vom Betroffenen vorgetragen, die Kommanditgesellschaft sei eine 100 % Tochter eines von der Z AG initiierten Publikumsfonds, bei der keine natürliche Person direkt oder indirekt mit mehr als 25 % der Anteile oder Stimmrechte beteiligt war. Insofern könnte es sich um eine juristische Person oder sonstige Gesellschaft am Markt gehandelt haben, die zwar möglicherweise nicht an einem organisierten Markt nach § 2 Abs. 11 WpHG notiert war, aber zumindest Transparenzanforderungen im Hinblick auf Stimmrechtsanteile unterlag, die dem Gemeinschaftsrecht entsprachen oder als gleichwertigen internationalen Standards zu bewerten waren. Eine Aussage dazu findet sich in der Mitteilung der Z Property Investment Managers LLP vom 06.10.2020 (...), hier heißt es in Übersetzung (durch den Unterzeichner) (...).“

24 Entgegen diesem Vorbringen in der Rechtsbeschwerdebegründung finden sich im gesamten Urteil keine Feststellungen dazu, dass es sich bei der Verkäuferin des Grundstücks um eine börsennotierte Gesellschaft handelte bzw. dass dies vom Betroffenen vorgetragen wurde oder dass bei der Verkäuferin eine internationalen Standards entsprechende hinreichende Transparenz vorlag, bzw. dies vom Betroffenen vorgetragen wurde. Solches behauptet die Rechtsbeschwerdebegründung zudem selbst nicht bestimmt, sondern kommt in der eigenen Beweiswürdigung

lediglich zu dem Schluss, dass dies naheliegen würde (so wird in Bezug auf wirtschaftlich Berechtigte auf der Veräußererseite ausgeführt: „Die Subsumtion dieser Angaben unter den Begriff der dem Gemeinschaftsrecht vergleichbaren oder internationalen Standards entsprechenden Transparenz mit Blick auf die Stimmanteile liegt nahe“ bzw. „insofern könnte es sich (...). Soweit das AG hier zu einem anderen Ergebnis kommt, hätte es darlegen und begründen müssen, dass die von der FCA gestellten Anforderungen an die Transparenz nicht dem Gemeinschaftsrecht oder internationalen Standards entsprächen“).

25 Demgegenüber ist im Urteil insofern allein festgestellt, dass der Betroffene den Vertrag zwischen der GRB FMZ G Ltd. & Co. KG und der HL 150 I. GmbH vom 01.09.2020 beurkundet hat, die Verkäuferin die „Limited & Co. KG“ war und „die Komplementärin der KG ihren Sitz in Jersey“ hat sowie der Betroffene angegeben habe, „hinsichtlich der Verkäuferin habe ihm zum Beurkundungszeitpunkt zwar lediglich ein Handelsregistrauszug vorgelegen (...)“ (...).

26 Ebenfalls urteilsfremd ist der Vortrag zur Erwerberseite, der Betroffene habe die Prüfung der Eigentums- und Kontrollstruktur in hinreichender Weise dadurch vorgenommen, dass er den ihm vorliegenden Gesellschaftsvertrag und die Gesellschafterliste geprüft und Einsicht in das Handelsregister genommen habe. Insoweit wird u. a. ausgeführt:

„Der Abruf des Handelsregistrauszugs vom 13.08.2020 und des Auszugs aus dem Transparentregister zeigt im Übrigen auch, dass eine Prüfung tatsächlich vorgenommen worden ist.“

27 Unabhängig davon, dass der Betroffene nach diesem Vortrag gegen seine in § 11 Abs. 5a Satz 1 GwG 2020 festgelegte Pflicht verstoßen hat, findet sich im gesamten Urteil keine Feststellung dazu, dass der Betroffene vor der verfahrensgegenständlichen Beurkundung in Bezug auf die Käuferin die aktuelle Gesellschafterliste eingeholt, geprüft und aufbewahrt hat. Festgestellt ist insoweit:

„Eine Dokumentation der Eigentümer- und Kontrollstruktur der Gesellschaften, die der Betroffene nach § 11 Abs. 5a GwG auf Schlüssigkeit hätte prüfen müssen, lag für keine der Vertragsparteien vor. Dies war dem Betroffenen auch bewusst. (...) Er hat sich demnach dahin eingelassen, dass er die entsprechende Prüfung der Eigentümer- und Kontrollstruktur im Vorhinein zu der Beurkundung tatsächlich nicht durchgeführt und dokumentiert habe. Die Struktur auf Erwerberseite sei ihm indes persönlich bekannt gewesen, da er bei der Käuferin selbst den Gesellschaftsvertrag beurkundet habe. (...) Dass der Betroffene bereits den Gesellschaftervertrag der Käuferin beurkundet hat, vermag eine solche Dokumentation nicht zu ersetzen. Denn sie lag bereits nicht in schriftlicher Form vor, so dass keinerlei Nachprüfung stattfinden kann.“ (...)

28 Da auch der Vortrag zur im Urteil angenommenen „leichtfertigen Pflichtverletzung“ durch den Betroffenen ebenfalls tragend auf urteilsfremden Vortrag sowohl in Bezug auf die Erwerber- als die Veräußererseite und zudem teilweise urteilsfremde Ausführungen zur Konstellation der

vollmachtlosen Vertretung sowie auf eine eigene Beweiswürdigung gestützt wird, der Betroffene habe durch „seine Maßnahmen jedoch die Gewähr dafür geboten, dass eine Vermögensverschiebung nicht ohne die Kontrolle der Eigentums- und Kontrollstruktur erfolgen konnte“, weshalb die Annahme eines leichtfertigen Verstoßes zu einer „Sanktionierung des bloßen Verwaltungsungehorsams ohne materielles Unrecht“ führen würde, kann auch dieser Vortrag der Sachrüge nicht zum Erfolg verhelfen.

(...)

37 C. Ohne dass es vorliegend für die Entscheidung noch darauf ankommt, weist der Senat abschließend auf Folgendes hin:

38 Der volle Name des kurz als GwG bezeichneten Gesetzes, das den 1992 eingeführten Straftatbestand der Geldwäsche gemäß § 261 StGB ergänzt, bringt deutlich zum Ausdruck, um was es dem Gesetzgeber geht: „Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten“ (Müller-Gugenberger/*Wahl*, Wirtschaftsstrafrecht, 7. Aufl. 2021, Geldwäsche Rdnr. 51.1). Für jeden eingängig ist, dass verpflichtet ist, wer Zahlungsdienste anbietet. Daneben hat der Gesetzgeber aber mit Rechtsanwälten, Notaren, Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern, Immobilienmaklern und insbesondere Güterhändlern nahezu alle am Wirtschaftsleben Beteiligten zur Geldwäschebekämpfung herangezogen und ihnen weitgehende, auch kostenintensive Pflichten für ihre Tätigkeit auferlegt. Zu deren Durchsetzung wurden entsprechende Bußgeldtatbestände geschaffen (§ 56 GwG). Diese sehen ausreichend hohe Bußgelder vor, um zu verhindern, dass etwa Güterhändler – oder wie vorliegend Notare – planmäßig ihren Geschäften – bei Notaren insbesondere die Beurkundung eines Erwerbvorgangs nach § 1 GrEStG – unter Verstoß gegen die Pflichten des GwG nachgehen; denn die korrekte Pflichterfüllung kann leicht dazu führen, dass Kunden verprellt werden und von Geschäften Abstand nehmen (vgl. Müller-Gugenberger/*Wahl*, Wirtschaftsstrafrecht, Geldwäsche Rdnr. 51.7).

39 Der betroffene Notar hat sich vorliegend nach den Urteilsgründen u. a. auch dahin eingelassen, dass die Verkäuferin von der Kanzlei XY vertreten worden sei, die den „Fahrplan“ für das Beurkundungsgeschäft vorgegeben habe (...), was nach der klaren gesetzlichen Regelung der Pflichten des Notars im GwG 2020 aber keine rechtliche Relevanz haben kann. Gleiches gilt für die Einlassung des Betroffenen, er habe „Zeitdruck von der Erwerberseite bekommen, da ein „Bieterrennen“ vorgelegen“ habe. Eine „besondere Eile der Beteiligten“ stellt vielmehr sogar einen Anhaltspunkt für ein erhöhtes Geldwäscherisiko dar (BNotK, Geldwäschegesetz 2021, Auslegungs- und Anwendungshinweise für Notarinnen und Notare, S. 23). Dem GwG liegt – als Begleitgesetz des Straftatbestandes § 261 StGB – der Gedanke zugrunde, die gewerbliche Wirtschaft, vor allem Finanzinstitute – u. a. aber auch Notare – durch Auferlegung von unterschiedlichen Prüfungs-, Dokumentations- und Meldepflichten in die Geldwäschebekämpfung einzubeziehen. Die im GwG enthaltenen Verpflichtungen sollen nach allem einerseits präventiv zur Verhinderung von Geldwäsche beitragen, andererseits repressiv wirken, also den

Nachweis der Geldwäsche ermöglichen (Müller-Gugenberger/*Wahl*, Wirtschaftsstrafrecht, Geldwäsche Rdnr. 51.19).

40 Entgegen der Rechtsbeschwerdebegründung kommt es „bei der Beurteilung des Anwendungsbereichs der Vorschriften des §§ 10 ff. GwG 2020“ nicht – im Sinne einer ungeschriebenen Tatbestandsvoraussetzung von § 11 Abs. 5a Abs. 1 Satz 1 GwG 2020 – darauf an, „ob und in welchem Maße die Identifizierungs- und Verifizierungshandlungen des Notars das Risiko einer Geldwäsche durch das von ihm beurkundete Immobiliengeschäft tatsächlich beeinflussen.“ Solches hatte das AG demgemäß auch nicht festzustellen. Der gesetzgeberische Ausgangsfall des GwG 2020 ist die Annahme eines üblichen Geldwäscherisikos (das nicht ausdrücklich im GwG geregelt ist). Nach plausibler Einschätzung der BNotK wird bereits dadurch, dass sich der Notar streng an die Vorgaben der BNotO, das BeurkG und die übrigen berufsrechtlichen Vorschriften zu halten hat, das Geldwäscherisiko in der Praxis eklatant verringert (BNotK, Geldwäschegesetz 2021, Auslegungs- und Anwendungshinweise für Notarinnen und Notare, S. 22). Zu den allgemeinen Sorgfaltspflichten des Notars gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 GwG 2020 gehört u. a. die Feststellung, ob der Vertragspartner für einen wirtschaftlich Berechtigten im Sinne des § 3 GwG 2020 handelt, und bejahendenfalls dessen Identifizierung (Erbs/Kohlhaas/*Häberle*, GwG, Stand: Dezember 2021, § 3 Rdnr. 1).

41 Gleichfalls unzutreffend ist – nach dem klaren Wortlaut der gesetzlichen Regelungen und dem Gesetzeszweck – folgende in der Rechtsbeschwerdebegründung enthaltene Auslegung der den Notar betreffenden Vorschriften im GwG 2020:

„Eine die Pflichtwidrigkeit begründende Risikosteigerung kommt damit nur dann in Betracht, wenn der Notar durch seine Handlungen die Möglichkeit geschaffen oder die Wahrscheinlichkeit erhöht hat, dass es zu einer (faktischen) Vermögensübertragung kommt, die theoretisch eine Geldwäschehandlung darstellen könnte.“

42 Nach dem Wortlaut des Gesetzes, nach der systematischen Auslegung sowie nach dem Willen des Gesetzgebers ging es diesem – europaparechtlichen Vorgaben folgend – bei Schaffung der bußgeldbewehrten Regelungen in § 11 Abs. 5a GwG 2020 („Identifizierung“, wie dem insoweit inhaltsgleichen § 12 Abs. 4 GwG in der Fassung des GwG vom 25.6.2021) i. V. m. § 8 GwG 2020 („Aufbewahrungspflichten“ in Bezug auf die einzuholenden Informationen) und § 10 GwG 2020 („allgemeine Sorgfaltspflichten“) zur Bekämpfung der Geldwäsche gerade darum, das erkannt hohe Geldwäscherisiko im deutschen Immobiliensektor durch eine standardisierte Ausgestaltung des notariellen Verfahrens bei Beurkundung von Immobilienkaufverträgen, welche von den Notaren zu erfüllenden Sorgfalts- und Aufbewahrungspflichten umfassen, präventiv zu verringern (vgl. hierzu BT-Drucks. 19/13827, S. 135 und Herzog/*Figura*, GwG, § 11 Rdnr. 42 m. w. N.). Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung betreffend den Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie vom 09.10.2019 weist unter „A. Problem

und Ziel“ eingangs darauf hin, dass in den vergangenen Jahren verstärkt Geldwäscherisiken im deutschen Immobiliensektor in den Fokus gerückt seien, denen mit geeigneten Maßnahmen begegnet werden soll (BT-Drucks. 19/13827, S. 1). § 11 Abs. 5a GwG 2020 (bzw. § 12 Abs. 4 GwG 2021) normiert daher eine besondere – standardisiert vorgegebene – Prüfpflicht des Notars, sofern der Vertragspartner bei einem Erwerbsvorgang nach § 1 GrEStG für eine Rechtsform im Sinne von § 3 Abs. 2 oder 3 GwG handelt.

43 Unter Erwerbsvorgänge nach § 1 Abs. 1 GrEStG fallen insbesondere Rechtsvorgänge, soweit sie sich auf inländische Grundstücke beziehen, die durch einen Kaufvertrag begründet werden. Der beurkundende Notar ist vor der Beurkundung in jedem Einzelfall – lediglich, aber zwingend – dazu verpflichtet, (auch) die Identität des wirtschaftlich Berechtigten anhand einer von dem jeweiligen Vertragspartner in Textform vorzulegenden Dokumentation der Eigentums- und Kontrollstruktur auf ihre Schlüssigkeit zu überprüfen (§ 11 Abs. 5a Satz 1 GwG).

44 „Wirtschaftlich Berechtigte“ sind stets natürliche Personen und werden in § 3 Abs. 1–4 GwG 2020 für das GwG 2020 umfassend definiert. Die Identifizierungspflicht des wirtschaftlich Berechtigten soll Strohmanggeschäften entgegenwirken und denjenigen sichtbar machen, in dessen wirtschaftlichen oder rechtlichen Interesse eine Transaktion erfolgt (RegE, GwBekErgG, BT-Drucks. 16/9038, S. 30). Insbesondere verschachtelte Konzernstrukturen eignen sich für die Verschleierung der (natürlichen) Person bzw. des wirtschaftlich Berechtigten und damit für einen Missbrauch zum Zwecke der Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung (vgl. ausführlich hierzu Herzog/*Figura*, GwG, § 3 Rdnr. 1 ff. m. w. N.).

45 § 3 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 GwG enthält – worauf in der Rechtsbeschwerdebegründung zutreffend hingewiesen wird – eine wichtige Einschränkung der Reichweite der Rechtsfigur des wirtschaftlich Berechtigten nach § 3 Abs. 1 GwG, die in der Ratio der Rechtsfigur des wirtschaftlich Berechtigten nach § 3 Abs. 1 GwG begründet ist. Danach liegen keine wirtschaftlich Berechtigten im Sinne des § 3 GwG vor, wenn – trotz des Vorliegens aller weiteren Voraussetzungen für das Vorliegen eines wirtschaftlich Berechtigten – die juristische Person, sonstige Gesellschaft oder Rechtsgestaltung im Sinne des § 3 Abs. 3 GwG an einem organisierten Markt nach § 2 Abs. 11 WpHG notiert ist oder dem Gemeinschaftsrecht entsprechenden Transparenzanforderungen im Hinblick auf Stimmrechtsanteile oder gleichwertigen internationalen Standards unterliegt (vgl. zu GwG 2021 BeckOK-GwG/*Frey*, § 3 Rdnr. 40 ff m. w. N.).

46 Ob eine Ausnahme nach § 3 GwG 2020 vorliegt, hat der Notar vor Beurkundung zu prüfen (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 GwG; zum Umfang und zum Inhalt der gebotenen Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten vgl. ausführlich BNotK, Geldwäschegesetz 2021, Auslegungs- und Anwendungshinweise für Notarinnen und Notare, S. 28–40 m. w. N.).

47 Auf Verlangen hat der Notar die nach § 11 Abs. 5a Satz 1 GwG 2020 vom Vertragspartner vorzulegende (und von dem Notar aufzubewahrende) Dokumentation gemäß § 11

Abs. 5 a Satz 2 GwG der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen sowie den Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung zu stellen (§ 11 Abs. 5a Satz 2 GwG 2020 bzw. § 12 Abs. 4 Satz 2 GwG 2021). Die Aufbewahrungspflicht in Bezug auf die Dokumentation beträgt mindestens fünf Jahre (§ 8 Abs. 4 GwG 2020 bzw. § 8 Abs. 4 GwG 2021). Gemäß der klaren Regelung in § 10 Abs. 9 Satz 4 GwG 2020 hat der Notar die Beurkundung schlicht abzulehnen, solange der Vertragspartner seiner Pflicht nach § 11 Abs. 5a Satz 1 GwG 2020 nicht nachkommt oder eine Vereinigung mit Sitz im Ausland ihrer Mitteilungspflicht nach § 20 Abs. 1 Satz 2 und 3 GwG 2020 nicht erfüllt.

48 Zur Durchsetzung der für ihre Tätigkeit nach dem GwG auferlegten Pflichten, insbesondere der nach dem klaren Gesetzeswortlaut nicht im Ermessen des Notars stehenden Pflicht aus § 11 Abs. 5a GwG 2020 (bzw. § 12 Abs. 4 GwG 2021), hat der Gesetzgeber entsprechende Bußgeldtatbestände geschaffen (insbesondere § 56 Abs. 1 Nr. 25 GwG 2020), der Vorwurf einer mit einer Kriminalstrafe belegten Straftat wird insoweit gerade nicht erhoben (vgl. zur Abgrenzung von Ordnungswidrigkeitenrecht und Strafrecht Engelhart in Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis, Wirtschaftsstrafrecht, Vor zu § 1 ff. m. w. N.). Bußgeldbewehrt ist damit insoweit nur die sich aus der genannten Bestimmung (§ 11 Abs. 5a GwG 2020 bzw. nunmehr § 12 Abs. 4 GwG 2021) ergebende Mindestidentifizierung des wirtschaftlich Berechtigten. Soweit im Einzelfall auf der Grundlage einer entsprechenden Risikobeurteilung weitere Daten festzustellen sind, dies aber unterbleibt, wird dadurch keine Ordnungswidrigkeit verwirklicht. Einer Bußgeldbewehrung wäre für diesen Fall auch entgegenzuhalten, dass die Gebotsnorm unbestimmt ist und deshalb für den Normadressaten die von ihm geforderte Verhaltenspflicht nicht mit der notwendigen Klarheit vom Gesetzgeber festgelegt würde (Erbs/Kohlhaas/Häberle, GwG, § 11 Rdnr. 1-10).

ANMERKUNG:

Von Notar a. D. **David Sommer**, München

Wegen der aus notarieller Sicht ungewohnten Entscheidungsform einer Rechtsbeschwerde gegen ein amtsgerichtliches Urteil in einem Ordnungswidrigkeitenverfahren und den damit zusammenhängenden Besonderheiten in der Darstellung der Entscheidung sei diese zunächst noch einmal auf wesentliche inhaltliche Fragen beschränkt chronologisch zusammengefasst, bevor auf die verschiedenen rechtlichen Fragestellungen einzugehen sein wird.

1. Sachverhalt nach den Feststellungen des Gerichts

Ein Notar hatte am 01.09.2020 einen Grundstückskaufvertrag über ein Grundstück zum Preis von acht Millionen € zwischen einer Ltd. & Co. KG und einer GmbH beurkundet. Die Komplementär-Ltd. hatte ihren Sitz in Jersey. Eine Eigentums- und Kontrollstruktur hatte dem Notar nicht vorgelegen, was ihm auch bewusst gewesen war. Wegen dieses leichtfertigen Verstoßes gegen § 10 Abs. 9 Satz 4 GwG verurteilte ihn das AG zu einem Bußgeld in Höhe

von 2.500 €. Hiergegen trug er im Wesentlichen vor, dass der Vertragspartner im Sinne des § 11 Abs. 5a Satz 1 GwG a. F. (jetzt: § 12 Abs. 4 Satz 1 GwG), von dem die Eigentums- und Kontrollstruktur vorzulegen sei, der zivilrechtliche Vertragspartner des vor dem Notar abgeschlossenen Geschäfts sei. Da die jeweiligen Gesellschaften als Vertragspartner des Kaufvertrags aber für sich selbst handelten, müsse keine Eigentums- und Kontrollstruktur vorliegen. Daneben sah der Notar seiner Schlüssigkeitsprüfung der Eigentums- und Kontrollstruktur bereits genügt, weil er die Erwerbengesellschaft gekannt habe und die Veräußerergesellschaft wie börsennotiert zu behandeln gewesen sei.

2. Vertragspartner ist formell Beteiligter

Das OLG Karlsruhe widerspricht der Einlassung, dass der Vertragspartner des § 12 Abs. 4 GwG der Vertragspartner des Kaufvertrags ist.² Vielmehr kommt es unter breiter Heranziehung verschiedener zur Verfügung stehender Auslegungsmethoden zum richtigen gegenteiligen Ergebnis, nämlich der besonderen Anwendung der geldwäscherechtlichen Terminologie auf den jeweiligen Verpflichtetenkreis. Konkret in die notarielle Welt übersetzt ist der Vertragspartner stets der formell Beteiligte der notariellen Urkunde.³ Zu verstehen ist der Vertragspartner also nur im Sinne des öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisses des Notars zum Erschienenen. Das OLG Karlsruhe nimmt insoweit zunächst Bezug auf die immer noch anwendbare Begründung des historischen Gesetzgebers aus dem Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über die Vergleichbarkeit von Zahlungskontoentgelten, den Wechsel von Zahlungskonten sowie den Zugang zu Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen (Zahlungskontenrichtlinie) vom 11.04.2016.⁴ Trotz zahlreicher zwischenzeitlicher Änderungen am GwG, insbesondere mit der großen Reform zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie aus dem Jahr 2017, und den damit verbundenen Umstrukturierungen und Neufassungen der Normen hat sich der insoweit maßgebliche Regelungsgehalt inhaltlich nicht verändert. Im Gegenteil hat der Gesetzgeber im mit der Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie geschaffenen § 11 Abs. 5a GwG a. F. (nach Umstrukturierung wortlautgleich in § 12 Abs. 4 GwG) diese Sichtweise bekräftigt, indem er die Prüfungspflichten der Eigentums- und Kontrollstruktur für den Fall anordnet, dass ein Vertragspartner für eine Rechtsform nach § 3 Abs. 2 oder 3 GwG handelt.⁵ Wie das OLG Karlsruhe ausdrücklich festhält, ist dieser Wortlaut

1 Zur besseren Verständlichkeit wird im Folgenden – sofern nicht explizit anders angegeben – der aktuelle Ort der jeweiligen Norm im GwG zitiert.

2 Rdnr. 9 f. der besprochenen Entscheidung.

3 BeckOK-GwG/Krais, Stand: 01.09.2022, § 10 Rdnr. 17; hierzu ausführlicher auch *Thelen*, Geldwäscherecht in der notariellen Praxis, 2021, Rdnr. 196 f., und *Sommer*, MittBayNot 2019, 226, 228 f.

4 Rdnr. 10 der besprochenen Entscheidung.

5 So auch *Thelen*, a. a. O.

nur dann sinnvoll, wenn nicht die zivilrechtliche Kaufvertragspartei mit dem Wort „Vertragspartner“ gemeint ist.⁶ Zur weiteren Untermauerung hätte das OLG zusätzlich noch auf § 2 Nr. 2 GwGMeldV-Immobilien abstellen können, bei dem der Verordnungsgeber bewusst in der GwG-Terminologie zwischen den Vertragspartnern der Verpflichteten und den Vertragsparteien des Erwerbsvorgangs nach § 1 GrEStG und den für diese auftretenden Personen differenziert und alle Personen als am Erwerbsvorgang Beteiligte definiert. Auch dies ist nur sinnvoll, wenn der GwG-„Vertragspartner“ nicht die Vertragspartei ist. Für Notare gilt daher, dass sie den Vertragspartner und die für diesen auftretende Person ausschließlich in der Person des formell Beteiligten einer notariellen Urkunde sehen müssen.

3. Vorlagepflicht und Schlüssigkeitsprüfung der Eigentums- und Kontrollstruktur

Weiter setzt sich das OLG Karlsruhe mit dem Einwand auseinander, dass der Pflicht zur Prüfung der Schlüssigkeit einer in Textform vorgelegten Eigentums- und Kontrollstruktur durch den Notar Genüge getan sei – für die erwerbende Gesellschaft wegen Kenntnis der gesellschaftlichen Verhältnisse, eigener Beurkundung des Gesellschaftsvertrags und Einsicht in die Gesellschafterliste sowie ins Transparenzregister und für die veräußernde Gesellschaft wegen Börsennotierung oder Beachtung entsprechender internationaler Transparenzanforderungen.⁷

In Bezug auf die Erwerberseite stellt das Gericht lapidar, gleichwohl richtig fest, dass nach dem Vortrag bereits keine Eigentums- und Kontrollstruktur nach § 12 Abs. 4 GwG vorlag, die noch auf Schlüssigkeit hätte geprüft werden müssen.⁸ Selbst die Kenntnis aller verfügbaren Dokumente zu einer Gesellschaft wie Gesellschaftsvertrag, Handelsregisterauszug, Gesellschafterliste und sonstige im Handelsregister verfügbare Dokumente sowie Transparenzregisterauszug genügt nicht den Anforderungen des § 12 Abs. 4 GwG, weil aus den vorgenannten Dokumenten nicht notwendigerweise alle für die Beurteilung der wirtschaftlichen Berechtigung nach § 3 Abs. 2 GwG relevanten Aspekte erkennbar sind: Zum Beispiel reichen für die wirtschaftliche Berechtigung auch nur mündliche Stimmrechtsvereinbarungen, vgl. § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GwG. Die Eigentums- und Kontrollstruktur ist schon ihrem Wortlaut nach auch eine Kontrollstruktur. Daher ist eine Anfrage bei der Gesellschaft unerlässlich. Indem die Eigentums- und Kontrollstruktur aus der Sphäre des Beteiligten verlangt wird, wird eine Befassung des Mandanten mit diesbezüglichen Detailfragen erreicht und die Basis der notariellen Schlüssigkeitsprüfung geschaffen. Hilfstätigkeiten des Notars bei der Erstellung der Eigentums- und Kontrollstruktur sind selbstverständlich zulässig. Darüber hinaus muss die Eigentums- und Kontrollstruktur als Wissenserklärung nicht von einem vertre-

tungsberechtigten Organ stammen, sondern ihre Herkunft aus der Sphäre der Gesellschaft genügt. Untechnisch spricht das zitierte AG⁹ von einer schriftlichen Vorlage der Eigentums- und Kontrollstruktur; ausweislich des klaren Wortlauts in § 12 Abs. 4 GwG genügt jedoch die Textform, wie das OLG Karlsruhe sodann richtig bestätigt.¹⁰

Die Eigentums- und Kontrollstruktur sollte nicht als Formalpflicht abgestempelt werden.¹¹ Als unbefangener Leser der Entscheidung mag man sich zunächst denken, dass der Notar (fast) alles richtig gemacht hat, indem er umfangreich Informationen zur Gesellschaft eingeholt und nur die Zusammenfassung derselben in einer Eigentums- und Kontrollstruktur vergessen hat. Indem der Gesetzgeber für notarielle Verfahren im Anwendungsbe- reich von § 1 GrEStG zur Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten die Schlüssigkeitsprüfung der Eigentums- und Kontrollstruktur vorschreibt, schafft er im Ergebnis eine Arbeitserleichterung, weil es für den Notar gar nicht nötig gewesen wäre, den gesamten Gesellschaftsvertrag zu prüfen. Gleichwohl wird man wegen der notwendigen Angaben insbesondere zur Stimmrechtskontrolle nicht vertreten können, dass die geleistete Mehrarbeit die Einholung der Eigentums- und Kontrollstruktur ersetzt. Die Pflicht aus § 12 Abs. 4 GwG ist also weder ein Mehr noch ein Weniger zu den außerhalb deren Anwendungsbe- reichs geltenden Bestimmungen zur Ermittlung des wirtschaftlich Berechtigten, sondern schlicht etwas anderes.

Hinsichtlich der Veräußerergesellschaft würde eine Börsennotierung auf der direkten Ebene einer Kaufvertragspartei von der Pflicht zur Vorlage einer Eigentums- und Kontrollstruktur entbinden. Indem § 12 Abs. 4 GwG auf Rechtsformen nach § 3 Abs. 2 GwG verweist, übernimmt er auch dessen Ausnahme von am organisierten Markt notierten Gesellschaften.¹² Dies gilt allerdings nach dem Wortlaut nicht für eine Börsennotierung einer Muttergesellschaft oberhalb der Ebene der unmittelbar am Vertrag beteiligten Gesellschaften. Die vorzulegende Eigentums- und Kontrollstruktur bezieht sich stets auf die unmittelbare Beteiligtebene, nicht jedoch auf höhere Ebenen. Wie bereits bei vielzähligen Anteilseignern auf der Ebene der Erwerbs- oder Veräußerergesellschaft ist es jedoch erst recht auf einer höheren Ebene einer Mutter- oder Großmuttergesellschaft unverhältnismäßig, alle Anteilseigner namentlich zu bestimmen. Es ist anerkannt, dass es regelmäßig als risikoangemessen anzusehen ist, auf Ebene der Erwerbs- oder Veräußerergesellschaft nur Anteilseigner mit einem Anteil von mehr als 10 % in die Eigentums- und Kontrollstruktur aufzunehmen, solange gleichzeitig in der Eigentums- und Kontrollstruktur erklärt wird, dass diese Anteilseigner nicht mittelbar über andere Beteiligungen auf eine höhere Beteiligung kommen.¹³ Dann ist

6 Rdnr. 10 der besprochenen Entscheidung.

7 Rdnr. 21 ff. der besprochenen Entscheidung.

8 Rdnr. 27 der besprochenen Entscheidung.

9 Rdnr. 27 a. E. der besprochenen Entscheidung.

10 Vgl. Leitsatz und Rdnr. 43 der besprochenen Entscheidung.

11 Rdnr. 11 der besprochenen Entscheidung.

12 BeckOGK-GwG/Frey, § 12 Rdnr. 26f.

13 Ähnlich *Thelen*, Rdnr. 377.

es erst recht risikoangemessen, eine Eigentums- und Kontrollstruktur mit der Börsennotierung am organisierten Markt einer Muttergesellschaft abzuberechnen. Bis zu dieser Ebene muss allerdings eine solche Struktur vorgelegt werden, was im entschiedenen Fall nicht erfolgte. Nicht richtig ist vor diesem Hintergrund allerdings die pauschale Aussage des OLG Karlsruhe, dass Art und Umfang der gebotenen Prüfung nach § 12 Abs. 4 GwG nicht im Ermessen des Notars stünden.¹⁴ Eine Schlüssigkeitsprüfung bringt per se einen gewissen Spielraum mit sich. Bei der Schlüssigkeitsprüfung der Eigentums- und Kontrollstruktur ist risikoangemessen zu prüfen, ob und wer wirtschaftlich Berechtigter ist, vgl. § 12 Abs. 4, § 10 Abs. 1 Nr. 2 und insbesondere Abs. 2, § 11 Abs. 5 Satz 1, § 12 Abs. 3 Satz 1 GwG. Auch wenn es sich bei § 12 Abs. 4 GwG um eine eigenständige Norm für das notarielle Verfahren im Anwendungsbereich von § 1 GrEStG handelt, bleiben die allgemeinen Grundsätze der Risikoangemessenheit einer jeden Prüfung, die das GwG seit 2017 durchziehen, anwendbar.¹⁵ Es ist vom Gesetzgeber nicht gewollt, dass bei Publikumsgesellschaften alle Anteilhaber geführt werden. Dies liegt schon dem Begriff „Struktur“ inne, der eine gewisse Vereinfachung mit sich bringt.

4. Eigene Pflichten eines jeden Verpflichteten

Obiter dictum führt das OLG Karlsruhe zuletzt aus, dass die parallele geldwäscherechtliche Beurteilung von mit dem Sachverhalt befassten Rechtsanwälten die eigenen Pflichten des Notars nicht aufhebt, sondern vielmehr jeden Verpflichteten nach dem GwG zur effektiven Geldwäschebekämpfung eigene Pflichten auferlegt sind.¹⁶ Dies ist wichtig für eine effektive Geldwäschebekämpfung, um die verschiedenen Blickwinkel zur Prävention nutzen zu können. Zudem hält das OLG Karlsruhe fest, dass ein besonderer Zeitdruck die Pflichten zur Schlüssigkeitsprüfung der Eigentums- und Kontrollstruktur nicht aufheben kann; vielmehr führe ein solcher zu einem Anhaltspunkt für ein erhöhtes Geldwäscherisiko.¹⁷ Des Weiteren sei für die Pflichten nach dem GwG und deren Sanktionierung bei Nichtbeachtung nicht maßgeblich, ob das Verhalten des Verpflichteten das Geldwäscherisiko tatsächlich beeinflusst hat. Vielmehr greife der Pflichtenkatalog aus Präventionsgründen stets.¹⁸ Zu ergänzen wäre, dass der Pflichtenkatalog selbstverständlich Anwendung findet, die Pflichten selbst aber in Abhängigkeit vom festgestellten Risiko sodann variieren. Schließlich hält das OLG Karlsruhe unter Verweis auf die BNotK völlig zu Recht fest, dass bereits das reguläre notarielle Beurkundungsverfahren Geldwäscherisiken eklatant verringert.¹⁹ Dennoch habe der Gesetzgeber angesichts der besonderen Risiken im Immobiliensektor das Verfahren der Eigen-

tums- und Kontrollstruktur gewählt, um den wirtschaftlich Berechtigten zu identifizieren.²⁰ Fehlt eine solche, muss der Notar die Beurkundung ablehnen, vgl. § 10 Abs. 9 Satz 4 GwG.

5. Fazit

Änderungen für die notarielle Praxis ergeben sich durch die Entscheidung nicht. Diese liefert aber gleichwohl erste Fingerzeige. So kann die Auslegung des Vertragspartners und der für ihn auftretenden Person für den notariellen Bereich weiterhin in der Person des formell Urkundsbeteiligten zusammengefasst werden, sodass Identifizierungspflichten nur diese betreffen. Bei der Eigentums- und Kontrollstruktur ist eine wortlautgetreue Anwendung von § 12 Abs. 4 GwG geboten; die „Highlights“ seien stichwortartig benannt:

- die nicht durch Einsichten des Notars ersetzbare Vorlage aus der Sphäre der Gesellschaft, mindestens in Textform
- die Berücksichtigung der Kontrollstruktur und nicht nur der Eigentumsstruktur
- die unverzichtbare Schlüssigkeitsprüfung
- der risikoangemessene Umfang
- die Anwendbarkeit grundsätzlich auch auf börsennotierte Gesellschaften, insoweit aber regelmäßig nur bei Gesellschaftern mit mehr als 10 % der Kapital- oder Stimmanteile
- das daran anknüpfende Beurkundungsverbot auch in Eilfällen

Nicht aus dem Verfahren erschließt sich, warum das LG als Geldwäscheraufsicht den Weg der Ordnungswidrigkeit nach GwG gegangen ist und nicht aufsichtliche oder gar disziplinarische Maßnahmen nach der BNotO ergriffen hat. Insbesondere erschiene ein aufsichtlicher Hinweis oder eine Missbilligung angesichts des Einzelfalls als möglicherweise sachgerechtere Maßnahme.

²⁰ Rdnr. 42 der besprochenen Entscheidung.

¹⁴ Rdnr. 11, 48 der besprochenen Entscheidung.

¹⁵ So auch *Thelen*, a. a. O.

¹⁶ Rdnr. 38, 39 der besprochenen Entscheidung.

¹⁷ Rdnr. 39 der besprochenen Entscheidung.

¹⁸ Rdnr. 39 der besprochenen Entscheidung.

¹⁹ Rdnr. 40 der besprochenen Entscheidung.

21. Keine Haftung des Notars bei Verletzung der Anzeigepflicht gemäß § 18 GrEStG gegenüber den Urkundsbeteiligten

OLG Hamm, Urteil vom 15.09.2021, 11 U 5/21

BNotO § 19 Abs. 1

GrEStG §§ 18, 19

LEITSÄTZE:

1. Nimmt ein Notar zur Erfüllung seiner Anzeigepflicht gemäß § 18 GrEStG eine inhaltlich falsche Erklärung eines Urkundsbeteiligten in einen notariellen Kaufvertrag auf, folgt allein hieraus keine Haftung gegenüber den Urkundsbeteiligten, weil die Regelung des § 18 GrEStG in Bezug auf diese nicht drittschützend ist.
2. Eine Anzeigepflicht des steuerpflichtigen Urkundsbeteiligten nach § 19 GrEStG besteht unabhängig von und neben der Anzeigepflicht des Notars.
3. Weder aus § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG noch aus § 14 Abs. 1 Satz 2 BeurkG ergibt sich eine allgemeine Amtspflicht des Notars, über etwaige (grunderwerb-)steuerliche Folgen des zu beurkundenden Geschäfts zu belehren.
4. Der Notar kann aber haften, wenn er dennoch falsch über Fragen des Steuerrechts belehrt oder wenn er aufgrund besonderer Umstände Anlass zu der Besorgnis haben muss (erweiterte Belehrungspflicht), einem Beteiligten drohe ein Schaden, weil er fälschlicherweise annimmt, die sich aus dem beurkundenden Geschäft ergebenden steuerlichen Fragen seien geklärt, und der Notar den Beteiligten nicht auf die Fehlvorstellung hinweist.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Kläger nimmt den Beklagten zu 1 als Notar und den Beklagten zu 2 als dessen amtlich bestellten Vertreter auf Schadensersatz wegen festgesetzter Grunderwerbsteuern und der ihm aufgrund eines Steuerstrafverfahrens entstandenen Kosten in Anspruch. Der Kläger beabsichtigte mit einem Geschäftspartner drei gewerblich genutzte Grundstücke (G01, G02 und G03) in Z zu erwerben. Der Erwerb sollte über eine Unternehmensgesellschaft abgewickelt werden. Alleinigere Gesellschafter der P UG war ursprünglich der erstinstanzlich vernommene Zeuge A. Der Kläger erwarb am 11.01.2016 mit notariellem Vertrag des Beklagten zu 1 – entgegen der ursprünglichen Vorstellung des Klägers einer vollständigen Anteilsübernahme – zunächst nur vier von sechs Gesellschaftsanteilen der UG. Mit seinem Geschäftspartner, dem Zeugen B, vereinbarte er ein Treuhandverhältnis über zwei der erworbenen Anteile, welches in der Weise begründet wurde, dass die Geschäftsanteile zunächst an den Zeugen B abgetreten wurden, dann ein Treuhandvertrag vereinbart und dem Kläger die Geschäftsanteile zur treuhänderischen Verwaltung rückabgetreten wurden. Sodann erwarb die P UG, nunmehr bestehend aus dem Zeugen A und dem Kläger, ebenfalls am 11.01.2016

durch notariellen Kaufvertrag des Beklagten zu 1 die Immobilien in Z. Nach dem Erwerb fielen Grunderwerbsteuern an, die durch die UG beglichen wurden. Vor Eintragung der P UG als Eigentümerin der Grundstücke in das Grundbuch beurkundete der Beklagte zu 2 am 12.02.2016 als amtlich bestellter Vertreter des Beklagten zu 1 zunächst einen Vertrag über eine Erhöhung des Stammkapitals der UG, was dazu führte, dass der Zeuge A 3 Anteile und der Kläger 6 Anteile der Gesellschaft hielt. Mit einem weiteren, von dem Beklagten zu 2 beurkundeten Vertrag vom 29.03.2016, Urk. Nr. u01/2016, erwarb der Kläger die restlichen Gesellschaftsanteile der P UG von Herrn A. Der Vertrag enthält unter Ziffer I. 4 folgende Erklärung:

„Im Hinblick auf die steuerlichen Beistandspflichten des Notars gegenüber der Finanzverwaltung auf dem Gebiet der Grunderwerbsteuer erklärt der Veräußerer, die Gesellschaft hat keinen Grundbesitz.“

Des Weiteren enthält die Urkunde unter Ziffer IV. 5 den Hinweis:

„Hat die Gesellschaft Grundbesitz, ist Grunderwerbsteuer zu zahlen, wenn alle Geschäftsanteile in der Hand des Erwerbers oder mit ihm verbundenen Unternehmen vereinigt sind.“

Unter Ziffer IV. 6 ist ausgeführt, dass der Notar zur steuerlichen Beurteilung der Vereinbarung nicht in der Lage ist und eine Beratung durch einen Angehörigen der steuerberatenden Berufe empfohlen hat. Wegen der Einzelheiten wird auf den Übertragungsvertrag vom 29.03.20216, Urk. Nr. u01/2016 (...), verwiesen. Der Beklagte zu 2 hatte dem Kläger vor der Beurkundung einen entsprechenden Vertragsentwurf übersandt. Im Beurkundungstermin wurde die Erklärung unter Ziffer I. 4 des Übertragungsvertrags erörtert. In diesem Zusammenhang führte der Beklagte zu 2 ein Gespräch mit seinem Bürovorsteher. Des Weiteren hatte der Beklagte zu 2 vergeblich versucht, einen ihm bekannten Steuerberater zu erreichen, um zu klären, ob durch den Erwerb der Gesellschaftsanteile im konkreten Fall Grunderwerbsteuern anfallen würden, wobei die zeitliche Abfolge der Ereignisse streitig ist. Nach Abschluss des Anteilsübertragungsvertrags wurden gegen den Kläger per Steuerbescheid vom 20.07.2016 des FA Essen-Süd Grunderwerbsteuern i. H. v. 81.250 € mit der Begründung festgesetzt, dass sich durch den Übertragungsvertrag vom 29.03.2016 die Anteile an der grundbesitzenden UG in seiner Hand vereinigt hätten. Ferner wurde gegen den Kläger ein Verfahren wegen Steuerhinterziehung eingeleitet, welches gemäß § 153a Abs. 2 StPO gegen Zahlung von 3.000 € eingestellt wurde. An den mit der Verteidigung beauftragten Rechtsanwalt zahlte der Kläger ein vereinbartes Honorar von 4.873,48 €. Mittlerweile ist über das Vermögen des Klägers ein Insolvenzverfahren vor dem AG Essen (Az.: 162 IN 101/21) anhängig. Durch Beschluss des Insolvenzgerichts vom 25.06.2021 wurde zur Sicherung der künftigen Insolvenzmasse ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt. Wegen der Einzelheiten wird auf den Beschluss vom 25.06.2021, Az.: 162 IN 101/21, (...) verwiesen. Der Kläger hat vor dem LG geltend gemacht, der Beklagte zu 2 habe ihn über die Grunderwerbsteuerliche Zurechenbarkeit der Immobilien

falsch beraten. Hierzu hat er behauptet, der Beklagte zu 2 habe ihn wegen der Frage der steuerlichen Bewertung des Erwerbsvorgangs nicht an einen Steuerberater verwiesen, stattdessen habe er unter Ziffer I. 4 des Vertrags die steuerrechtlich unrichtige Erklärung beurkundet, nach der die Gesellschaft über keinen Grundbesitz verfüge. Zur Klärung der steuerlichen Relevanz des Geschäfts habe der Beklagte zu 2 während des Beurkundungstermins mit seinem langjährigen Bürovorsteher telefoniert. Danach habe der Beklagte zu 2 erklärt, es komme nicht auf den Erwerb sondern auf die Eintragung im Grundbuch an, der Vertrag könne unter Ziffer I. 4 „so bleiben“. Hätte der Beklagte zu 2 unter Ziffer I. 4 eine richtige Erklärung beurkundet, hätte er, der Kläger, am 29.03.2016 die Gesellschaftsanteile nicht erworben. Die Gesellschaftsanteile wären dann auf einen Dritten übertragen worden, da er wegen der Treuhandvereinbarung mit seinem Geschäftspartner ohnehin kein eigenes wirtschaftliches Interesse an der vollständigen Übernahme der Gesellschaftsanteile gehabt habe. Ihm, dem Kläger, sei im Zeitpunkt der Beurkundung des Vertrags bewusst gewesen, dass bei einer grundbesitzenden Gesellschaft die Anteilsvereinigung in einer Hand erneut die Grunderwerbsteuer auslöse. Des Weiteren hat er die Ansicht vertreten, zu dem Steuerstrafverfahren sei es nur deshalb gekommen, weil der Beklagte zu 2 unter Ziffer I. 4 des Vertrags vom 29.03.2016 eine unrichtige Erklärung beurkundet habe und beide Beklagten entgegen ihrer Verpflichtung aus § 18 GrEStG die Anteilsvereinigung nicht gegenüber dem FA angezeigt hätten. Vor dem LG hat der Kläger beantragt, die Beklagten zu verurteilen, an ihn gesamtschuldnerisch 89.123,48 € sowie vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten i. H. v. 2.554,93 € jeweils nebst Verzugszinsen seit dem 11.10.2019 zu zahlen. Die Beklagten haben die Abweisung der Klage beantragt. Sie haben behauptet, der Beklagte zu 2 habe im Beurkundungstermin vom 29.03.2016 ausdrücklich darauf hingewiesen, die steuerliche Situation nicht beurteilen zu können. Das Gespräch mit dem Bürovorsteher habe sich allein auf die Frage bezogen, ob die Angabe im Vertrag, dass die Gesellschaft über keinen Grundbesitz verfüge, standesrechtlich beanstandungsfrei sei. Zu der Beurkundung des Anteilskaufs sei es trotz der ungeklärten steuerrechtlichen Frage nur deshalb gekommen, weil es den Vertragsparteien um eine zügige Abwicklung des Geschäfts gegangen sei. Hilfsweise haben die Beklagten die Aufrechnung mit zwei Forderungen wegen offener Rechtsanwaltsgebühren der Sozietät der Beklagten gegen die Klageforderung erklärt und behauptet, die Forderungen seien an den Beklagten zu 2 abgetreten worden.

2 Das LG hat die Klage nach Anhörung der Parteien sowie nach uneidlicher Vernehmung der Zeugen A und B abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Kläger habe gegen die Beklagten keinen Anspruch auf Schadensersatz. Nach der Beweisaufnahme sei die Kammer davon überzeugt, dass keine Amtspflichtverletzung des Beklagten zu 2 im Zusammenhang mit der Beurkundung des Vertrags zur Übertragung der Gesellschaftsanteile auf den Kläger vorliege. Der Beklagte zu 2 habe ausdrücklich auf die mögliche steuerliche Relevanz des Geschäfts hingewiesen und deutlich gemacht, dass er hierüber nicht beraten könne. Der No-

tar schulde grundsätzlich keine Beratung über die steuerlichen Folgen des beurkundeten Geschäfts. Soweit der Notar erkenne, dass das Geschäft steuerliche Auswirkungen haben könnte, die von den Parteien nicht gewollt seien, müsse er empfehlen, steuerrechtliche Beratung in Anspruch zu nehmen. Dieser Verpflichtung habe der Beklagte zu 2 genügt. Dass der Beklagte zu 2 positive Kenntnis von der Grunderwerbsteuerpflicht gehabt und den Kläger nicht darauf hingewiesen habe, sei nicht ersichtlich. Es habe sich auch nicht ergeben, dass der Beklagte zu 2 Erklärungen zu den steuerlichen Auswirkungen des Geschäfts abgegeben habe. Der Beklagte zu 2 sei auch nach dem Telefonat mit dem Bürovorsteher und der danach folgenden Erklärung, der Passus „die Gesellschaft habe keinen Grundbesitz“ könne unverändert im Vertragstext verbleiben, nicht verpflichtet gewesen, erneut auf die Notwendigkeit einer steuerrechtlichen Beratung zu verweisen. Der vorherige Hinweis auf etwaige, ihm nicht bekannte steuerrechtliche Folgen des Geschäfts sei ausreichend gewesen. Der Beklagte zu 2 habe zudem hinreichend deutlich gemacht, dass er mit seinem Bürovorsteher lediglich die für die Beurkundung notwendigen Angaben habe klären wollen. Eine notarielle Amtspflichtverletzung durch die unterbliebene Mitteilung der Beurkundung gegenüber der Finanzverwaltung liege nicht vor, da diese Anzeigepflicht nicht gegenüber dem Kläger bestehe. Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit seiner Berufung. Er macht geltend, entgegen dem angefochtenen Urteil hätten die Beklagten im Zusammenhang mit der Beurkundung und Abwicklung des Übertragungsvertrags vom 29.03.2016 ihm gegenüber bestehende notarielle Amtspflichten verletzt. Dadurch, dass der Beklagte zu 2 eine zu steuerlichen Zwecken abgegebene Erklärung des Zeugen A unter Ziffer I. 4 falsch in die Urkunde aufgenommen habe, habe dieser gegen die erweiterte Belehrungspflicht verstoßen sowie gegen die Pflichten zur wahrheitsgemäßen Bezeugung und Vermeidung eines falschen Anscheins. Mit den notariellen Amtspflichten sei es unvereinbar, wenn geschützte Dritte durch die Tätigkeit des Notars in die Gefahr eines folgenschweren Irrtums gerieten. Die Beurkundung der unrichtigen Angabe des Zeugen A im vorliegenden Fall habe bei der Finanzverwaltung den falschen Anschein erweckt, er und der Zeuge A hätten Grunderwerbsteuern hinterziehen wollen. Hätte der Beklagte zu 2 richtig darauf hingewiesen, dass die Gesellschaft im Sinne des GrEStG grundbesitzend sei, hätten er und der Zeuge A von der Beurkundung Abstand genommen. Im Übrigen sei es Aufgabe des Notars, die Urkunde so abzufassen, dass sie den Interessen der Parteien entspreche. Dem Beklagten zu 2 sei klar gewesen, dass die Beteiligten den doppelten Anfall der Grunderwerbsteuer hätten vermeiden wollen. Daher sei der Beklagte zu 2 gehalten gewesen, keine erkennbar unrichtigen Aussagen in Bezug auf den Grundbesitz der Gesellschaft zu beurkunden, der für den Anfall der Grunderwerbsteuer relevant sein könne. Entgegen dem angefochtenen Urteil hätten sich die Pflichten des Beklagten zu 2 im Zusammenhang mit der steuerlichen Problematik nicht darin erschöpft, auf die Notwendigkeit einer fachlichen Beratung hinzuweisen. Der Beklagte zu 2 habe nämlich einen steuerrechtlich relevanten Sachverhalt unrichtig beurkundet und die Rechtsfrage hiernach als geklärt dar-

gestellt. Daher hätten alle Beteiligten davon ausgehen dürfen, dass kein Risiko des Anfalls der Grunderwerbsteuer durch die Anteilsvereinigung bestehe. Hätte der Beklagte zu 2 die Erklärung des Zeugen A richtig beurkundet und den Grundbesitz der Gesellschaft angegeben, hätten die Beteiligten gewusst, dass die Grunderwerbsteuer erneut anfallt und die Beurkundung abgebrochen. Soweit das LG ausführt, die Mitteilungspflicht nach § 18 Abs. 2 Satz 2 GrEStG habe nur gegenüber der Finanzverwaltung bestanden, sei dies unzutreffend, dies gäbe die vom LG angeführte Rechtsprechung und Kommentarliteratur nicht her.

3 Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagten zu verurteilen, an ihn als Gesamtschuldner 89.123,48 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.10.2019 zu zahlen, sowie die Beklagten zu verurteilen, an ihn als Gesamtschuldner vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten i. H. v. 2.554,93 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.10.2019 zu zahlen.

4 Die Beklagten beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

5 Sie verteidigen das angefochtene Urteil unter Vertiefung und Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vortrags. Der Senat hat die Parteien persönlich angehört. (...)

6 II. Der Rechtsstreit ist entscheidungsreif. Das Berufungsverfahren ist nicht durch die Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters durch den Beschluss des Insolvenzgerichts vom 25.06.2021 gemäß § 240 ZPO unterbrochen, da das Insolvenzgericht nicht den Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Klägers auf den vorläufigen Insolvenzverwalter angeordnet hat. Die zulässige Berufung des Klägers hat allerdings keinen Erfolg. Das LG hat die Klage mit zutreffender Begründung abgewiesen. Dem Kläger steht gegen die Beklagten kein Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung notarieller Amtspflichten im Zusammenhang mit der Beurkundung des Anteilsübertragungsvertrags vom 29.03.2016 zu. Es lassen sich weder gemäß § 39 Abs. 4, § 19 Abs. 1 BNotO Verletzungen drittschützender Amtspflichten des Beklagten zu 2 als Notarvertreter bei der Beurkundung des Vertrags am 29.03.2016 feststellen, für die der Beklagte zu 1 als Gesamtschuldner nach § 46 Satz 1 BNotO haften würde, noch Pflichtverletzungen beider Beklagten bei der Abwicklung des Vertrags.

1. Der Kläger wirft dem Beklagten zu 2 im Zusammenhang mit der Beurkundung des Übertragungsvertrags in der Berufung noch vor, dieser habe Äußerungen des Zeugen A zum Grundvermögen der PUG fehlerhaft gewürdigt und beurkundet und hierdurch einen falschen Anschein gesetzt. Außerdem habe der Beklagte zu 2 mit dem Vertrag nicht das Interesse der Parteien umgesetzt, den nochmaligen Anfall der Grunderwerbsteuer zu vermeiden. Soweit der Kläger erstinstanzlich geltend gemacht hat, der Beklagte zu 2 habe es vor der Beurkundung des Vertrags vom 29.03.2016 unterlassen, ihn wegen der steuerlichen Bewertung des

Geschäfts auf einen Steuerberater zu verweisen, und habe ihn stattdessen selbst steuerlich beraten (...), verfolgt er dieses Behaupten in der Berufung nicht weiter. Auf der Grundlage der Aussage des Zeugen A hat das LG zutreffend und für den Senat bindend festgestellt, dass der Beklagte zu 2 den Beteiligten wegen der steuerlichen Fragen ausdrücklich die Hinzuziehung eines Steuerberaters empfohlen hat. Richtig ist allerdings, dass der Beklagte zu 2 unter Ziffer I. 4 des Vertrags vom 29.03.2016 eine falsche Erklärung beurkundet hat. Dem Beklagten zu 2 war schon aufgrund seiner Tätigkeit als Notarvertreter vor dem 29.03.2016 bekannt, dass die PUG die Grundstücke in Z durch den notariellen Kaufvertrag des Beklagten zu 1 vom 11.01.2016 erworben hatte. Dieser Sachverhalt sowie der Umstand, dass die PUG am 29.03.2016 im Grundbuch noch nicht als Eigentümerin eingetragen war, ist dem Beklagten zu 2 im Beurkundungstermin nochmals durch den Zeugen A mitgeteilt worden. Dennoch hat der Beklagte zu 2 mit Blick auf die steuerlichen Beistandspflichten des Notars die Erklärung des Veräußerers beurkundet, die Gesellschaft habe keinen Grundbesitz. Damit hat der Beklagte zu 2 nicht nur die Erklärung des Zeugen A vom Wortlaut her unrichtig in den Vertrag aufgenommen und beurkundet, er hat die Erklärung des Zeugen A auch rechtlich falsch gewürdigt. Mit der unrichtigen Beurkundung der Erklärung des Zeugen A hat der Beklagte zu 2 schuldhaft gegen die ihm als Notar obliegenden Pflichten gegenüber der Finanzverwaltung verstoßen. Es kann aber nicht festgestellt werden, dass er mit der Beurkundung der inhaltlich unrichtigen Erklärung auch gegen die ihm gegenüber dem Kläger obliegenden Pflichten verstoßen hat.

a) Die Beurkundung der Erklärung des Zeugen A unter Ziffer I. 4 des Übertragungsvertrags ist ersichtlich im Zusammenhang mit der Anzeigepflicht des Notars aus § 18 GrEStG erfolgt. Nach § 18 GrEStG ist der Notar verpflichtet, konkret bezeichnete Rechtsvorgänge, die von grunderwerbsteuerlicher Relevanz sein können, dem FA anzuzeigen. Die Anzeige erfolgt mittels Verwendung eines Vordrucks, dem eine Abschrift der Urkunde beizufügen ist, § 18 Abs. 1 Satz 2, § 20 GrEStG (Behrens/Wachter, GrEStG, 1. Aufl., § 18 Rdnr. 166; Eylmann/Vaasen/Bremkamp, BNotO/BeurkG, 4. Aufl., § 18 BNotO, Rdnr. 102). Die Anzeigepflicht erfasst nach § 18 Abs. 2 Satz 2 GrEStG die Übertragung von Anteilen von Kapitalgesellschaften und Gesellschaften bürgerlichen Rechts, soweit ihnen inländische Grundstücke „gehören“, und zwar unabhängig davon, ob 95 % der Anteile übertragen werden oder weniger (Behrens/Wachter, GrEStG, 1. Aufl., § 18 Rdnr. 133, 135, 136). Der Notar muss deshalb die Urkundsbeteiligten dazu befragen, ob der Gesellschaft ein Grundstück gehört und deren Erklärung in der Urkunde festhalten (Behrens/Wachter, GrEStG, § 18 Rdnr. 138 f.). Ob ein Grundstück zum Vermögen der Gesellschaft gehört, richtet sich ausschließlich nach spezifisch grunderwerbsteuerrechtlichen Maßstäben. Auf rein bürgerlichrechtliche oder rein wirtschaftliche Gesichtspunkte kommt es nicht an. Ein Grundstück gehört nach den anzulegenden Maßstäben zum Vermögen der Gesellschaft, wenn es ihr im Zeitpunkt der Steuerentstehung, d. h. in dem Zeitpunkt, in dem die Anteilsvereinigung eintritt, aufgrund eines unter § 1 Abs. 1,

Abs. 2, Abs. 3 oder Abs. 3a GrEStG fallenden Erwerbsvorgangs oder aufgrund eines Zustands, der dem Ergebnis der in § 1 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 oder Abs. 3a GrEStG beschriebenen Tatbestände entspricht, grunderwerbsteuerrechtlich zuzurechnen ist. Dies ist u. a. der Fall, wenn die Gesellschaft aufgrund eines Verpflichtungsgeschäfts im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG einen unbedingt wirksamen Anspruch auf Übereignung des Grundstücks erworben hat (Behrens/Wachter, GrEStG, § 1 Rdnr. 509). Da die P UG aufgrund des von dem Beklagten zu 1 am 11.01.2016 beurkundeten Grundstückskaufvertrags einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums hatte, hätte der Beklagte zu 2 mit Blick auf seine steuerliche Beistandspflicht die Erklärung unter Ziffer I. 4 nicht – wie geschehen – formulieren und beurkunden dürfen, denn das Grundstück war der UG nach Abschluss des notariellen Kaufvertrags vom 11.01.2016 gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG steuerrechtlich zuzuordnen. Es kommt nicht darauf an, ob der Beklagte zu 2 möglicherweise durch seinen Bürovorsteher fehlerhaft über das geltende Recht unterrichtet wurde. Die ihn treffenden Rechtspflichten musste der Beklagte zu 2 als Notarvertreter kennen oder selbständig prüfen. Wenn er mangels steuerrechtlicher Kenntnisse nicht in der Lage war, die Erklärung des Zeugen A rechtlich zu bewerten, war er gehalten, die Erklärung zum (Nicht-)Vorhandensein des Grundbesitzes wörtlich zu beurkunden und sich anschließend fachlich beraten zu lassen, ob der Sachverhalt dem Finanzamt anzuzeigen ist. Der Kläger kann jedoch aus der Beurkundung der unrichtigen Erklärung im Zusammenhang mit der steuerlichen Beistandspflicht des Notars keine Ansprüche gegen die Beklagten herleiten. Denn die seitens des Beklagten zu 2 verletzte Amtspflicht hat in Bezug auf den Kläger keinen drittschützenden Charakter. Natur und Zweck der hier in Rede stehenden Pflichten des Notars aus § 18 GrEStG dienen nicht dem Schutz der Interessen des Urkundsbeteiligten. Für die Pflicht des Notars, der Finanzverwaltung grunderwerbsteuerlich relevante Vorgänge anzuzeigen, hat der BGH dies ausdrücklich entschieden (Urteil vom 21.11.1978, VI ZR 227/77, juris Rdnr. 16-20, zu dem seinerzeit geltenden § 2 GrEStDV). Soweit der Notar die Anzeigepflicht gegenüber der Finanzbehörde aus § 18 GrEStG verletzt, steht allenfalls in Streit, ob die Regelung aus § 18 GrEStG gegenüber dem Fiskus drittschützend wirkt (vgl. Haug/Zimmermann, Die Amtshaftung des Notars, 4. Aufl., Rdnr. 57, verneinend: *Ganter/Hertel/Wöstmann*, Handbuch Notarhaftung, 3. Aufl., Rdnr. 1528; Eylmann/Vaasen/Frenz, BNotO/BeurkG, § 19 BNotO Rdnr. 18; OLG München, Urteil vom 10.04.1997, 1 U 5533/96, juris; offen gelassen BGH, Urteil vom 04.06.1982, V ZR 172/81, juris Rdnr. 8). In gleicher Weise wie die Anzeigepflicht hat die damit einhergehende Amtspflicht des Notars, die mitzuteilende Erklärung objektiv richtig abzufassen und zu beurkunden, keine drittschützende Wirkung zugunsten der Urkundsbeteiligten. Die Pflicht, den Sachverhalt gegenüber dem Finanzamt sachlich richtig zu erklären, geht nicht weiter, als die Pflicht, den Sachverhalt anzuzeigen. Einen drittschützenden Charakter der den Notar als Folge der Anzeigepflicht treffenden Pflicht, den Sachverhalt richtig zu erklären und zu beurkunden, kann der Kläger nicht daraus herleiten, dass im vorliegenden Fall die Einleitung des Strafverfahrens möglicherweise unterblieben wäre, wenn

der Beklagte zu 2 eine rechtlich zutreffende Erklärung beurkundet hätte. Dies wäre lediglich ein Reflex der dem Notar gegenüber der Finanzverwaltung obliegenden Amtspflicht gewesen, der den Schutzbereich der Amtspflicht nicht erweitert. Die vorliegende Fallkonstellation unterscheidet sich insoweit von der seitens des Klägers zur Begründung des Drittschutzes herangezogenen Verpflichtung des Notars, durch die Beurkundung einen falschen Anschein zu vermeiden. Der Beklagte zu 2 hat mit der unter Ziffer I. 4 beurkundeten Erklärung gerade keine Bescheinigung ausgestellt, die der Vorlage an einen beliebigen Personenkreis dient (vgl. Haug/Zimmermann, Die Amtshaftung des Notars, Rdnr. 52). Der Notar erfüllt mit der Erklärung und Anzeige nach § 18 GrEStG vielmehr ausschließlich eigene Pflichten gegenüber der Finanzverwaltung. Ihm entstehen durch die Erklärungs- und Anzeigepflicht aus § 18 GrEStG gegenüber dem Urkundsbeteiligten keine Pflichten, insbesondere keine weiteren steuerlichen Beratungs- und Betreuungspflichten (vgl. Behrens/Wachter, GrEStG, § 18 Rdnr. 62). Der potenziell steuerpflichtige Urkundsbeteiligte wird daher durch die Erklärungs- und Anzeigepflicht des Notars nach § 18 GrEStG nicht von einer eigenverantwortlichen Prüfung der steuerlichen Relevanz des Erwerbsvorgangs befreit. Dies entspricht auch der gesetzlichen Konzeption des GrEStG. Den Steuerschuldner trifft gemäß § 19 GrEStG in den dort normierten Fällen eine eigene, nicht vom Notar zu erledigende Verpflichtung, die steuerlich relevanten Vorgänge der Finanzbehörde mitzuteilen. Dies ergibt sich schon daraus, dass der Katalog der anzeigepflichtigen Rechtsgeschäfte nach § 18 und § 19 GrEStG nicht deckungsgleich ist und der Notar nicht verpflichtet ist, alle in Person des Steuerpflichtigen relevanten Erwerbsvorgänge anzuzeigen (vgl. § 19 Abs. 1 Satz 2 GrEStG). Die Anzeigepflicht des Urkundsbeteiligten nach § 19 GrEStG besteht deshalb unabhängig von und neben der Pflicht des Notars aus § 18 GrEStG (vgl. Behrens/Wachter, GrEStG, § 19 Rdnr. 22). Aus diesem Grund kann der Urkundsbeteiligte nicht darauf vertrauen, dass er seiner Pflicht aus § 19 GrEStG schon dann nachgekommen ist, wenn der Notar seine Amtspflichten gegenüber der Finanzverwaltung erfüllt hat.

b) Der Senat kann nicht feststellen, dass der Beklagte zu 2 während des Beurkundungstermins weitere Amtspflichten verletzt hat, die dem Schutz des Klägers dienen.

aa) Zwar ist der Notar gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG verpflichtet, eine rechtswirksame, dem Parteiwillen entsprechende Urkunde zu errichten. Dem Beklagten zu 2 war im Zeitpunkt der Beurkundung auch positiv bekannt, dass die Vertragsparteien die Übertragung der Gesellschaftsanteile ohne den erneuten Anfall der Grunderwerbsteuer erreichen wollten, sonst hätte er sich nicht um ein Gespräch mit dem Steuerberater bemüht. Dennoch war der Beklagte zu 2 nicht verpflichtet, eine diesem Willen entsprechende Vertragsurkunde zu entwickeln. Nach den zutreffenden Ausführungen des LG ergibt sich nämlich weder aus § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG noch aus der allgemeinen Betreuungspflicht gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO eine allgemeine Amtspflicht des Notars über etwaige (grunderwerbs-)steuerliche Folgen des Geschäfts zu belehren. Dem Notar kommen nicht die Aufgaben eines Steuer- oder Wirtschaftsberaters

zu (vgl. Senat, Urteil vom 27.07.2012, 11 U 74/11, juris Rdnr. 26; BGH, Urteil vom 21.11.1979, VI ZR 227/77, juris Rdnr. 23 und 25). Deshalb durfte der Beklagte zu 2 einen rechtlich geeigneten Vertrag zur Übertragung der Gesellschaftsanteile entwerfen, ohne auf die steuerlichen Interessen der Beteiligten Rücksicht zu nehmen. Er war lediglich verpflichtet, die Vertragsparteien wegen der Prüfung der steuerlichen Konsequenzen des Vertrags an einen Steuerberater verweisen. Dies hat der Beklagte nach den für den Senat zu gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO bindenden und nicht angegriffenen Feststellungen des LG in dem angefochtenen Urteil auch getan. Im Übrigen ist der beurkundete Vertrag vom 29.03.2016 dem Kläger vor dem Beurkundungstermin als Entwurf übersandt worden. Die Empfehlung, mangels steuerrechtlicher Kenntnisse des Notars, einen Rat eines Steuerberaters einzuholen, ergibt sich ausdrücklich aus Ziffer IV. 6 des Vertrags.

bb) Der Beklagte zu 2 haftet dem Kläger auch nicht aufgrund einer tatsächlich erfolgten falschen steuerlichen Beratung im Beurkundungstermin. Obgleich der Notar zur steuerlichen Beratung nicht verpflichtet ist, steht es ihm frei, eine solche vorzunehmen. In einem solchen Fall liegt die steuerliche Beratung innerhalb seiner Amtstätigkeit mit der Folge, dass er für die Richtigkeit der erteilten Auskunft haftet (vgl. BGH, Urteil vom 05.11.1982, V ZR 217/81, juris Rdnr. 15). Der Notar haftet in diesem Fall auch dann, wenn die Belehrung unvollständig war und der Betroffene deshalb in die Gefahr eines folgenschweren Irrtums geraten ist (BGH, Urteil vom 24.09.1996, IX ZR 322/95, juris Rdnr. 3; Senat, Urteil vom 27.07.2012, 11 U 74/11, juris Rdnr. 26). Es kann indes nicht festgestellt werden, dass der Beklagte zu 2 den Kläger steuerlich beraten hat. Dafür ergeben sich weder aus dem Ergebnis der persönlichen Anhörung des Klägers vor dem Senat noch aus den auf der Grundlage der Aussage des Zeugen A getroffenen Feststellungen des LG greifbare Anhaltspunkte. Der Beklagte zu 2 hat nach der Aussage des Zeugen A vor dem LG vielmehr im Zusammenhang mit der Frage, ob die Erklärung unter Ziffer I. 4 des Vertrags so beurkundet werden kann, wie im Entwurf vorgesehen, ausdrücklich darauf hingewiesen, dass dieser Punkt möglicherweise steuerliche Konsequenzen habe, die er nicht überblicke und über die er deshalb nicht beraten könne.

7 Es ergibt sich auch nicht, dass eine steuerliche Beratung durch oder im Zusammenhang des Gesprächs zwischen dem Beklagten zu 2 und dem Bürovorsteher C erfolgt ist. Es lässt sich nicht feststellen, dass das Gespräch mit dem Bürovorsteher einen anderen Zweck hatte, als dass sich der Beklagte zu 2 Klarheit verschaffen wollte, welche Pflichten ihn selbst im Zusammenhang mit der steuerlichen Beistandspflicht aus § 18 GrEStG treffen. Eine Auskunft des Beklagten zu 2 nach dem Gespräch, dass sich aus dem Geschäft keine grunderwerbsteuerrechtlichen Folgen für die Urkundsbeteiligten ergeben, ist gerade nicht erfolgt. Die vermeintliche Klärung der grunderwerbsteuerlichen Fragen hat der Kläger – ebenso wie die Zeugen A und B – lediglich infolge des Gesprächs unterstellt.

cc) Für die unzutreffende Annahme des Klägers, die steuerlich relevanten Fragen seien durch das Gespräch mit dem Bürovorsteher geklärt, haften die Beklagten auch nicht unter dem Aspekt der erweiterten Betreuungspflicht. Die erweiterte Betreuungspflicht trifft den Notar dann, wenn er aufgrund besonderer Umstände Anlass zu der Besorgnis haben muss, einem Beteiligten drohe ein Schaden, weil dieser wegen mangelnder Kenntnis der Rechtslage oder von Sachumständen, welche die Bedeutung des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts für seine Vermögensinteressen beeinflussen, sich einer Gefährdung seiner Interessen nicht bewusst ist (vgl. BGH, Urteil vom 05.11.1982, V ZR 217/81, juris Rdnr. 15; Urteil vom 07.02.1991, IV ZR 24/90, juris Rdnr. 26; Eylmann/Vaasen/Frenz, BNotO/BeurkG, § 14 BNotO Rdnr. 36; Haug/Zimmermann, Amtshaftung des Notars, Rdnr. 554). Nicht erforderlich ist, dass der Notar die drohende Gefährdung kennt, ausreichend ist, dass er nach den Umständen Anlass zu einer entsprechenden Vermutung haben muss (BGH, Urteil vom 07.02.1991, IV ZR 24/90, juris Rdnr. 26; Haug/Zimmermann, Amtshaftung des Notars, Rdnr. 556). Der Senat kann nicht feststellen, dass der Beklagte zu 2 aufgrund besonderer Umstände, insbesondere aufgrund seines eigenen Verhaltens, einen Anhalt dafür haben musste, der Kläger könne annehmen, die sich aus dem zu beurkundenden Geschäft ergebenden steuerlichen Fragen seien geklärt. Im Vorfeld der Beurkundung hat der Beklagte zu 2 keinen Zweifel daran gelassen, dass er über die steuerlichen Konsequenzen des zu beurkundenden Geschäfts nicht beraten kann. Dies ergibt sich eindeutig aus dem notariellen Vertrag selbst, der dem Kläger als Entwurf zugeleitet worden ist, sowie aus dem nach Angaben des Zeugen A ausdrücklich erteilten Hinweis des Beklagten zu 2 im Beurkundungstermin. Der Senat kann auch nicht feststellen, dass der Beklagte zu 2 aus dem Verlauf des Beurkundungstermins auf eine derartige Vorstellung des Klägers hätte schließen müssen. Der genaue Verlauf des Beurkundungstermins ist trotz Anhörung der Parteien und Einvernahme der Zeugen vor dem LG offengeblieben. Dies geht zulasten des Klägers, dem der Nachweis der Verletzung der erweiterten Betreuungspflicht durch den Beklagten zu 2 obliegt. Es kann offen bleiben, ob sich dem Beklagten zu 2 hätte aufdrängen müssen, dass der Kläger die Frage, ob das beabsichtigte Geschäft die Grunderwerbsteuer ein weiteres Mal auslöst, für geklärt hielt, wenn diese Frage bei Verlesen der Ziffer I. 4 des Vertrags aufgekommen wäre, der Beklagte zu 2 sodann wegen dieser Frage versucht hätte, einen Steuerberater zu erreichen, nach dem erfolglosen Versuch das Gespräch mit dem Bürovorsteher geführt und dann erklärt hätte, der Vertrag könne unverändert beurkundet werden. Denn ein solcher Geschehensablauf ergibt sich weder aus dem angefochtenen Urteil noch ist er aus anderen Gründen der Entscheidung des Senats zugrunde zu legen. Der Schilderung des Klägers zu den Details des Ablaufs des Beurkundungstermins fehlt es schon deshalb an Überzeugungskraft, weil der Kläger im Prozess teilweise widersprüchlich, teilweise nachweislich falsch vorgetragen hat. Sein Behaupten, der Beklagte zu 2 habe im Beurkundungstermin steuerrechtlich beraten, ohne die Hinzuziehung eines Steuerberaters zu empfehlen, hat sich in Ansehung der Aussage des Zeugen A als falsch erwiesen. Dem

Senat ist auch nicht entgangen, dass der Vortrag des Klägers im Senatstermin, nach dem ihm im Zeitpunkt der Beurkundung nicht bekannt gewesen sein will, dass die Übernahme aller Gesellschaftsanteile einer grundbesitzenden Gesellschaft die Grunderwerbsteuerpflicht auslöst, im Widerspruch zu dem anderslautenden Vortrag in der Klageschrift steht (...). Vor allem aber ist der Beklagte zu 2 dem Behaupten des Klägers zum Ablauf des Beurkundungstermins sowohl vor dem LG als auch vor dem Senat mit Substanz entgegengetreten. Der Beklagte zu 2 hat ausgeführt, deutlich kommuniziert zu haben, dass es bei dem Gespräch mit dem Bürovorsteher wegen der notariellen Beistandspflichten gegenüber der Finanzverwaltung und der Frage nach dem Anfall der Grunderwerbsteuer um zwei unterschiedliche Komplexe gegangen sei. Der zeitliche Ablauf sei entgegen dem Behaupten des Klägers so gewesen, dass er erst mit dem Bürovorsteher die standesrechtlichen Fragen und sodann im Sinne einer Serviceleistung den Versuch unternommen habe, wegen der ersichtlich ungeklärt gebliebenen steuerlichen Frage einen Steuerberater zu erreichen. Dieser vom Beklagten zu 2 geschilderte Ablauf des Beurkundungstermins entspricht auch dem Inhalt der Vertragsurkunde, die unter Ziffer IV. 6 nochmals ausdrücklich den Hinweis enthält, dass der Notar zu einer steuerlichen Beurteilung der Vereinbarung nicht in der Lage ist und die von den Urkundsbeteiligten ohne Hinweis darauf unterschrieben worden ist, dass der Beklagte zu 2 entgegen dieser Bestimmung eine steuerrechtliche Beratung erbracht hat. Der vom Kläger anders dargestellte zeitliche Ablauf, der ein Fehlverständnis der Handlungsabsichten des Beklagten zu 2 möglicherweise hätte begründen können, konnte durch die vor dem LG durchgeführte Beweisaufnahme nicht verifiziert werden. Der vor dem LG vernommene Zeuge A konnte den Ablauf des Beurkundungstermins in diesem Punkt nicht mehr rekonstruieren, wobei das LG dessen Erinnerungslücken für authentisch hielt, während es der an dieser Stelle anderslautenden Aussage des Zeugen B nicht zu folgen vermochte. An das Beweisergebnis ist der Senat gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden. Das Urteil ist in diesem Punkt von der Berufung nicht angegriffen worden, es ergeben sich auch sonst keine Anhaltspunkte, die Zweifel an dem landgerichtlichen Beweisergebnis rechtfertigen. Der Senat kann auch nicht feststellen, dass für den Beklagten zu 2 Veranlassung bestand zu hinterfragen, weshalb die Urkundsbeteiligten trotz der aus seiner Sicht ungeklärten steuerrechtlichen Problematik den Beurkundungstermin fortsetzen wollten. Denn der Wunsch nach einer unverzüglichen Beurkundung des Übertragungsvertrags lässt sich nicht allein mit der Vorstellung der Urkundsbeteiligten erklären, die aufgekommene steuerrechtliche Frage sei abschließend geklärt. Das gesamte Geschehen legt mit einer ebenso großen Wahrscheinlichkeit nahe, dass alle Beteiligten mit der Beurkundung des Vertrags in Ansehung und in Kenntnis bestehender steuerlicher Risiken einverstanden waren, weil sie – einvernehmlich oder jeder für sich – die Möglichkeit gesehen haben, auf der Grundlage der unter Ziffer I. 4 beurkundeten Erklärung des Vertrags das konkret beabsichtigte Geschäft ohne Unterrichtung der Finanzverwaltung durchzuführen. Eine solche Motivation erklärt beispielsweise zwanglos, weshalb der Beklagte zu 2 in Kennt-

nis des Kaufvertrags vom 11.01.2016 den Übertragungsvertrag vom 29.03.2016 entworfen hat, ohne sich mit dem Umfang seiner Pflichten gegenüber der Finanzverwaltung auseinanderzusetzen. Ein solcher Sachverhalt erklärt auch, weshalb der Kläger den Entwurf des Übertragungsvertrags entgegen der darin enthaltenen ausdrücklichen Empfehlung nicht einem Steuerberater zur Prüfung vorgelegt und sich auch nach Abschluss des Vertrags in keiner Weise um die Erfüllung eigener steuerlicher Anzeigepflichten nach § 19 GrEStG gekümmert hat.

8 2. Dem Kläger stehen gegen die Beklagten auch keine Ansprüche aus § 19 Abs. 1 Satz 1, § 39 Abs. 4, § 46 BNotO wegen der unterbliebenen Weiterleitung des Übertragungsvertrags vom 29.03.2016 nach dessen Beurkundung an das zuständige FA zu. Soweit die Beklagten eigene Anzeigepflichten gegenüber der Finanzverwaltung aus § 18 GrEStG verletzt haben, kann der Kläger hieraus schon deshalb keine Ansprüche herleiten, weil die sich aus § 18 GrEStG ergebende Amtspflicht der Beklagten zu seinen Gunsten nicht drittschützend ist. Den Kläger trifft vielmehr nach § 19 GrEStG eine eigene Verpflichtung, steuerlich relevante Sachverhalte gegenüber der Finanzbehörde anzuzeigen, die er nicht stillschweigend auf die Beklagten abwälzen kann, da der Inhalt der Anzeigepflichten aus § 18 und § 19 GrEStG nicht deckungsgleich ist. Wegen der Einzelheiten wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen unter Ziffer II. 1. a) des Urteils verwiesen. Eine Haftung der Beklagten ergibt sich auch nicht wegen der Verletzung besonderer Vollzugspflichten aus § 53 BeurkG oder § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO. § 53 BeurkG regelt die hier nicht in Rede stehende Verpflichtung des Notars, Urkunden an das Registergericht oder an das Grundbuchamt weiterzuleiten. Nach § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO haftet der Notar wegen der Verletzung selbstständiger Vollzugstätigkeiten dann, wenn er solche Tätigkeiten übernommen hat. Dass die Beklagten gegenüber dem Kläger die Verpflichtung übernommen haben, den Vertrag zur Erfüllung der steuerlichen Obliegenheiten des Klägers an die Finanzverwaltung weiterzuleiten, ist weder vorgetragen noch sonst aus der Akte ersichtlich. (...) Die Revision ist nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Entgegen dem Vorbringen des Klägers in dem Schriftsatz vom 27.08.2021 hat der Senatsvorsitzende dem Kläger nicht die Zulassung der Revision in Aussicht gestellt. Der Senat hat schon im Termin vom 20.08.2021 die Auffassung vertreten, dass die Sache keine grundsätzliche Bedeutung hat und eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht erforderlich ist. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung, die der Senat, insbesondere zur Frage des Schutzbereichs der notariellen Amtspflicht aus § 18 GrEStG, getroffen hat, ohne von der Rechtsprechung des BGH abzuweichen. Erörtert worden ist im Senatstermin lediglich die Frage, ob zur Vermeidung des Risikos einer Nichtzulassungsbeschwerde eine einvernehmliche Regelung des Rechtsstreits in Betracht kommt.

ÖFFENTLICHES RECHT

22. Eingeschränkte Prüfungskompetenz der Gemeinde bei Ausstellung eines Negativzeugnisses nach § 28 BauGB

VGH Mannheim, Urteil vom 06.07.2022, 5 S 2129/20

BauGB § 28 Abs. 1 Satz 3

BGB §§ 134, 138

AgrStrVerbG BW § 1 Abs. 1 Nr. 1, §§ 3, 7

Lw/KultG BW §§ 26, 27

LEITSATZ:

Steht einer Gemeinde kein Vorkaufsrecht zu, kann sie die Ausstellung eines Negativzeugnisses im Sinne von § 28 Abs. 1 Satz 3 BauGB nicht mit der Begründung verweigern, der Kaufvertrag sei wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) oder wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) nichtig. Denn die Gemeinde hat in diesem Fall kein über die Frage des Bestehens eines Vorkaufsrechts nach den §§ 24, 25 BauGB hinausgehendes Recht, die Vereinbarkeit der vertraglichen Regelungen mit anderen öffentlichrechtlichen oder zivilrechtlichen Vorgaben zu prüfen.

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

16 2. Die Klage ist auch begründet.

17 Die Verweigerung der Ausstellung eines Negativattests ist rechtswidrig, die Kläger sind hierdurch in ihren Rechten verletzt und die Sache ist spruchreif (§ 113 Abs. 5 VwGO), denn die Kläger haben einen Anspruch auf Erteilung des Negativattests.

18 Gemäß § 28 Abs. 1 Satz 3 und 1 BauGB hat die Gemeinde auf Antrag eines Beteiligten unverzüglich nach Mitteilung des Inhalts des Kaufvertrags ein Zeugnis darüber auszustellen, dass ein Vorkaufsrecht nicht besteht oder es nicht ausgeübt wird. Liegen die Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 Satz 3 BauGB vor, hat der den Antrag auf Erteilung des Negativzeugnisses stellende Beteiligte einen materiellen Anspruch auf dessen Ausstellung. Der Gemeinde steht kein Ermessen zu (vgl. Brügelmann/*Kronisch*, BauGB, Stand: Januar 2022, § 28 Rdnr. 61).

19 Die sich hieraus ergebenden Voraussetzungen für das Bestehen eines Anspruchs auf Erteilung des Negativattests sind gegeben. Die Kläger haben den erforderlichen Antrag gestellt (dazu a)), die Erteilung des Negativzeugnisses ist nicht unverzüglich erfolgt (dazu b)), ein Vorkaufsrecht der Beklagten besteht nicht (dazu c)) und auf eine etwaige Unwirksamkeit des Kaufvertrags wegen Rechts- oder Sittenwidrigkeit kann sich die Beklagte nicht berufen (dazu d)).

20 a) Der Beklagten wurde mit Schreiben vom 23.08.2017, eingegangen bei der Beklagten am 28.08.2017, durch den beurkundenden und zur Einholung des Negativzeugnisses nach § 8 Nr. 7 des Kaufvertrags bevollmächtigten Notar der

streitgegenständliche Kaufvertrag vorgelegt und die Ausstellung eines Negativzeugnisses seitens der Beklagten hierauf verweigert. Darüber hinaus erinnerte der Notar mit Schreiben vom 02.10.2017, eingegangen bei der Beklagten am 05.10.2017, an seinen Antrag und beantragten die nunmehr anwaltlich vertretenen Kläger mit Schreiben vom 10.11.2017 und 06.12.2017 ausdrücklich die Erteilung des Negativzeugnisses.

21 b) Eine unverzügliche Erteilung durch die Beklagte ist nicht erfolgt; die zum damaligen Zeitpunkt noch maßgebliche zweimonatige Frist für die Ausübung des Vorkaufsrechts (§ 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB in der bis zum 22.06.2021 gültigen Fassung) ist abgelaufen.

22 c) Ein Vorkaufsrecht bestand im Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags nicht. Dem Vorkaufsrecht unterliegen nur Kaufverträge, die nach dem Wirksamwerden der städtebaulichen Maßnahmen, bei Satzungen mithin mit der Bekanntmachung, geschlossen geworden sind. Fällt der Zeitpunkt der Entstehung des Vorkaufsrechts zwischen den notariellen Vertragsschluss und eine zum Wirksamwerden des Kaufvertrags benötigte Zustimmung oder Genehmigung, erstreckt sich das Vorkaufsrecht im Interesse des Schutzes des Grundstücksverkehrs nicht auf diesen Vertrag (vgl. Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/*Stock*, BauGB, Stand: August 2021, § 24 Rdnr. 14 und 57; Brügelmann/*Kronisch*, BauGB, § 24 Rdnr. 52).

23 Die Voraussetzungen von § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 7 BauGB lagen im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses nicht vor, da der Beschluss zur Aufstellung eines Bebauungsplans für das streitgegenständliche Grundstück von der Beklagten erst im Dezember 2019 gefasst und im Januar 2020 bekannt gemacht wurde (Satz 1 Nr. 1, Satz 2). Das streitgegenständliche Grundstück befand sich im maßgeblichen Zeitpunkt auch nicht in einem Umlegungsgebiet (Nr. 2), einem Sanierungsgebiet (Nr. 3), im Geltungsbereich einer Erhaltungssatzung (Nr. 4) oder in einem Überschwemmungsgebiet (Nr. 7); im Flächennutzungsplan war das im Außenbereich befindliche Grundstück als gemischte Baufläche dargestellt (Nr. 5) und lag nicht in einem vorwiegend mit Wohngebäuden zu bebauenden Bereich (Nr. 6). Auch die Voraussetzungen von § 25 BauGB lagen mangels im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses bereits in Kraft getretener Vorkaufssatzung nicht vor; die entsprechende Bekanntmachung erfolgte erst am 10.10.2017.

24 d) Die Beklagte kann das Unterlassen einer Entscheidung über die Erteilung des Negativzeugnisses auch nicht auf eine etwaige Nichtigkeit des Vertrags stützen. Es besteht bereits keine entsprechende Prüfungskompetenz der Gemeinde (dazu aa)). Zudem erweist sich der Kaufvertrag nicht als nichtig (dazu bb)).

25 aa) Steht der Gemeinde kein Vorkaufsrecht zu, kann sie die Ausstellung eines Negativzeugnisses im Sinne von § 28 Abs. 1 Satz 3 BauGB nicht mit der Begründung verweigern, der Kaufvertrag sei wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) oder wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) nichtig. Denn die Gemeinde hat in diesem Fall kein über die Frage des Bestehens eines Vor-

kaufsrechts nach den §§ 24, 25 BauGB hinausgehendes Recht, die Vereinbarkeit der vertraglichen Regelungen mit anderen öffentlichrechtlichen oder zivilrechtlichen Vorgaben zu prüfen. Ob dies in Fällen, in denen der Gemeinde tatsächlich ein Vorkaufsrecht zusteht und von ihr zu entscheiden ist, ob sie dieses ausübt, abweichend zu betrachten ist, bedarf hier keiner Entscheidung.

26 Für eine weitergehende Prüfungskompetenz auch in Fällen des Nichtbestehens eines Vorkaufsrechts könnte zwar sprechen, dass ein gemeindliches Vorkaufsrecht nach allgemeiner Ansicht grundsätzlich nur entstehen kann, wenn der Kaufvertrag über ein Grundstück wirksam geworden und nicht nichtig ist; dies setzt auch voraus, dass die notwendigen öffentlichrechtlichen Genehmigungen erteilt sein müssen, bevor das Vorkaufsrecht ausgeübt werden kann (vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 01.03.1996, 3 S 13/94, juris Rdnr. 21; Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock, § 24 Rdnr. 61 ff.; Brügelmann/Kronisch, BauGB, § 24 Rdnr. 32, 37 f. und § 28 Rdnr. 40, jew. m. w. N.; zu § 463 BGB BeckOGK-BGB/Daum, Stand: 01.04.2002, § 463 Rdnr. 60). Die Ausübung eines Vorkaufsrechts in Bezug auf einen nichtigen Vertrag ginge dementsprechend ins Leere. Insoweit ist die Annahme nicht von vornherein fern liegend, dass die Gemeinde auch zur Abgabe eines Negativzeugnisses über das Nichtbestehen eines Vorkaufsrechts nur verpflichtet ist, wenn ihr ein wirksamer Kaufvertrag vorgelegt wird, da nur in einem solchen Fall überhaupt über vorkaufsrechtliche Aspekte verbindlich zu entscheiden ist und nur in diesem Fall die Frist des § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB läuft.

27 Gegen über das eigentliche Vorkaufsrecht hinausreichende weitere Prüfungskompetenzen spricht indes, dass § 28 Abs. 1 Satz 3 BauGB schon nach seinem Wortlaut die Prüfung auf das Nichtbestehen eines Vorkaufsrechts begrenzt. Ohnehin steht der Gemeinde bei einem nichtigen Vertrag erst recht kein Vorkaufsrecht zu. Der Gemeinde ist zudem gerade nicht – vergleichbar einer mit einer Konzentrationswirkung verbundenen Entscheidung wie der Erteilung einer Baugenehmigung – die Aufgabe zugewiesen, im Sinne einer allgemeinen Unbedenklichkeitsbescheinigung die Vereinbarkeit der vertraglichen Regelungen mit sonstigen bürgerlichrechtlichen oder öffentlichrechtlichen Normen und eine etwaige Unwirksamkeit wegen möglicher Rechtsverstöße zu prüfen. Die Erfüllung einer solchen Aufgabe dürfte den Gemeinden im Rahmen der Frist des § 28 Abs. 1 Satz 3 BauGB („unverzüglich“) mangels vielfach nicht gegebener Sach- und Rechtskenntnisse auch ohne Weiteres nicht möglich sein; die Beteiligung anderer Stellen ist – anders als beispielsweise im Baugenehmigungsverfahren (vgl. § 53 Abs. 4 LBO) – nicht vorgesehen. Zudem würde ein Gesamtprüfungsrecht zwangsläufig zu Übergriffen in die Kompetenzen anderer Behörden führen, was sich auch im vorliegenden Fall zeigt. Soweit die Beklagte vorliegend die Verweigerung der Ausstellung des Negativzeugnisses bzw. eine rechtsmittelfähige Entscheidung hierüber zuletzt mit der Unvereinbarkeit der Vertragsinhalte mit Vorgaben des Landwirtschafts- und Landeskulturgesetzes und des Agrarstrukturverbesserungsgesetzes begründet, überschreitet sie den ihr gesetzlich zugewiesenen Aufga-

benbereich, denn zuständig für die Verbesserung der Agrarstrukturen sind die Landwirtschaftsbehörden und damit in den Landkreisen die Landratsämter als untere Landwirtschaftsbehörde (§ 26 Abs. 1 ASVG; § 29 Abs. 4 und 7 LLG). Damit würde im Verwaltungsverfahren und in der Folge auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ohne Beteiligung der Stellen, denen die landwirtschaftlichen Kontrollaufgaben zustehen und die über die entsprechende Expertise verfügen, über entsprechende Fragen entschieden. Für ein Kontrollrecht der Gemeinde besteht auch insofern kein Bedürfnis, als es der Gemeinde möglich wäre, bei von ihr erkannten Verstößen insbesondere gegen öffentlichrechtliche Anforderungen die zuständigen Stellen in Kenntnis zu setzen und ein entsprechendes Vorgehen anzuregen. Damit wäre sie auch nicht gezwungen, einem rechtswidrigen Vorgehen „sehenden Auges“ zum Vollzug zu verhelfen. An diesem Befund vermag auch die Berufung der Beklagten auf den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nichts zu ändern. Wenn einer Gemeinde kein Vorkaufsrecht zusteht, stellt die auf Erlangung eines Negativzeugnisses gerichtete Mitteilung eines Kaufvertrages, auch wenn dieser nichtig ist, mangels Rechtsmissbrauchs keine unzulässige Rechtsausübung dar. Denn der Regelungsgehalt des begehrten Negativzeugnisses ist mangels weitergehenden Prüfungsrechts der Gemeinde auch in diesem Fall allein das Nichtbestehen eines Vorkaufsrechts, nicht aber die Feststellung der Gesamtwirksamkeit des Vertrags. Die Mitteilung des Kaufvertrags ist damit nicht darauf gerichtet, dem Käufer auf unredliche Weise eine ihm nicht zustehende Rechtsposition zu verschaffen. Auch ist die Mitteilung eines nichtigen Vertrages bei Nichtbestehen eines Vorkaufsrechts nicht mit Nachteilen für die Gemeinde verbunden.

28 bb) Darüber hinaus ist vorliegend der streitgegenständliche Kaufvertrag weder wegen eines gesetzlichen Verbotes (§ 134 BGB) noch wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) nichtig.

29 (1) Eine Nichtigkeit des Vertrags nach § 134 BGB liegt nicht vor.

30 § 134 BGB ordnet die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften an, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, wobei die Nichtigkeit dann nicht eintritt, wenn sich aus dem Verbotsgesetz etwas anderes ergibt. Die Bejahung der Nichtigkeitsfolge setzt voraus, dass ein Gesetzesverstoß vorliegt und die verletzte Rechtsnorm als gesetzliches Verbot zu qualifizieren ist. Ein Verbotsgesetz muss die Vornahme eines nach seiner allgemeinen Natur grundsätzlich rechtlich möglichen Rechtsgeschäfts wegen seines Inhalts bzw. des mit ihm bezweckten Erfolgs oder auf Grund besonderer Umstände seiner Vornahme unterzogen. Nicht erforderlich ist, dass das Verbot in der jeweiligen Rechtsnorm ausdrücklich ausgesprochen wird; es genügt vielmehr, wenn das Verbot aus Sinn und Zweck des Gesetzes folgt (vgl. BGH, Urteil vom 12.05.2011, III ZR 107/10, juris Rdnr. 12; MünchKommBGB/Armbrüster, 9. Aufl. 2021, § 134 Rdnr. 58; BeckOK-BGB/Wendtland, Stand: 01.05.2022, § 134 Rdnr. 9, jew. m. w. N.).

31 Ein hier allein in Betracht kommender Verstoß gegen landwirtschaftsrechtliche Vorgaben führt jedenfalls nicht zu einer Nichtigkeit des Kaufvertrags. (...)

34 (2) Der Vertrag ist auch nicht wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig.

35 Sittenwidrigkeit bedeutet nach ständiger Rechtsprechung einen Verstoß gegen das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“. Zur Konkretisierung dieser Formel ist auf die in der Gemeinschaft anerkannten sozialemischen Anschauungen bzw. auf Wertmaßstäbe abzustellen, die in der Rechtsgemeinschaft als maßgebende Ordnungsvorstellungen anerkannt sind. Auch das im Grundgesetz verkörperte Wertesystem wirkt über § 138 BGB in das Privatrecht hinein (vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 20.01.1998, 10 S 233/97, juris Rdnr. 25 ff. m. w. N.). Ein Sittenverstoß kann sich dabei bereits aus dem Inhalt oder erst aus dem Gesamtcharakter unter Berücksichtigung sowohl von Inhalt, Beweggrund und Zweck des konkreten Geschäfts ergeben (BeckOK-BGB/Wendtland, § 138 Rdnr. 18; Erman/Schmidt-Räntsch, BGB, 16. Aufl. 2020, § 138 Rdnr. 15). Im Unterschied zur Regelung des § 134 BGB, die nur Verstöße gegen gesetzliche Verbote erfasst, erstreckt sich die Regelung des § 138 BGB gerade auch auf Verstöße gegen die nicht kodifizierte Ordnung (vgl. BeckOK-BGB/Wendtland, § 138 Rdnr. 6). Verstößt ein Rechtsgeschäft sowohl gegen ein Verbotsgesetz als auch gegen die guten Sitten, so ist es grundsätzlich nach § 134 BGB zu behandeln. § 134 BGB ist allerdings nicht abschließend. Führt die Anwendung von § 134 BGB nicht zur Nichtigkeit, kann diese sich noch aus § 138 BGB ergeben. Dies setzt allerdings voraus, dass über die den Verbotverstoß begründenden Tatsachen weitere Umstände vorliegen, die das Sittenwidrigkeitsurteil begründen (vgl. MünchKommBGB/Armbrüster, § 134 Rdnr. 8).

36 Nach dieser Maßgabe liegt eine Nichtigkeit des Kaufvertrags wegen Sittenwidrigkeit nicht vor. Dies folgt entscheidend bereits daraus, dass die mit dem Kaufvertrag verbundene Grundstücksteilung nach Maßgabe des Agrarstrukturverbesserungsgesetzes keinem Erlaubnisvorbehalt unterliegt und aus den dargestellten Gründen nicht wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz nichtig ist. Diese gesetzliche Wertung würde unterlaufen, wenn unter dem Mantel der Sittenwidrigkeit ein nicht kodifiziertes Verbot faktisch auch für nicht unter den Anwendungsbereich des Agrarstrukturverbesserungsgesetzes fallende Grundstücke eingeführt würde. Damit bedürfte es jedenfalls besonderer objektiver oder subjektiver Umstände, um eine Sittenwidrigkeit annehmen zu können. Solche können – worauf die Beklagte unter Verweis auf die Rechtsprechung des erkennenden Gerichtshofs (vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 20.01.1998, 10 S 233/97, juris Rdnr. 25) hinweist, darin liegen, dass Grundstücksteile mit dem Ziel veräußert werden, die Allgemeinheit zu schädigen. Hierfür ist vorliegend jedoch nichts ersichtlich. Zwar erscheint die Aufteilung des Grundstücks ungewöhnlich; bei dauerhafter Aufrechterhaltung der Teilung wäre eine landwirtschaftliche Nutzung tatsächlich schwierig. Jedoch erfolgt die Teilung seitens der Kläger letztlich gerade mit dem gegenteiligen Ziel, eine ein-

heitliche Bewirtschaftung oder Verwertung durch ihre Kinder als Beschenkte oder Erben zu erzwingen. Die künftigen Eigentümer sollen nur gemeinsam über das Grundstück verfügen können, wobei – neben einer Neuaufteilung der Flächen – auch eine einheitliche Verpachtung oder ein einheitlicher Verkauf an einen Landwirt in Betracht käme. Eine ordnungsgemäße Bewirtschaftung wird damit nicht verhindert, sodass über das Fehlen besonderer subjektiver Umstände hinaus bereits in objektiver Hinsicht nicht feststeht, dass die beabsichtigte Teilung in agrarstruktureller Hinsicht mit dem Allgemeinwohl nicht vereinbar ist. Auch ist – anders als vom Verwaltungsgericht angenommen – nicht erkennbar, dass mit der Vertragsgestaltung ein etwaiges Vorkaufsrecht der Beklagten von den Klägern gezielt unterlaufen würde. Im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses lag – wie gezeigt – ein Vorkaufsrecht nicht vor. Zwar ist nicht auszuschließen, dass den Klägern im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bekannt war, dass wegen entsprechender Planungen der Gemeinde möglicherweise künftig ein Vorkaufsrecht entstehen könnte. Es ist jedoch nicht ersichtlich, wie die Ausübung eines solchen durch die Beklagte mit der Teilung hätte verhindert werden können, zumal für den Fall der Bebauungsplanung mit der – nach Auskunft der Beklagten bereits eingeleiteten – Umlegung (§§ 45 ff. BauGB) ein Instrument zur Verfügung stünde, um die geteilten Flächen durch Neuordnung einer adäquaten Nutzung zuzuführen. Zur Vermeidung der Ausübung eines Vorkaufsrechts wäre es ohnehin sinnvoller gewesen, die Gesamtfläche des Grundstücks noch vor Entstehung eines Vorkaufsrechts zu erwerben, anstatt zunächst lediglich Teilflächen auszuscheiden. (...)

STEUERRECHT

23. Grunderwerbsteuer bei Erwerb eines Grundstücks mit Weihnachtsbaumpflanzung

BFH, Urteil vom 23.02.2022, II R 45/19 (Vorinstanz: FG Münster, Urteil vom 14.11.2019, 8 K 168/19)

BGB § 94 Abs. 1 Satz 1 und 2, § 95 Abs. 1 Satz 1 FGO § 90 Abs. 2, § 121 Abs. 1, § 135 Abs. 2 GrEStG § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 2 Abs. 1 Satz 1, § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1

LEITSÄTZE:

- Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer sind diejenigen Leistungen, die für den Erwerb des Grundstücks im Sinne des bürgerlichen Rechts zu erbringen sind. Eine Gegenleistung für Scheinbestandteile gehört nicht zur Bemessungsgrundlage.**
- Gehölze sind Scheinbestandteile, wenn bereits zum Zeitpunkt von Aussaat oder Pflanzung vorgesehen war, sie wieder von dem Grundstück zu entfernen. Das gilt auch für sog. Weihnachtsbaumkulturen.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Kläger und Revisionsbeklagte (Kläger) erwarb im Jahr 2018 zwei Grundstücke von zwei Verkäufern zu einem Gesamtkaufpreis von 341.364,35 €. Nach den Vertragsbestimmungen setzte sich der für eines der Grundstücke vereinbarte Kaufpreis von 321.364,35 € aus einem Anteil von 225.000 € für den Grundbesitz und einem Anteil von 87.050 € zuzüglich Umsatzsteuer (10,7 %) für den Aufwuchs in Gestalt von angepflanzten Weihnachtsbaumkulturen (Nordmanntanne und Blaufichte) zusammen. Wurden die Bäume bestimmungsgemäß zu gegebener Zeit gefällt und veräußert, pflegte der Kläger die Wurzelballen mit einer Fräsmaschine zu zerkleinern und zu mulchen.

2 Der Beklagte und Revisionskläger (FA) setzte mit Bescheid vom 11.06.2018 Grunderwerbsteuer i. H. v. 22.188 € fest (6,5 % auf den gesamten Kaufpreis von 341.364 €) und bezog dabei den Anteil für den Aufwuchs in die Bemessungsgrundlage ein.

3 Die nach erfolglosem Einspruchsverfahren erhobene Klage, mit der sich der Kläger gegen die Einbeziehung des Kaufpreisantils für den Aufwuchs in die Bemessungsgrundlage wandte, hatte Erfolg. Nach Auffassung des FG sind die Bäume Scheinbestandteile des Grundstücks i. S. v. § 95 BGB, da sie von Beginn an zum Verkauf als Weihnachtsbäume bestimmt gewesen seien.

4 Mit der Revision rügt das FA eine Verletzung der §§ 94, 95 BGB. Die Weihnachtsbaumkulturen seien Erzeugnisse des Grundstücks und könnten deshalb, solange sie mit dem Boden zusammenhängen, nicht Gegenstand besonderer Rechte sein. So könne auch Holz auf dem Stamm nicht selbstständig übereignet werden. Abweichendes gelte nur für Baumschulen und Gärtnereien, in denen ein lebender Organismus vom Grundstück getrennt und die Pflanze selbst in intaktem Zustand veräußert werde. Weihnachtsbäume seien hingegen von vornherein dazu bestimmt, bis zum Erreichen einer bestimmten Größe und damit ihrer gesetzten Lebenserwartung auf dem Grundstück zu verbleiben, bis sie unter Zerstörung der Pflanzen als deren Produkt geerntet würden.

(...)

8 II. Die Revision ist unbegründet. Sie war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG hat zu Recht entschieden, dass der angefochtene Grunderwerbsteuerbescheid insoweit rechtswidrig war, als das FA den auf die Weihnachtsbaumkulturen entfallenden Kaufpreisantil in die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer einbezogen hat.

9 1. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG unterliegt der Grunderwerbsteuer u. a. ein Kaufvertrag, der den Anspruch auf Übereignung eines inländischen Grundstücks begründet. Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer ist gemäß § 8 Abs. 1 GrEStG die Gegenleistung für das Grundstück. Bei einem Grundstückskauf gilt nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG als Gegenleistung der Kaufpreis einschließlich der vom Käufer übernommenen sonstigen Leistungen und der dem Verkäufer vorbehaltenen Nutzungen. Danach gehören zur

grunderwerbsteuerrechtlichen Gegenleistung (Bemessungsgrundlage) alle Leistungen des Erwerbers, die dieser nach den vertraglichen Vereinbarungen gewährt, um das Grundstück zu erwerben (Urteil des BFH vom 25.04.2018, II R 50/15, BFHE 262, 169 = BStBl. II 2018, S. 602 Rdnr. 13 m. w. N.). Soweit sich ein Kaufvertrag auch auf Gegenstände bezieht, die nicht Grundstücke sind, gehören die hierauf entfallenden Teile des Kaufpreises nicht zur grunderwerbsteuerrechtlichen Bemessungsgrundlage, denn es können nur solche Leistungsverpflichtungen des Erwerbers Gegenleistung sein, die er um des Grundstückserwerbs willen zu erbringen hat (BFH, Urteil vom 08.09.2010, II R 28/09, BFHE 231, 244 = BStBl. II 2011, S. 227 Rdnr. 10 m. w. N.).

10 2. Unter Grundstück im Sinne des GrEStG ist das Grundstück im Sinne des bürgerlichen Rechts zu verstehen (§ 2 Abs. 1 Satz 1 GrEStG). Ob Gehölze zum Grundstück zählen, hängt davon ab, zu welchem Zweck die Aussaat bzw. das Einpflanzen des Gehölzes erfolgt ist.

11 a) Grundstück im bürgerlichen Rechtssinne ist der räumlich abgegrenzte Teil der Erdoberfläche, der im Bestandsverzeichnis eines Grundbuchblatts ohne Rücksicht auf die Art seiner Nutzung unter einer besonderen Nummer eingetragen ist (vgl. Beschluss des BGH vom 19.12.1967, V BLW 24/67, BGHZ 49, 145; BFH, Urteil vom 22.07.2010, IV R 62/07, BFH/NV 2010, 2261, Rdnr. 29; Grüneberg/*Herrler*, 81. Aufl., Vor § 873 Rdnr. 1 m. w. N.). Es umfasst nach §§ 94, 95 BGB auch seine wesentlichen Bestandteile, soweit es sich nicht um Scheinbestandteile handelt.

12 b) Zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks gehören die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, darunter auch die Erzeugnisse des Grundstücks, solange sie mit dem Boden zusammenhängen (§ 94 Abs. 1 Satz 1 BGB). Samen wird mit dem Aussäen, eine Pflanze wird mit dem Einpflanzen wesentlicher Bestandteil des Grundstücks (§ 94 Abs. 1 Satz 2 BGB). Aufstehende Gehölze sind deshalb im Ausgangspunkt wesentliche Bestandteile des Grundstücks, gleich, ob sie durch Selbst- oder Fremdaussaat unmittelbar am Standort gewachsen oder anderweit vorgezogen und eingepflanzt sind (vgl. BGH, Urteil vom 04.11.2010, III ZR 45/10, NJW 2011, 852 Rdnr. 14; Beschlüsse vom 17.03.2016, V ZR 185/15, NJW-RR 2016, 587, Rdnr. 4, und vom 26.11.2020, V ZB 151/19, NJW 2021, 2121 Rdnr. 8).

13 c) Zu den Bestandteilen eines Grundstücks gehören solche Sachen nicht, die nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden sind (§ 95 Abs. 1 Satz 1 BGB), die sog. Scheinbestandteile. Die Vorschrift schränkt den Anwendungsbereich des § 94 BGB ein (vgl. Grüneberg/*Ellenberger*, § 95 Rdnr. 1). Weihnachtsbaumkulturen sind Scheinbestandteile des Grundstücks (so ausdrücklich auch OLG Hamm, Urteil vom 28.02.1992, 9 U 206/90, MDR 1992, 1034; OLG München, Urteil vom 28.04.1994, 1 U 6995/93, VersR 1995, 843; OLG Brandenburg, Beschluss vom 24.08.2021, 5 W 74/21, juris Rdnr. 10).

14 aa) Eine Verbindung erfolgt zu einem vorübergehenden Zweck, wenn ihre spätere Aufhebung von Anfang an beabsichtigt ist. Maßgeblich ist der innere Wille des Einfügenden im Zeitpunkt der Verbindung der Sache. Dieser muss aller-

dings mit dem nach außen in Erscheinung tretenden Sachverhalt in Einklang zu bringen sein (BGH, Urteil vom 07.04.2017, V ZR 52/16, NJW 2017, 2099 Rdnr. 7). Einem vorübergehenden Zweck steht es weder entgegen, wenn die spätere Wiedertrennung erst nach langer Dauer zu erwarten ist (BGH, Urteil vom 16.11.1973, V ZR 1/72, MDR 1974, 298 unter II. B.) noch, wenn sie wegen der Art der eingefügten Sachen zwangsläufig zu deren Zerstörung führt (BGH, Urteil vom 22.12.1995, V ZR 334/94, BGHZ 131, 368 = NJW 1996, 916 unter II. 1. a); BFH, Urteil vom 09.04.1997, II R 95/94, BFHE 182, 373 = BStBl. II 1997, S. 452 unter II. 4.; beide betreffend massiv errichtete Gebäude). Deshalb ist es ebenso wenig wie im Falle eines nur zu vorübergehendem Zweck errichteten massiven Gebäudes erforderlich, dass die Scheinbestandteileigenschaft auf den ersten Blick sichtbar ist (a. A. OLG Brandenburg, Beschluss vom 24.08.2021, 5 W 74/21, juris Rdnr. 12). Es reicht aus, wenn der äußere Anschein damit vereinbar ist.

15 bb) Bei Verkaufspflanzen in Baumschulen ist von vornherein die vollständige Entfernung von dem Grundstück beabsichtigt. Es handelt sich um Scheinbestandteile (vgl. bereits RG, Urteile vom 27.04.1907, V 459/06, RGZ 66, 88, und vom 04.10.1922, V 611/21, RGZ 105, 213; BFH, Urteil vom 14.08.1986, IV R 341/84, BFHE 147, 449 = BStBl. II 1987, S. 23 unter 2.).

16 cc) Scheinbestandteile können aber auch vorliegen, wenn aufstehende Bäume gefällt werden sollen (vgl. BGH-Urteil, NJW 2011, 852 Rdnr. 15; Viskorf/Viskorf, GrEStG, 20. Aufl., § 2 Rdnr. 41), sofern dies von Anfang an beabsichtigt war. Wie viel Zeit bis zur planmäßigen Entfernung der Bäume verstreicht, ist unbeachtlich. Werden anders als bei Baumschulgewächsen die Bäume beim Entfernen als lebende Organismen zerstört, steht dies der Eigenschaft als Scheinbestandteil nicht entgegen. Unerheblich ist ferner, ob ein nicht mehr lebensfähiger Rest (Wurzeln mit Baumstumpf) weiter mit dem Grundstück verbunden ist. Die umgekehrte Frage, wie es zu beurteilen wäre, wenn trotz Kappen des aufstehenden Holzes der Baum als lebensfähiger Organismus bestehen bleibt und planmäßig wieder ausschlägt, bedarf im Streitfall keiner Entscheidung.

17 dd) Aus dem Urteil des BFH vom 11.05.1966, II 171/63, BFHE 86, 252 = BStBl. III 1966, S. 400, auf das sich das FA beruft, folgt nichts anderes. Es setzt sich nicht mit den §§ 94, 95 BGB auseinander und hat auch keine Feststellungen dahin getroffen, dass der Baumbestand bereits zum Zwecke der späteren Abholzung gesät oder gepflanzt war. Die Überlegung des FA, das Holz auf dem Stamm könne nicht gesondert übereignet werden (Staudinger/Stieper, Neub. 2021, § 94 BGB Rdnr. 17), ist nur zutreffend, soweit das Holz nicht Scheinbestandteil ist (explizit wie hier Staudinger/Stieper, § 95 BGB Rdnr. 13). Das Urteil des BFH vom 05.06.2008, IV R 67/05, BFHE 222, 265 = BStBl. II 2008, S. 960, das das FA weiter heranzieht, befasst sich lediglich mit der – getrennt vom Grund und Boden vorzunehmenden – Bewertung des stehenden Holzes in der Gewinnermittlung, während das Urteil des Brandenburgischen OLG vom 24.03.2009, 2 U 17/08, juris ohne allgemeingültige Aussage auf die konkreten Umstände abgestellt hat.

18 3. Nach diesen Grundsätzen hat das FG zutreffend entschieden, dass als Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer nur die auf den Grund und Boden entfallenden Anteile des Kaufpreises berücksichtigt werden. Der Kaufpreisanteil für die Weihnachtsbaumkulturen wurde nicht für den Erwerb des Grundstücks geleistet, da die Bäume als Scheinbestandteile nicht Teile des Grundstücks waren. Sie waren bereits bei Pflanzung dazu bestimmt, als Weihnachtsbäume geschnitten und damit wieder von dem Grundstück entfernt zu werden.

(...)

24. Beherrschungsidentität bei mittelbarer Beteiligung über eine Kapitalgesellschaft an einer Besitz-Personengesellschaft

BFH, Urteil vom 16.09.2021, IV R 7/18 (Vorinstanz: FG Hessen, Urteil vom 24.01.2018, 8 K 2233/15)

*EStG § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1
GewStG § 9 Nr. 1 Satz 2, Satz 5 Nr. 1*

LEITSATZ:

Auch eine Beteiligung der an der Betriebsgesellschaft beteiligten Gesellschafter an einer Besitz-Personengesellschaft, die lediglich mittelbar über eine Kapitalgesellschaft besteht, ist bei der Beurteilung einer personellen Verflechtung als eine der Voraussetzungen einer Betriebsaufspaltung zu berücksichtigen (Änderung der Rechtsprechung).

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin), eine GmbH & Co. KG, vermietete mit Vertrag vom (...) 1998 die „ehemalige (...), Produktionshalle, Büroräume, Nebenräume“ in X an die mit ihr über die H-GmbH verbundene (spätere) M-GmbH & Co. KG (M-KG; damals noch GmbH), die die vermietete Immobilie neben weiteren Grundstücken betrieblich nutzte. Das Mietverhältnis mit der M-KG bestand auch in den Streitjahren (2010 bis 2012) fort.

2 An der Klägerin waren bis zum Tod des als Kommanditist zu 50,7 % beteiligten A am (...) 2010 als weitere Kommanditisten B zu 10 %, C zu 19,3 %, Y und D zu jeweils 10 % beteiligt sowie als Komplementärin ohne Kapitalbeteiligung die BV-GmbH, deren alleiniger Gesellschafter ebenfalls der A war.

3 A und B waren gleichzeitig zu 90 % und 10 % Anteilseigner der H-GmbH, die alleinige Kommanditistin der M-KG war. Komplementärin der M-KG war die V-GmbH, deren Anteilseignerin zu 100 % die H-GmbH war.

4 Nach dem Tod des A waren aufgrund eines mit Rückwirkung auf den (...) 2010 geschlossenen Auseinandersetzungsvertrags vom (...) 2010 an der Klägerin als Kommanditisten B zu 50,42 %, C zu 29,44 % und D zu 20,14 % beteiligt; Komplementärin ohne Kapitalbeteiligung war weiterhin

die BV-GmbH, an der an Stelle von A jetzt B zu 60 % sowie C und D zu jeweils 20 % beteiligt waren.

5 Anteilseigner der H-GmbH, die weiterhin alleinige Kommanditistin der M-KG war, waren B zu 64 % sowie C und D zu jeweils 18 %. Komplementärin der M-KG war weiterhin die V-GmbH, an der die H-GmbH unverändert zu 100 % beteiligt war.

6 Die jeweiligen Satzungen der genannten GmbH enthielten auch in den Streitjahren die Regelung, dass für Gesellschafterbeschlüsse, die den Gesellschaftsvertrag oder die Auflösung der Gesellschaft betreffen, 75 % aller vorhandenen Stimmen erforderlich waren. Dies galt ebenfalls für Geschäfte, die der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedürfen. Im Übrigen reichte die Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Die Gesellschaftsverträge der Klägerin und der M-KG sahen keine besonderen Regelungen für Gesellschafterbeschlüsse vor.

7 Die Beteiligungen der Kommanditisten der Klägerin an der H-GmbH wurden als deren Sonderbetriebsvermögen II bei der Klägerin behandelt. In den Streitjahren erzielte die Klägerin, die von den Beteiligten als gewerblich geprägte Personengesellschaft (§ 15 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 EStG in der in den Streitjahren gültigen Fassung) behandelt wurde, ausschließlich Einnahmen aus der Vermietung des Grundstücks an die M-KG. In ihren Gewerbesteuererklärungen für die Streitjahre machte die Klägerin zunächst nur Kürzungen i. S. v. § 9 Nr. 1 Satz 1 GewStG in der in den Streitjahren geltenden Fassung geltend. Die Bescheide über den Gewerbesteuermessbetrag für 2010 vom 08.06.2011, für 2011 vom 18.07.2012 und für 2012 vom 06.05.2013 ergingen erklärungsgemäß, aber unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gemäß § 164 Abs. 1 AO.

8 In der Zeit vom 19.12.2013 bis zum 25.02.2014 fand bei der Klägerin eine Außenprüfung statt. Obwohl die Klägerin während der Außenprüfung die erweiterte Kürzung i. S. v. § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG beantragt hatte, traf der Prüfer zur Gewerbesteuer keine Feststellungen. Im Anschluss an die Außenprüfung hob der Beklagte und Revisionskläger (das FA) die in den Gewerbesteuermessbescheiden 2010 bis 2012 enthaltenen Vorbehalte der Nachprüfung durch Bescheide vom 26.06.2014 auf.

9 Nachdem die Klägerin mit Schriftsatz vom 27.06.2014 unmittelbar beim FA die erweiterte Kürzung nach § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG beantragt und mit Schreiben vom 10.07.2014 ausdrücklich Einspruch gegen die Bescheide vom 26.06.2014 eingelegt hatte, lehnte das FA die Gewährung der erweiterten Kürzung mit Einspruchsentscheidung vom 06.11.2015 ab. Unter Verweis auf den Beschluss des BFH vom 17.10.2002, I R 24/01, BFHE 200, 54 = BStBl. II 2003, S. 355 führte das FA aus, dass wegen der im Sonderbetriebsvermögen der Kommanditisten der Klägerin gehaltenen Beteiligungen an der H-GmbH keine ausschließliche Verwaltung eigenen Grundbesitzes vorliege. Aus den Beteiligungen würden dem Grunde nach gewerbliche Einkünfte erzielt, die nicht ausschließlich auf die Grundstücksverwaltung entfielen. Darüber hinaus sei die erweiterte Kürzung gemäß § 9 Nr. 1 Satz 5 Nr. 1 GewStG zu versagen,

weil das Grundstück der Klägerin aufgrund der Unternehmensstruktur zumindest zeitweise oder teilweise einem Gewerbebetrieb diene, an dem die Gesellschafter der Klägerin beteiligt seien.

10 Die hiergegen gerichtete Klage hatte Erfolg. In seinem Urteil vom 24.01.2018, 8 K 2233/15 führte das Hessische FG aus, die Klage sei begründet, weil die Voraussetzungen des § 164 Abs. 3 Satz 3 AO für die Aufhebung des Vorbehalts der Nachprüfung in den jeweiligen Gewerbesteuermessbescheiden nach einer Außenprüfung nicht gegeben seien und die Voraussetzungen des § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG in den Streitjahren vorgelegen hätten. Die erweiterte Kürzung sei auch nicht nach § 9 Nr. 1 Satz 5 Nr. 1 GewStG ausgeschlossen. Auch liege keine der erweiterten Kürzung entgegenstehende mitunternehmerische Betriebsaufspaltung zwischen der Klägerin und der M-KG vor. Zwar sei im Streitfall infolge der Überlassung eines von der M-KG zu betrieblichen Zwecken genutzten Grundstücks von einer sachlichen Verflechtung auszugehen, jedoch fehle es an der erforderlichen personellen Verflechtung. Denn die Kommanditisten der Klägerin seien zwar mit entsprechenden Mehrheitsverhältnissen an der H-GmbH beteiligt, diese wiederum sei jedoch lediglich als Kommanditistin an der M-KG beteiligt und damit nach § 164 HGB von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Die 100%ige Beteiligung der H-GmbH an der Komplementärin der M-KG, der V-GmbH, genüge nicht, weil zum einen die Gesellschaftsanteile der V-GmbH nicht zum (Sonder-)Betriebsvermögen der M-KG oder deren Gesellschaftern gehörten und zum anderen ein „Durchgriff“ durch eine weitere Kapitalgesellschaft nicht zulässig sei. Dieses Durchgriffsverbot stehe auch der Annahme eines einheitlichen geschäftlichen Betätigungswillens entgegen, soweit die an der H-GmbH und der M-KG beteiligten Personen zugleich an der Klägerin als potenzieller Besitzgesellschaft unmittelbar als Kommanditisten und mittelbar über deren Komplementärin, die BV-GmbH, beteiligt seien. Denn bei der Klägerin könne der geschäftliche Betätigungswille nur von der BV-GmbH ausgeübt werden. Darüber hinaus bestünden keine Anhaltspunkte für eine faktische Beherrschung der M-KG.

11 Mit seiner Revision rügt das FA sinngemäß die Verletzung materiellen Rechts (§ 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG) und eine Verletzung der Sachaufklärungspflicht.

12 Es trägt vor, das FG habe zu Unrecht eine personelle Verflechtung und damit eine (mitunternehmerische) Betriebsaufspaltung zwischen der Klägerin und der M-KG verneint, die die erweiterte Kürzung nach § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG ausschließe. Eine personelle Verflechtung liege vor, weil ein einheitlicher Geschäfts- und Betätigungswille in Besitz- und Betriebsunternehmen durchzusetzen sei. Zwar habe das FG eine Beherrschungsidentität verneint, weil die Personen um B an der Klägerin nur als Kommanditisten beteiligt gewesen seien und deren mittelbare Beteiligung an der M-KG über die H-GmbH nur eine kommanditistische Beteiligung vermittele. Zudem sei das FG davon ausgegangen, dass die nämliche Personengruppe auch die jeweils zur Geschäftsführung berufenen Komplementär-GmbH (BV-GmbH bzw. V-GmbH) beherrsche, bei Kapitalgesellschaft

ten aber das Durchgriffsverbot der Annahme einer Beherrschungsidentität entgegenstehe. Maßgeblich sei jedoch, wer die Auflösung des Pachtverhältnisses über wesentliche Betriebsgrundlagen bestimmen könne, die zu den Geschäften gehöre, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgeschäfts hinausgehen. Die Auflösung solle nicht gegen den Willen der das Besitzunternehmen beherrschenden Personen möglich sein. Insoweit stünden den Kommanditisten der Klägerin und der M-KG aber – so das FA unter Bezug auf das BFH, Urteil vom 27.08.1992, IV R 13/91, BFHE 169, 231 = BStBl. II 1993, S. 134) – nach § 164 HGB Mitwirkungsrechte zu. Sie könnten deshalb zumindest hinsichtlich des Pachtverhältnisses in beiden Unternehmen einen einheitlichen geschäftlichen Betätigungswillen durchsetzen, wenn ihre Mitwirkungsrechte nicht ausgeschlossen worden seien und sie in der Gesellschafterversammlung über die Mehrheit der Stimmen verfügten. Entsprechende Feststellungen habe das FG nicht getroffen. Es habe nicht ohne weitere Sachverhaltsaufklärung davon ausgehen dürfen, dass die beiden Komplementär-GmbH bereits kraft ihrer gesellschaftsrechtlichen Stellung die Klägerin und die M-KG beherrschten. Entsprechendes gelte für die Zeit bis zum Tod des A, der eine identische beherrschende Stellung wie die nachfolgende Personengruppe innegehabt habe.

13 Auch sei das FG fehlerhaft davon ausgegangen, dass die Herrschaft über die Klägerin als Besitzgesellschaft nicht mittelbar über die Komplementärin der Klägerin erfolgen könne. Zwar begründe nach Ansicht des BFH (zum Beispiel Urteil vom 15.04.1999, IV R 11/98, BFHE 188, 412 = BStBl. II 1999, S. 532) die mittelbare Beherrschung der Besitzgesellschaft keine personelle Verflechtung. Wenn aber eine mittelbare Beteiligung an der Betriebsgesellschaft eine solche Verflechtung begründe, müsse dies auch bei mittelbarer Beteiligung an der Besitzgesellschaft gelten.

(...)

18 II. Die Revision des FA ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Abweisung der Klage (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Das FG hat zu Unrecht die erweiterte Kürzung nach § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG gewährt. Zwar hat das FG zu Recht erkannt, dass der Inanspruchnahme der erweiterten Kürzung im Streitfall weder § 9 Nr. 1 Satz 5 Nr. 1 GewStG (dazu unter II. 2.) noch der Umstand, dass die Beteiligungen von Kommanditisten der Klägerin an der H-GmbH als Sonderbetriebsvermögen II bei der Klägerin behandelt worden sind (dazu unter II. 3.), entgegenstehen. Gleichwohl ist die erweiterte Kürzung der Klägerin nicht zu gewähren, weil zwischen der Klägerin und der M-KG in den Streitjahren eine Betriebsaufspaltung vorgelegen hat (dazu unter II. 4.).

19 1. Nach § 9 Nr. 1 Satz 1 GewStG wird die Summe des Gewinns und der Hinzurechnungen um 1,2 % des Einheitswerts des zum Betriebsvermögen des Unternehmers gehörenden Grundbesitzes gekürzt (sog. einfache Kürzung). An Stelle der Kürzung nach Satz 1 tritt nach § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG auf Antrag bei Unternehmen, die ausschließlich eigenen Grundbesitz oder neben eigenem Grundbesitz eigenes Kapitalvermögen verwalten und nutzen oder dane-

ben Wohnungsbauten betreuen oder Einfamilienhäuser, Zweifamilienhäuser oder Eigentumswohnungen errichten und veräußern, die Kürzung um den Teil des Gewerbeertrags, der auf die Verwaltung und Nutzung des eigenen Grundbesitzes entfällt (sog. erweiterte Kürzung). Die Inanspruchnahme der erweiterten Kürzung ist gemäß § 9 Nr. 1 Satz 5 Nr. 1 GewStG ausgeschlossen, wenn der Grundbesitz ganz oder zum Teil dem Gewerbebetrieb eines Gesellschafters oder Genossen dient. Der Gesetzgeber sieht in diesem Fall die Voraussetzungen für eine Begünstigung des Grundstücksunternehmens nicht mehr als gegeben an, weil bei einer Nutzung des Grundstücks im Gewerbebetrieb des Gesellschafters ohne Zwischenschaltung eines weiteren Rechtsträgers die Grundstückserträge in den Gewerbeertrag einfließen und damit der Gewerbesteuer unterliegen würden (BFH, Urteil vom 07.08.2008, IV R 36/07, BFHE 223, 251 = BStBl. II 2010, S. 988 unter II. 2., m. w. N.).

20 2. Das FG ist zu Recht davon ausgegangen, dass § 9 Nr. 1 Satz 5 Nr. 1 GewStG der Inanspruchnahme der erweiterten Kürzung im Streitfall nicht entgegensteht.

21 a) Grundbesitz „dient“ dem Gewerbebetrieb eines Gesellschafters eines Grundstücksunternehmens i. S. v. § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG u. a. dann, wenn er von diesem aufgrund eines Miet- oder Pachtvertrags genutzt wird (BFH-Urteil in BFHE 223, 251 = BStBl. II 2010, S. 988 unter II. 2. a) m. w. N.), aber auch dann, wenn das Grundstück von einer Gesellschaft genutzt wird, an der der Gesellschafter des Grundstücksunternehmens als Mitunternehmer (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG) beteiligt ist (zum Beispiel BFH-Urteile vom 07.04.2005, IV R 34/03, BFHE 209, 133 = BStBl. II 2005, S. 576 unter II. 2. b); vom 26.06.2007, IV R 9/05, BFHE 219, 173 = BStBl. II 2007, S. 893 unter II. 3. a), jew. m. w. N.). Als Gesellschafter i. S. d. § 9 Nr. 1 Satz 5 Nr. 1 GewStG gilt neben dem unmittelbar Beteiligten auch derjenige, der nur mittelbar über eine Personenhandelsgesellschaft am Grundstücksunternehmen beteiligt ist (vgl. BFH, Urteil vom 15.12.1998, VIII R 77/93, BFHE 187, 326 = BStBl. II 1999, S. 168 unter 2. b)). Die mittelbare Beteiligung am Grundstücksunternehmen über eine Kapitalgesellschaft hat hingegen keine solche Wirkung; die Kapitalgesellschaft entfaltet insoweit mangels einer ausdrücklich entgegenstehenden gesetzlichen Regelung eine Abschirmwirkung, die zum Verbot des Durchgriffs auf ihre Gesellschafter führt (vgl. BFH-Urteile in BFHE 187, 326 = BStBl. II 1999, S. 168 unter 2. c); in BFHE 188, 412 = BStBl. II 1999, S. 532 unter 2. b) m. w. N.). Daran ist festzuhalten, weil sonst die rechtliche Selbstständigkeit der Kapitalgesellschaft ignoriert würde.

22 b) Ausgehend von diesen Maßstäben schließt die Regelung des § 9 Nr. 1 Satz 5 Nr. 1 GewStG eine erweiterte Kürzung im Streitfall nicht aus. Denn das von der Klägerin vermietete Grundstück wurde von der M-KG genutzt, die selbst keine Gesellschafterin der Klägerin war. An der M-KG waren in den Streitjahren auch keine Gesellschafter der Klägerin als Mitunternehmer beteiligt, denn alleinige Kommanditistin der M-KG war die H-GmbH und Komplementärin der M-KG die V-GmbH. Dabei ist – wie das FG zu Recht erkannt hat – unschädlich, dass vor und nach dem Tod des A einzelne Kommanditisten der Klägerin zugleich Gesellschafter

der H-GmbH waren, die wiederum alleinige Anteilseignerin der V-GmbH war. Denn das sog. Durchgriffsverbot hindert in Bezug auf den Begriff des „Gesellschafters“ in § 9 Nr. 1 Satz 5 Nr. 1 GewStG nicht nur daran, eine mittelbare Beteiligung über eine Kapitalgesellschaft am Grundstücksunternehmen einer unmittelbaren Beteiligung gleichzustellen, sondern auch im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal „dienen“ in § 9 Nr. 1 Satz 5 Nr. 1 GewStG daran, eine mittelbare Beteiligung über eine Kapitalgesellschaft an dem grundstücksnutzenden Unternehmen einer mitunternehmerischen Beteiligung daran gleichzustellen.

23 3. Das FG ist im Ergebnis zu Recht auch davon ausgegangen, dass der erweiterten Kürzung nach § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG nicht entgegensteht, dass Kommanditisten der Klägerin (bis zu seinem Tod der A sowie B, anschließend B, C und D) an der H-GmbH – der alleinigen Kommanditistin der M-KG und alleinigen Gesellschafterin der V-GmbH, diese wiederum Komplementärin der M-KG – beteiligt gewesen sind und diese Beteiligungen bei der Klägerin als (notwendiges) Sonderbetriebsvermögen II behandelt worden sind.

24 a) Es kann u. a. offenbleiben, ob das Halten einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft, bei der Beteiligungsbezüge grundsätzlich gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG zu Einkünften aus Kapitalvermögen führen, die aber bei einer gewerblich geprägten Personengesellschaft gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 EStG in gewerbliche Einkünfte umqualifiziert werden – wie es das FG unter Bezug auf das BFH, Urteil vom 03.08.1972, IV R 235/67, BFHE 106, 331 = BStBl. II 1972, S. 799 unter II. 3.) vertreten hat – für die erweiterte Kürzung im Streitfall unschädlich ist, weil nur solche Geldgeschäfte die Kürzungsmöglichkeit für die Erträge aus der Verwaltung und Nutzung von Grundvermögen beseitigen, die „ihrer Natur nach“ gewerblichen Charakter haben.

25 b) Denn eine Personengesellschaft „verwaltet“ – anders als bei zum Sonderbetriebsvermögen I und damit zum „Betriebsvermögen des Unternehmers“ gehörendem Grundbesitz ihrer Gesellschafter, der der Personengesellschaft als „eigener“ Grundbesitz i. S. v. § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG zuzurechnen ist (vgl. Beschluss des Großen Senats des BFH vom 25.09.2018, GrS 2/16, BFHE 263, 225 = BStBl. II 2019, S. 262 Rdnr. 76 ff.), und anders als bei einer im Gesamthandsvermögen gehaltenen Beteiligung – eine als Sonderbetriebsvermögen II behandelte Beteiligung eines ihrer Gesellschafter an einer Kapitalgesellschaft nicht. Verwaltet wird eine solche Beteiligung vielmehr von dem Gesellschafter, als dessen Sonderbetriebsvermögen II sie behandelt wird. Denn die Beteiligung eines Mitunternehmers an einer Kapitalgesellschaft ist (notwendiges) Sonderbetriebsvermögen II, wenn der Mitunternehmer seine bei der Kapitalgesellschaft bestehende Machtstellung in den Dienst des Unternehmens der Personengesellschaft stellt (zum Beispiel BFH, Urteil vom 28.05.2020, IV R 17/17, BFHE 269, 158 Rdnr. 18 m. w. N.). Damit ist weder tatsächlich noch rechtlich die Verwaltung dieser Beteiligung durch die betreffende Personengesellschaft verbunden. Deshalb ist es in dieser Situation ausgeschlossen, dass die Personengesellschaft insoweit eine der erweiterten Kürzung entgegenstehende,

nicht in § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG als unschädlich aufgeführte Tätigkeit ausübt.

26 4. Der Inanspruchnahme der erweiterten Kürzung nach § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG steht im Streitfall jedoch entgegen, dass in den Streitjahren zwischen der Klägerin als Besitzunternehmen und der M-KG als Betriebsunternehmen eine Betriebsaufspaltung bestanden hat. Zwar ist das FG nach der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung – auch des erkennenden Senats – davon ausgegangen, dass – im Gegensatz zu einer mittelbaren Beteiligung über eine Kapitalgesellschaft an der Betriebsgesellschaft – durch eine mittelbare Beteiligung über eine Kapitalgesellschaft an der Klägerin als Besitz-Personengesellschaft keine personelle Verflechtung begründet werden kann. An dieser Rechtsprechung hält der erkennende Senat unter Berücksichtigung der von ihm eingeholten Stellungnahmen des I. und des III. Senats des BFH jedoch nicht mehr fest.

27 a) Die erweiterte Kürzung nach § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG ist grundsätzlich ausgeschlossen, wenn die Verwaltung oder Nutzung des eigenen Grundbesitzes die Grenzen der Gewerblichkeit überschreitet. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Grundstücksunternehmen infolge einer Betriebsaufspaltung als Besitzunternehmen (originär) gewerbliche Einkünfte erzielt. Denn der Zweck der sog. Besitzgesellschaft ist in diesen Fällen von vornherein nicht auf die Vermögensverwaltung, sondern auf die Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr und die Partizipation an der durch die Betriebsgesellschaft verwirklichten Wertschöpfung gerichtet. Die Überlassung eines Grundstücks im Rahmen einer Betriebsaufspaltung wird deshalb als gewerbliche Tätigkeit beurteilt und schließt eine erweiterte Kürzung aus (zum Beispiel BFH-Urteile vom 22.01.2009, IV R 80/06, BFH/NV 2009, 1279 unter II. 1. a) m. w. N.; vom 22.06.2016, X R 54/14, BFHE 254, 354 = BStBl. II 2017, S. 529 Rdnr. 21).

28 b) Eine Betriebsaufspaltung liegt vor, wenn einem Betriebsunternehmen wesentliche Grundlagen für seinen Betrieb von einem Besitzunternehmen überlassen werden und die hinter dem Betriebs- und dem Besitzunternehmen stehenden Personen einen einheitlichen geschäftlichen Betätigungswillen haben. Dieser ist anzunehmen, wenn die Person oder Personengruppe, die das Besitzunternehmen beherrscht, auch in dem Betriebsunternehmen ihren Willen durchsetzen kann. Ist aufgrund besonderer sachlicher und personeller Gegebenheiten eine so enge wirtschaftliche Verflechtung zwischen dem Besitzunternehmen und dem Betriebsunternehmen zu bejahen, dass das Besitzunternehmen durch die Vermietungs- und Verpachtungstätigkeit über das Betriebsunternehmen am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt, so ist das Besitzunternehmen nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 EStG (originär) gewerblich tätig (zum Beispiel BFH, Urteil vom 28.05.2020, IV R 4/17, BFHE 269, 149 = BStBl. II 2020, S. 710 Rdnr. 24 m. w. N.).

29 Eine solche sachliche und personelle Verflechtung ist im Streitfall zu bejahen.

30 aa) Eine sachliche Verflechtung ist gegeben, wenn es sich bei dem vermieteten Wirtschaftsgut für das Betriebs-

unternehmen um eine wesentliche Betriebsgrundlage handelt. Bei einem Grundstück ist das der Fall, wenn es für die Betriebsführung des Betriebsunternehmens von nicht nur geringer Bedeutung ist. Das ist stets anzunehmen, wenn das Grundstück der räumliche und funktionale Mittelpunkt der Geschäftstätigkeit des Betriebsunternehmens ist (zum Beispiel BFH-Urteil in BFHE 269, 149 = BStBl. II 2020, S. 710 Rdnr. 25 m. w. N.). Zu Recht ist deshalb das FG davon ausgegangen, dass die Klägerin der M-KG mit Vertrag vom 01.08.1998 in Gestalt des vermieteten Grundstücks eine wesentliche Betriebsgrundlage überlassen hat.

31 bb) Auch die Voraussetzungen einer personellen Verflechtung (dazu II. 4. b) bb) (1)) liegen im Streitfall vor. Zur Beurteilung einer personellen Verflechtung zwischen der Klägerin und der M-KG sind bei den Gesellschaftern A bzw. nach dessen Tod B, C und D auch deren mittelbare Beteiligungen sowohl an der Klägerin als Besitzgesellschaft als auch an der M-KG als Betriebsgesellschaft zu berücksichtigen (dazu II. 4. b) bb) (2)). Ausgehend davon ergibt sich aus den vom FG getroffenen Feststellungen, dass die Beteiligungsverhältnisse bezogen auf A bzw. nach dessen Tod bezogen jedenfalls auf die aus B, C und D bestehende Personengruppe zur Beherrschungsidentität hinsichtlich der Klägerin und der M-KG geführt haben (dazu II. 4. b) bb) (3)). Stellt man auf A bzw. für die Zeit nach dessen Tod auf die genannte Personengruppe ab, konnten diese Personen in den Streitjahren auf die BV-GmbH und die H-GmbH auch insoweit maßgeblichen Einfluss nehmen, als nach den Feststellungen des FG für Gesellschafterbeschlüsse, die den Gesellschaftsvertrag oder die Auflösung beider Gesellschaften betrafen, 75 % aller vorhandenen Stimmen erforderlich waren, und dies auch für Geschäfte galt, die der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedurften.

32 (1) Eine personelle Verflechtung liegt vor, wenn eine Person oder Personengruppe sowohl das Besitz- als auch das Betriebsunternehmen in der Weise beherrscht, dass sie in der Lage ist, in beiden Unternehmen einen einheitlichen Geschäfts- und Betätigungswillen durchzusetzen. Für die personelle Verflechtung ist entscheidend, dass die Geschicke des Besitzunternehmens in den wesentlichen Fragen durch die Person oder Personen bestimmt werden, die auch hinter dem Betriebsunternehmen stehen (zum Beispiel BFH-Urteil in BFHE 269, 149 = BStBl. II 2020, S. 710 Rdnr. 27 m. w. N.). Dies kann nicht nur bei einer – im Streitfall nicht gegebenen – Beteiligungsidentität, sondern auch bei einer sog. Beherrschungsidentität zu bejahen sein. Eine Beherrschungsidentität wird regelmäßig durch die Mehrheitsbeteiligung von Gesellschaftern an Besitz- und Betriebsunternehmen indiziert (vgl. BFH, Urteil vom 20.05.2021, IV R 31/19, BFHE 272, 367 = BStBl. II 2021, S. 768 Rdnr. 24 f.).

33 (2) Bis zu seinem Tod war A, in der Folgezeit die aus B, C und D bestehende Personengruppe, sowohl unmittelbar als Kommanditist(en) als auch mittelbar über eine jeweils mehrheitliche Beteiligung an der Komplementär-GmbH (BV-GmbH) an der Klägerin als Besitzgesellschaft beteiligt. Zugleich waren die gleichen Personen auch mittelbar über

eine jeweils mehrheitliche Beteiligung an der alleinigen Kommanditistin (H-GmbH) der M-KG als Betriebsgesellschaft beteiligt. Die H-GmbH wiederum war auch alleinige Gesellschafterin der Komplementär-GmbH (V-GmbH) der M-KG. Für die Beurteilung einer personellen Verflechtung zwischen der Klägerin und der M-KG sind bei den Gesellschaftern A bzw. nach dessen Tod B, C und D auch deren mittelbare Beteiligungen über Kapitalgesellschaften (BV-GmbH bzw. H-GmbH) sowohl an der Betriebsgesellschaft (M-KG) als auch – in Änderung der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung – an der Klägerin als Besitz-Personengesellschaft zu berücksichtigen.

34 (a) Nach bisheriger Rechtsprechung des BFH kann eine Beteiligung der an der Betriebsgesellschaft beteiligten Gesellschafter an der Besitzgesellschaft, die lediglich mittelbar über eine Kapitalgesellschaft besteht, mangels Mitunternehmerstellung dieser Gesellschafter in der Besitzgesellschaft nicht zu einer personellen Verflechtung führen, weil der Besitzgesellschaft wegen des sog. Durchgriffsverbots weder die Beteiligung an der Betriebsgesellschaft noch eine damit verbundene Beherrschungsfunktion zugerechnet werden könnten (vgl. zum Beispiel BFH-Urteile in BFHE 169, 231 = BStBl. II 1993, S. 134 unter II. 2. a), und in BFHE 188, 412 = BStBl. II 1999, S. 532 unter 1. b) unter Bezug auf die BFH-Urteile vom 01.08.1979, I R 111/78, BFHE 129, 57 = BStBl. II 1980, S. 77; vom 22.10.1986, I R 180/82, BFHE 148, 272 = BStBl. II 1987, S. 117, und vom 20.05.1988, III R 86/83, BFHE 153, 481 = BStBl. II 1988, S. 739; bestätigend BFH-Urteile vom 16.09.1994, III R 45/92, BFHE 176, 98 = BStBl. II 1995, S. 75 unter II. 3. e) aa) (2); vom 29.11.2007, IV R 82/05, BFHE 220, 98 = BStBl. II 2008, S. 471 unter II. 2. d); vom 08.09.2011, IV R 44/07, BFHE 235, 231 = BStBl. II 2012, S. 136 Rdnr. 24; vom 30.10.2019, IV R 59/16, BFHE 267, 386 = BStBl. II 2020, S. 147 Rdnr. 44, dort allerdings mit Hinweisen auf die Gegenmeinung). Zur Begründung hatte sich der – soweit ersichtlich – erstmals mit dieser Rechtsfrage befasste I. Senat des BFH in seinem Urteil in BFHE 129, 57 = BStBl. II 1980, 77 unter 1. c) unter Berufung auf das Urteil des BVerfG vom 24.01.1962, 1 BvR 845/58, BVerfGE 13, 331 unter III. 3. auf die rechtliche Selbstständigkeit der Kapitalgesellschaft als juristische Person bezogen.

35 (b) Andererseits kann jedoch schon nach bisheriger Rechtsprechung, an der festzuhalten ist, die Herrschaft über das Betriebsunternehmen auch mittelbar über eine Kapitalgesellschaft ausgeübt und damit eine personelle Verflechtung begründet werden (vgl. zum Beispiel BFH-Urteile vom 14.08.1974, I R 136/70, BFHE 114, 98 = BStBl. II 1975, S. 112; in BFHE 169, 231 = BStBl. II 1993, S. 134 unter II. 1. b) m. w. N.; vom 28.11.2001, X R 50/97, BFHE 197, 254 = BStBl. II 2002, S. 363 unter II. 4. a); vom 20.07.2005, X R 22/02, BFHE 210, 345 = BStBl. II 2006, S. 457 unter II. 3. d); in BFHE 220, 98 = BStBl. II 2008, S. 471 unter II. 2. d), dort klarstellend zu BFH-Urteil in BFHE 188, 412 = BStBl. II 1999, S. 532 unter 1. b) 3. Absatz der Gründe; vom 05.06.2008, IV R 76/05, BFHE 222, 284 = BStBl. II 2008, S. 858 unter II. 2. b); vom 29.11.2017, X R 8/16, BFHE 260, 224 = BStBl. II 2018, S. 426 Rdnr. 48).

36 (c) Die Rechtsauffassung des BFH ist im Schrifttum auf Kritik gestoßen (zum Beispiel *Söffing*, FR 1993, 61; *ders.*, FR 2002, 334, 335; *Stoschek/Sommerfeld*, DStR 2012, 215; *Brandis/Heuermann/Bode*, § 15 EStG Rdnr. 613; *Herrmann/Heuer/Raupach/Gluth*, EStG, KStG, § 15 EStG Rdnr. 801; *Kirchhof/Seer/Krumm*, EStG, 20. Aufl., § 15 Rdnr. 96; *Schmidt/Wacker*, EStG, 40. Aufl., § 15 Rdnr. 835). Im Wesentlichen ist eingewandt worden, dass die Frage der personellen Verflechtung als eine der Voraussetzungen der Betriebsaufspaltung nichts mit der Frage der rechtlichen Selbstständigkeit einer Kapitalgesellschaft als juristische Person zu tun habe. Abgesehen davon könne die Frage des Durchgriffs durch eine juristische Person aufseiten des Besitz- und des Betriebsunternehmens nur einheitlich beantwortet werden. Aber auch die für die Frage der personellen Verflechtung bedeutsamen Einflussmöglichkeiten auf Besitz- und Betriebsunternehmen könnten nur nach einheitlichen Maßstäben beurteilt werden.

37 (d) Der erkennende Senat hat im Streitfall nur zu entscheiden, ob er diesen Grundsätzen für den Fall weiterhin folgt, dass die Besitzgesellschaft – wie hier die Klägerin als KG – eine Personengesellschaft ist.

38 (aa) Nach jetziger Auffassung des erkennenden Senats sind jedenfalls in diesem Fall keine sachlichen Gründe für die von der bisherigen Rechtsprechung bei der Beantwortung der Frage einer personellen Verflechtung vertretene Unterscheidung zwischen einer mittelbaren Beteiligung über eine Kapitalgesellschaft am Betriebsunternehmen und einer solchen am Besitzunternehmen (hier als Personengesellschaft) ersichtlich. Zu Recht ist der BFH schon bislang davon ausgegangen, dass es die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft gewährleisten kann, mittelbar über diese einen beherrschenden Einfluss auf das Betriebsunternehmen auszuüben (vgl. zum Beispiel BFH-Urteil in BFHE 210, 345 = BStBl. II 2006, S. 457 unter II. 3. d)). Denn eine derartige Einflussnahme auf die Betriebsgesellschaft berührt die rechtliche Selbstständigkeit der Kapitalgesellschaft, die die mittelbare Beteiligung an der Betriebsgesellschaft vermittelt, nicht. Deshalb hat auch der I. Senat des BFH, der eine mittelbare Beteiligung über eine Kapitalgesellschaft am Besitzunternehmen unter Berufung auf das sog. Durchgriffsverbot als für die Frage einer personellen Verflechtung nicht maßgebend angesehen hat, zu Recht der rechtlichen Selbstständigkeit der Kapitalgesellschaft als juristische Person hinsichtlich des Einflusses über eine Kapitalgesellschaft auf das Betriebsunternehmen keine Bedeutung beigemessen (vgl. BFH-Urteil in BFHE 114, 98 = BStBl. II 1975, S. 112). Wenn jedoch die Herrschaft über das Betriebsunternehmen nicht auf einer unmittelbaren Beteiligung beruhen muss, sondern auch mittelbar über eine Kapitalgesellschaft als Beteiligungsgesellschaft ausgeübt werden kann, muss dies auch für eine mittelbare Beteiligung über eine Kapitalgesellschaft an dem Besitzunternehmen jedenfalls insoweit gelten, als dieses eine Personengesellschaft ist. Denn für die personelle Verflechtung von Besitz- und Betriebsunternehmen kommt es – wie oben bereits ausgeführt – allein darauf an, ob eine Person oder Personengruppe beide Unternehmen in der Weise beherrscht, dass sie in der Lage ist, in beiden Unternehmen

einen einheitlichen Geschäfts- und Betätigungswillen durchzusetzen. Für die personelle Verflechtung ist entscheidend, dass die Geschicke des Besitzunternehmens in den wesentlichen Fragen durch die Person oder Personengruppe bestimmt werden, die auch hinter dem Betriebsunternehmen steht (zum Beispiel BFH-Urteil in BFHE 269, 149 = BStBl. II 2020, S. 710 Rdnr. 27). Die mittelbare Beteiligung über eine Kapitalgesellschaft kann jedoch sowohl im Fall des Betriebs- als auch des Besitzunternehmens – jedenfalls wenn Letzteres eine Personengesellschaft ist – einer Person oder Personengruppe eine entsprechende Stellung vermitteln, ohne dass dadurch die rechtliche Selbstständigkeit der betreffenden Kapitalgesellschaft berührt wird. Die Frage des Durchgriffs durch eine Kapitalgesellschaft ist deshalb jedenfalls in der vom erkennenden Senat zu entscheidenden Fallkonstellation für die Frage der Beherrschung eines Unternehmens – sowohl in Gestalt eines Betriebs- als auch in Gestalt eines Besitzunternehmens – gleichermaßen ohne Bedeutung (vgl. auch *Söffing*, FR 2002, 334, 335). Danach ist zur Beurteilung einer personellen Verflechtung die mittelbare Beteiligung über eine Kapitalgesellschaft an einer Besitz-Personengesellschaft gleich zu behandeln mit einer mittelbaren Beteiligung über eine Kapitalgesellschaft an einer Betriebsgesellschaft (im Streitfall ebenfalls eine Personengesellschaft). Der erkennende Senat hält deshalb nicht mehr an seiner früheren Rechtsauffassung fest, dass eine Beteiligung der an der Betriebsgesellschaft beteiligten Gesellschafter an einer Besitz-Personengesellschaft, die lediglich mittelbar über eine Kapitalgesellschaft besteht, keine personelle Verflechtung begründen kann. Vielmehr kann in diesem Fall (auch) die Herrschaft über das Besitzunternehmen mittelbar über eine Kapitalgesellschaft ausgeübt und damit eine personelle Verflechtung begründet werden.

39 (bb) Der III. Senat des BFH hat auf Anfrage des erkennenden Senats mitgeteilt, dass er dem neuen Ansatz des IV. Senats folge und an seiner bisherigen und auf den IV. Senat gestützten Rechtsprechung nicht mehr festhalte.

40 Der I. Senat des BFH hat mitgeteilt, dass seine Rechtsprechung der vom erkennenden Senat beabsichtigten Rechtsprechungsänderung nicht entgegenstehe. Zur Begründung hat der I. Senat u. a. ausgeführt, dass sich die Divergenzanfrage des erkennenden Senats auf die Rechtsprechung des I. Senats zur Konstellation der „kapitalistischen“ Betriebsaufspaltung beziehe, bei der das Besitzunternehmen, dessen Gewerbesteuer in Rede stehe, eine Kapitalgesellschaft sei. Nach Auffassung des I. Senats – in Bezug genommen werden die BFH-Urteile in BFHE 129, 57 = BStBl. II 1980, S. 77; in BFHE 148, 272 = BStBl. II 1987, S. 117, und vom 28.01.2015, I R 20/14 – könnten einer Kapitalgesellschaft als Besitzunternehmen weder die von ihren Gesellschaftern gehaltenen Anteile an der Betriebs-GmbH noch die mit diesem Anteilsbesitz verbundene Beherrschungsfunktion „zugerechnet“ werden. Dem liege ein aus dem Trennungsprinzip abzuleitendes „Durchgriffsverbot“ zugrunde, das es nicht zulasse, im Rahmen der Besteuerung der Besitz-Kapitalgesellschaft für die Frage, ob ein einheitlicher Geschäfts- und Betätigungswille hinsichtlich der Tätigkeit der Betriebsgesellschaft bestehe, auf die An-

teilsinhaberschaft bzw. Einflussmöglichkeiten der Gesellschafter der Besitz-Kapitalgesellschaft abzustellen. Aus dieser Rechtsprechung habe der IV. Senat in der Vergangenheit (zum Beispiel BFH-Urteil in BFHE 169, 231 = BStBl. II 1993, S. 134) für Konstellationen der Betriebsaufspaltung mit Mitunternehmensformen als Besitzunternehmen abgeleitet, eine Beteiligung der an dem Betriebsunternehmen beteiligten Gesellschafter an der Besitzgesellschaft, die lediglich mittelbar über eine Kapitalgesellschaft bestehe, könne nicht zu einer personellen Verflechtung führen. Einer Rechtsprechungsänderung für den hier vorliegenden Fall einer KG als Besitzunternehmen stehe jedoch das vom I. Senat für die „kapitalistische“ Betriebsaufspaltung postulierte „Durchgriffsverbot“ nicht entgegen. Denn die Zurechnung der von den mittelbar über die Komplementär-GmbH an der Besitz-KG beteiligten Gesellschaftern gehaltenen Beteiligungen an dem Betriebsunternehmen berühre nicht die steuerrechtliche Sphäre der zwischengeschalteten Komplementär-GmbH. Es gehe ausschließlich um die Feststellung des einheitlichen Geschäfts- und Betätigungswillens der hinter der Klägerin als KG (deren Gewerbesteuer allein im Streit sei) stehenden Personen. Die Situation eines „Durchgriffs“, d. h. die Berücksichtigung der Verhältnisse der Gesellschafter bei der Besteuerung einer Kapitalgesellschaft, liege folglich nicht vor.

41 Der erkennende Senat braucht nicht zu entscheiden, ob er sich dieser Beurteilung anschließen könnte. Selbst wenn man die Auffassung des I. Senats teilen würde, wäre nach den Maßstäben des Art. 3 Abs. 1 GG keine Gleichbehandlung einer Personengesellschaft als Besitzgesellschaft geboten. Der in dem BVerfG-Urteil in BVerfGE 13, 331 (unter III. 3.) ausgeführte und vom I. Senat des BFH in seinem Urteil in BFHE 129, 57 = BStBl. II 1980, S. 77 unter 1. c) aufgegriffene Gedanke, dass es zum Wesen juristischer Personen wie der GmbH und der AG gehöre, dass diese Kapitalgesellschaften mit ihrer Verselbstständigung gegen „Durchgriffe“ auf Tatbestände im Kreis oder in der Person ihrer Gesellschafter grundsätzlich abgeschirmt seien, greift jedenfalls im Fall einer Personengesellschaft als Besitzgesellschaft nicht.

42 (e) Schon nach den bislang gültigen Maßstäben sind bei dem mehrheitlich (zu 50,7 %) an der Klägerin als Personengesellschaft beteiligten Kommanditisten A bzw. – nach dem Tod des A – dem mehrheitlich (zu 50,42 %) an der Klägerin beteiligten Kommanditisten B hinsichtlich der Frage der Herrschaft dieser Personen über die M-KG als Betriebsgesellschaft ihre jeweils mehrheitlichen Beteiligungen (A: 90 %; B: 64 %) an der H-GmbH zu berücksichtigen, und zwar sowohl hinsichtlich der Beteiligung der H-GmbH als alleiniger Kommanditistin der M-KG als auch – anders als das FG unter Hinweis auf das Durchgriffsverbot meint – hinsichtlich der 100 %-igen Beteiligung der H-GmbH an der Komplementärin der M-KG (V-GmbH). Wenn die Herrschaft über die Betriebsgesellschaft auch mittelbar über eine Beteiligungsgesellschaft ausgeübt werden kann, steht nämlich der Annahme einer Beherrschung der Betriebsgesellschaft auch nicht entgegen, dass die Beteiligungsgesellschaft ihrerseits an einer Kapitalgesellschaft als Komplementärin der Betriebsgesellschaft beteiligt ist. Auch in die-

ser Situation wird die rechtliche Selbstständigkeit einer Kapitalgesellschaft durch die Annahme, auf diese Weise könne beherrschender Einfluss auf die Betriebsgesellschaft ausgeübt werden, nicht berührt. Gleiches gilt, wenn man für die Zeit nach dem Tod des A auf die insgesamt zu 100 % als Kommanditisten an der Klägerin und als Gesellschafter der H-GmbH beteiligte Personengruppe (neben B der C zu 29,44 % und der D zu 20,14 % an der Klägerin, wobei C und D jeweils auch zu 18 % an der H-GmbH beteiligt waren) abstellt.

43 Soweit A bzw. B – neben ihrer Stellung als Kommanditisten der Klägerin – zugleich über ihre Beteiligung an der BV-GmbH (A zu 100 %; B zu 60 %) als alleinige und allein zur Geschäftsführung befugte Komplementärin der Klägerin auch mittelbar an der Klägerin als Besitzgesellschaft beteiligt waren, sind nach den nunmehr zugrunde gelegten Maßstäben in den Streitjahren bei diesen Personen für die Beurteilung einer personellen Verflechtung von Besitz- und Betriebsunternehmen auch ihre mittelbaren Beteiligungen über die BV-GmbH an der Klägerin zu berücksichtigen. Gleiches gilt, wenn man für die Zeit nach dem Tod des A auf die insgesamt zu 100 % sowohl als Kommanditisten an der Klägerin als auch als Gesellschafter an deren Komplementär-GmbH (BV-GmbH) beteiligte Personengruppe (als Kommanditisten neben B der C zu 29,44 % und der D zu 20,14 %, wobei C und D jeweils zu 20 % auch an der BV-GmbH beteiligt waren) abstellt.

44 (3) Ausgehend hiervon haben im Streitfall die Beteiligungsverhältnisse bezogen auf A bzw. nach dessen Tod jedenfalls bezogen auf die aus B, C und D bestehende Personengruppe zur Beherrschungsidentität hinsichtlich der Klägerin und der M-KG geführt.

45 (a) Nach den vorgenannten Maßstäben konnten diese Personen zum einen auf die M-KG als Betriebsgesellschaft über ihre Mehrheitsbeteiligung an der H-GmbH, die ihrerseits zu 100 % sowohl als Kommanditistin an der M-KG als auch als Gesellschafterin an der V-GmbH als Komplementärin der M-KG beteiligt war, maßgeblichen Einfluss nehmen. Als alleinige Kommanditistin des Betriebsunternehmens und alleinige Gesellschafterin von deren Komplementärin (V-GmbH) konnte die H-GmbH auch die Entscheidungen über eine Auflösung des hinsichtlich der hier wesentlichen Betriebsgrundlage („Grundstück“) bestehenden Nutzungsüberlassungsvertrags und alle Geschäfte der laufenden Verwaltung des vermieteten, die sachliche Verflechtung begründenden Wirtschaftsguts beherrschen. A als Mehrheitsgesellschafter bzw. nach dessen Tod B, C und D als alleinige Gesellschafter der H-GmbH konnten wiederum beherrschenden Einfluss auf die H-GmbH ausüben und damit mittelbar die maßgeblichen Entscheidungen bei der M-KG beherrschen. Dabei konnten A bzw. die genannte Personengruppe die den Gesellschaftsvertrag oder die Auflösung der H-GmbH betreffenden Gesellschafterbeschlüsse bestimmen, da sie – wie nach dem Gesellschaftsvertrag (auch) der H-GmbH erforderlich – über mehr als 75 % aller vorhandenen Stimmen verfügten. Insoweit konnte auch die Beteiligungsstruktur aufseiten der Betriebsgesellschaft nicht gegen den Willen der genannten

Personen verändert werden. Letzteres ist zwar für die Annahme einer personellen Verflechtung nicht erforderlich, kann jedoch als ein zusätzliches Indiz für eine solche Verflechtung gewertet werden.

46 (b) Zum anderen konnten der A bzw. in der Zeit nach dessen Tod die aus B, C und D bestehende Personengruppe auch auf die Klägerin als Besitzgesellschaft beherrschenden Einfluss nehmen. Einerseits waren A zu 50,7 % bzw. nach dessen Tod die aus B, C und D bestehende Personengruppe zu 100 % als Kommanditisten an der Klägerin beteiligt. Andererseits waren A bzw. nach dessen Tod die aus B, C und D bestehende Personengruppe zu 100 % an der BV-GmbH als Komplementärin der Klägerin beteiligt. Insofern konnten diese Personen auch auf die Klägerin als Besitzgesellschaft maßgeblichen Einfluss nehmen. Mangels entgegenstehender Feststellungen des FG schließt dies im Streitfall auch die Entscheidungen über eine Auflösung des hinsichtlich der hier wesentlichen Betriebsgrundlage („Grundstück“) bestehenden Nutzungsüberlassungsvertrags und alle Geschäfte der laufenden Verwaltung des vermieteten, die sachliche Verflechtung begründenden Wirtschaftsguts ein. Dabei konnten A bzw. die genannte Personengruppe auch die den Gesellschaftsvertrag oder die Auflösung der BV-GmbH betreffenden Gesellschafterbeschlüsse bestimmen, da sie – wie nach dem Gesellschaftsvertrag (auch) der BV-GmbH erforderlich – auch hier über mehr als 75 % aller vorhandenen Stimmen verfügten. Insofern konnte die Beteiligungsstruktur aufseiten der Besitzgesellschaft nicht gegen den Willen der genannten Personen verändert werden. Auch Letzteres ist zwar für die Annahme einer personellen Verflechtung nicht erforderlich, kann jedoch als ein zusätzliches Indiz für eine solche Verflechtung verstanden werden.

47 (c) Umstände, die trotz der mehrheitlichen Beteiligungen der genannten Person bzw. Personengruppe gegen eine Beherrschungsidentität sprechen könnten, hat das FG nicht festgestellt.

48 (d) Unter den im Streitfall vorliegenden Umständen ist deshalb davon auszugehen, dass in den Streitjahren die Geschicke des Besitzunternehmens (Klägerin) in den wesentlichen Fragen durch die Person bzw. Personen bestimmt wurden, die auch hinter dem Betriebsunternehmen (M-KG) standen.

49 5. Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 1 FGO.

ANMERKUNG:

Von Rechtsanwalt und Steuerberater JuDr. **Hans Holger Dehmer**, Freiburg

Die Betriebsaufspaltung ist reines Richterrecht und daher geprägt von zahlreichen Einzelentscheidungen. Gerade für das Tatbestandsmerkmal der personellen Verflechtung hat dies zu einer inzwischen äußerst ausdifferenzierten Rechtsprechung geführt. Durch das Urteil des BFH vom 16.09.2021, IV R 7/18, werden die Voraussetzungen für eine personelle Verflechtung nicht klarer, vielmehr entstehen durch die Änderung der Rechtsprechung zum Durchgriffsverbot bei der Prüfung einer personellen Verflechtung weitere Unsicherheiten für die Beratungspraxis. Nun soll also auch bei Besitzpersonengesellschaften durch eine unmittelbar beteiligte Kapitalgesellschaft durch die hinter dieser stehenden Personen eine (mittelbare) Beherrschung der Besitzgesellschaft möglich sein. Offen ist, welche weiteren Auswirkungen das Urteil haben wird.

1. Das Urteil

Einer Besitz-GmbH & Co. KG wurde durch das Urteil des BFH die erweiterte Gewerbesteuerkürzung versagt, da eine Betriebsaufspaltung mit der mietenden Betriebs-GmbH & Co. KG angenommen wurde. Die sachliche Verflechtung war unstrittig, der BFH hatte daher nur die Frage der personellen Verflechtung zu beurteilen.

An der Besitz-GmbH & Co. KG war A mit 50,7 % beteiligt, B hielt 10 %; die übrigen Anteile wurden von Dritten gehalten. Alleiniger Gesellschafter der Komplementär GmbH war A. Einziger Gesellschafter der Betriebs-GmbH & Co. KG war die H-GmbH, die auch alle Anteile an der Komplementär-GmbH der Betriebs GmbH & Co. KG hielt. Gesellschafter der H-GmbH waren A zu 90 % und B zu 10 %.¹

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BFH beherrschte A das Betriebsunternehmen, da das Durchgriffsverbot hier nach der Rechtsprechung des BFH nicht zum Tragen kommt.²

Entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung hat der IV. Senat mit seinem Urteil A auch als den das Besitzunternehmen beherrschenden Gesellschafter angesehen. Es bestünden keine sachlichen Gründe bei der Beantwortung der Frage einer personellen Verflechtung zwischen einer mittelbaren Beteiligung über eine Kapitalgesellschaft am Betriebsunternehmen und einer solchen am Besitzunternehmen zu unterscheiden, jedenfalls dann nicht, wenn es sich jeweils beim Besitzunternehmen um eine Personengesellschaft handle. Insofern wird also die GmbH durch die neue Rechtsprechung des IV. Senats „transparenter“.

- 1 Im ersten Streitjahr verstarb A, die Nachfolge war jedoch in einer Weise geregelt, die keinen Einfluss auf die Betriebsaufspaltung hatte. Daher wird darauf hier nicht eingegangen.
- 2 Z. B. BFH, Urteil vom 14.03.2011, I R 40/10, BStBl. II 2006, S. 456.



2. Anmerkungen

a) Bisher war bei der Beurteilung der personellen Verflechtung bei mittelbarer Beteiligung über eine Kapitalgesellschaft danach zu unterscheiden, ob diese beim Besitz- oder beim Betriebsunternehmen bestand: Während bei mittelbarer Beteiligung am Betriebsunternehmen schon seit Längerem eine Betriebsaufspaltung anzunehmen war, führte eine mittelbare Beteiligung am Besitzunternehmen nicht zu einer Betriebsaufspaltung. Für diese unterschiedliche Beurteilung bestand keine sachliche Rechtfertigung, was im Schrifttum richtigerweise kritisiert wurde.³ Die Rechtsprechungsänderung des IV. Senats ist daher insoweit zu begrüßen, als die Beurteilung der Stellung als beherrschender Gesellschafter nun bei mittelbarer Beteiligung über eine GmbH einheitlich zu beantworten ist und das Durchgriffsverbot weder bei mittelbarer Beherrschung der Betriebs- noch der Besitzgesellschaft Geltung entfaltet.

b) Ist diese Frage nach der Geltung des Durchgriffsverbots nun aber tatsächlich in *allen* Fällen einheitlich zu beantworten?

Im Hinblick auf eine mittelbare Beherrschung der Besitzgesellschaft sind drei Fälle zu unterscheiden:⁴

- Eine „auch-mittelbare Beteiligung“ liegt vor, wenn – wie im Urteilsfall – eine Person oder Personengruppe einerseits direkt an der Besitzpersonengesellschaft beteiligt ist (hier als Kommanditist), andererseits aber auch mittelbar über die Komplementär-GmbH.
- Eine „nur-mittelbare Beteiligung“ beschreibt die Konstellation, dass die beherrschende Person oder Personengruppe an der Besitz-Personengesellschaft lediglich mittelbar beteiligt ist und keine direkte Beteiligung hält.
- Eine dritte Fallgruppe definiert sich dadurch, dass das Besitzunternehmen eine Kapitalgesellschaft ist, an der die beherrschende Person- oder Personengruppe ebenso direkt beteiligt ist wie an der Betriebskapitalgesellschaft (kapitalistische Schwesterstruktur).

Obwohl dem Urteilsfall eine auch-mittelbare Struktur zugrunde lag, hat der BFH in der Urteilsbegründung deutlich gemacht, dass seine Erwägungen auch für Fälle einer nur-mittelbaren Beteiligung gelten sollen. Der III. Senat hat sich dem angeschlossen. Für die Fälle einer kapitalistischen Schwesterstruktur hingegen besteht eine klare Divergenz zur Rechtsprechung des I. Senats, der insoweit mitgeteilt hat, dass er an seiner Rechtsprechung festhält. Nach Auffassung des I. Senats gilt das Durchgriffsverbot bei Schwester-Kapitalgesellschaften weiterhin, sodass

es keine personelle Verflechtung – und damit auch keine Betriebsaufspaltung – geben kann.

Die Art und Weise, wie der IV. Senat die Mitteilung des I. Senats referiert, lässt erkennen, dass er diese Rechtsauffassung nicht teilt. Dennoch hat er die Möglichkeit nicht genutzt, den Großen Senat anzurufen, um diese Frage wirklich einheitlich zu klären. Das ist bedauerlich, da es zu weiteren Rechtsunsicherheiten in der Beratungspraxis führt. Es bleibt also mit Spannung abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung des BFH diesbezüglich weiterentwickeln wird. (Wie lange) bleibt es dabei, dass bei Schwesterkapitalgesellschaften keine Betriebsaufspaltung in Betracht kommt?

c) Bedeutsam für die Praxis sind auch die Rechtsfolgen des Urteils für Fallgestaltungen, in denen an der Besitzpersonengesellschaft Nur-Besitzgesellschafter beteiligt sind. Nach der bisherigen Rechtsprechung galten diese nicht als Mitunternehmer der Besitz-Personengesellschaft, wenn die beherrschende Person oder Personengruppe an der Besitz-Personengesellschaft nur mittelbar über eine Kapitalgesellschaft beteiligt waren. Die Nur-Besitzgesellschafter erzielten daher bisher in Fällen einer nur mittelbaren Beherrschung der Besitzpersonengesellschaft mangels Betriebsaufspaltung bei Vermietung wesentlicher Betriebsgrundlagen an das Betriebsunternehmen Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung.⁵ Nach der geänderten Rechtsprechung des BFH verhindert aber die Zwischenschaltung einer Kapitalgesellschaft die Betriebsaufspaltung nicht mehr, sodass auch die Nur-Besitzgesellschafter nun als Mitunternehmer anzusehen sind und die Mitgegangenmitgefangen-Rechtsprechung des BFH⁶ in Zukunft wohl dazu führen wird, dass die Nur-Besitzgesellschafter als Mitunternehmer des Besitzunternehmens Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielen.⁷

d) Verfolgt man die Linie des IV. Senats konsequent weiter, stellt sich auch die Frage, welche Konsequenzen diese Rechtsprechung auf Ebene der beherrschenden Gesellschafter hat, wenn diese am Besitz- und Betriebsunternehmen jeweils nur über eine zwischengeschaltete GmbH beteiligt sind oder es sich um kapitalistische Schwestergesellschaften handelt. In dem Urteilsfall bestand neben der mittelbaren Beteiligung an der Besitz-Personengesellschaft auch eine direkte Beteiligung, sodass die Anteile an der Betriebs-Kapitalgesellschaft zum Betriebsvermögen der Besitzgesellschaft zählten. Ignoriert man nun mit dem IV. Senat das Durchgriffsverbot gänzlich, könnte man annehmen, dass der einheitliche geschäftliche Betätigungswillen bei nur-mittelbarer Beteiligung derart auf die beherrschenden Gesellschafter durchschlüge, dass dort Betriebsvermögen begründet

3 Z. B. *Dehmer*, Betriebsaufspaltung, 4. Aufl. 2018, § 2 Rdnr. 115; *Söffing/Micker*, Die Betriebsaufspaltung, 8. Aufl. 2020, Rdnr. 473; *Carlé*, Die Betriebsaufspaltung, 2. Aufl. 2014, Rdnr. 370.

4 Vgl. auch *Heil/Pupeter*, DB 2022, 1091.

5 BFH, Urteil 27.08.1992, IV R 13/91, BStBl. II 1993, S. 134.

6 BFH, Urteil vom 02.08.1972, IV 87/65, BStBl. II 1972, S. 796; *Dehmer*, Die Betriebsaufspaltung, § 5 Rdnr. 17.

7 Vgl. auch *Söffing/Micker*, Die Betriebsaufspaltung, Rdnr. 480 f.

würde, dem dann die Anteile an der vermittelnden Kapitalgesellschaft zugerechnet werden könnten.⁸

Dies kann meines Erachtens nicht zutreffend sein.⁹ Folge der Betriebsaufspaltung ist in erster Linie die Umqualifizierung der Einkünfte der Besitzgesellschaft in gewerbliche Einkünfte. Auf die mittelbar über eine Kapitalgesellschaft an der Besitzgesellschaft beteiligten Gesellschafter kann dies aber keine Auswirkungen haben. Außerdem ist auch zu beachten, dass durch die Betriebsaufspaltung gerade kein einheitlicher Betrieb gebildet wird; insoweit muss also die Abschirmwirkung der Kapitalgesellschaft bestehen bleiben. Dennoch bleibt auch insoweit die weitere Entwicklung der Rechtsprechung abzuwarten.

3. Fazit:

Es ist zu hoffen, dass der Große Senat in nächster Zukunft Gelegenheit erhält, die Rechtsunsicherheit zu beseitigen, die durch die neuerliche Rechtsfortbildung entstanden ist – und diese auch ergreift, um die Grenzen der Betriebsaufspaltung klarer zu definieren.

⁸ Vgl. *Heil/Pupeter*, DB 2022, 1091.

⁹ So auch *Heil/Pupeter*, DB 2022, 1091.

Nachruf Notar a. D. Dr. Christoph Reithmann

Von Notar a. D. Dr. **Andreas Albrecht**, Regensburg, Ehrenpräsident der Landesnotarkammer Bayern

Am 15.08.2022 verstarb unser Kollege Notar a. D. Dr. Christoph Reithmann hochbetagt im Alter von 95 Jahren. Mit ihm scheidet von uns einer der letzten Kollegen aus der sogenannten Flak-Helfer-Generation, den Menschen, die zwar nur kurz als Soldaten am Zweiten Weltkrieg teilnehmen mussten, zuvor aber bereits als Gymnasiasten Kriegsdienst an Flugabwehrkanonen leisteten. Bekannte weitere Angehörige des Geburtsjahrgangs 1927 waren etwa Hans-Dietrich Genscher, Günter Grass oder auch Papst Benedikt XVI. Ihrer Einsatzbereitschaft und ihrem Gestaltungswillen verdanken wir den energischen Wiederaufbau der Bundesrepublik in den fünfziger und sechziger Jahren des 20. Jahrhunderts.

Geboren am 30.04.1927 in Landshut begann Reithmann, verzögert durch Wehrdienst und Kriegsgefangenschaft, im Wintersemester 1946 sein Jurastudium an der Universität Erlangen. Dieses schloss er bereits im Herbst 1949 mit dem Ersten Staatsexamen ab. Nach dem Referendardienst in Landshut und München bestand er glänzend im Mai 1953 die damals sogenannte „Große Staatsprüfung“, um bereits wenige Tage später am 15.06.1953 zunächst in den Probedienst und kurz danach in den Anwärterdienst als bayerischer Notarassessor in Landshut einzutreten. Er unterbrach diesen Dienst für mehrere Monate zu rechtsvergleichenden Studien an der Universität London, um danach als Notarassessor in Miesbach zu arbeiten. Seit dem Herbst 1955 bis 1960 war er an die Geschäftsführung der „Gemeinschaft des Deutschen Notariats“ (GDN) in Köln abgeordnet, der Vorläuferorganisation der BNotK. Er war dort neben der Vorbereitung der BNotO (vom 24.02.1961) und dem BeurkG (vom 28.08.1969) unter anderem Mitglied der Redaktion der DNotZ. Der damalige Vorstand der GDN und gleichzeitige Präsident der Notarkasse A. d. ö. R., Dr. Feyock, lobte in einer dienstlichen Beurteilung Reithmanns Vorliebe zu wissenschaftlichem Arbeiten, seinen „klar denkenden Kopf“, seine höflichen und zuvorkommenden Umgangsformen und seinen Eifer gepaart mit Pflichtgefühl.

Am 01.04.1960 übernahm Reithmann die Notarstelle in Rottenburg an der Laaber, ganz in der Nähe seiner Heimat Landshut und wechselte zum 01.06.1966 nach Wolfratshausen, wo er zum letztmöglichen Termin, nämlich am Tag seines 70. Geburtstags, am 30.04.1997 sein Amt als Notar niederlegte.

Schon diese Zusammenfassung seines beruflichen Werdegangs lässt die kaum zu überschätzende Bedeutung Reithmanns für das deutsche Notariat erahnen. Ganz wesentlich war für ihn die erfolgreiche praktische Tätigkeit an eher ländlich geprägten Notarstellen mit gutem Kontakt zum Publikum. Überzeugend konnte er den Beteiligten eine ausgewogene, praktikable Vertragsgestaltung vorschlagen. Wichtig war ihm dabei immer, das „juristische Hochreck“, wie er es nannte, zu vermeiden, kurz aber verständlich ohne Paragraphenangaben in der Urkunde zu formulieren und den Vertragsvollzug nicht aus den Augen zu verlieren. Diese Werte und die Grundlagen des Berufsrechts vermittelte er Generationen von ihm zur Ausbildung zugewiesenen dankbaren Notarassessoren.

Daneben verfolgte er eine breite wissenschaftliche Tätigkeit als Autor einer Vielzahl von Anmerkungen, Aufsätzen, Kommentarbeiträgen und Monographien sowie als Mitherausgeber der DNotZ von 1976 bis 2005. Diese sind auch heute noch für das deutsche Notarrecht prägend, etwa die von ihm vorangetriebene „Erfindung“ der Freistellungsverpflichtungserklärung der Globalbank beim Bauträgerkauf, die heute in § 3 Abs. 1 Satz 2 MaBV kodifiziert ist. Die Trefferliste der Schlagworte bei beck-online lässt dabei seine seit den 1950er-Jahren bestehenden unveränderten Interessenschwerpunkte erkennen: Notarhaftungsrecht, Bauträgervertrag, Internationale Zuständigkeit, Allgemeines Urkundenrecht, Bauherrenmodell und vieles andere. Herausragend waren dabei sein „Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung“, das „Internationale Vertragsrecht“ verfasst zusammen mit Martiny oder „Der Kauf vom Bauträger“, alle in vielen Auflagen erschienen. Auch in seinem Ruhestand verließ ihn die Lust an der Wissenschaft nicht, so beteiligte er sich weiterhin an vielen Auflagen des Kommentars zur BNotO von Seybold/Schippel (später Schippel/Bracker) bis einschließlich der 9. Aufl. 2011.

Zu erwähnen ist auch das große berufspolitische Engagement von Reithmann als Mitglied der Vertreterversammlung der BNotK, als Vertreter der Herausgeber der DNotZ, als Mitglied des Vorstands des Bayerischen Notarvereins und als unermüdlicher Referent bei der Aus- und Fortbildung der Notare im Rahmen des Fachinstituts für Notare im Deutschen Anwaltsinstitut.

Dankbar erinnern sich die Kolleginnen und Kollegen an diese überaus fruchtbare Lebensleistung des nunmehr Verstorbenen, die auch schon an vielen anderen Stellen und Anlässen gewürdigt worden ist.¹ Zu Dank sind wir aber auch der Familie unseres Kollegen verpflichtet: Ohne die unermüdliche Unterstützung durch seine bereits 2012 verstorbene Ehefrau Hedwig Reithmann und seine fünf Kinder wäre gerade der wissenschaftliche Ertrag undenkbar. Ein großer Kollege ist von uns gegangen, über den Feyock bereits 1960 in der dienstlichen Beurteilung zu dem „Gesamterteil: erheblich über dem Durchschnitt“ kam. Er sollte auch für die 62 folgenden Jahre Recht behalten.

¹ Schippel zu Reithmanns 70. Geburtstag in DNotZ 1997, 257; Albrecht zum 75. Geburtstag in NJW 2002, 1328, ebenfalls dazu die Herausgeber der DNotZ in DNotZ 2002, 242; die Herausgeber der DNotZ zu „30 Jahre Mitherausgeber der DNotZ“ in DNotZ 2005, 801; Grziwotz zu Reithmanns 80. Geburtstag in NJW 2007, 1257, ebenfalls dazu die Herausgeber der DNotZ; die Herausgeber der DNotZ zum 90. Geburtstag in DNotZ 2017, 243.



Veranstaltungshinweise

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts

Montag, 05.12.2022, 17:30 Uhr s. t.

Hybridveranstaltung

Präsenzveranstaltung voraussichtlich im Senatssaal der

Ludwig-Maximilians-Universität, Hauptgebäude Geschwister-Scholl-Platz 1,

Raum E 106/110 HGB, 80539 München

Zusätzlich wird eine Online-Teilnahmemöglichkeit über Zoom angeboten (die Zugangsdaten erhalten die Online-Teilnehmerinnen und -teilnehmer in der Anmeldebestätigung).

Referenten:

Professorin Dr. *Angie Schneider*, Bremen

Notar Dr. *Valentin Spernath*, Rosenheim

Im Anschluss an die Vorträge besteht die Möglichkeit zur Diskussion. Zum Ausklang der Veranstaltung sind die Präsenzteilnehmer zu einem kleinen Empfang geladen.

Kontakt/Anmeldung:

Forschungsstelle für Notarrecht, Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München, Tel.: 089 2180-2794, E-Mail: FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de. Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung gebeten. Die hierfür erforderlichen Informationen werden auf der Homepage <https://www.jura.uni-muenchen.de/forschung/forschungsstellen/forschung-notar/veranstaltungen/index.html> zeitnah zur Verfügung gestellt.

Die Teilnahme an der Tagung ist nach wie vor kostenfrei und steht allen Interessierten offen. Teilnahmebescheinigungen gemäß § 15 FAO werden sowohl im Präsenz- als auch im Online-Format auf Wunsch im Anschluss an die Tagung gegen eine Zahlung einer Gebühr postalisch versendet. Die Zahlung hat per Überweisung zu erfolgen. Im Livestream-Format muss die Teilnahme an der Veranstaltung durch Angabe des Klarnamens im Zoom-Format ersichtlich sein.

Veranstaltungen des DAI

1. **Neue Entwicklungen zu Rechten in Abt. II des Grundbuchs**
(Berkefeld/Meier)
02.11.2022 in Bochum und als Livestream
2. **Aktuelle Brennpunkte der notariellen Praxis**
(Diehn)
04.11.2022 in Hamburg und als Livestream
3. **Handelsregisteranmeldungen für Mitarbeitende im Notariat**
(Centner)
04.11.2022 in Baunatal
4. **Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag**
(Krauß)
05.11.2022 in Bochum und als Livestream
5. **Anpassung von Vertragsmustern an das neue WEG – Aufteilung, Gemeinschaftsordnung und Wohnungskaufvertrag**
(Lehmann-Richter/Wobst)
11.11.2022 in Osnabrück
6. **Update Grundstückskaufvertrag**
(Krauß)
12.11.2022 in Heusenstamm (bei Frankfurt am Main) und als Livestream
7. **Anpassung von Vertragsmustern an das neue WEG – Aufteilung, Gemeinschaftsordnung und Wohnungskaufvertrag**
(Lehmann-Richter/Wobst)
12.11.2022 in Düsseldorf
8. **Professioneller Umgang mit Klienten – Seminar für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**
(Musold)
18.11.2022 in Kiel
9. **Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare**
(Berkefeld)
18.11.2022 in Oldenburg
10. **Die Notarprüfung – aktuelle Schwerpunkte der notariellen Amtsprüfung durch die Aufsichtsbehörde**
(Blaeschke)
18.11.2022 in Kassel und als Livestream
11. **Update Grundstückskaufvertrag**
(Krauß)
19.11.2022 in Berlin und als Livestream
12. **AGB-Recht in der notariellen Praxis**
(Forschner)
19.11.2022 in München und als Livestream
13. **DAI advanced: Umwandlungsrecht intensiv**
(Weiler)
21.11.2022 in Bochum
14. **Intensivkurs Gesellschaftsrecht**
(Szalai/Staake)
25.11.2022 bis 26.11.2022 in Heusenstamm (bei Frankfurt am Main) und als Livestream
15. **Erbrecht für Mitarbeitende im Notariat**
(Centner)
28.11.2022 in Berlin und als Livestream
16. **Unterstützung und Vorbereitung: Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Tondorf)
06.12.2022 in Bochum und als Livestream

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, T. 0234 970640, F. 0234 703507, M. notare@anwaltsinstitut.de.



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Neuerscheinungen

1. Althaus/Bartsch/Kattenbusch: Nachträge im Bauvertragsrecht. 2. Aufl., Beck, 2022. 454 S., 99,00 €
2. Bauer: Die GmbH in der Krise. 7. Aufl., Beck, 2022. 841 S., 169,00 €
3. Diehn: Notarkostenberechnungen. 8. Aufl., Beck, 2022. 572 S., 43,00 €
4. Fuhrländer/Füllbeck: Praxishandbuch WEG-Verwaltung. Beck, 2022. 606 S., 79,00 €
5. Gustavus: Handelsregister-Anmeldungen. 11. Aufl., Otto Schmidt, 2022. 600 S., 64,80 €
6. Haase/Dorn: Vermögensverwaltende Personengesellschaften. 5. Aufl., Beck, 2022. 466 S., 149,00 €
7. Hamann/Sigle/Grub: Vertragshandbuch Gesellschaftsrecht, Finanzierung und Unternehmensnachfolge. 3. Aufl., Beck, 2022. 1002 S., 169,00 €
8. Hölters: Handbuch Unternehmenskauf. 10. Aufl., Otto Schmidt, 2022. 1786 S., 229,00 €
9. Hopt/Merkt: Vertrags- und Formularbuch zum Handels-, Gesellschafts-, Bank- und Kapitalmarktrecht. 5. Aufl., Beck, 2022. 2503 S., 219,00 €
10. Joachim/Lange: Pflichtteilsrecht. 4. Aufl., Erich Schmidt, 2022. 657 S., 96,00 €
11. Kniffka/Jurgeleit: Bauvertragsrecht. Kommentar zu §§ 631-650v BGB unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH. 4. Aufl., Beck, 2022. 1427 S., 189,00 €
12. Krätzsche/Falkner/Döbereiner: Nachlassrecht. 12. Aufl., Beck, 2022. 951 S., 129,00 €
13. Lemke: GBO. Grundbuchordnung mit ErbbauRG, WEG und Wertermittlung. 3. Aufl., Heymanns, 2022. 1532 S., 129,00 €
14. Müller: Beck'sches Formularbuch Wohnungseigentumsrecht. 5. Aufl., Beck, 2022. 1350 S., 169,00 €
15. Pause/Vogel: Bauträgerkauf und Baumodelle. 7. Aufl., Beck, 2022. 672 S., 119,00 €
16. Spiegelberger: Unternehmensnachfolge. Gestaltung nach Zivil- und Steuerrecht. 3. Aufl., Beck, 2022. 1126 S., 139,00 €
17. Wolff/Brink: Datenschutzrecht. 2. Aufl., Beck, 2022. 1763 S., 169,00 €

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Manfred Rapp
verstorben am 26.09.2022

2. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 01.10.2022:

Bayreuth	dem Notarassessor Dr. Tobias Starnecker (bisher in München, Notarstelle Wilfart-Kammer)
Ebersberg (in Sozietät mit Notar Dr. Christopher Baumhof)	dem Notar Robert Martin (bisher in Altötting)
München	der Notarin Susanne Pöllmann- Budnick (bisher in Nürnberg)
Regensburg (in Sozietät mit Notar Dr. Norbert Mayer)	der Notarassessorin Ann-Kathrin Schmelter (bisher in München, Notarstellen Krick/ Birnstiel)
Schifferstadt (in Sozietät mit Notar Gerhard Regel)	der Notarin a.D. Dr. Laura Hundertmark
Schwandorf	der Notarin Dr. Susanne Kappler (bisher in Arnstorf)
Tegernsee	dem Notar Maximilian Hagg (bisher in Nürnberg)
Mit Wirkung zum 01.11.2022:	
Hemau	dem Notarassessor Dr. Maximilian Lotz (bisher in Rosenheim, Notarstelle Schlittenbauer)
Hollfeld	dem Notarassessor Dr. Christoph Bauernschmitt (bisher in Schweinfurt, Notarstellen Dr. Weiß/Muschel)

Kitzingen
(in Sozietät mit Notar
Dr. Christof Münch)

dem Notar a.D.
Dr. Julius Forschner
(bisher Geschäftsführer
des DNotI)

Miesbach
(in Sozietät mit
Notar Philipp Hruschka)

der Notarin
Sandra Reuter
(bisher in Schwabach)

Vohenstrauß

dem Notarassessor
Florian Drexler
(bisher in München,
Landesnotarkammer
Bayern)

3. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 01.09.2022:

Christoph Draxinger, Amberg
(Notarstelle Dr. Frank)

Michael Gritz, Vilshofen
(Notarstellen Schuller/Schuller)

Constantin Federle, Roth
(Notarstellen Dr. Weidlich/Dr. Soutier)

Yannick Skowronek, Obernburg am Main
(Notarstellen Herrmann/Dr. Koch)

Mit Wirkung zum 01.10.2022:

Dr. Tanja Feichtlbauer, Ingolstadt
(Notarstellen Dr. Lichtenwimmer/Dr. Meininghaus)

Jonas Gmeinwieser, Weiden i. d. OPf.
(Notarstellen Dr. Schiffner/Pflieger)

Madeleine Michler, Hammelburg
(Notarstelle Dr. Kamp)

Lukas Schneider, Würzburg
(Notarstellen Dr. Baumann/Sorge)

Mit Wirkung zum 15.10.2022

Constantin C. Lotz, Kandel
(Notarstellen JR Dr. Kiefer/Dr. Pohl)



Aufsätze



Buchbesprechungen



Rechtsprechung



Sonstiges



Standesnachrichten

4. Sonstige Veränderungen:

Notarassessorin Veronika Maier, Kitzingen,
wurde mit Wirkung zum 19.07.2022 promoviert.

Notarassessor Dr. Gerrit Bulgrin, München, ist auf
eigenen Wunsch zum 01.09.2022 ausgeschieden.

Notarassessorin Lisa Kemmerer, Hanau, ist auf
eigenen Wunsch zum 04.10.2022 ausgeschieden.



Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Notarin Angelika Strähuber und
Notar Dr. Benedikt Mack
Am Sand 5,
94209 Regen



Abonnement

MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, T. 089 55166-0, F. 089 55089-572, M. mittbaynot@notare-bayern-pfalz.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 56,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 01.07. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15.11. eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Universal Medien GmbH, Fichtenstraße 8, 82061 Neuried, T. 089 5482170, F. 089 555551, notarkammer.universalmedien.de

