

# MittBayNot

Begründet 1864

3 | 2024

Mai | Juni 2024

**Herausgeber:**

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

**Schriftleitung:**

Christoph Draxinger,  
Notarassessor  
Benjamin Lorenz,  
Notarassessor

**Herausgeberbeirat:**

Dr. Susanne Frank,  
Notarin in München

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

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

Angelika Strähuber,  
Notarin in Regen

Michael Volmer,  
Notar in Aschaffenburg

Dr. Eckhard Wälzholz,  
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,  
Notar in Roth

Dr. Felix Wobst,  
Notar in Gerolzhofen

## AUFSÄTZE

**Bühler/Meier:** Die Hypothek in der Kaufvertragsabwicklung – Risiken der Vertragsabwicklung, insbesondere bei öffentlichen Gläubigern 217

**Lautner:** Das neue Gesellschaftsregister – Teil 2 230

**Vossius:** Das Deutsche Notarinstitut – wie alles begann 236

## RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

**Mack zu BGH:** Unwirksame Reservierungsvereinbarung bei einem Immobilienmaklervertrag 251

**Feichtlbauer zu BGH:** Erneute Klage auf Bewilligung der Löschung einer Auflassungsvormerkung und Feststellungsklage über Nichtigkeit des Kaufvertrags 258

**Kübler-Wachendorff zu OLG München:** Zum Erlöschen der Auflassungsvormerkung bei bestandskräftiger Versagung der behördlichen Genehmigung des Grundstückskaufvertrags 271

**Fischer zu OLG München:** Zur rechtlichen Vorteilhaftigkeit der Miteigentümerstellung 275

**Meier zu OLG Düsseldorf:** Keine Beeinträchtigung des Vertragserben durch Schenkung an den Pflichtteilsberechtigten 289

**Krafka zu OLG Hamm:** Anmeldung durch aufschiebend bedingten bestellten Geschäftsführer 293

**Volmer zu OLG Brandenburg:** Klauselerteilung an den Rechtsnachfolger einer gelöschten Personengesellschaft 300

## 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](http://www.notare.bayern.de/mittbaynot.html)

### **Herausgeberbeirat:**

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

### **Schriftleitung:**

Notarassessor Christoph Draxinger,  
Notarassessor Benjamin Lorenz

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

### **Design:**

INTO Branding GmbH

### **Druck:**

Universal Medien GmbH  
Fichtenstraße 8  
82061 Neuried

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 3 | 2024

<b>AUFSÄTZE</b>		<b>217</b>		
<b>Bühler/Meier:</b> Die Hypothek in der Kaufvertragsabwicklung – Risiken der Vertragsabwicklung, insbesondere bei öffentlichen Gläubigern		217		
<b>Lautner:</b> Das neue Gesellschaftsregister – Teil 2		230		
<b>Vossius:</b> Das Deutsche Notarinstitut – wie alles begann		236		
<b>BUCHBESPRECHUNGEN</b>		<b>242</b>		
<b>Andrick/Muscheler/Uffmann:</b> Bochumer Kommentar zum Stiftungsrecht ( <b>Aumann</b> )		242		
<b>Rohs/Wedewer:</b> GNotKG ( <b>Schwarz</b> )		243		
<b>RECHTSPRECHUNG</b>		<b>244</b>		
<b>Bürgerliches Recht</b>				
ALLGEMEINES				
1.	Anspruch auf Bewilligung der Löschung einer Grunddienstbarkeit (BGH, Urteil vom 28.04.2023, V ZR 258/21)	244		
2.	Unwirksame Reservierungsvereinbarung bei einem Immobilienmaklervertrag (BGH, Urteil vom 20.04.2023, I ZR 113/22) mit Anmerkung <b>Mack</b>	247 251		
SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT				
3.	Erneute Klage auf Bewilligung der Löschung einer Auflassungsvormerkung und Feststellungsklage über Nichtigkeit des Kaufvertrags (BGH, Urteil vom 17.02.2023, V ZR 22/22) mit Anmerkung <b>Feichtlbauer</b>	254 258		
4.	Folge des Erlöschens einer Grunddienstbarkeit an dem versteigerten Grundstücksmiteigentumsanteil eines Wohnungseigentümers (OLG München, Beschluss vom 14.11.2023, 34 Wx 167/23e)	260		
5.	Löschung eines Nacherbenvermerks bei einem minderjährigen Nacherben (OLG Bremen, Beschluss vom 06.09.2023, 3 W 14/23 – Ls.) (Hinweis auf DNotZ 2024, 54)	263		
6.	Nachlassgerichtliche Genehmigung eines Grundstücksgeschäfts (OLG Brandenburg, Beschluss vom 27.03.2023, 3 W 17/23)	263		
7.	Zustimmungserfordernisse bei der Aufhebung eines Erbbaurechts (OLG München, Beschluss vom 09.03.2023, 34 Wx 20/23e)	264		
8.	Zum Erlöschen der Auflassungsvormerkung bei bestandskräftiger Versagung der behördlichen Genehmigung des Grundstückskaufvertrags (OLG München, Beschluss vom 06.02.2023, 34 Wx 5/23e) mit Anmerkung <b>Kübler-Wachendorff</b>	268 271		
FAMILIENRECHT				
9.	Zur rechtlichen Vorteilhaftigkeit der Miteigentümerstellung (OLG München, Beschluss vom 18.12.2023, 34 Wx 311/23e) mit Anmerkung <b>Fischer</b>	273 275		
10.	Auslegung einer Vollmachtserklärung zur Wirkung der Vollmacht über den Tod hinaus und bei Erbanfall zugunsten der Bevollmächtigten (OLG Bremen, Beschluss vom 31.08.2023, 3 W 15/23)	279		
ERBRECHT				
11.	Wirksamkeit der testamentarischen Einsetzung des Berufsbetreuers zum Alleinerben (OLG Nürnberg, Beschluss vom 19.07.2023, 15 Wx 988/23)	280		
12.	Erteilung einer Bescheinigung über die Annahme des Testamentsvollstreckeramtes (OLG Köln, Beschluss vom 12.05.2023, 2 Wx 65/23)	283		
13.	Keine Beeinträchtigung des Vertragserben durch Schenkung an den Pflichtteilsberechtigten (OLG Düsseldorf, Urteil vom 08.07.2022, 7 U 136/21) mit Anmerkung <b>Meier</b>	284 289		
<b>Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht</b>				
14.	Ermächtigung zur Ausnutzung des genehmigten Kapitals unter Ausschluss des Bezugsrechts (BGH, Urteil vom 23.05.2023, II ZR 141/21 – Ls.)	292		



Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 3 | 2024

15. Anmeldung durch aufschiebend bedingten bestellten Geschäftsführer (OLG Hamm, Beschluss vom 15.06.2023, 27 W 42/23)	292 293
mit Anmerkung <b>Krafka</b>	

16. Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen aufgrund fehlerhaften Versammlungsortes (OLG München, Urteil vom 22.03.2023, 7 U 1995/21 – Ls.)	294
---	-----

17. Kein Lösungsanspruch nach der DS-GVO im Registerwesen (OLG Naumburg, Beschluss vom 11.01.2023, 5 Wx 14/22)	295
--	-----

**Internationales Privatrecht**

18. Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts des unter Betreuung stehenden Erblassers (OLG München, Beschluss vom 09.02.2023, 33 UH 4/23e)	296
---	-----

**Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht**

19. Zur Offenkundigkeit nach § 727 Abs. 1, 2 ZPO (BGH, Beschluss vom 08.11.2023, VII ZB 20/20)	298
---	-----

20. Klauselerteilung an den Rechtsnachfolger einer gelöschten Personengesellschaft (OLG Brandenburg, Beschluss vom 31.01.2023, 7 W 12/23)	300 300
mit Anmerkung <b>Volmer</b>	

**Steuerrecht**

21. Erbschaftsteuerrechtliche Behandlung der Vor- und Nacherbschaft (BFH, Beschluss vom 28.06.2023, II B 79/22 – Ls.)	301
---	-----

22. Übertragung des Zuwendungsnießbrauchs an minderjährige Kinder (BFH, Urteil vom 20.06.2023, IX R 8/22)	301
--	-----

23. Fremdübliche Verzinsung einer Darlehnsforderung (BFH, Urteil vom 22.02.2023, I R 27/20)	304
--	-----

<b>SONSTIGES</b>	<b>310</b>
------------------	------------

<b>Veranstaltungshinweise</b>	310
-------------------------------	-----

<b>Neuerscheinungen</b>	313
-------------------------	-----

<b>STANDESNACHRICHTEN</b>	<b>314</b>
---------------------------	------------

# Die Hypothek in der Kaufvertragsabwicklung – Risiken der Vertragsabwicklung, insbesondere bei öffentlichen Gläubigern

Von Notar Priv.-Doz. Dr. Patrick Meier, Bischofsheim i. d. Röhn/Würzburg, und  
Notar Dr. Jonas Bühler, Neu-Ulm

Auch wenn Grundschulden heute die bei weitem häufigste Sicherung für Geldschulden an einem Grundstück darstellen, sind Notar und Beteiligte immer wieder auch mit einer im Grundbuch eingetragenen Hypothek im Rahmen einer Kauf- oder sonstigen Übertragungsvertragsabwicklung konfrontiert. In vielen Fällen besteht die Hypothek als Zwangssicherungshypothek, nicht selten zugunsten einer öffentlichen Stelle, wie etwa dem FA. Gerade die Eintragung eines solchen Rechts im Grundbuch löst mitunter den Bedarf nach einer Veräußerung des betroffenen Grundstücks aus, um Liquidität für den Veräußerer zu schaffen und eine möglicherweise drohende Zwangsvollstreckung abzuwenden, selbst wenn eine solche bislang nicht angeordnet ist. Für den Erwerber ist es dabei, wie stets, von zentraler Bedeutung, dass die Lastenfreistellung gesichert, er insbesondere bei Zahlung des Kaufpreises nicht dem Risiko ausgesetzt ist, dass die Löschung des eingetragenen Rechts scheitert und er daher nur ein belastetes und damit rechtsmangelhaftes Grundstück erhält. Wirtschaftlich müsste der Erwerber andernfalls damit rechnen, die gesicherte Schuld erneut an den Gläubiger erbringen zu müssen, wobei ein etwaiger Rückforderungsanspruch gegen den Veräußerer nicht zuverlässig durchsetzbar ist. Die Sicherstellung der Lastenfreistellung ist Amtspflicht des Notars, deren Missachtung erhebliche Haftungsrisiken auslösen kann. Virulent sind diese Fragen in jüngerer Zeit vor allem aufgrund des Verhaltens von FAs als Hypothekengläubiger geworden.

## I. Bisheriger Standard zur Lastenfreistellung und (neue) Risiken

Bisher ist es in solchen Fällen meist Standard, dass der Gläubiger der (Zwangssicherungs-)Hypothek zur Abgabe einer Löschungsbewilligung oder einer löschungsfähigen Quittung aufgefordert wird, die dieser in der Folge auflagenfrei oder unter einer Treuhandaufgabe dem Notar zur

weiteren Verwendung übersendet.<sup>1</sup> Wird vom Gläubiger, wie häufig, ein Ablösungsbetrag verlangt, entspricht es der üblichen Gestaltung, eine Regelung im Kaufvertrag zu implementieren, wonach der so geforderte Betrag vom Käufer unmittelbar an den Gläubiger in Anrechnung auf den geschuldeten Kaufpreis überwiesen wird.<sup>2</sup> Im Anschluss daran entlässt der Gläubiger den Notar aus der Treuhandaufgabe und ermöglicht damit den Vollzug der zuvor abgegebenen Erklärung im Grundbuch. Bei Grundschulden für eine Privatperson wird häufig eine Löschungsvormerkung zugunsten des Erwerbers am Grundpfandrecht bewilligt und eingetragen,<sup>3</sup> sodass eine mögliche Abtretung oder eine sonstige Verfügung über das Grundpfandrecht durch den Gläubiger nach § 883 Abs. 2 BGB dem Berechtigten gegenüber relativ unwirksam ist und er daher seinen Lösungsanspruch durchsetzen kann.<sup>4</sup> In Bezug auf Grundpfandrechte zugunsten institutioneller Gläubiger, insbesondere Banken (unabhängig davon, ob es sich um Hypotheken oder Grundschulden handelt) sowie bei Zwangssicherungshypotheken mit einer öffentlichen Stelle als Berechtigtem, sind dagegen weitergehende Sicherungsmaßnahmen nicht üblich,<sup>5</sup> da diesen ein erhöhtes Vertrauen entgegengebracht wird, weshalb bisher davon ausgegangen wurde, dass auf die

- 1 Die Abgabe einer Löschungsbewilligung ist bei Hypotheken jedoch zweifelhaft, da sich diese mit dem Erlöschen der Forderung in eine Eigentümergrundschuld umwandelt (§§ 1163, 1177 BGB; dazu unten II. 1.). Präziser wäre es, bei Hypotheken stets mit löschungsfähigen Quittungen zu arbeiten; die Bewilligung zur Löschung der Eigentümergrundschuld wird dann vom Eigentümer-Verkäufer abgegeben. Muster einer löschungsfähigen Quittung bei *Krauβ*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 10. Aufl. 2024, B. IV. 2. Rdnr. 2529.
- 2 Siehe die „Standardgestaltung“ bei *Krauβ*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 2452. Die Ablösevereinbarung sollte als unechter Vertrag zugunsten Dritter ausgestaltet sein (vgl. dazu Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, 6. Aufl. 2022, Teil 2 Kap. 2 Rdnr. 164 ff.).
- 3 Beck'sches Notarhandbuch/*Everts*, 8. Aufl. 2024, § 1 Rdnr. 210; *Krauβ*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 2703 f.
- 4 *Krauβ*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 2707.
- 5 Siehe *Krauβ*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 2704.

durch sie abgegebene Löschungsbewilligung oder lösungsfähige Quittung uneingeschränkt vertraut werden kann und deshalb die Übersendung unter Treuhandaufgabe ausreichend sei.<sup>6</sup> Eine gefestigte Meinung zu Privathypotheken lässt sich mangels Stellungnahmen in der Literatur nicht erkennen.

Allerdings erscheint fraglich, ob an der dargestellten Praxis jedenfalls im Hinblick auf Hypotheken, insbesondere Zwangssicherungshypotheken, festgehalten werden kann. In der praktischen Abwicklung von Kaufverträgen hat sich in der vergangenen Zeit wiederholt gezeigt, dass vor allem FAs von einer faktischen Möglichkeit zur Unterminierung ihrer eigenen lösungsfähigen Quittung oder Löschungsbewilligung Gebrauch machen und so die Interessen des Erwerbers gefährden sowie den reibungsreichen Vollzug der Vereinbarung verhindern. Geht der für die Ablösung geforderte Betrag bei der öffentlichen Stelle ein, übersendet diese in manchen Situationen – mitunter im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Entlassung aus dem Treuhandvertrag – eine lösungsfähige Quittung oder eine sonstige Zahlungsbestätigung in der Form des § 29 Abs. 1 GBO an das Grundbuchamt und verbindet dies mit einem Verwaltungsakt über die Pfändung der hiernach entstehenden Eigentümergrundschuld für weitere, bislang nicht durch die Hypothek gesicherte (Steuer-)Forderungen.<sup>7</sup>

Dies führt dazu, dass im Nachgang der mit der Eigentumsbeschreibung vorgelegte Antrag auf Löschung der eingetragenen Zwangssicherungshypothek aufgrund des zugunsten der öffentlichen Stelle bestehenden Pfandrechts (lastend an der nunmehr entstandenen Eigentümergrundschuld) zunächst nicht möglich ist und daher der Erwerber kein lastenfreies Grundstück erlangen kann.<sup>8</sup> Für den Notar ist dies in besonderer Weise risikoträchtig, da er ebenso wie der Erwerber zunächst keine Kenntnis von der (erneuten) Pfändung erlangt und daher bereits der volle Kaufpreis durch den Erwerber bezahlt ist, obwohl eine Lastenfreistellung nicht sichergestellt ist. Das Hindernis wird regelmäßig erst beim Vollzug der Auflassung erkannt; in diesem Fall ist jedoch die Leistung seitens des Erwerbers bereits komplett erbracht, sodass für ihn das Risiko besteht, die öffentliche Stelle als pfändenden Gläubiger ggf. erneut ablösen zu müssen, einen etwaigen Regressanspruch gegen den Veräußerer aber nicht durchsetzen zu können. Sollte es zu einer solchen Situation kommen, wird sich der Erwerber

regelmäßig im Wege des Schadensersatzanspruchs an den Notar halten, um seine Verluste dort zu liquidieren.<sup>9</sup>

## II. Materielle Betrachtung

Ehe die Frage nach möglichen weitergehenden Sicherungsmaßnahmen durch die notarielle Vertragsgestaltung gestellt werden kann,<sup>10</sup> ist zunächst erforderlich, die materiellen Wirkungen des beschriebenen Vorgehens zu betrachten und damit festzustellen, ob hieraus tatsächlich ein Hindernis für den ungestörten Vollzug resultiert.

### 1. Bedeutung der Zahlung

Die Hypothek ist als akzessorisches Recht im Gegensatz zur Grundschuld vom Bestand und dem Inhalt der Forderung abhängig, die durch sie gesichert wird.<sup>11</sup> Dies gilt in gleicher Weise für Zwangssicherungshypotheken, die aufgrund der Vorgaben der AO eingetragen werden, weil § 322 Abs. 1 AO insoweit auf die Vorschriften der §§ 864 ff. ZPO verweist und eine nach diesen Regeln entstandene Zwangssicherungshypothek unstreitig den Vorgaben des BGB unterfällt.<sup>12</sup>

#### a) Entstehen einer Eigentümergrundschuld

Unabhängig von der speziellen Regelung des § 1184 BGB führt die Erfüllung der gesicherten Forderung zu deren Erlöschen und damit regelmäßig<sup>13</sup> zum Übergang der Hypothek auf den Eigentümer, § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB. In der Konsequenz wandelt sich, soweit keine Forderung für den Eigentümer besteht,<sup>14</sup> die vormalige Hypothek gemäß § 1177 Abs. 1 Satz 1 BGB zu einer Eigentümergrundschuld um. Materiellrechtlich steht daher durch die Zahlung, auch wenn diese vom Erwerber kommen mag, das Recht dem derzeitigen Eigentümer, mithin dem Veräußerer zu. Bestünde stattdessen von Anfang an eine Grundschuld, so würde sich an der materiellen Rechtszuständigkeit durch die Zahlung, die sich typischerweise auf die gesicherte Forderung bezieht, regelmäßig nichts ändern, soweit nicht ausnahmsweise auf die Grundschuld selbst geleistet wird.<sup>15</sup>

6 Bei bereits angeordneter Zwangsversteigerung wird teilweise mit einem Anderkonto gearbeitet, vgl. *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Muster Nr. 26, Rdnr. 7549.

7 Am DNotI sind hierzu in jüngerer Zeit wiederholt Anfragen vor allem auch aus Bayern eingegangen. Es steht zu befürchten, dass es darüber hinaus eine erhebliche Anzahl an Fällen gibt, die dem DNotI nicht bekannt werden.

8 Die Zustimmungsbefähigung ist unstreitig. Zweifelhaft ist lediglich, ob sich diese aus einer Analogie zu § 876 BGB (so z. B. BeckOGK-BGB/*Enders*, Stand: 01.01.2024, § 876 Rdnr. 20) oder aus einer Analogie zu §§ 135, 136 BGB (so *Staudinger/Heinze*, Neub. 2018, § 876 Rdnr. 10) ergibt (insoweit offen MünchKomm-BGB/*Letzmaier*, 9. Aufl. 2023, § 876 Rdnr. 9).

9 Siehe zur Belehrungspflicht über ungesicherte Vorleistungen Beck'sches Notarhandbuch/*Dallwig*, § 35 Rdnr. 116 B; BeckOGK-BeurkG/*Regler*, Stand: 01.10.2023, § 17 Rdnr. 78 ff.

10 Siehe hierzu IV.

11 Vgl. *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 36 Rdnr. 59; *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, 10. Aufl. 2021, Rdnr. 114; BeckOGK-BGB/*Kern*, Stand: 01.02.2024, § 1113 Rdnr. 78.

12 MünchKomm-ZPO/*Dörndorfer*, 6. Aufl. 2020, § 867 Rdnr. 53; *Musielak/Voit/Flockenhaus*, ZPO, 20. Aufl. 2023, § 867 Rdnr. 7.

13 Eine Ausnahme besteht jedoch im Rahmen des § 1164 BGB, soweit der Schuldner nicht der Eigentümer ist, den Gläubiger befriedigt und Regress beim Eigentümer nehmen kann.

14 Siehe zum Übergang auch der Forderung gegen einen vom Eigentümer verschiedenen Schuldner § 1143 BGB.

15 *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 44 Rdnr. 23; *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, Rdnr. 224–226; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 2305 ff.

b) Kein Übergang der Hypothek auf den Erwerber durch Zahlung

Etwas anderes würde im Hinblick auf die Hypothek nur dann gelten, wenn gemäß §§ 1150, 268 Abs. 3 BGB der Erwerber als Dritter auf die Forderung geleistet hätte und somit die Forderung und damit auch die Hypothek (§ 401 BGB) auf ihn übergegangen wären. Der Anwendungsbereich des § 268 BGB ist bei Übertragungsverträgen grundsätzlich eröffnet, da der Vormerkungsgesicherte Erwerber über ein Ablösungsrecht nach § 268 Abs. 1 Satz 1 BGB verfügt<sup>16</sup> und bereits die Eintragung der Zwangshypothek ein „Betreiben der Zwangsvollstreckung“ im Sinne der Vorschrift darstellt.<sup>17</sup> Einem Übergang der Hypothek auf den Erwerber stünde auch § 268 Abs. 3 Satz 2 BGB nicht entgegen, da sich hier nach zwar der Übergang nicht zum Nachteil des Gläubigers auswirken darf, allerdings der von dieser Regelung ausgehende Schutz nicht so weit reicht, dass er dem bisherigen Gläubiger die Möglichkeit der Pfändung des übergebenen Rechts beim Schuldner weiterhin gestatten will.<sup>18</sup> Vielmehr soll durch die Vorschrift lediglich verhindert werden, dass der ablösungsberechtigte Dritte bei einer teilweisen Befriedigung des Gläubigers die so erworbene Forderung zum Nachteil des Gläubigers einsetzt, was bei einer vollständigen Ablösung aber nicht zu befürchten ist.<sup>19</sup>

Für eine Anwendbarkeit des § 268 Abs. 3 BGB fehlt es jedoch an der Drittleistung durch den Erwerber. Dieser leistet nicht selbst an den Rechtsinhaber, sondern bezweckt mit seiner Zahlung – auch für den Grundpfandrechtsgläubiger erkennbar –, seine Verpflichtung im Verhältnis zum Veräußerer zum Erlöschen zu bringen.<sup>20</sup> Daher handelt der Erwerber nicht mit der Zielsetzung, eine fremde Schuld zu tilgen, sondern entrichtet die Zahlungen deshalb an den Gläubiger, da er hierzu aufgrund des bestehenden Vertrags mit dem Schuldner verpflichtet ist. Eine Drittleistung im Sinne des § 268 BGB scheidet aus, soweit eine vorrangige eigenständige Verpflichtung des Leistenden gegenüber dem Schuldner besteht,<sup>21</sup> was in den dargestellten Situationen der Fall ist. Es bleibt daher bei dem Grundsatz des Entstehens einer Eigentümergrundsuld beim Veräußerer (§ 1163 Abs. 1 Satz 2, § 1177 BGB), wenn der Käufer den Drittgläubiger vereinbarungsgemäß ablöst.

Eine solche Drittleistung – und damit der Übergang der Hypothek auf den Erwerber – kann auch nicht dadurch hervorgerufen werden, dass die Parteien des Kaufvertrags

vereinbaren, der Erwerber solle „als Dritter“ leisten. Die Frage des Vorliegens einer Drittleistung tangiert nicht nur die Interessen der Kaufvertragsbeteiligten, sondern auch die des Gläubigers. Dass seine Interessen vom Gesetz als beachtlich eingestuft werden, zeigen die Vorgaben des § 268 Abs. 3 Satz 2 BGB sowie die Existenz des § 267 BGB. Der Gläubiger muss daher wissen, ob er durch einen privilegierten oder einen sonstigen Dritten oder durch eine Person, die lediglich Zahlstelle des Schuldners ist, befriedigt wird. Dies ist schon deshalb erforderlich, damit der Gläubiger erkennen kann, ob er befugt ist, die Zahlung zurückzuweisen (§ 267 BGB), oder wer ggf. sein Gläubiger im Falle einer Störung und etwaigen Rückabwicklung ist, um so feststellen zu können, ob ihm Gegenrechte zustehen. Würde man eine Vereinbarung zwischen Schuldner und Drittem zulassen, würden diese Interessen des Gläubigers missachtet und ihm ggf. ein Zahlender gegen seinen Willen aufgezwungen. Die Bestimmung, ob ein Fall des § 268 BGB vorliegt, ist daher objektiv aus der Perspektive des Gläubigers vorzunehmen, weshalb eine diesbezügliche Vereinbarung ausgeschlossen ist.

## 2. Möglichkeit der Pfändung

Eine Eigentümergrundsuld ist als eigenständiges, vermögenswertes Recht des Schuldners der Pfändung unterworfen. Nach § 857 Abs. 6 ZPO erfolgt diese an sich nach den Vorschriften über die Pfändung einer Hypothekenforderung, mithin nach § 830 ZPO.<sup>22</sup> Folglich bedarf es eines gerichtlichen Pfändungsbeschlusses und bei einem Briefrecht der Übergabe des Briefs, andernfalls der Eintragung im Grundbuch.<sup>23</sup> Da es sich bei einer Sicherungshypothek wegen § 1185 Abs. 1 BGB stets um ein Buchrecht handelt, kann die Pfändung der hieraus entstandenen Eigentümergrundsuld nur bei Eintragung im Grundbuch erfolgen.

a) Pfändung durch eine öffentliche Stelle, insbesondere das FA

Soweit eine Pfändung seitens des FA<sup>24</sup> in Rede steht, gelten die §§ 281 ff. AO. Insoweit bestimmt der über § 321 Abs. 6 AO bei der Vollstreckung in Grundschulden anwendbare § 310 AO<sup>25</sup> parallele Voraussetzungen zu denen der ZPO, sodass es einer Pfändung und deren Eintragung im Grundbuch bedarf. Die Pfändung nach § 281 Abs. 1 AO stellt dabei

16 BGH, Urteil vom 01.03.1994, XI ZR 149/93, NJW 1994, 1475.

17 Vgl. dazu BeckOGK-BGB/Krafka, Stand: 01.01.2024, § 268 Rdnr. 7 und Rdnr. 13.

18 Insoweit ist die Formulierung in RG, Urteil vom 18.02.1931, V 131/30, RGZ 131, 323, 325 wohl kaum zutr., wonach die Norm den Gläubiger so stellen soll, als wenn der Schuldner selbst geleistet hätte.

19 Vgl. MünchKomm-BGB/Krüger, 9. Aufl. 2022, § 268 Rdnr. 15; BeckOK-BGB/Lorenz, § 268 Rdnr. 12.

20 Siehe z. B. BGH, Urteil vom 23.10.2003, IX ZR 270/02, NJW 2004, 1169, 1170.

21 BeckOGK-BGB/Krafka, § 267 Rdnr. 22; BeckOK-BGB/Lorenz, § 267 Rdnr. 6.

22 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 2467; Musielak/Voit/Flockenhaus, ZPO, § 857 Rdnr. 17; ausführlich hierzu Wieczorek/Schütze/Lüke, ZPO, 4. Aufl. 2015, § 857 Rdnr. 98 ff.; Stein/Jonas/Würdinger, ZPO, 23. Aufl. 2017, § 857 Rdnr. 60 ff.

23 Siehe zur abweichenden, heute nicht mehr ernstlich vertretenen, Ansicht, wonach nur die Zustellung ausreichen soll: Wieczorek/Schütze/Lüke, ZPO, § 857 Rdnr. 98 f.; Stein/Jonas/Würdinger, ZPO, § 857 Rdnr. 62 f.

24 In Bayern sind die FAs nach Art. 25 Abs. 1 BayVwZVG für die Vollstreckung sämtlicher Verwaltungsakte in Bezug auf Geldleistungen des Freistaats zuständig.

25 Vgl. Klein/Werth, AO, 16. Aufl. 2022, § 321 Rdnr. 6 und § 310 Rdnr. 2.

einen Verwaltungsakt dar,<sup>26</sup> der durch die Finanzbehörde selbst erlassen werden kann.<sup>27</sup> Einer Mitwirkung des Gerichts bedarf es insoweit nicht.<sup>28</sup> Gemäß § 310 Abs. 1 Satz 3 2. Hs. AO erfolgt die Eintragung im Grundbuch aufgrund eines entsprechenden Ersuchens der Vollstreckungsbehörde. Zwar finden in Bezug auf die Pfändung der Grundschuld die Vorschriften über die Pfändung einer durch Hypothek gesicherten Forderung Anwendung (§ 857 Abs. 6 ZPO, § 321 Abs. 6 AO), sodass auch § 829 ZPO bzw. § 309 AO zu beachten wären. In beiden Rechtsgebieten gilt dabei letztlich die Regelung des § 857 Abs. 2 ZPO, wonach die Pfändung mit dem Zeitpunkt als bewirkt anzusehen ist, in welchem die Zustellung an den Schuldner erfolgt ist.<sup>29</sup> Daher ist eine Zustellung an den Drittschuldner grundsätzlich nicht erforderlich, da ein solcher nicht existiert.<sup>30</sup> Ob für die Pfändung die Zustellung an den Eigentümer notwendig ist, ist umstritten, wird aber überwiegend bejaht.<sup>31</sup> Soweit man dies mit der herrschenden Meinung verlangt, ist die im Grundbuch eingetragene Pfändung zunächst unwirksam, wenn die Verfügung nicht auch an den Eigentümer zugestellt wird. Da das Fehlen dieser Voraussetzung aber nicht in der Form des § 29 Abs. 1 GBO dem Grundbuchamt nachgewiesen werden kann, wird ein hierauf gestütztes Lösungsbegehren von vornherein aussichtslos sein. Zudem kann die pfändende Stelle die Zustellung jederzeit bewirken und damit der eingetragenen Pfändung zur Wirksamkeit verhelfen, sodass die Unwirksamkeit zumindest potenziell lediglich temporär ist.

#### b) Grundbuchverfahrensrechtlicher Nachweis des Entstehens der Eigentümergrundschuld

Grundbuchverfahrensrechtlich wird die Voreintragung des Eigentümers (§ 39 GBO) als Berechtigter der Grundschuld für eine Pfändung regelmäßig nicht verlangt.<sup>32</sup> Eine solche soll entbehrlich sein, um den Vollstreckungszugriff der Gläubiger nicht unnötig zu erschweren. Gleichwohl ist es aber erforderlich, dass dem Grundbuchamt die von der Eintragung abweichende materielle Berechtigung des Eigentümers auch hinsichtlich des Grundpfandrechts nachge-

wiesen wird.<sup>33</sup> Dies hat in der Form des § 29 Abs. 1 GBO zu erfolgen.

Für einen Unrichtigkeitsnachweis im Sinne des § 22 GBO ist in einer solchen Situation etwa ein Verzicht des Gläubigers, eine Erklärung seinerseits, dass die Forderung nicht entstanden ist oder nicht entstehen werde oder eine löschungsfähige Quittung ausreichend.<sup>34</sup> Letzteres setzt allerdings voraus, dass diese sich an den Schuldner richtet und zudem die Person des Zahlenden benennt, um den Charakter als Quittung aufzuweisen.<sup>35</sup> Richtigerweise ist jedoch auch eine Berichtigungsbewilligung des Gläubigers im Sinne des § 19 GBO ausreichend, um das Entstehen der Eigentümergrundschuld zu belegen und nachfolgend die Pfändung einzutragen.<sup>36</sup> Es genügt daher, wenn die öffentliche Stelle ihrerseits erklärt, dass das Grundbuch unrichtig und eine Eigentümergrundschuld entstanden ist.<sup>37</sup> § 22 Abs. 2 GBO gebietet zwar, dass die Eintragung des Eigentümers oder Erbbauberechtigten nur erfolgen darf, wenn dieser zustimmt; der Regelungsgehalt der Vorschrift bezieht sich aber nach seinem systematischen und teleologischen Zusammenhang allein auf Eintragungen in Abteilung I des Grundbuchs.<sup>38</sup> Die Norm will verhindern, dass einer Person das Grundstückseigentum oder ein Erbbaurecht aufgedrängt wird, da mit der Stellung als Berechtigtem auch Verpflichtungen und Nachteile einhergehen können.<sup>39</sup> Vergleichbare Überlegungen bestehen allerdings für eine Eigentümergrundschuld nicht, weil von ihr für sich genommen keine Verpflichtungen ausgehen. Zudem ist anerkannt, dass der Verzicht oder die löschungsfähige Quittung alleine zur Berichtigung des Grundbuchs ausreichend sind,<sup>40</sup> die aber für sich genommen keine höhere Richtigkeitsgewähr bieten als eine Berichtigungsbewilligung durch den Gläubiger. Sind damit einseitige Erklärungen des Gläubigers in Form des Verzichts oder der löschungsfähigen Quittung ausreichend, um die Mitwirkung des Eigentümers unnötig zu machen, kann für die Berichtigungsbewilligung nichts anderes gelten. Zudem greift § 22 Abs. 2 GBO nicht,

26 BVerwG, Urteil vom 23.03.1987, 9 C 10.86, BVerwGE 77, 139, 140; OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 27.10.1971, XII A 969/69, OVG 27, 138.

27 Nach Art. 26 Abs. 1 BayVwZVG können zudem auch die Gemeinden, Landkreise, Bezirke und Zweckverbände selbst eine entsprechende Vollstreckungsanordnung erlassen.

28 Siehe dazu: Koenig/Klüger, AO, 4. Aufl. 2021, § 281 Rdnr. 7.

29 Stein/Jonas/Würdinger, ZPO, § 829 Rdnr. 22.

30 BeckOK-ZPO/Riedel, Stand: 01.12.2023, § 857 Rdnr. 20; MünchKomm-ZPO/Smid, § 857 Rdnr. 35; Koenig/Klüger, AO, § 321 Rdnr. 26; Klein/Werth, AO, § 321 Rdnr. 6.

31 Hierfür: MünchKomm-ZPO/Smid, § 857 Rdnr. 35 (unter Verweis auf § 857 Abs. 2 ZPO); Koenig/Klüger, AO, § 321 Rdnr. 26; Klein/Werth, AO, § 321 Rdnr. 6; dagegen aber BeckOK-ZPO/Riedel, § 857 Rdnr. 20.

32 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 2468; Stöber/Relermeyer, Forderungspfändung, 17. Aufl. 2020, F.183 m. N.

33 OLG Hamburg, Beschluss vom 03.06.1976, 2 W 44/76, Rpfleger 1976, 371; OLG Köln, Beschluss vom 01.04.1960, 8 W 34/60, NJW 1961, 368.

34 Zur löschungsfähigen Quittung: BGH, Beschluss vom 26.02.2015, V ZB 30/14, NJOZ 2015, 725; BayObLG, Urteil vom 23.02.1995, 2 Z BR 113/94, NJW-RR 1995, 852.

35 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 24.04.2017, 20 W 93/17, RNotZ 2017, 521, 524; OLG Köln, Beschluss vom 01.04.1960, 8 W 34/60, NJW 1961, 368, 368 f.

36 Wie hier: BeckOK-GBO/Wilsch, Stand: 01.03.2024, Sonderbereiche, Pfändung im Grundbuchverfahren, Rdnr. 68.

37 Anders aber für den Fall, dass nur erklärt wird, befriedigt worden zu sein, da dann offen bleibt, ob dies zu einer Eigentümergrundschuld führt: OLG Hamm, Beschluss vom 23.12.2004, 15 W 372/04, FGPrax 2005, 58.

38 Siehe dazu KEHE/Meier, Grundbuchrecht, 9. Aufl. 2023, § 22 Rdnr. 164 ff.

39 Hahn/Mugdan, Materialien V (ZVG u. GBO), 1881, S. 219.

40 BGH, Beschluss vom 26.02.2015, V ZB 30/14, NJOZ 2015, 725; BayObLG, Urteil vom 23.02.1995, 2 Z BR 113/94, NJW-RR 1995, 852.

wenn die Eintragung aufgrund eines Ersuchens einer Behörde (§ 38 GBO) erfolgt, weil insoweit auch notwendige Zustimmungen ersetzt werden.<sup>41</sup> Dies ist für die Eintragung der Pfändung einer Hypothek oder Grundschuld wegen § 310 Abs. 1 Satz 3 2. Hs. AO der Fall, sodass selbst wenn man § 22 Abs. 2 GBO auf Rechte in Abteilung III erstrecken wollte, eine Zustimmung jedenfalls bei einer behördlichen Maßnahme entbehrlich wäre.

Weist die öffentliche Stelle mithin den Übergang der Grundschuld auf den Eigentümer und damit die Unrichtigkeit des Grundbuchs gegenüber dem Grundbuchamt nach und reicht zudem die Pfändung als Verwaltungsakt in der Form des § 29 Abs. 1 GBO ein, hat das Grundbuchamt diese einzutragen. In einem derartigen Fall kann die Löschung des eingetragenen Grundpfandrechts nicht mehr ohne Weiteres erfolgen, weil die Zustimmung des Belastungsgläubigers zu dessen Aufhebung erforderlich ist.<sup>42</sup>

#### c) Gefahr auch bei anderen Hypothekengläubigern

Oggleich das beschriebene Vorgehen sich bislang, soweit bekannt, praktisch nur bei FAs beobachten lässt, existiert die Möglichkeit zu einer solchen Handhabung grundsätzlich bei jeder öffentlichen Stelle, soweit sie zur Selbsttitulierung befugt ist und daher nach Eingang der Zahlung des Erwerbers ohne Weiteres die Pfändung bewirken kann. Vor diesem Hintergrund besteht auch im Verhältnis zu Gemeinden, Landkreisen, dem Freistaat Bayern<sup>43</sup> oder einem anderen Bundesland oder dem Bund sowie sonstigen öffentlichrechtlichen Institutionen für den Erwerber keine Sicherheit, dass eine lösungsfähige Quittung für die unmittelbare Lastenfreistellung ausreichend ist. Theoretisch könnte sogar ein Privater eine derartige Wiederpfändung bewirken, soweit er über einen entsprechenden Titel verfügt und diesen sodann zur Pfändung nach § 857 Abs. 6, § 830 ZPO einsetzt. Dies ist zwar praktisch regelmäßig schon wegen der Bearbeitungszeiten bei den zuständigen Gerichten selten denkbar, sicher ausschließen lässt sich dies dennoch nicht.

Das Risiko einer Pfändung einer eingetragenen Fremdhypothek besteht zudem auch durch andere Gläubiger. Ist das so eingetragene Grundpfandrecht bereits verdeckt zur Eigentümergrundschuld geworden, kann ein anderer Gläubiger diese Grundschuld ebenfalls zur eigenen Befriedigung pfänden. Zwar wird die Eintragung zunächst nicht möglich sein, da es typischerweise einem anderen Gläubiger nicht gelingen wird, das Bestehen der Eigentümergrundschuld dem Grundbuchamt gegenüber in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachzuweisen. Es ist jedoch denkbar, dass der Drittgläubiger die Pfändung bereits vor der Eigentumsumschreibung inklusive geplanter Lastenfreistellung

an das Grundbuchamt sendet und die Eintragung beantragt. Reicht später der Notar eine lösungsfähige Quittung beim Grundbuchamt ein, ist der Nachweis des Entstehens der Eigentümergrundschuld geführt. Nach § 17 GBO ist der frühere Antrag zur Eintragung der Pfändung zunächst zu vollziehen, sodass eine Löschung wiederum nicht erfolgen kann. Auch hiervon wird der Notar typischerweise erst bei Beantragung der Eigentumsumschreibung Kenntnis erlangen, weshalb sich wiederum erhebliche Gefahren für den Erwerber ergeben.

Keine solchen Schwierigkeiten können allerdings auftreten, wenn eine Grundschuld im Grundbuch eingetragen ist. Da diese nicht durch die Bezahlung der gesicherten Forderung auf den Eigentümer übergeht,<sup>44</sup> kann diese auch nicht durch Gläubiger des Eigentümers gepfändet werden. Soweit es sich um einen Privatgläubiger handelt, empfiehlt sich allerdings die Bewilligung einer Löschungsvormerkung im Sinne des § 883 BGB durch diesen, um einen etwaigen Zugriff dessen Gläubiger auszuschließen.<sup>45</sup>

### 3. Anspruch auf Zustimmung zur Löschung

Auch wenn damit formal die Zustimmung des Gläubigers, der die Eigentümergrundschuld gepfändet hat, zum Vollzug der Löschung des Grundpfandrechts im Grundbuch erforderlich ist, sagt dies noch nichts darüber aus, ob hierauf ein Anspruch besteht.

#### a) Anspruch aus § 1144 BGB

§ 1144 BGB kann dem Erwerber dabei jedoch nicht helfen. Zwar gewährt die Norm einen Anspruch auf Herausgabe aller Unterlagen, die für die Löschung erforderlich sind. Allerdings steht der Anspruch nach dem Wortlaut dem Eigentümer zu. Da es sich nicht um eine Drittleistung handelt,<sup>46</sup> kommt auch eine Analogie im Hinblick auf den Erwerber nicht in Betracht. Darüber hinaus geht es nicht maßgeblich um die Unterlagen zur Löschung des ursprünglichen Grundpfandrechts. Diese hat der Eigentümer in aller Regel vor der Zahlung bereits zu Händen des Notars erhalten. Die weitergehenden Unterlagen benötigt der Eigentümer allerdings, um die Hypothek trotz Pfändung löschen lassen zu können. Es bedarf daher in der Sache der Unterlagen für die Löschung *der Pfändung* als Belastung des Grundpfandrechts. Insoweit hat aber der Eigentümer den Gläubiger gerade nicht befriedigt, sodass der Tatbestand nicht erfüllt ist. Auch eine erweiternde Auslegung oder eine Analogie auf den hier in Rede stehenden Sachverhalt kommt nicht in Betracht. § 1144 BGB dient der Verhinderung eines gutgläubigen Erwerbs des Grundpfandrechts.<sup>47</sup> Eine Wiederpfändung – die sich zudem auf ein anderes dingliches Recht

41 KEHE/Meier, Grundbuchrecht, § 22 Rdnr. 166.

42 Die Zustimmungsbedürftigkeit ist unstrittig. Zweifelhaft ist lediglich, ob sich diese aus einer Analogie zu § 876 BGB (so z. B. BeckOGK-BGB/Enders, § 876 Rdnr. 20) oder aus einer Analogie zu §§ 135, 136 BGB (so Staudinger/Heinze, § 876 Rdnr. 10) ergibt (insoweit offen MünchKomm-BGB/Lettmaier, § 876 Rdnr. 9).

43 Siehe dazu Art. 24 ff. BayVwZVG.

44 Anders ist dies, wenn ausnahmsweise auf das dingliche Recht geleistet werden sollte, hierzu oben II. 1.

45 Beck'sches Notarhandbuch/Everts, § 1 Rdnr. 210; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 2703 f.

46 Dazu oben II. 1. b).

47 BeckOGK-BGB/Volmer, Stand: 01.02.2024, § 1144 Rdnr. 2; siehe auch MünchKomm-BGB/Lieder, 9. Aufl. 2023, § 1144 Rdnr. 1.

bezieht (Eigentümergrundschuld statt der Zwangssicherungshypothek) – ist allerdings gerade kein gutgläubiger Erwerb, sondern eine Maßnahme gegen den wahren Inhaber. Hiervor will allerdings § 1144 BGB nicht schützen und das Grundpfandrecht auch nicht auf Dauer einem etwaigen (berechtigten) Zugriff des früheren Gläubigers entziehen.

#### b) Anspruch aus einem Lösungsvertrag

Ein Anspruch auf Mitwirkung könnte sich bei einer Pfändung durch den zuvor gesicherten Gläubiger allerdings insbesondere aus einem Lösungsvertrag zwischen dem Gläubiger und dem Käufer oder Verkäufer ergeben.<sup>48</sup> Inhalt eines solchen Vertrags wäre die Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem Vertragspartner, dass sich ersterer zur Mitwirkung an der Löschung des eingetragenen Rechts verpflichtet, wenn er die geforderte Geldzahlung erhält.<sup>49</sup> Eine solche vertragliche Abrede ist nicht stets überflüssig, da zwar die notarielle Handhabung in aller Regel derart ausgestaltet ist, dass die erforderliche Lösungsbevollmächtigung oder die lösungsfähige Quittung vor der Zahlung übersandt und lediglich mit einem Treuhandauftrag versehen wird, allerdings zahlreiche Situationen bestehen, in denen zur Absicherung des Schuldners und des Käufers weitergehende Ansprüche nötig sind. Zu denken ist insoweit neben der hier dargestellten Situation auch an einen Sachverhalt, bei dem der Nachweis für das Grundbuchamt an zunächst unerkannten formellen Mängeln leidet und daher eine formgerechte Nachholung der Bewilligung oder Quittung erforderlich ist. Darüber hinaus zeigt eine sachgerechte und lebensnahe Auslegung der Interessen der Beteiligten, dass der Abschluss eines solchen Lösungsvertrags durch sie gewollt ist. Aus Sicht des Zahlenden und des Schuldners ist nicht anzunehmen, dass diese teils erhebliche Summen an den Grundpfandrechtsgläubiger zu erbringen bereit sind, ohne dass eine rechtliche Sicherheit in Form einer belastbaren Abrede mit einem verlässlichen Inhalt besteht. Würden die Beteiligten auf eine solche verzichten, blieben ihnen trotz umfangreicher Zahlungen lediglich die gesetzlichen Ansprüche, die mit erheblichen Unwägbarkeiten und praktischen Schwierigkeiten behaftet sind.<sup>50</sup> Auch der Gläubiger kann redlicherweise nicht verlangen, dass sich der Zahlende und der bisherige Schuldner auf eine solch unsichere Grundlage einlassen, sodass sich für ihn als objektiven Empfänger gemäß §§ 133, 157 BGB ergibt, dass die an ihn gerichtete Anfrage zur Löschung zugleich mit dem konkludenten Angebot auf Abschluss eines

entsprechenden Lösungsvertrags verbunden ist.<sup>51</sup> Lässt er sich hierauf ein und übersendet die erforderliche Grundbucherklärung unter Treuhandaufgabe, nimmt er dieses Angebot stillschweigend an. Damit kommt ein diesbezüglicher Lösungsvertrag zustande.<sup>52</sup>

Offen ist hiernach lediglich, ob Vertragspartner des Gläubigers der Eigentümer, der Erwerber oder beide sind. Richtigerweise kann der Vertrag nur mit dem Eigentümer abgeschlossen werden.<sup>53</sup> Die Zahlung erfolgt wirtschaftlich für den bisherigen Schuldner, was für den Gläubiger erkennbar ist.<sup>54</sup> Der Erwerber will hierdurch lediglich seine vertragliche Verpflichtung im Verhältnis zum Veräußerer erfüllen,<sup>55</sup> allerdings keine neue, eigenständige Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger eingehen. Daher entsteht die Abrede über die Verpflichtung zur Löschung ausschließlich im Verhältnis zwischen Gläubiger und Eigentümer.<sup>56</sup> Der Vertrag wird aber als solcher zugunsten Dritter geschlossen, da der Erwerber ein maßgebliches Interesse daran hat, dass es tatsächlich zur Löschung kommt, wohingegen der Veräußerer dies nur deshalb veranlasst, um das Grundstück wirtschaftlich sinnvoll verwerten zu können. Der Notar fungiert bei seiner Anfrage an den Gläubiger und der späteren Entgegennahme der Grundbucherklärung als Bote des Eigentümers.<sup>57</sup> Inhalt des übermittelten Angebots ist es, einen Lösungsvertrag abzuschließen, wobei dem Gläubiger ein Leistungsbestimmungsrecht hinsichtlich der Gegenleistung zukommt. Dieses Angebot nimmt der Gläubiger konkludent an, wenn er die Grundbucherklärung dem Notar übersendet, und übt dabei sein Leistungsbestimmungsrecht zugleich durch die Festlegung der Treuhandaufgabe aus. Der Notar ist insoweit Empfangsbote, der Zugang beim Eigentümer erfolgt jedenfalls, wenn der Notar diesem, regelmäßig im Zusammenhang mit einer Abschrift der Fälligkeitsermittlung, die Höhe der Treuhandaufgabe mitteilt. Spätestens in diesem Zeitpunkt ist damit der Lösungsvertrag perfekt, sodass der Gläubiger schuldrechtlich gegenüber dem Eigentümer zur Löschung des dinglichen Rechts verpflichtet ist, wenn die geforderten Zahlungen bei ihm eingegangen sind.

48 Eine solche Abrede wird häufig explizit begründet, wenn nachfolgend eine Vormerkung eingetragen werden soll: *Schöner*, DNotZ 1974, 327, 330 f.; *Vierling*, MittBayNot 2009, 78, 79; siehe auch DNotI-Report 2015, 25, 29; allgemein hierzu aber *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 2657.

49 Siehe zur Bindung hieran auch BGH, Urteil vom 30.01.1992, IX ZR 64/91, DNotZ 1992, 560, 560 f.

50 Auch *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 2657 geht insoweit von einer allgemeinen zivilrechtlichen Abrede aus, die neben dem öffentlichrechtlichen Treuhandvertrag steht.

51 Anders aber *Schöner*, DNotZ 1974, 327, 330 f., der davon ausgeht, die Übersendung der Lösungsunterlagen durch die Bank sei das Angebot.

52 Ebenso BGH, Urteil vom 30.01.1992, IX ZR 64/91, DNotZ 1992, 560, 561 für ein Freigabeverprechen.

53 So auch *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 2657; anders aber *Vierling*, MittBayNot 2009, 78, 79, der annimmt, dass der Vertrag mit dem Käufer zustande kommt.

54 Siehe dazu z. B. BGH, Urteil vom 23.10.2003, IX ZR 270/02, NJW 2004, 1169, 1170.

55 Siehe auch allgemein zu solchen Konstellationen: *Staudinger/Lorenz*, Neub. 2007, § 812 Rdnr. 42; *MünchKommBGB/Schwab*, 8. Aufl. 2020, § 812 Rdnr. 193; *BeckOK-BGB/Wendehorst*, § 812 Rdnr. 230.

56 Wie hier *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 2657; a. A. *Vierling*, MittBayNot 2009, 78, 79.

57 *Schöner*, DNotZ 1974, 327, 331; anders aber *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 2661, der insoweit eine Vollmacht annimmt.

Pfändet der Gläubiger später das nach Zahlung entstandene Eigentümerrecht,<sup>58</sup> verstößt er bereits hierdurch gegen seine Verpflichtungen aus § 241 Abs. 2 BGB, weil aus der primären Pflicht, die Löschung zu bewirken, gleichermaßen eine Nebenpflicht folgt, diese nicht willkürlich zu erschweren. Exakt dies geschieht aber durch die nachfolgende Pfändung, weil insoweit die ursprünglich erteilte Grundbucherklärung nicht mehr zur Löschung ausreicht und daher der Vollzug verkompliziert und regelmäßig auch verlängert wird.<sup>59</sup> Ein Anspruch auf Zustimmung zur Löschung würde sich folglich jedenfalls aus § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB i. V. m. § 249 BGB ergeben, da der Schädiger insoweit den Zustand wieder herzustellen hat, der ohne seine schädigende Handlung bestehen würde (Naturalrestitution).<sup>60</sup> Für die Anwendung des Schadensersatzanspruchs besteht aber im Ergebnis kein Bedürfnis. Aufgrund des bestehenden Lösungsvertrags ist der Gläubiger ohnehin zur Mitwirkung an der Löschung verpflichtet, was bereits als Primärpflicht die Abgabe sämtlicher Erklärungen einschließt, die für den Grundbuchvollzug nötig sind. Dies umfasst im Falle der Pfändung auch die spätere Zustimmung als Pfandgläubiger, sodass sich ein Anspruch hierauf bereits unmittelbar aus dem Lösungsvertrag ergibt. Mittels des Schadensersatzanspruchs können dann weitergehende Kosten, insbesondere solche der Verzögerung, liquidiert werden.

#### c) Treuwidrigkeit gemäß § 242 BGB

Selbst wenn man eine solche schuldrechtliche Vereinbarung über die Verpflichtung zur Löschung nicht bejahen wollte, wäre das Verhalten des pfändenden bisherigen Gläubigers zumindest treuwidrig, weshalb sich ein Anspruch auf Zustimmung zur Löschung der Eigentümergrundschuld aus § 242 BGB ergeben würde.

Insoweit ist § 242 BGB als allgemeiner Rechtsgrundsatz ebenfalls für das öffentliche Recht anerkannt<sup>61</sup> und bestimmt daher über seine systematische Stellung hinaus die gesamten rechtlichen Beziehungen von Menschen und Institutionen untereinander.<sup>62</sup> Eine schuldrechtliche Beziehung ist keine Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vorschrift;<sup>63</sup> diese kann daher insbesondere auch rechtsbegründend wirken, sodass aus ihr ein Anspruch gegen ein anderes Rechtssubjekt abgeleitet werden kann.<sup>64</sup> § 242 BGB existiert deshalb nicht nur als Abwehrrecht, sondern kann ebenso positive Rechte schaffen.<sup>65</sup> Die Treuwidrig-

keit folgt im betroffenen Sachverhalt daraus, dass sich der Gläubiger durch die nachgelagerte Pfändung objektiv widersprüchlich verhält.<sup>66</sup> Er erweckt durch die kommentarlose Übersendung einer löschungsfähigen Quittung oder Lösungsbeurteilung (in Bezug auf die Zwangshypothek) nach der Mitteilung des Notars über die Veräußerung den Eindruck, hierdurch sei der lastenfreie Erwerb des Käufers sichergestellt. Der Gläubiger weiß, dass regelmäßig die Zahlung des Kaufpreises von der Lastenfreistellung abhängen wird, um ungesicherte Vorleistungen zu verhindern. Die berechnete Erwartung des Erwerbers konterkariert der Gläubiger, wenn er nach Erhalt der ausbedungenen Zahlung die Pfändung wegen weiterer Forderungen betreibt – er handelt damit bewusst zulasten des redlichen Erwerbers.<sup>67</sup>

Ein solches Vorgehen geschieht auch ohne Not, denn es stünde dem Gläubiger grundsätzlich frei, einen höheren Ablösungsbetrag zu verlangen, insbesondere sofort offenzulegen, dass ihm noch weitere Forderungen zustehen und deren Begleichung ebenfalls zur Bedingung für die Verwendung der Lösungsunterlagen zu machen. Zwar geht der BGH davon aus, dass ein Zurückbehaltungsrecht gegen eine Grundbuchberichtigung aufgrund der Eintragung eines nichtigen Grundpfandrechts nicht bestehe,<sup>68</sup> weil insoweit § 1144 BGB die Möglichkeit zur Löschung gebiete. Daraus leitet die überwiegende Ansicht ab, dass auch ansonsten ein Zurückbehaltungsrecht gegen einen Lösungsanspruch nach Erfüllung der gesicherten Forderung nicht geltend gemacht werden könne.<sup>69</sup> Dies verhindert aber nicht, dass bei einer isolierten Lösungsanfrage ein höherer Betrag verlangt werden kann. Insoweit kommt ein eigenständiger Lösungsvertrag zustande,<sup>70</sup> der somit individuell ausgehandelt wird und daher von einer abweichenden Gegenleistung abhängen kann. Zwar ist der Gläubiger bei Tilgung der gesicherten Forderung nach § 1144 BGB zur Herausgabe der Lösungsunterlagen verpflichtet; will allerdings der Zahlende einen eigenständigen Anspruch aus dem Lösungsvertrag erwerben, so muss er die hier vereinbarte Gegenleistung erfüllen.

Zudem ist zu beachten, dass zumindest zugunsten öffentlicher Gläubiger auch vor dem Hintergrund des § 1144 BGB richtigerweise ein Zurückbehaltungsrecht aus § 242 BGB

58 Dazu oben II. 2.

59 Insoweit besteht auch keine Möglichkeit eines einseitigen Widerrufs: BGH, Urteil vom 30.01.1992, IX ZR 64/91, DNotZ 1992, 560, 561.

60 Siehe allgemein zum Gebot der Naturalrestitution: MünchKomm-BGB/Oetker, 9. Aufl. 2022, § 249 Rdnr. 323 ff.

61 BeckOGK-BGB/Kähler, Stand: 01.12.2023, § 242 Rdnr. 128 f.

62 Siehe nur die umfassende Übersicht bei Staudinger/Loo-schelders, Neub. 2019, § 242 Rdnr. 401 ff.

63 Dazu BeckOGK-BGB/Kähler, § 242 Rdnr. 124 ff.

64 Vgl. umfassend BeckOGK-BGB/Kähler, § 242 Rdnr. 594 ff.

65 So kann z. B. durch die Anwendung von § 242 BGB die Formnichtigkeit überwunden werden, siehe Soergel/Meier/Wolz, BGB, 14. Aufl. 2022, § 125 Rdnr. 49 ff.

66 Zum widersprüchlichen Verhalten vgl. MünchKomm-BGB/Schubert, 9. Aufl. 2022, § 242 Rdnr. 413 ff.

67 Siehe auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.12.1994, 9 U 95/94, BeckRS 1994, 10436 zur Nachforderung einer Bank wegen weiterer, zunächst nicht verlangter oder berücksichtigter Verbindlichkeiten.

68 BGH, Urteil vom 25.04.1988, II ZR 17/87, NJW 1988, 3260.

69 Grüneberg/Herrler, 83. Aufl. 2024, § 894 Rdnr. 11.

70 Oben II. 1. b).

existiert.<sup>71</sup> Dem Gläubiger steht insoweit ein Einwand aus der Rechtsfigur des „dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est“<sup>72</sup> zu, da bei Löschung der Hypothek diese sofort für die neue Forderung wieder eingetragen werden könnte. Dies gilt bei öffentlichen Gläubigern deshalb, weil sich diese jederzeit einen vollstreckbaren Titel selbst schaffen und daher ständig eine sofortige Vollstreckung bewirken können. Die Löschung der Hypothek würde vor diesem Hintergrund für den Schuldner keinen Vorteil bewirken, denn er müsste mit einer unmittelbaren Neubelastung des Grundstücks rechnen, sodass insoweit lediglich Mehrkosten ohne erkennbaren Nutzen produziert würden. Dies ist auch durch § 1144 BGB nicht beabsichtigt. Somit folgt zumindest insoweit ein Zurückbehaltungsrecht aus allgemeinen Regeln.

Dürfte sich mithin der Gläubiger einem Lösungsverlangen des Eigentümers zumindest aus § 242 BGB widersetzen, spricht nichts dagegen, die Erfüllung der weiteren Zahlungsverpflichtungen ebenso zur Auflage für die Verwendung der Grundbucheintragung zu machen. Tut der Gläubiger dies nicht, erweckt er ein berechtigtes Vertrauen darauf, dass von seiner Seite Hindernisse für die Lastenfreistellung nicht existieren. Fällt dem Gläubiger erst nach Mitteilung der Treuhandaufgaben auf, dass er noch über weitere Forderungen verfügt, so liegt dies in seinem eigenen Risikobereich, da er insoweit bereits ein schutzwürdiges Vertrauen gesetzt hat und selbst nicht schutzwürdig ist, weil der Fehler seiner Sphäre zuzuordnen ist. Er kann in einer solchen Situation versuchen, den Treuhandauftrag noch einmal abzuändern, soweit dies zulässig ist,<sup>73</sup> oder mag die Kaufpreisrestforderung des Eigentümers pfänden.<sup>74</sup> Er darf aber nicht entgegen seinen eigenen Aussagen im Vorfeld durch eine stille und für Notar und Erwerber unerkennbare Pfändung der verdeckten Eigentümergrundschild die berechtigte Erwartung des Erwerbers entwerten. Dies gilt gleichermaßen, wenn es sich bei den gesicherten und den sonstigen Forderungen um Steuerschulden handeln sollte. Das Steuergeheimnis kann einer rechtzeitigen Offenlegung der Forderungen schon deshalb nicht entgegenstehen, weil gemäß § 30 Abs. 4 Nr. 1 AO Daten mitgeteilt werden können, wenn dies einem Verwaltungsverfahren in Steuersachen (§ 30 Abs. 2 Nr. 1 lit. a AO) dient. Hierzu zählt auch die Beitreibung offener Steuerforderungen, sodass der Tatbestand erfüllt ist. Selbst wenn dies im Einzelfall anders sein sollte, handelt

es sich um interne Vorgänge und Fragen des FA, die die objektive Treuwidrigkeit nicht zu beseitigen vermögen. Welche Informationen das FA nach den für ihn geltenden Regeln offenlegen darf, betrifft nur die Rechtsstellung des FA zum Schutz der Steuerpflichtigen, soll jenem aber keine weitergehenden Befugnisse gewähren, sodass dies auch ein objektiv treuwidriges Verhalten nicht zu legitimieren in der Lage ist.

#### IV. Gestaltungsmöglichkeiten

Obwohl damit richtigerweise materiellrechtlich Ansprüche auf die Zustimmung zur Löschung der Eigentümergrundschild nach einer erneuten Pfändung durch den bisherigen Gläubiger bestehen, ergeben sich praktisch angesichts der bisher fehlenden höchstrichterlichen Klärung nicht unerhebliche Schwierigkeiten, die zu einer maßgeblichen Verzögerung und ggf. auch zu einem gerichtlichen Verfahren führen können. Um dem im Rahmen der vorsorgenden Rechtspflege vorzubeugen, sind kautelarjuristische Vorkehrung angezeigt, damit die Pfändung oder zumindest ein Streit über die Verpflichtung zur Zustimmung zuverlässig ausgeschlossen werden können. Darüber hinaus helfen die dargestellten Ansprüche nicht gegen einen dritten Pfandgläubiger, da zu diesem weder ein Lösungsvertrag besteht noch sich dieser durch die Pfändung treuwidrig verhält.

##### 1. Aufschiebend bedingte Abtretung der Eigentümerrechte und Rückgewähransprüche

Keine wirksame Sicherung kann dadurch erreicht werden, dass die Eigentümerrechte und Rückgewähransprüche an den Erwerber (aufschiebend bedingt auf die Kaufpreiszahlung) abgetreten werden. Eine derartige Regelung wird zwar praktisch häufig in entsprechenden Kaufverträgen verwendet;<sup>75</sup> sie ist aber nicht in der Lage, dem Erwerber einen zuverlässigen Schutz vor der Pfändung zu gewähren. Insbesondere ist diese nicht nach § 161 BGB relativ unwirksam.

###### a) Aufschiebend bedingte Abtretung der Rückgewähransprüche

Rückgewähransprüche sind Forderungsrechte, die sich aus dem Sicherungsvertrag<sup>76</sup> ergeben und auf die Rückgewähr einer bestehenden Sicherheit gerichtet sind, sobald der Sicherungszweck erledigt ist.<sup>77</sup>

In Bezug auf Zwangssicherungshypotheken fehlt es bereits an der vertraglichen Vereinbarung im Hinblick auf die Sicherheitenbestellung, sodass kein Sicherheitenvertrag existiert und daher aus ihm auch keine Rückgewähransprüche

71 Vgl. zum Zurückbehaltungsrecht nach § 242 BGB gegenüber einem Anspruch gemäß § 894 BGB etwa BGH, Urteil vom 30.04.1993, V ZR 234/91, NJW 1993, 2178; OLG Brandenburg, Urteil vom 12.11.2015, 5 U 49/10, BeckRS 2015, 19977; vgl. insbesondere auch BGH, Urteil vom 28.06.1974, V ZR 131/72, NJW 1974, 1651 zum Einwand nach § 242 BGB, wenn der Eigentümer dem Anspruchsgegner zur Bestellung des Rechts verpflichtet ist.

72 Dazu BeckOGK-BGB/Kähler, § 242 Rdnr. 1401 ff.; Münch-Komm-BGB/Schubert, § 242 Rdnr. 560 ff.

73 Siehe zur insoweit umstrittenen Rechtslage Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 2658 ff.

74 Zum Schutz des Erwerbers in Bezug auf die Lastenfreistellung siehe bereits DNotI-Report 1994, Heft 6, 1 ff.; dazu auch aktuell Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 2687 ff.

75 Vgl. nur Gebele in Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 14. Aufl. 2022, III. B. 1. (§ 1 Abs. 3 des Musters).

76 Zum Sicherungsvertrag vgl. Baur/Stürner, Sachenrecht, § 45 Rdnr. 9 ff.; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, Rdnr. 169 ff.; Schoppmeyer/Liepin in Gehrlein/Graewe/Wittig, Das Recht der Kreditsicherung, 11. Aufl. 2023, § 15 Rdnr. 195 ff.

77 Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 4218 f.; Müller, RNotZ 2012, 199, 208 f.

che folgen können. Auch in Bezug auf vereinbarte Hypotheken wird eine solche schuldrechtliche Abrede regelmäßig nicht bestehen.<sup>78</sup> Hypotheken sind als akzessorische Rechte grundsätzlich von einer Rückgewähr nicht abhängig, sondern gehen auf den Eigentümer bereits mit Erlöschen der gesicherten Forderung über. Ansprüche, die sich auf die Rückgewähr richten würden, gingen von vornherein ins Leere; selbst wenn man sie als vereinbart ansehen wollte, könnten sie aufgrund Unmöglichkeit nicht existieren.<sup>79</sup>

Sogar wenn es derartige Ansprüche gäbe, wäre ihre Abtretung nicht geeignet, die Pfändung des dinglichen Rechts zu verhindern. Die Ansprüche sind, wie sich ihrer Bezeichnung bereits entnehmen lässt, rein schuldrechtlicher Natur,<sup>80</sup> weshalb auch die Abtretung allein den Übergang der Ansprüche, nicht aber auch den des dinglichen Rechts bewirken kann. Die (aufschiebend bedingte) Abtretung dieser Rückgewähransprüche verhindert vielmehr lediglich, dass Gläubiger des Veräußerers in der Lage sind, noch in die Ansprüche zu vollstrecken und daher deren Ausübung zu verhindern.<sup>81</sup> Geht es dagegen um die Pfändung des dinglichen Rechts selbst, bleibt es ohne Bedeutung, ob über die Ansprüche auf Rückgewähr bereits verfügt wurde.

#### b) Aufschiebend bedingte Abtretung der Eigentümerrechte

Der Begriff der Eigentümerrechte ist demgegenüber schillernd. Eine feststehende Definition existiert nicht.<sup>82</sup> Man wird ihn daher in der Weise zu interpretieren haben, dass hiermit ein Sammelbegriff gemeint ist, der alle Rechte des Eigentümers in Bezug auf das Grundpfandrecht einschließt. In der Konsequenz sind auch Rückgewähransprüche nur ein besonderer Unterfall der Eigentümerrechte.

Geht man davon aus, dass mit „Eigentümerrechten“ alle Positionen des Eigentümers am Grundpfandrecht umfasst sein sollen, so würde dies wohl auch die entstehende Eigentümergrundschuld einschließen.<sup>83</sup> Insoweit könnte eine aufschiebend bedingte Abtretung tatsächlich nach § 161 BGB vor einer Pfändung dadurch schützen, dass diese bei Eintritt der Bedingung relativ unwirksam werden würde. Doch selbst wenn unter den Begriff auch entstehende Eigentümergrundschulden subsumiert würden, kann die Abtretung in der Urkunde keine Schutzwirkung entfalten. Hierzu wäre nämlich eine Eintragung im Grundbuch erfor-

derlich, die aber stets unterbleibt. Ohne eine Eintragung ist die (aufschiebend bedingte) Verfügung nicht wirksam, so dass sie auch keine relative Unwirksamkeit der späteren Pfändung begründen kann.<sup>84</sup> Die Abtretung des Eigentümergrundpfandrechts bleibt daher bedeutungslos, solange sie nicht im Grundbuch vollzogen ist. Darüber hinaus geht der BGH davon aus, dass über künftige Eigentümergrundschulden grundsätzlich nicht verfügt werden könne.<sup>85</sup> Obgleich dies zweifelhaft ist, weil kein Grund ersichtlich ist, weshalb insoweit eine Ausnahme von § 185 Abs. 2 Var. 2 BGB – der die Möglichkeit einer solchen Verfügung voraussetzt – eingreifen sollte, kann hiermit jedenfalls keine Rechtssicherheit erreicht werden.

## 2. Eintragung einer Löschungsvormerkung nach § 883 BGB

Im Rahmen der Löschung von (Privat-)Grundschulden ist anerkannt, dass zur Sicherung der Lastenfreistellung eine Löschungsvormerkung durch den Grundschuldberechtigten bewilligt und im Anschluss in das Grundbuch eingetragen werden sollte, um eine entsprechende Zwischenverfügung und damit ein Leerlaufen der Löschungsbewilligung zu verhindern.<sup>86</sup> Ein vergleichbares Vorgehen würde allerdings in Bezug auf bestehende Hypotheken keinen relevanten Nutzen bringen. Schwierigkeiten resultieren schon daraus, dass für die Bestellung der Vormerkung eine Mitwirkung des aktuellen Gläubigers erforderlich ist (§ 885 Abs. 1 Satz 1 BGB, materiellrechtliche Bewilligung), wobei häufig unklar sein wird, ob dieser hierzu bereit sein wird, was vor allem bei öffentlichen Stellen zweifelhaft ist. Verweigert sich der Gläubiger, kann der Vertrag nicht vollzogen werden, wenn die Eintragung der begehrten Vormerkung zur Fälligkeit voraussetzung gemacht wurde. Es drohen vor diesem Hintergrund erhebliche Verzögerungen und ggf. die Erforderlichkeit eines Nachtrags zur Bereinigung der Fälligkeit voraussetzungen,<sup>87</sup> wobei zugleich das dargestellte Risiko für den Erwerber dennoch fortbestehen würde.

Ein solches Ansinnen und eine Verpflichtung zur Löschung würde zudem vor allem bei den öffentlichen Stellen nicht mit den dort üblichen Usancen korrelieren, da diese in vielen Fällen keine Löschungsbewilligung erteilen, sondern löschungsfähige Quittungen ausstellen. Hierdurch könnte

78 Siehe dazu z. B. Staudinger/Wolfsteiner, Neub.: 2019, Vor §§ 1191 ff. Rdnr. 28, der ausdrücklich nur die nicht-akzessorischen Sicherheiten als Anwendungsfall solcher Abreden nennt.

79 Siehe auch OLG Hamm, Beschluss vom 23.12.2004, 15 W 372/04, DNotZ 2005, 630 zur fehlenden Befugnis zur Erteilung einer Löschungsbewilligung nach Abgabe einer Quittung.

80 Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 4233; Müller, RNotZ 2012, 199, 199 f.

81 Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 2687 ff.

82 Vielmehr findet sich der Begriff in den einschlägigen Kommentierungen zur § 1191 BGB insgesamt nicht.

83 So wohl auch Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 4214, 4245.

84 Die Schutzwirkung des § 161 BGB setzt voraus, dass eine tatbestandliche Vollendung vorliegt und das Rechtsgeschäft voll gültig ist; allein die Rechtswirkungen sind bis zum Eintritt der Bedingung in der Schwebe (Grüneberg/Ellenberger, BGB, Vor § 158 Rdnr. 8; vgl. auch BGH, Urteil vom 21.09.1994, VIII ZR 257/93, NJW 1994, 3227, 3228; MünchKomm-BGB/Westermann, 9. Aufl. 2021, § 158 Rdnr. 24 ff.).

85 So deutlich BGH, Urteil vom 21.11.1969, V ZR 149/66, NJW 1970, 322, 323.

86 Beck'sches Notarhandbuch/Everts, § 1 Rdnr. 210; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 2703 f.

87 Insoweit hat sich der Notar exakt an den Wortlaut der Anweisung zu halten (BGH, Urteil vom 10.02.2000, IX ZR 41/1999, NJW 2000, 1644 zur Hinterlegungsanweisung), sodass es einer entsprechenden Anpassung der Anweisung im Vertrag bedarf, um auf veränderte Umstände zu reagieren.

ein bestehender Anspruch auf die Löschung allerdings für sich genommen nicht erfüllt werden, sodass durch den Notar auf einer Löschungsbewilligung bestanden werden müsste. Schließlich könnte die Vormerkung richtigerweise dann zur Sicherheit des Erwerbers nichts mehr beitragen, wenn die Hypothek zur Eigentümergrundschuld geworden ist, weil der Anspruch auf Löschung dann für den Gläubiger nach § 275 Abs. 1 BGB unmöglich ist, da er nicht mehr materiellrechtlich Inhaber des Grundpfandrechts ist und deshalb dessen Löschung auch nicht bewirken kann.<sup>88</sup> Infolge ihrer Akzessorietät zum gesicherten Anspruch erlischt daher gleichfalls die Vormerkung, weshalb von ihr keine Sicherungswirkungen mehr ausgehen können. Ein einziger, rein praktischer Vorteil läge daher bei diesem Vorgehen darin, dass der Gläubiger das Bestehen eines Lösungsvertrags nicht mehr leugnen und sich daher einem etwaigen Ansinnen auf Zustimmung faktisch schlechter entziehen könnte. Materiellrechtlich ergeben sich aber in der Konsequenz keine anderen Rechtsfolgen als ohne die Eintragung der Vormerkung bestehen würden. Darüber hinaus würde eine solche Vormerkung auch nicht vor Pfändungen durch andere Gläubiger schützen, die weiterhin das Eigentümerrecht zu ihrer Sicherung beanspruchen könnten.

Diese Erwägungen gelten in gleicher Weise, wenn es sich um eine Hypothek zugunsten eines Privaten handelt. Zwar können auch insoweit Risiken für den Erwerber daher rühren, dass der Gläubiger über die hypothekarisch gesicherte Forderung verfügt oder diese durch einen Gläubiger des Gläubigers gepfändet wird, und zwar der Veräußerer, nicht aber auch der Erwerber hiervon Kenntnis erlangt. Allerdings kann eine Vormerkung hiervon nicht schützen. Die Risiken resultieren aus einer Pfändung oder Abtretung der Forderung, deren Bestand beim bisherigen Gläubiger von der Vormerkung nicht geschützt wird. Wird die Forderung abgetreten oder gepfändet, so ergeben sich die Auswirkungen auf die Hypothek kraft Gesetzes. Somit liegt keine Verfügung im Sinne des § 883 Abs. 2 Satz 1 oder Satz 2 BGB vor und es besteht deshalb keine Sicherungsmöglichkeit.<sup>89</sup> Vor diesem Hintergrund kann die Bewilligung einer Vormerkung gemäß §§ 883, 885 BGB für einen Anspruch auf Löschung durch den Gläubiger dem Erwerber kein Mehr an Sicherheit bieten, sodass ihre Eintragung zwecklos und damit nicht geboten ist.

Ein theoretisches Risiko besteht für den Erwerber zudem dann, wenn er an den Gläubiger zahlt, obwohl dieser mittlerweile insolvent geworden ist. In diesem Fall schützt § 82 InsO nur dann, wenn der Forderungsschuldner,<sup>90</sup> mithin der Veräußerer, keine Kenntnis von der Insolvenz hatte. Ist sie

diesem bekannt, informiert er aber den Erwerber nicht, so kann die Zahlung an den Schuldner die bestehende Forderung nicht tilgen, weil insoweit der Insolvenzverwalter empfangszuständig ist.<sup>91</sup> Zudem erlischt durch die Insolvenzeröffnung auch die Bewilligungsbefugnis des Schuldners, sodass eine zuvor erklärte Bewilligung, die noch nicht beim Grundbuchamt eingegangen ist, nicht mehr verwendet werden kann.<sup>92</sup> Hiergegen könnte eine Vormerkung nach § 883 BGB schützen, da sie den Lösungsanspruch absichern würde. Allerdings wird auch dies regelmäßig keine nennenswerte Sicherheit für den Erwerber bringen. Die Bestellung der Vormerkung für den Schuldner stellt eine inkongruente Leistung dar, da der Schuldner hierauf keinen Anspruch hat,<sup>93</sup> und ist daher ihrerseits regelmäßig nach § 131 InsO wiederum anfechtbar. Ficht der Insolvenzverwalter die Vormerkung an, muss diese gelöscht werden und verliert damit auch ihre Sicherungswirkung, weshalb nur eine Scheinsicherheit bewirkt wird, die im Ergebnis den Erwerber aber nicht entscheidend begünstigen kann.

### 3. Versicherung durch die öffentliche Stelle

Möglich wäre es gleichfalls, zusammen mit der Einholung der Löschungsbewilligung oder lösungsfähigen Quittung auch eine Bestätigung der öffentlichen Stelle anzufordern, dass diese eine entstehende Eigentümergrundschuld nicht vor deren Löschung pfänden lassen wird. Gibt die Behörde eine solche gesonderte Verpflichtung ab, so darf der Notar auf diese Zusage vertrauen, da die öffentliche Hand nach Art. 20 Abs. 3 GG an Recht und Gesetz gebunden ist und daher anzunehmen ist, dass sie auch ihren Verpflichtungen nachkommen wird.<sup>94</sup> Zudem bestünde aus dieser Erklärung ein expliziter, eindeutiger Anspruch des Schuldners auf Löschung der Pfändung jedenfalls im Wege eines Schadensersatzes, sodass sich dies im Ergebnis als sichere Gestaltung darstellt. Ihr verbleibt aber das Risiko, dass zumindest eine Abwehr einer Pfändung durch einen Dritten nicht möglich ist, da die Erklärung lediglich die Behörde, nicht aber auch andere Gläubiger des Veräußerers bindet. Darüber hinaus ergeben sich auch denkbare praktische und Vollzugsprobleme, wenn die Behörde nicht bereit ist, eine solche Erklärung abzugeben. In diesem Fall droht die faktische Nichtvollziehbarkeit, mit der Konsequenz eines möglicherweise erforderlichen Nachtrags.

88 OLG Hamm, Beschluss vom 23.12.2004, 15 W 372/04, DNotZ 2005, 630.

89 Siehe auch zur Parallellfrage der Entstehung der Eigentümergrundschuld bei einem vormerkungsgesicherten Anspruch auf Abtretung: BeckOGK-BGB/Assmann, Stand: 01.02.2024, § 883 Rdnr. 146 f. Staudinger/Kesseler, Neub. 2020, § 883 Rdnr. 258.

90 Schmidt/Sternal, InsO, 20. Aufl. 2023, § 82 Rdnr. 13 hält sogar eine Kenntnis des Forderungsschuldner oder des Zahlenden für ausreichend.

91 Dazu Braun/Kroth, InsO, 9. Aufl. 2022, § 82 Rdnr. 3 ff.

92 BeckOK-GBO/Holzer, Stand: 01.03.2024, § 19 Rdnr. 81 ff.; KEHE/Munzig, Grundbuchrecht, § 19 Rdnr. 94.

93 Siehe dazu Uhlenbruck/Borries/Hirte, InsO, 15. Aufl. 2019, § 131 Rdnr. 24 ff.; MünchKomm-InsO/Kayser/Freudenberg, 4. Aufl. 2019, § 131 Rdnr. 8 ff.

94 BVerwG, Urteil vom 27.10.1970, VI C 8.69, BVerwGE 36, 179, 182; Urteil vom 12.07.2000, 7 C 3.00, BVerwGE 111, 306 zur Möglichkeit der Feststellungs- statt der Leistungsklage, da eine Vollstreckung wegen Art. 20 Abs. 3 GG nicht erforderlich ist.

#### 4. Eintragung einer Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB

Die kautelarjuristische vorzugswürdige Lösung bei eingetragenen Hypotheken besteht mithin vielmehr darin, zugunsten des Erwerbers eine Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB zu bestellen.

Dieser Vormerkung liegt eine Verpflichtung des Grundstückseigentümers, mithin des Veräußerers, zugrunde, die derzeit zugunsten eines anderen Gläubigers eingetragene Hypothek für den Fall löschen zu lassen, dass sich diese mit dem Eigentum am Grundstück vereinigt, sie also zur Eigentümergrundschild wird.<sup>95</sup> Wird die Vormerkung eingetragen, ehe sich die Hypothek zur Eigentümergrundschild umwandelt, schützt sie effektiv vor einer Pfändung, da diese gegenüber dem Vormerkungsberechtigten, dem Erwerber, nach § 883 Abs. 2 BGB relativ unwirksam ist. Wegen § 883 Abs. 2 Satz 2 BGB gilt dies auch bei Maßnahmen der Zwangsvollstreckung, die nach Entstehen des Löschanpruchs erfolgen, sodass eine Pfändung ebenfalls von der Wirkung umfasst ist.<sup>96</sup> Zwar bedarf es zum Vollzug der Löschung nach einer erfolgten Pfändung gemäß § 888 BGB noch immer der Zustimmung des pfändenden Gläubigers; allerdings ergeben sich bei einer vorrangigen Vormerkung keine Zweifel und der Anspruch ist zudem mit einer dinglich wirkenden Sicherung versehen. Die Durchsetzung dieses Rechts wird sich daher praktisch als sehr viel unkomplizierter erweisen als ein möglicher Streit darüber, ob der Gläubiger durch die Pfändung einen Löschanvertrag verletzt oder sich treuwidrig nach § 242 BGB verhält.<sup>97</sup>

Für die Eintragung dieser Art der Vormerkung bedarf es der Mitwirkung des Hypothekengläubigers nicht.<sup>98</sup> Dies folgt daraus, dass die von § 1179 BGB angesprochene Vormerkung einen Anspruch gegen den Eigentümer des Grundstücks auf Löschung sichert und daher nur dessen Bewilligung erforderlich ist.<sup>99</sup> § 1179 BGB gewährt insoweit eine Ausnahme davon, dass nur der aktuell Berechtigte befugt ist, eine entsprechende Eintragung in das Grundbuch zu bewilligen. Vielmehr kann der Grundstückseigentümer auch schon zu einem Zeitpunkt, zu dem sich die Hypothek noch nicht in ein Eigentümerrecht umgewandelt hat und daher weiterhin einem Dritten zusteht, die Vormerkung bewilligen und diese am derzeitigen Fremdrecht eintragen lassen.<sup>100</sup> Erforderlich ist lediglich, dass der Anspruch (bedingt oder befristet) zugunsten einer in § 1179 BGB genannten Person begründet ist, wozu insbesondere auch der Er-

werber nach § 1179 Nr. 2 BGB zählt. Die Vormerkung schützt davor, dass der Anspruchsgegner nicht mehr in der Lage ist, seiner eingegangenen Verpflichtung nachzukommen,<sup>101</sup> sodass auch eine Pfändung der Eigentümergrundschild relativ unwirksam ist, weil hierdurch die Löschung allein auf Grund des Willens des Eigentümers verhindert wird.

Die Eintragung einer Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB sichert den Erwerber nicht nur vor einer Pfändung durch den bisherigen Fremdgäubiger, sondern vor sämtlichen Pfändungen durch Gläubiger des Veräußerers. Infolgedessen dürfte sich die Eintragung einer solchen Vormerkung stets – unabhängig vom aktuellen Gläubiger – empfehlen, wenn eine Hypothek am Grundstück eingetragen ist, da diese trotz abweichender Verlautbarung im Grundbuch bereits ganz oder teilweise zu einer verdeckten Eigentümergrundschild geworden sein kann, die somit ebenfalls einer potenziellen Pfändung durch Gläubiger des Veräußerers unterliegt. Das Risiko ist praktisch noch erhöht, wenn die Hypothek bereits ganz oder teilweise auf den Eigentümer umgeschrieben ist, da dann das Bestehen eines Eigentümerrechts sogar aus dem Grundbuch ersichtlich ist und es keines weiteren Nachweises gegenüber dem Grundbuchamt mehr bedarf.<sup>102</sup> Auch der Fall der bereits vor Eintragung der Löschungsvormerkung entstandenen Eigentümergrundschild ist nach herrschender Ansicht von § 1179 BGB (in entsprechender Anwendung) erfasst.<sup>103</sup> Soll der Erwerber umfassend gesichert sein, ist demnach das Risiko einer Pfändung nur zuverlässig auszuschließen, wenn in Bezug auf jede Hypothek, unabhängig davon wem diese zusteht, eine entsprechende Vormerkung im Sinne des § 1179 BGB eingetragen wird.

Die Gestaltung löst kostenrechtlich keine Erhöhung der Notargebühren aus, da die Bewilligung der Vormerkung als Sicherheitengeschäft für die geschuldete Leistung in Form der Lastenfreistellung nicht gesondert zu bewerten ist.<sup>104</sup> Es fallen allerdings Grundbuchkosten in Höhe einer 0,5-Gebühr aus dem Wert des Grundpfandrechts an.<sup>105</sup> Angesichts der erheblichen Gefahren, die von einer möglichen Pfändung ausgehen, ist dies aber dennoch zweckmäßig. Der Notar sollte in diesem Fall zusätzlich die Fälligkeitsvoraussetzungen anpassen, sodass die Eintragung der Vormerkung nach § 1179 BGB ebenfalls als Erfordernis für das Fälligwerden bestimmt wird. Integriert man die Bewilligung

95 Staudinger/Wolfsteiner, § 1179 Rdnr. 10 ff.

96 OLG Köln, Urteil vom 20.10.1970, 15 U 51/70, OLGZ 1971, 151, 154 f.; Stöber/Reilmeyer, Forderungspfändung, F.162.

97 Dazu oben II. 3.

98 MünchKomm-BGB/Lieder, § 1179 Rdnr. 47; BeckOGK-BGB/Neie, Stand: 15.01.2024, § 1179 Rdnr. 63; Staudinger/Wolfsteiner, § 1179 Rdnr. 37.

99 Bauer/Schaub/Krauß, GBO, 5. Aufl. 2023, AT, D, Rdnr. 144; BeckOGK-BGB/Neie, § 1179 Rdnr. 63; Staudinger/Wolfsteiner, § 1179 Rdnr. 37.

100 MünchKomm-BGB/Lieder, § 1179 Rdnr. 47; BeckOGK-BGB/Neie, § 1179 Rdnr. 63; Staudinger/Wolfsteiner, § 1179 Rdnr. 37.

101 Siehe zur Schutzwirkung: BeckOGK-BGB/Neie, § 1179 Rdnr. 49 ff.; Staudinger/Wolfsteiner, § 1179 Rdnr. 49 ff.

102 In diesem Fall kann aber dadurch Abhilfe geschaffen werden, dass das Eigentümerrecht bereits mit der Vorlage zur Eintragung der Vormerkung gelöscht wird, wenn die Parteien einem solchen Vorgehen zustimmen.

103 Vgl. Grüneberg/Herrler, § 1179 Rdnr. 8; MünchKomm-BGB/Lieder, § 1179 Rdnr. 12.

104 Insoweit sind sämtliche Erklärungen des Veräußerers zur Lastenfreistellung nach § 109 Abs. 1 GNotKG gegenstandsgleich mit dem Veräußerungsgeschäft, Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Bormann, GNotKG, 4. Aufl. 2021, § 109 Rdnr. 38; Korintenberg/Diehn, GNotKG, 22. Aufl. 2022, § 109 Rdnr. 190.

105 KV 14130 GNotKG.

direkt in die Fälligkeitsvoraussetzung, könnte eine Formulierung lauten:

(...) Die nachstehend bestellte Vormerkung ist zugunsten des Erwerbers in das Grundbuch eingetragen. Der Veräußerer als aktueller Eigentümer verpflichtet sich dem Erwerber gegenüber, die beim Grundbuchstand vermerkte Hypothek bei einer Vereinigung mit dem Eigentum in seiner Hand löschen zu lassen. Zur Sicherung dieses Anspruchs bewilligt der Veräußerer und beantragt der Erwerber die Eintragung einer Vormerkung nach § 1179 Nr. 2 BGB bei der genannten Hypothek in das Grundbuch; (...)

Im Rahmen des Vollzugs wird sodann eine löschungsfähige Quittung vom Gläubiger samt Treuhandauftrag eingeholt. Die Übersendung der löschungsfähigen Quittung ist Voraussetzung der Kaufpreisfälligkeit (Vorliegen der Lastenfreistellungsunterlagen). Die löschungsfähige Quittung muss denjenigen ausweisen, der den Hypothekengläubiger befriedigt hat.<sup>106</sup> Wirtschaftlich ist dies hier der Eigentümer (vgl. oben II. 1. b)). Sicherheitshalber sollte zusätzlich eine Berichtigungsbewilligung enthalten sein. Eine Formulierung könnte wie folgt lauten:

Im Grundbuch des Amtsgerichts (...) für (...) Blatt (...) ist in Abteilung III, lfd. Nr. (...), eine Hypothek über einen Betrag in Höhe von (...) € samt Zinsen, Zahlungsbedingungen und Nebenleistungen wie im Grundbuch vermerkt eingetragen. Der Erwerber, Herr/Frau (...) hat diesen Betrag in Anrechnung auf den Kaufpreis, der dem derzeitigen Grundstückseigentümer, Herrn (...), geb. am (...), zusteht, in Haupt- und Nebensache vollständig entrichtet, was hiermit quittiert wird.

Zugleich wird die Berichtigung des Grundbuchs, unter Verzicht auf Eintragungsnachricht, im Hinblick auf die entstandene Eigentümergrundschild bewilligt.

Sollte der Gläubiger dagegen eine Löschungsbewilligung erteilen, so steht dies dem Vollzug nicht entgegen, da die Löschung auch hiermit bewirkt werden kann, da der Gläubiger weiterhin als Berechtigter im Grundbuch vermerkt ist. Soweit die Bewilligung zur Löschung durch den Eigentümer als materiellem Inhaber, wie stets, in der Urkunde enthalten ist, ist das Grundpfandrecht durch seine Löschung auch auf Grund einer Löschungsbewilligung durch den vermeintlichen Gläubiger materiell erloschen.

## 5. Abwicklung über ein Anderkonto

Denkbar wäre zudem die Abwicklung der Zahlungen über ein notarielles Anderkonto in der Weise, dass der Notar den Kaufpreis auf dem Anderkonto hinterlegen lässt und die Übersendung einer Löschungsbewilligung in der Weise anfordert, dass die Löschung der Hypothek zunächst bewirkt, ehe sodann vom Anderkonto die Zahlung des Ablösebetrags veranlasst wird. In diesem Fall entsteht kein Eigentü-

<sup>106</sup> *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 2730. Das Datum ist nur dann zwingend anzugeben, wenn seit Eintragung der Hypothek ein Eigentumswechsel stattfand (vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 2730; *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 2528).

mergrundpfandrecht, da bereits das Fremdrecht am Grundstück zur Löschung gelangt; eine Pfändung durch Gläubiger des Veräußerers ist mithin ausgeschlossen.

Allerdings dürfte es hierfür an einem berechtigten Sicherungsinteresse nach § 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG fehlen.<sup>107</sup> Wie gezeigt, kann die nötige Sicherheit auch durch die Eintragung einer Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB erreicht werden, sodass ein Weg ohne die Verwendung eines Anderkontos zur Verfügung steht, der ebenfalls sicher ist und daher die Verwahrung nicht angezeigt ist.<sup>108</sup> Darüber hinaus werden auch die Kosten für das Anderkonto regelmäßig die Kosten für die Eintragung der Vormerkung übersteigen. Somit gibt es auch ökonomisch keinen Grund für ein solches Vorgehen.

## 6. Vorgehen bei eingetragener Grundschild

Praktisch nicht erforderlich dürfte demgegenüber die Eintragung einer solchen Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB bei eingetragenen Grundschilden sein. Zwar ist § 1179 BGB über den Verweis des § 1192 Abs. 2 BGB auch auf die Grundschild anwendbar.<sup>109</sup> Grundschilden liegen aber auch dann beim eingetragenen Fremdgäubiger, wenn die ihnen zugrunde liegende Forderung bereits vollständig getilgt wurde und daher der Sicherungszweck erledigt ist.<sup>110</sup> Sie gehen in dieser Konstellation nur auf den Eigentümer über, falls sie ihm nach § 873 BGB übertragen werden, was zusätzlich die Übergabe des Briefs oder die Eintragung im Grundbuch verlangt, oder unmittelbar auf die Grundschild gezahlt wurde.<sup>111</sup> Gläubiger des Eigentümers können mithin auf die Fremdgrundschild nicht zugreifen; sie können lediglich die dem Eigentümer zustehenden Rückgewähransprüche und Eigentümerrechte pfänden,<sup>112</sup> was allerdings durch eine aufschiebend bedingte Abtretung an den Erwerber verhindert werden kann.<sup>113</sup>

Eine Löschungsvormerkung nach § 883 BGB hinsichtlich der Grundschild ist daher nur dann angezeigt, wenn ein Risiko einer Pfändung der Grundschild beim derzeitigen Fremdgäubiger besteht, was vor allem dann der Fall ist, wenn es sich hierbei um einen Privatgläubiger handelt.<sup>114</sup> In diesem Fall ist es auch weiterhin empfehlenswert, die entsprechende Vormerkung auf Löschung am Grundpfand-

<sup>107</sup> Dazu *Brambring*, DNotZ 1999, 381 ff.; *Weingärtner*, DNotZ 1999, 393 ff.

<sup>108</sup> Es darf kein Anderkonto eingerichtet werden, wenn die Direktzahlung ebenso sicher ist: BeckOGK-BGB/*Franken*, Stand: 01.02.2024, § 57 BeurkG Rdnr. 10; *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, BeurkG mit NotAktVV und DONot, 9. Aufl. 2022, § 57 BeurkG Rdnr. 57.

<sup>109</sup> BeckOGK-BGB/*Neie*, § 1179 Rdnr. 80.

<sup>110</sup> *Baur/Stürmer*, Sachenrecht, § 45 Rdnr. 41; *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, Rdnr. 215.

<sup>111</sup> Vgl. dazu oben III. 1.

<sup>112</sup> Dazu *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 2687 ff.

<sup>113</sup> Siehe dazu III. 1.

<sup>114</sup> Beck'sches Notarhandbuch/*Everts*, § 1 Rdnr. 210; *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 2703 f.

recht eintragen zu lassen, die allerdings, da es sich nicht um eine solche nach § 1179 BGB handelt, der Bewilligung des derzeitigen Grundschuldgläubigers bedarf.<sup>115</sup>

## V. Schluss

Eingetragene Hypotheken bilden unabhängig vom Gläubiger ein erhebliches Risiko für einen Erwerber im Rahmen einer Immobilientransaktion. Selbst wenn entsprechende Bewilligungen oder Erklärungen des eingetragenen Gläubigers beim Notar vorliegen, besteht die Gefahr, dass ein anderer oder derselbe Gläubiger die durch Zahlung entstehende Eigentümergrundschuld für weitergehende Forderungen des bisherigen Schuldners pfändet, und daher eine lastenfreie Übertragung nicht zuverlässig garantiert werden kann.<sup>116</sup> Für den Erwerber ergibt sich hieraus das Risiko, dass er zwar den vollen Kaufpreis entrichtet, gleichwohl aber hinsichtlich der Belastungsfreiheit ungesichert ist. Zwar verstößt ein Hypothekengläubiger, der selbst die Pfändung nach Entrichtung der von ihm geforderten Ablösumme betreibt, gegen seine Verpflichtungen aus dem schuldrechtlichen Lösungsvertrag und verhält sich zu dem treuwidrig; allerdings besteht für den Erwerber das

Risiko einer gerichtlichen Auseinandersetzung und damit einhergehend einer längeren Verzögerung.<sup>117</sup>

Um den Erwerber auch vor einer Pfändung durch einen anderen Gläubiger des Eigentümers zuverlässig zu sichern, empfiehlt es sich daher stets bei eingetragenen Hypotheken zugunsten des Erwerbers durch den Eigentümer eine Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB zu bestellen.<sup>118</sup> Diese schützt zuverlässig vor Verfügungen und Pfändungen im Rahmen der Zwangsvollstreckung und gewährleistet für den Erwerber den lastenfreien Übergang. Ein derartiges Vorgehen ist unabhängig davon angezeigt, ob es sich um eine Zwangssicherungs- oder sonstige Hypothek handelt, da eine potenzielle Pfändung gegen den Grundstückseigentümer bei allen Formen der Hypothek droht. Insbesondere aufgrund der Erfahrungen in der Vergangenheit mit FAs darf auch bei diesen nicht auf eine reibungslose Abwicklung vertraut und insbesondere bei der Zwangssicherungshypothek des FA nicht auf eine Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB verzichtet werden.

115 Beck'sches Notarhandbuch/Everts, § 1 Rdnr. 210; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 2703 f.

116 Siehe II. 2.

117 Siehe II. 3.

118 Siehe III. 3.



# Das neue Gesellschaftsregister – Teil 2

Von Notar Konrad Lautner, München

Im ersten Teil des Beitrags<sup>1</sup> wurden die Grundlagen des Gesellschaftsregisters (I.) und das Anmeldeverfahren (II. bis IV.) behandelt. Im zweiten Teil werden nun das neue Statuswechselverfahren (V.) sowie die anfallenden Kosten (VI.) näher beleuchtet.

## V. Statuswechsel

### 1. Neues Rechtsinstitut

Der Statuswechsel ist ein durch das MoPeG eingeführtes, völlig neues Rechtsinstitut. In einem Register – gleich ob Gesellschaftsregister, Handelsregister oder Partnerschaftsregister – eingetragene Personengesellschaften sollen die Registrierung als Personengesellschaft anderer Rechtsform in einem anderen Register nur noch im Wege des Statuswechselverfahrens erreichen können. Die Rechtsgrundlagen hierfür finden sich in § 707c BGB n. F., § 106 Abs. 3 bis 5, § 107 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 HGB n. F., § 4 Abs. 4 PartGG. § 707c Abs. 1 BGB n. F. legaldefiniert den Statuswechsel so: „Eintragung einer bereits in einem Register eingetragenen Gesellschaft unter einer anderen Rechtsform einer rechtsfähigen Personengesellschaft in ein anderes Register“. Statuswechsel ist also nach der Legaldefinition nicht etwa der materiellrechtliche Vorgang der identitätswahrenden<sup>2</sup> Änderung der Rechtsform (z. B. zwischen GbR und OHG) wegen Entstehens oder umgekehrt Wegfall des Erfordernisses eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs, § 1 Abs. 2 HGB, sondern die Registrierung dieses Vorgangs.<sup>3</sup>

Demgemäß *kann* die Eintragung des Statuswechsels konstitutive Wirkung haben, etwa beim Statuswechsel einer eingetragenen vermögensverwaltenden GbR in eine vermögensverwaltende OHG, § 107 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 HGB n. F.;<sup>4</sup> sie kann aber auch lediglich deklaratorischer Natur sein, insbesondere im Beispiel der Erweiterung des Geschäftsbetriebs einer eingetragenen GbR auf kaufmännischen Umfang mit der Folge ihrer Wandlung in eine OHG, § 105 Abs. 1 HGB n. F.<sup>5</sup>

Anhand des letztgenannten Beispiels erklärt der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung den Zweck des Statuswechselverfahrens: Da die Gesellschaft nunmehr als OHG zur Anmeldung im Handelsregister verpflichtet sei, § 106

Abs. 1 HGB n. F.,<sup>6</sup> solle durch das Statuswechselverfahren sichergestellt werden, dass die Rechtsidentität der registrierwechselnden Gesellschaft gesichert ist und Doppeleintragungen (und Doppelanmeldungen<sup>7</sup>) vermieden werden.<sup>8</sup>

Der Statuswechsel ist zu unterscheiden vom Formwechsel nach §§ 190 ff. UmwG: § 707c Abs. 1 BGB n. F. ist vielmehr eine in einem anderen Gesetz vorgesehene bzw. zugelassene Änderung der Rechtsform im Sinne des § 190 Abs. 2 UmwG, die die Anwendung der §§ 190 ff. UmwG ausschließt.<sup>9</sup> Außerdem kommt dem Formwechsel gemäß § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG immer materiellrechtlich konstitutive Wirkung zu im Gegensatz zum Statuswechsel, der sowohl deklaratorischer als auch konstitutiver Natur sein kann und daher primär registerrechtliche Wirkungen hat.

Aber vergleichbar mit dem Formwechsel sind die vom Statuswechselverfahren erfassten Fälle materiellrechtlich identitätswahrend und führen nicht zu einer Gesamtrechtsnachfolge (oder gar Auflösung mit nachfolgender Neugründung), sodass die Rechtsverhältnisse mit Dritten hierdurch völlig unberührt bleiben.<sup>10</sup>

### 2. Fälle eines Statuswechsels

Mögliche Fälle eines Statuswechsels<sup>11</sup> sind zum Beispiel:

Statuswechsel aus dem Gesellschaftsregister in das Handelsregister, § 106 Abs. 3, 4 HGB n. F., § 707c Abs. 2 BGB n. F.:

- Eine eingetragene gewerbliche GbR erweitert ihren Geschäftsbetrieb auf kaufmännischen Umfang, § 1 Abs. 2 HGB, und wird zur OHG oder KG, § 105 Abs. 1, § 161 Abs. 2 HGB n. F. (verpflichtender Statuswechsel).
- Eine eingetragene vermögensverwaltende GbR möchte durch Eintragung als vermögensverwaltende OHG, § 107 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 HGB n. F., die Anwendung des Handelsrechts (insbesondere §§ 48 ff. HGB, 343 ff. HGB) für sich in Anspruch nehmen („echtes Wahlrecht“<sup>12</sup>).

1 Teil 1 abgedruckt in MittBayNot 2024, 121.

2 Schäfer/Hermanns, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2024, § 2 Rdnr. 21 f.; Wertenbruch/Alm, ZPG 2023, 201, 202.

3 BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707c n. F. Rdnr. 17.

4 Wertenbruch/Alm, ZPG 2023, 201, 203; RöB, NZG 2023, 401, 407.

5 Wertenbruch/Alm, ZPG 2023, 201, 203; RöB, NZG 2023, 401, 407.

6 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 136; die Registrierung im Gesellschaftsregister ändert an dieser Verpflichtung nichts, § 707a Abs. 3 Satz 2 BGB n. F.

7 Wertenbruch/Alm, ZPG 2023, 201, 202.

8 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 137.

9 Wertenbruch/Alm, ZPG 2023, 201, 202; Oberbegriff für Formwechsel und Statuswechsel sei demnach „Rechtsformwechsel“.

10 Wertenbruch/Alm, ZPG 2023, 201, 202; Vorschriften wie § 566 BGB sind daher nicht anwendbar.

11 Eingehend: Wertenbruch/Alm, ZPG 2023, 201, 203 ff.

12 Wertenbruch/Alm, ZPG 2023, 201, 204.

- Eine eingetragene freiberufliche GbR will die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung für einzelne Gesellschafter als Kommanditisten in Anspruch nehmen, § 107 Abs. 1 Satz 2, § 161 Abs. 2 HGB.

Statuswechsel aus dem Gesellschaftsregister in das Partnerschaftsregister, § 707c Abs. 1, 2 BGB n. F., § 1 Abs. 4 PartGG n. F.:

- Eine eingetragene freiberufliche GbR möchte die Rechtsform der Partnerschaft wählen, um die Möglichkeit der beschränkten Berufshaftung in Anspruch zu nehmen, § 8 Abs. 4 PartGG.

Statuswechsel aus dem Handelsregister in das Gesellschaftsregister, § 107 Abs. 3 HGB n. F., § 707c Abs. 2 Sätze 2 bis 5, Abs. 3, Abs. 4 BGB n. F.:

- Der Umfang des ursprünglich kaufmännischen Gewerbebetriebs einer eingetragenen OHG sinkt auf ein Kleingewerbe herab und diese möchte ihren kaufmännischen Status nach § 107 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 HGB n. F., § 1 Abs. 2 HGB aufgeben.<sup>13</sup>
- Eine von vornherein kleingewerbliche oder vermögensverwaltende OHG, die ursprünglich von dem Eintragungswahlrecht nach § 107 Abs. 1 Satz 1 HGB n. F. Gebrauch gemacht hatte, möchte künftig die Anwendung des Handelsrechts wieder vermeiden.

Statuswechsel aus dem Handelsregister in das Partnerschaftsregister, § 707c Abs. 1, 2, BGB n. F., § 1 Abs. 4, § 4 Abs. 4 PartGG n. F., § 107 Abs. 3 HGB n. F.:

- Eine freiberufliche KG möchte zur Vermeidung der Anwendung des Handelsrechts die Rechtsform einer Partnerschaftsgesellschaft mbB annehmen.

Statuswechsel aus dem Partnerschaftsregister in das Handelsregister, § 106 Abs. 3, 4 HGB n. F., § 707c Abs. 2 BGB n. F., § 4 Abs. 4 PartGG n. F.:

- Eine Partnerschaft möchte die Möglichkeit in Anspruch nehmen, zur Haftungsbeschränkung eine freiberufliche GmbH & Co. KG zu errichten, § 107 Abs. 1 Satz 2, § 161 Abs. 2 HGB n. F.

Statuswechsel aus dem Partnerschaftsregister in das Gesellschaftsregister, § 707c Abs. 1 bis 4 BGB n. F., § 1 Abs. 4, § 4 Abs. 4 PartGG:

- Eine Partnerschaft möchte ihre freiberufliche Tätigkeit in der Rechtsform der GbR fortführen.

a) Keine Flucht aus dem Register

Das Gesetz lässt es zudem in § 107 Abs. 2 Satz 2 HGB n. F. entgegen der bisherigen Rechtslage in § 105 Abs. 2 Satz 2, § 2 Satz 3 HGB nicht mehr zu, dass eine kleingewerbliche, vermögensverwaltende oder freiberufliche OHG durch schlichte Löschung der Eintragung im Handelsregister als nicht eingetragene GbR fortgesetzt wird. Der damit verbundene Verlust an Registerpublizität soll aus

Transparenzgründen<sup>14</sup> künftig ausgeschlossen sein; nur noch die Fortsetzung als eingetragene GbR im Wege des Statuswechsels ist zulässig. Das soll auch für die Partnerschaftsgesellschaft gelten.<sup>15</sup> Dem entspricht auf der Ebene des Gesellschaftsregisters § 707a Abs. 4 BGB n. F., der letztlich denselben Normzweck hat (siehe dazu die Ausführungen in Abschnitt III. 3. d)).

b) Rechtsformwechsel ohne Statuswechsel

Umgekehrt ist es dagegen so, dass der Rechtsformwechsel einer *nicht* eingetragenen GbR in eine OHG, KG oder Partnerschaftsgesellschaft nach wie vor im Wege der Ersteintragung der OHG, KG oder Partnerschaft erfolgen kann.<sup>16</sup> Es ist also nicht etwa notwendig, dass sich die GbR zuerst im Gesellschaftsregister voreintragen lässt, um sich dann im Wege des Statuswechsels im Handels- oder Partnerschaftsregister eintragen zu lassen. In einem solchen Fall besteht ja vor der Ersteintragung noch gar keine Registerpublizität, die verloren gehen könnte, sodass der vom Gesetzgeber benannte Regelungszweck des Zwangs zum Statuswechsel hier nicht einschlägig ist.

Auch der Rechtsformwechsel einer OHG in eine KG oder umgekehrt ist kein Fall des Statuswechsels, da kein Wechsel in ein „anderes Register“ im Sinne des § 707c Abs. 1 BGB n. F. erfolgt, sondern die Eintragung nur im Handelsregister vorgenommen wird.<sup>17</sup> Diesbezüglich gibt es also keine Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage.

c) Anmeldung

aa) Die Anmeldung des Statuswechsels hat *immer und nur* bei dem Register zu erfolgen, bei dem die Gesellschaft bereits eingetragen ist („Ausgangsregister“), § 707c Abs. 1 BGB n. F., § 106 Abs. 3 HGB n. F., § 1 Abs. 4 PartGG n. F.

Nach der Gesetzesbegründung soll hierdurch sichergestellt werden, dass die bislang eingetragene und die in dem anderen Register einzutragende Gesellschaft identisch sind und die Abfolge der Eintragungen des Statuswechsels im abgebenden und im aufnehmenden Register eingehalten

<sup>14</sup> RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 224 f.

<sup>15</sup> Nach der Systematik und dem Zweck des Gesetzes muss das so sein, wobei fraglich ist, woraus sich das im Gesetz ergibt, weil § 4 PartGG n. F. gerade nicht auf § 107 Abs. 2 Satz 2 HGB n. F. verweist und in den nach § 1 Abs. 4 PartGG n. F. entsprechend anwendbaren Vorschriften des BGB über die Gesellschaft eine entsprechende Bestimmung fehlt. M. E. dürfte das aber eine unbeabsichtigte Gesetzeslücke sein, denn gemäß RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 274, sollte § 1 Abs. 4 PartGG n. F. so gefasst werden, dass sich die Verweisung nicht mehr nur auf die Bestimmungen des BGB zur GbR bezieht, sondern auch auf solche in anderen Gesetzen, insbesondere auf diejenigen zum Statuswechsel im HGB. Offenbar aufgrund eines Redaktionsversehens wurde das jedoch nur in der Normüberschrift, nicht aber in § 1 Abs. 4 PartGG zum Ausdruck gebracht, weil die Wörter „des Bürgerlichen Gesetzbuchs“ nicht gestrichen wurden. § 107 Abs. 2 Satz 2 HGB n. F. müsste daher bis zu einer Korrektur des Redaktionsversehens auf die PartG zumindest analog anzuwenden sein.

<sup>16</sup> Wertenbruch/Alm, ZPG 2023, 201, 203, 205.

<sup>17</sup> Wertenbruch/Alm, ZPG 2023, 201, 205.

<sup>13</sup> Hierzu: Wertenbruch/Alm, ZPG 2023, 201, 210.

ten werden kann. So würden Doppelseintragungen vermieden und der Rechtsverkehr könne sich auf die Registerlage verlassen.<sup>18</sup>

Anders als bei einem Formwechsel, der mit einem Registerwechsel einhergeht, § 198 Abs. 2 Satz 2 1. Hs. in Verbindung mit Satz 3 UmwG, muss und darf aus Vereinfachungs- und Effizienzgründen<sup>19</sup> keine zusätzliche Anmeldung des Statuswechsels bei dem aufnehmenden Register (Zielregister) vorgenommen werden. Sollte gleichwohl die Anmeldung des Statuswechsels entgegen § 707c Abs. 1 BGB n. F., § 106 Abs. 3 HGB n. F., § 1 Abs. 4 PartGG n. F. bei dem Zielregister erfolgen, hat sich dieses gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 FamFG durch Beschluss für unzuständig zu erklären und die Sache an das örtlich und sachlich zuständige Ausgangsregistergericht zu verweisen.<sup>20</sup>

bb) Die Anmeldung des Statuswechsels muss von allen Gesellschaftern bewirkt werden, § 707 Abs. 4 Satz 1 BGB n. F.,<sup>21</sup> Stellvertretung mit öffentlich beglaubigter Vollmacht ist aber auch hier zulässig,<sup>22</sup> § 707b Nr. 2 BGB n. F., § 12 Abs. 1 Satz 3 HGB.

cc) Inhalt der Anmeldung ist zum einen die Tatsache des Statuswechsels selbst, § 707c Abs. 1 BGB n. F., § 106 Abs. 3 HGB n. F., § 1 Abs. 4 PartGG n. F., also der Fortsetzung der Gesellschaft in einer neuen, in einem anderen Register einzutragenden, Rechtsform.

Zum anderen muss die Anmeldung den Inhalt haben, den die Erstanmeldung der Gesellschaft der Zielrechtsform haben muss. Das ergibt sich für die Zielrechtsform eGmbH aus § 707c Abs. 3 Satz 2 BGB n. F. i. V. m. § 707 Abs. 2 BGB n. F., für die Zielrechtsform OHG oder KG aus § 106 Abs. 4 Satz 3, Abs. 2, § 161 Abs. 2, § 162 HGB n. F. und für die Zielrechtsform Partnerschaftsgesellschaft aus § 707c Abs. 3 Satz 2 BGB n. F., § 1 Abs. 4, § 4 Abs. 1 Satz 2, § 5 Abs. 1 PartGG n. F.<sup>23</sup>

dd) Damit ist es nach dem Wortlaut des Gesetzes eigentlich auch notwendig, in der Anmeldung des Statuswechsels die Versicherungen nach § 707 Abs. 2 Nr. 4 BGB n. F., § 106 Abs. 2 Nr. 4 HGB n. F., § 1 Abs. 4 PartGG n. F. abzugeben.<sup>24</sup>

18 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 136; Schäfer/Hermanns, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2024, § 2 Rdnr. 22; Wertenbruch/Alm, ZPG 2023, 201, 205 f. m. w. N.

19 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 136.

20 Wertenbruch/Alm, ZPG 2023, 201, 206.

21 Wertenbruch/Alm, ZPG 2023, 201, 206, Noack, ZPG 2023, 95, 100; Servatius, GbR, 2023, § 707c Rdnr. 9, der aber wie bei der Erstanmeldung eine Ausnahme machen will, wenn der Statuswechsel auf einer Mehrheitsentscheidung beruht, was auch hier abzulehnen ist, vgl. Abschn. III. 4. a).

22 Servatius, GbR, § 707c Rdnr. 9.

23 „Entsprechende Anwendung“ der Vorschriften des BGB über die Gesellschaft i. S. d. § 1 Abs. 4 PartGG n. F. wird man hier so verstehen müssen, dass § 707c Abs. 3 Satz 2 BGB n. F. nicht auf § 707 Abs. 2 BGB n. F., sondern auf § 4 Abs. 1 Satz 2, § 5 Abs. 1 PartGG n. F. verweist, die für die PartG den Inhalt der Erstanmeldung regeln, so wie es § 707 Abs. 2 BGB n. F. für die GbR macht.

24 BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707c n. F. Rdnr. 35; Servatius, GbR, § 707c Rdnr. 9.

Allerdings bestehen hiergegen Bedenken. Denn Zweck der Versicherung ist es ja gerade, das Statuswechselverfahren zu sichern<sup>25</sup> und Doppelseintragungen zu vermeiden.<sup>26</sup> Wenn aber das Statuswechselverfahren entsprechend dem Zweck des Gesetzes von der Gesellschaft für die Eintragung der neuen Rechtsform gewählt wurde, entfällt die Notwendigkeit seiner Sicherung. Auch das Risiko einer Doppelseintragung *als Folge der Anmeldung* besteht hier nicht: Die betreffende Gesellschaft ist ja bereits in *einem* Register eingetragen und wird nach dem Statuswechsel bei Identitätswahrung in *einem* anderen Register eingetragen sein. Sollte die identische Gesellschaft dagegen bereits vor dem angemeldeten Statuswechsel auch in einem anderen Register eingetragen worden sein, die Doppelseintragung also bereits bestehen, ist der Fehler bereits vorher passiert und nicht Folge der Anmeldung.

Zum anderen passt auch der vom Gesetz vorgegebene Inhalt der Versicherung nicht. Meldet etwa eine bisher im Handelsregister eingetragene OHG den Statuswechsel in eine eGmbH an, müsste die Versicherung nach § 707c Abs. 3 Satz 2, § 707 Abs. 2 Nr. 4 BGB lauten: „Es wird versichert, dass die Gesellschaft nicht bereits im Handels- oder im Partnerschaftsregister eingetragen ist.“ Der erste Teil der Versicherung ist damit offensichtlich falsch, der zweite Teil ist zwar an sich richtig, versteht sich aber bei bisher korrekter Anwendung des Gesetzes von selbst, weil die Gesellschaft ja schon im Handelsregister steht.

Eine wörtliche Anwendung des Gesetzes scheidet daher meines Erachtens aus. Man wird vielmehr die Verweisungen des § 707c Abs. 3 Satz 2 BGB n. F. auf § 707 Abs. 2 BGB n. F. bzw. des § 106 Abs. 4 Satz 3 HGB n. F. auf § 106 Abs. 2 HGB n. F. teleologisch reduzieren müssen, und zwar aus meiner Sicht dahin gehend, dass die Versicherung beim Statuswechsel richtigerweise überhaupt nicht erforderlich ist.<sup>27</sup>

Erkennt man den Zweck der Versicherung dagegen auch darin, dass diese anlässlich des Statuswechsels zumindest noch einmal zur Überprüfung anregen soll, ob eine Doppelseintragung *bereits besteht*, wäre wenigstens der Wortlaut der Versicherung in teleologischer Reduktion abzuwandeln und zwar dahin gehend, dass zum Beispiel im vorgenannten Beispiel des Statuswechsels einer OHG in eine eGmbH versichert werden müsste, dass die Gesellschaft „nicht bereits im *Gesellschafts-* oder im Partnerschaftsregister“<sup>28</sup> oder „nicht bereits in irgendeinem anderen Register (als dem Handelsregister)“ eingetragen ist.

Da die Rechtslage hier noch völlig offen ist, ist der notariellen Praxis bis zu einer gerichtlichen Klärung zu raten, die

25 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 131; siehe dazu näher die Ausführungen unter Abschn. II. 6. g).

26 Ring, Reform des Personengesellschaftsrechts, 2023, § 2 Rdnr. 63.

27 So auch – ohne Begründung – das Muster einer Statuswechselanmeldung in Schäfer/Hermanns, Das neue Personengesellschaftsrecht, § 2 Rdnr. 26.

28 So – ebenfalls ohne Begründung – das Muster einer Statuswechselanmeldung in Eising, Handelsregisteranmeldungen nach dem MoPeG, 2023, Rdnr. 71.

Versicherung vorsichtshalber nicht ganz wegzulassen, sondern mit verändertem Wortlaut abzugeben, wie dargestellt.

ee) § 707c BGB n. F. enthält keine Vorschriften zur Identitätswahrung der Gesellschafter beim Statuswechsel. Es ist daher zulässig, dass im Zuge des Statuswechsels gleichzeitig Gesellschafter ausscheiden oder eintreten und dies mitangemeldet wird.<sup>29</sup> Der Gesetzgeber verweist hierfür auf die nach herrschender Meinung bestehende parallele Rechtslage beim Formwechsel, bei dem wegen des erheblichen praktischen Bedürfnisses anerkannt ist, dass zumindest der einvernehmliche Beitritt einer Kapitalgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter gleichzeitig mit der Eintragung des Formwechsels in zum Beispiel eine GmbH & Co. KG möglich ist.<sup>30</sup> In gleicher Weise kann damit ein Statuswechsel einer bisher nur aus natürlichen Personen bestehenden eGbR (oder Partnerschaftsgesellschaft) in eine GmbH & Co. KG bei gleichzeitigem Beitritt der Komplementär-GmbH und Übernahme der Kommanditistenstellung durch die bisherigen GbR-Gesellschafter (bzw. Partner) angemeldet werden.<sup>31</sup> Auch die Anmeldung sonstiger Änderungen im Zuge des Statuswechsels ist nicht ausgeschlossen, etwa einer gleichzeitigen Sitzverlegung, Änderung der Vertretungsbefugnisse etc.<sup>32</sup> Selbst eine parallele Änderung des Namens bzw. der Firma ist möglich;<sup>33</sup> die Vorschriften zum Statuswechsel enthalten keine Bestimmungen über eine Namens- bzw. Firmenkontinuität,<sup>34</sup> was nicht notwendig ist, da auch bei einer Namens- bzw. Firmenänderung die Identität der Gesellschaft über die Eintragung des Statuswechsels sowohl im Ausgangs- als auch im Zielregister nach § 707c Abs. 2 Satz 2 und 4, Abs. 4 Satz 1 BGB n. F., § 106 Abs. 4 Satz 2, Abs. 5 HGB n. F., § 1 Abs. 4 PartGG n. F. ohne Weiteres erkennbar und damit die erforderliche Publizität gewährleistet ist.

#### d) Verfahren

Der Verfahrensablauf nach der Anmeldung des Statuswechsels beim Gericht des Ausgangsregisters stellt sich überblicksweise wie folgt dar:

Zunächst prüft das Ausgangsregister – allein – die ordnungsgemäße Anmeldung des Statuswechsels selbst (d. h., ob der Statuswechsel formell ordnungsgemäß angemeldet ist, ob die Gesellschaft im Ausgangsregister vorein-

getragen ist und sich nicht in Liquidation befindet<sup>35</sup>), nicht dagegen, ob auch die Voraussetzungen für die Eintragung in das Zielregister erfüllt sind.<sup>36</sup> Allerdings geht der Gesetzgeber im Fall des § 107 Abs. 3 HGB n. F. (Statuswechsel einer OHG/KG in eine eGbR) davon aus, dass dazu auch die Prüfung gehört, ob das Erfordernis eines kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetriebs nach § 1 Abs. 2 HGB besteht, sodass diese Prüfung demnach noch vom Handelsregister als Ausgangsregister vorzunehmen ist.<sup>37</sup> Dasselbe gilt gemäß § 107 Abs. 3 HGB n. F., § 4 Abs. 4 PartGG n. F. für das abgebende Partnerschaftsregistergericht im Fall des Statuswechsels in eine eGbR oder für das abgebende Handelsregistergericht im Fall des Statuswechsels in eine PartG.<sup>38</sup> Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 HGB habe in diesen Fällen das jeweilige Gericht des Ausgangsregisters schon die Eintragung des Statuswechselsvermerks zu verweigern und die Anmeldung nach § 382 Abs. 3 FamFG zurückzuweisen. Zur Ermöglichung der Prüfung bzgl. § 1 Abs. 2 HGB dient auch die Angabe des Geschäftsgegenstands nach § 3 Abs. 1 Satz 2 GesRV, § 24 Abs. 4 HRV, § 4 Abs. 1 Satz 2, § 5 Abs. 1 Nr. 4 PartGG.<sup>39</sup>

Kommt das Ausgangsregistergericht zu einem positiven Ergebnis, ist ein Statuswechselsvermerk beim Ausgangsregister einzutragen, § 707c Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB n. F., § 106 Abs. 4 Satz 2 HGB n. F., 1 Abs. 4 PartGG, d. h. nach der Legaldefinition des § 707c Abs. 2 Satz 1 BGB n. F. die Eintra-

35 *Noack*, ZPG 2023, 95, 100. Hinsichtlich des Prüfungspunktes „Nichtvorliegens einer Liquidation“, weil der Zweck der Liquidation die Fortsetzung als werbende Gesellschaft in einem anderen Register ausschließt: *Wertenbruch/Alm*, ZPG 2023, 201, 206 m. w. N.

36 *Ring*, Reform des Personengesellschaftsrechts, 2023, § 2 Rdnr. 98; *Schäfer/Hermanns*, Das neue Personengesellschaftsrecht, § 2 Rdnr. 23.

37 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 225; so auch: *Wertenbruch/Alm*, ZPG 2023, 201, 204 m. w. N., wegen Wortlaut, systematischen Bezugs zu § 707c Abs. 2 Satz 1 BGB n. F. und Sachnähe; a. A.: *BeckOGK-BGB/Krafka*, Stand: 01.05.2023, § 707c Rdnr. 18: Prüfung durch Zielregister; wohl auch: *MünchKomm-BGB/Schäfer*, 9. Aufl. 2024, § 707c, Rdnr. 7.

38 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 276; *Wertenbruch/Alm*, ZPG 2023, 201, 210. Dagegen sind § 4 Abs. 4 PartGG n. F., § 107 Abs. 3 HGB n. F. nicht auf den Statuswechsel einer eGbR in eine PartG anwendbar, sondern das sachnähere Partnerschaftsregistergericht als Zielregister prüft die Voraussetzungen der § 4 Abs. 2, 3 i. V. m. § 1 Abs. 1 bis 3 PartGG (Vorliegen eines freien Berufs), *Wertenbruch/Alm*, a. a. O.

39 Fraglich ist, inwieweit die Prüfungspflicht des Ausgangsgerichts über die Prüfung anhand des angegebenen Geschäftsgegenstands hinausgeht. M. E. sollten die Anforderungen an die – aufwendige – Prüfung nicht überspannt werden, zumal im Falle einer fehlerhaften Eintragung des Statuswechsels im Gesellschaftsregister die Gesellschaft trotzdem eine OHG/KG bleibt und auch kein diesbezüglicher anderweitiger Rechtsschein erzeugt wird, § 707a Abs. 3 Satz 1 HGB n. F.; auch bei fehlerhafter Eintragung einer OHG im Partnerschaftsregister gilt jedenfalls nach h. M. mangels Verweisung des PartGG auf § 5 HGB nichts anderes, *BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Schöne*, Stand: 01.08.2023, § 7 PartGG Rdnr. 4 m. w. N.

29 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 138; *Wertenbruch/Alm*, ZPG 2023, 201, 206; *Noack*, ZPG 2023, 95, 100.

30 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 138 f. m. w. N. unter Verweis insbesondere auf BGH, Urteil vom 09.05.2005, II ZR 29/03, DNotZ 2005, 864.

31 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 138; *Ring*, Reform des Personengesellschaftsrechts, 2023, § 2 Rdnr. 106.

32 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 138; *Wertenbruch/Alm*, ZPG 2023, 201, 206.

33 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 138; siehe auch § 707c Abs. 4 Satz 1 BGB n. F.

34 So ja auch § 200 UmwG beim Formwechsel, der regelt, dass die Firma des formwechselnden Rechtsträgers i. d. R. beibehalten werden darf, aber eben nicht muss.

gung der Rechtsform, in der die Gesellschaft in dem anderen Register fortgesetzt wird. Zusätzlich ist die Eintragung gemäß § 707c Abs. 2 Satz 2 BGB n. F. mit dem Vermerk zu versehen, dass die Eintragung erst mit der Eintragung der Gesellschaft in dem Zielregister wirksam wird, sofern die Eintragungen nicht an demselben Tag erfolgen („Vorläufigkeitsvermerk“).<sup>40</sup> Der Wortlaut eines Statuswechselermerks mit Vorläufigkeitsvermerk ergibt sich aus Anlage 2 zu § 2 Abs. 2 GesRV.

Sodann gibt das Gericht des Ausgangsregisters von Amts wegen das Verfahren an das Gericht des Zielregisters ab, § 707c Abs. 2 Satz 3 BGB n. F., § 106 Abs. 4 Satz 2 HGB n. F., § 1 Abs. 4 PartGG.

Das Gericht des Zielregisters prüft sodann,

- ob der Statuswechsel zu dem Ausgangsregister angemeldet wurde, § 707c Abs. 3 Nr. 1 BGB n. F., § 106 Abs. 4 Nr. 1 HGB n. F., § 1 Abs. 4 PartGG n. F.,
- ob der Statuswechselermerk im Ausgangsregister eingetragen wurde, § 707c Abs. 3 Nr. 2 BGB n. F., § 106 Abs. 4 Nr. 2 HGB n. F., § 1 Abs. 4 PartGG n. F.,
- ob die Verfahrensabgabe durch das Gericht des Ausgangsregisters erfolgt ist, § 707c Abs. 3 Nr. 3 BGB n. F., § 106 Abs. 4 Nr. 3 HGB n. F., § 1 Abs. 4 PartGG n. F., *und*
- vor allem auch, ob die allgemeinen Voraussetzungen für die Eintragung im Register der Zielgesellschaft erfüllt sind,<sup>41</sup> also

beim Statuswechsel einer OHG/KG oder PartG in eine eGmbH die Voraussetzungen der Erstanmeldung einer eGmbH nach § 707c Abs. 3 Satz 2, § 707 Abs. 2 BGB n. F. (dagegen nicht mehr das Vorliegen der Voraussetzungen der § 107 Abs. 3 HGB n. F., § 4 Abs. 4 PartGG i. V. m. § 1 Abs. 2 HGB, weil diese Prüfung schon durch das Gericht des Ausgangsregisters erfolgt ist);

beim Statuswechsel einer eGmbH oder PartG in eine OHG/KG die Voraussetzungen der Erstanmeldung einer OHG/KG nach § 106 Abs. 2, § 161 Abs. 2, § 162 HGB n. F. einschließlich etwaiger berufsrechtlicher Voraussetzungen im Fall des § 107 Abs. 1 Satz 2 HGB n. F.<sup>42</sup> *und* beim Statuswechsel einer

eGmbH oder OHG/KG in eine PartG die Voraussetzungen der Erstanmeldung einer PartG nach § 707c Abs. 3 Satz 2 BGB n. F., § 1 Abs. 1 bis 3, § 4 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und 3, § 5 Abs. 1 PartGG n. F. einschließlich der berufsrechtlichen Voraussetzungen (dagegen beim Statuswechsel einer OHG/KG nicht mehr das Vorliegen der Voraussetzungen der § 107 Abs. 3 HGB n. F., § 4 Abs. 4 PartGG i. V. m. § 1 Abs. 2 HGB, weil diese Prüfung schon durch das Gericht des Ausgangsregisters erfolgt ist).

Sind die Voraussetzungen für die Eintragung im Zielregister erfüllt, trägt das Gericht des Zielregisters die neue Rechtsform dort ein, und zwar unter Angabe der alten Registerdaten (alter Name oder alte Firma, altes Registergericht, alte Registernummer), § 707c Abs. 4 Satz 1 BGB n. F., § 106 Abs. 5 Satz 1 HGB n. F., § 1 Abs. 4 PartGG n. F. Erst mit dieser Eintragung der neuen Rechtsform im Zielregister wird der Statuswechsel verfahrensrechtlich wirksam.<sup>44</sup>

Ferner teilt das Gericht des Zielregisters von Amts wegen dem Ausgangsregistergericht den Tag der Eintragung in das neue Register und die neue Registernummer mit, § 707c Abs. 4 Satz 2 BGB n. F., § 106 Abs. 5 Satz 2 HGB n. F., § 1 Abs. 4 PartGG n. F. („Registerrücklauf“<sup>45</sup>). Das Ausgangsregistergericht trägt dann im Ausgangsregister den Tag ein, an dem die Gesellschaft in dem Zielregister eingetragen wurde, § 707c Abs. 2 Satz 4 BGB n. F., § 106 Abs. 4 Satz 2 HGB n. F., § 1 Abs. 4 PartGG n. F., und schließt das Registerblatt.<sup>46</sup>

Im Ergebnis kann dann beiden Registern rechtssicher und zweifelsfrei entnommen werden, dass die Gesellschaft im Ausgangs- und im Zielregister identisch ist und ihre Rechtsform im Wege des Statuswechsels gewechselt hat<sup>47</sup> sowie, wann dies verfahrensrechtlich wirksam geworden ist. Dies ist vor allem auch für den Grundstücksverkehr von großer Bedeutung.<sup>48</sup>

Sind die Voraussetzungen für die Eintragung im Zielregister *nicht* erfüllt, lehnt das Zielregistergericht die Eintragung nach § 382 Abs. 3 FamFG ab und teilt dies nach Eintritt der Rechtskraft<sup>49</sup> der Ablehnungsentscheidung dem Ausgangsregistergericht mit, § 707c Abs. 4 Satz 3 BGB n. F., § 106 Abs. 5 Satz 3 HGB n. F., § 1 Abs. 4 PartGG n. F. Sodann löscht das Ausgangsregistergericht den Statuswechselermerk, § 707c Abs. 2 Satz 5 BGB n. F., § 106 Abs. 4 Satz 2 HGB n. F., § 1 Abs. 4 PartGG n. F. Dasselbe passiert im Fall einer Antragsrücknahme, die in jedem Fall beim Ausgangsregistergericht zu erklären ist.<sup>50</sup>

40 Vgl. § 198 Abs. 2 Satz 4 UmwG beim Formwechsel, *Ring*, Reform des Personengesellschaftsrechts, 2023, § 2 Rdnr. 98. Wenn keine Sitzverlegung mit angemeldet wird, dürfte die Eintragung in den beteiligten Registern am selben Tag die Regel sein, sodass der Vorläufigkeitsvermerk unterbleiben kann, *Noack*, ZPG 2023, 95, 100; *Wertenbruch/Alm*, ZPG 2023, 201, 207.

41 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 138; *Servatius*, GbR, § 707c Rdnr. 13.

42 *Wertenbruch/Alm*, ZPG 2023, 201, 204, 207; Schäfer/*Hermanns*, Das neue Personengesellschaftsrecht, § 2 Rdnr. 23; *Noack*, ZPG 2023, 95, 101. Als Nachweis dürfte regelmäßig die Vorlage einer Bestätigung der nach Berufsrecht zuständigen Stelle bzgl. der berufsrechtlichen Konformität des Wechsels in eine OHG/KG genügen, Schäfer/*Wertenbruch*, Das neue Personengesellschaftsrecht, § 10 Rdnr. 11.

43 Nicht einer eGmbH, *Wertenbruch/Alm*, ZPG 2023, 201, 210.

44 *Wertenbruch/Alm*, ZPG 2023, 201, 207.

45 *Wertenbruch/Alm*, ZPG 2023, 201, 207. Der Registerrücklauf ist vor allem bei unterschiedlichen örtlichen Registerzuständigkeiten von Bedeutung.

46 *Noack*, ZPG 2023, 95, 101.

47 *Noack*, ZPG 2023, 95, 101.

48 *Wertenbruch/Alm*, ZPG 2023, 201, 207.

49 §§ 45, 63 FamFG.

50 BeckOK-BGB/Hau/Poseck/*Enders*, § 707c n. F. Rdnr. 37.

## e) Besonderheiten beim Statuswechsel in eine KG

aa) Beim Statuswechsel einer eGmbH (oder einer Partnerschaftsgesellschaft) in eine KG müssen in der Anmeldung des Statuswechsels zusätzlich zu den Angaben nach § 106 Abs. 4 Satz 3, Abs. 2, § 161 Abs. 2 HGB n. F. auch die die Kommanditisten betreffenden Angaben gemäß § 162 Abs. 1 HGB n. F. enthalten sein, also, wer die Kommanditisten sind und welche Haftsummen jeweils vereinbart wurden.<sup>51</sup> Auch ein Statuswechsel in eine GmbH & Co. KG ist ohne Weiteres möglich.<sup>52</sup>

bb) Nimmt eine eGmbH einen Statuswechsel in eine KG vor, und werden deshalb bisher gemäß § 721 BGB n. F. zwingend unbeschränkt persönlich haftende Gesellschafter Kommanditisten, stellt sich die Frage einer Nachhaftungsbegrenzung für die zum Zeitpunkt ihrer Eintragung als Kommanditisten im Handelsregister bereits begründeten Verbindlichkeiten. Die Regelung hierfür findet sich in § 707c Abs. 5 Satz 1 BGB n. F., der § 728b BGB n. F. für entsprechend anwendbar erklärt und damit diesen Fall dem Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der GbR gleichstellt, sodass in der Regel spätestens fünf Jahre nach Eintragung des Statuswechsels im Handelsregister, § 728b Abs. 1 Satz 3 Alt. 2 BGB n. F., ggf. bei entsprechender vorheriger Kenntnis des Gläubigers von der Kommanditistenstellung des Gesellschafters auch schon früher, § 728b Abs. 1 Satz 3 Alt. 1 BGB n. F., die Nachhaftungsbegrenzung eintritt.<sup>53</sup>

Die Regelung soll sich laut Gesetzesbegründung nur auf die Haftung für solche Gesellschaftsverbindlichkeiten beziehen, die zwischen der Umwandlung der Mitgliedschaft und ihrer Eintragung begründet wurden und für die der Kommanditist abweichend von der Haftungsbeschränkung nach § 171 Abs. 1 HGB auf der Grundlage von § 15 Abs. 1 HGB unbeschränkt persönlich haftet.<sup>54</sup> Eine diesbezügliche Beschränkung lässt sich aber aus dem Gesetzeswortlaut in keiner Weise entnehmen, der ohne weitere Einschränkung von den zum Zeitpunkt der Eintragung des Kommanditisten im Handelsregister begründeten Verbindlichkeiten spricht und sich damit richtigerweise auf *alle* Altverbindlichkeiten bezieht.<sup>55</sup> Diesen Schluss legt auch die Parallelvorschrift des § 137 Abs. 3 Satz 1 HGB n. F. bei Rechtsformwechsel einer OHG in eine KG (bisher: § 160 Abs. 3 HGB) nahe, die eine derartige Beschränkung ebenfalls nicht kennt.<sup>56</sup>

Die Nachhaftungsbegrenzung gilt nach § 707c Abs. 5 Satz 2 BGB n. F. selbst dann, wenn der Kommanditist in der Gesellschaft selbst oder einem ihr als Gesellschafter angehörenden Unternehmen geschäftsführend tätig wird. Unberührt bleibt seine beschränkte Kommanditistenhaftung für sol-

che Verbindlichkeiten, § 707c Abs. 5 Satz 3 BGB n. F., § 171 Abs. 1 HGB n. F.

All dies gilt entsprechend beim Statuswechsel einer Partnerschaftsgesellschaft in eine KG, § 1 Abs. 4 PartGG n. F.<sup>57</sup>

cc) Für den Fall, dass die eGmbH trotz ihrer Eintragung im Gesellschaftsregister ein Handelsgewerbe betreibt und damit gemäß § 105 Abs. 1 HGB n. F. in Wirklichkeit OHG ist („Ist-OHG“), aber den Statuswechsel in eine KG beabsichtigt, haften die Kommanditisten bis zur Eintragung des Statuswechsels im Handelsregister unbeschränkt, § 176 Abs. 1 HGB n. F. Die Nachhaftungsbegrenzung bestimmt sich in diesem Fall nicht nach § 707c Abs. 5 BGB n. F., sondern nach § 137 Abs. 3 HGB n. F.<sup>58</sup> Auch dies gilt für eine im Partnerschaftsregister eingetragene „Partnerschaftsgesellschaft“ entsprechend.

f) Der Statuswechsel einer eGmbH in eine KG kann auch zum Vollzug des Erbenwahlrechts nach § 724 BGB n. F. erforderlich sein.<sup>59</sup>

## VI. Kosten der Eintragungen im Gesellschaftsregister

### 1. Notargebühren

§ 105 Abs. 2 GNotKG n. F. regelt zunächst, dass sich der Geschäftswert der Notargebühren für Anmeldungen zum Gesellschaftsregister nach den Absätzen 3 bis 5 der Vorschrift bestimmt.

§ 105 Abs. 3 Nr. 2 GNotKG n. F. normiert insofern für die *Erstanmeldung* einer GbR zum Gesellschaftsregister entsprechend der bisherigen Rechtslage zur OHG, dass der Geschäftswert bei einer zweigliedrigen GbR 45.000 € beträgt, für den dritten und jeden weiteren Gesellschafter erhöht sich der Geschäftswert um jeweils 15.000 €.

Der Geschäftswert für spätere Anmeldungen bestimmt sich nach § 105 Abs. 4 Nr. 3 GNotKG n. F. ebenfalls entsprechend der bisherigen Rechtslage bei der OHG, d. h. er beträgt in der Regel 30.000 €; wird der Ein- und Austritt von mehr als zwei Gesellschaftern angemeldet, sind als Geschäftswert 15.000 € für jeden ein- und austretenden Gesellschafter anzunehmen. Bei Anmeldung einer Anspruchsänderung oder sonstigen Anmeldungen ohne wirtschaftliche Bedeutung sind gemäß § 105 Abs. 5 GNotKG 5.000 Euro als Geschäftswert anzusetzen.

Fraglich ist, wie der Statuswechsel hinsichtlich des Geschäftswerts zu behandeln ist, als Erstanmeldung oder spätere Anmeldung oder auch beides. Das Gesetz trifft diesbezüglich keine Regelung, auch die Gesetzesmaterialien lassen hierzu nichts erkennen. Aus meiner Sicht wäre es jedenfalls wertungsmäßig nicht richtig, die Anmeldung

51 *Wertenbruch/Alm*, ZPG 2023, 201, 208.

52 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 138; *Wertenbruch/Alm*, ZPG 2023, 201, 209.

53 *Wertenbruch/Alm*, ZPG 2023, 201, 208.

54 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 139.

55 *Wertenbruch/Alm*, ZPG 2023, 201, 208; *Servatius*, GbR, § 707c Rdnr. 15; MünchKomm-BGB/Schäfer, § 707c Rdnr. 14.

56 *Wertenbruch/Alm*, ZPG 2023, 201, 208.

57 *Wertenbruch/Alm*, ZPG 2023, 201, 211.

58 *Wertenbruch/Alm*, ZPG 2023, 201, 209.

59 Siehe hierzu im Einzelnen: *Wertenbruch/Alm*, ZPG 2023, 201, 209.

des Statuswechsels nur als spätere Anmeldung beim Ausgangsregister zu behandeln. Denn inhaltlich handelt es sich auch beim Statuswechsel um eine Erstanmeldung, wenn auch beim Zielregister. Denkbar wäre aber, die Anmeldung sowohl als spätere Anmeldung im Ausgangsregister als auch als gegenstandsverschiedene (§ 111 Nr. 3 GNotKG) Erstanmeldung im Zielregister zu behandeln und die Vorschrift des § 105 Abs. 3 Nr. 2, Abs. 4 Nr. 3 GNotKG n. F. kumuliert anzuwenden. Dagegen spricht aber, dass die Anmeldung des Statuswechsels eine denklösig einheitliche Anmeldung des Statuswechsels als solchem beim Ausgangsregister und der damit verbundenen Errichtung des Zielrechtsträgers darstellt und die Anmeldung ja auch nur an das Ausgangsregister gerichtet wird und ein einheitliches Verfahren auslöst, § 707c Abs. 1 bis 4 BGB n. F. Deshalb ist aus meiner Sicht die Anmeldung des Statuswechsels einer Erstanmeldung wertungsmäßig gleichzustellen und deshalb – nur – § 105 Abs. 3 Nr. 2 GNotKG n. F. anzuwenden. Das lässt sich auch mit dem Wortlaut der Vorschrift vereinbaren.

Für den Gebührensatz gilt KV 21201 Nr. 5, wenn die Anmeldung ausnahmsweise beurkundet wird, bei Entwurfsfertigung (und ggf. anschließender Beglaubigung) KV 24102, und beträgt jeweils 0,5.

Ferner sei an dieser Stelle noch darauf hingewiesen, dass durch das MoPeG die bisherige Sondervorschrift des § 108 Abs. 4 GNotKG für den Geschäftswert für die Beurkundung von GbR-Beschlüssen gestrichen wird. Seit dem 01.01.2024 gelten daher auch für Beschlüsse der rechtsfähigen GbR die allgemeinen Geschäftswertbestimmungen für Beschlüsse gemäß § 108 Abs. 1 i. V. m. § 105 Abs. 1, 4 und 6 BGB n. F.

## 2. Gerichtsgebühren

Für die Gerichtsgebühren gelten gemäß § 58 Abs. 1 Nr. 1 GNotKG n. F., § 1 Satz 1 HRegGebV n. F. die Bestimmungen der Handelsregistergebührenverordnung. Eintragungen im Gesellschaftsregister werden demnach gebührenmäßig genauso behandelt wie bisher schon Eintragungen im Handelsregister Abteilung A oder im Partnerschaftsregister (Teil 1 der Anlage Gebührenverzeichnis n. F.).

Einsichten sind wie bei den herkömmlichen Registern auch in das Gesellschaftsregister kostenfrei.<sup>60</sup>

<sup>60</sup> Noack, ZPG 2023, 95, 101.

# Das Deutsche Notarinstitut – wie alles begann

Rede von Notar Dr. **Oliver Vossius**, München, anlässlich der Assessorenversammlung am 26.01.2024

Im Anfang war das Wort. Und das Wort war beim BVerfG und dieses war das Wort. Es entschied am 17.07.1987,<sup>1</sup> dass die Richtlinien des anwaltlichen Standesrechts nicht zur Konkretisierung der in § 43 BRAO niedergelegten Berufspflichten des Anwalts herangezogen werden könnten. Ein bayerischer Notarassessor las dieses Judikat besonders aufmerksam. Es war Dr. *Joachim Schervier*, heute Notar in München. *Joachim Schervier* dachte über ehern geglaubte Grundsätze wie das anwaltliche Lokalisationsgebot und das Zweigstellenverbot nach und kam zu dem Schluss, dass überörtliche und sogar internationale Anwaltssozietäten nunmehr zulässig sein müssten.

Denken wir an den Kontext zurück, in dem diese Entscheidung stand. Der Europäische Binnenmarkt war in aller Munde. So manche von neoliberaler Euphorie beseelten Hochschullehrer wollten von ihren beamtenrechtlich gesicherten Lehrstühlen aus alles Hergebrachte einreißen. Nur den Muff unter dem eigenen Talar wollte man behalten. Wie Sie an dieser mokanten Bemerkung erkannt haben: Ich

selbst bin ein „Boomer“, also der Generation der „Nach-68er“ zuzurechnen. In Erinnerung an das damalige Schimpfwort vom „Salonbolschewisten“ würde ich diese unter dem Deckmantel der Wissenschaftsfreiheit agierenden und agitierenden Zeitgeistverstärker „Salonderegulierer“ nennen. Erst die Finanz- und Währungskrise der späten Nullerjahre hat dem pseudoökonomischen Wortgeklingel einen Dämpfer verpasst.<sup>2</sup>

Kurz nach dem Richterspruch aus Karlsruhe sprachen sich erste Stimmen in der Literatur für die Zulässigkeit überörtlicher, internationaler und multiprofessioneller Sozietäten zur Rechts- und Wirtschaftsberatung aus.<sup>3</sup> Wenig später entstanden auch schon die ersten solchen Verbände.<sup>4</sup> Bereits 1990 erschien eine erste deutschsprachige Monogra-

<sup>1</sup> BVerfG, Urteil vom 14.07.1987, 1 BvR 537/81, NJW 1988, 191.

<sup>2</sup> Zur ideengeschichtlichen Verortung dieser Sprachspiele siehe *Oliver Vossius* in Schmoeckel/Schubert, Form Verfahren Struktur, 2019, S. 117-119.

<sup>3</sup> Siehe etwa *Winters*, NJW 1988, 521, 525; *Rabe*, NJW 1989, 1113, 1116 und 1119.

<sup>4</sup> Hierzu *Reinhard Pöllath* in Pöllath/Sänger, 200 Jahre Wirtschaftsanwälte in Deutschland, 2009, S. 7-28, 9, 18-19.

phie zu diesem Thema.<sup>5</sup> Schon 1992 hielt der Wettbewerbsenat des BGH die Zulässigkeit überörtlicher Sozietäten nachgerade für selbstverständlich.<sup>6</sup>

Am 17.02.1989 wurde der neue Ausschuss der bayerischen Notarassessoren gewählt, mit mir als Vorsitzenden. Weitere Mitglieder waren *Marion Heuer*, Dr. *Reinhard Kössinger* und Dr. *Dieter Mayer* (später Prof. Dr.). In der Wahlversammlung sprachen *Joachim Schervier*, *Dieter Mayer* und Dr. *Bernd Wegmann* (später auch Prof. Dr.) die Gefahren überörtlicher Großsozietäten an, die sie für uns als den Berufsnachwuchs der Notar sahen. Angesprochen fühlten sich neben dem Ausschuss auch die weiteren Assessorenkollegen Dr. *Peter Limmer*, Dr. *Rolf Weinberger* und *Peter Bräu*.<sup>7</sup> *Peter Limmer*, inzwischen Prof. Dr., ist einer der wenigen Zeitzeugen, die noch als Notare aktiv sind. *Peter Bräu*, *Reinhard Kössinger*, *Dieter Mayer* und *Rolf Weinberger* sind bereits im Ruhestand. *Bernd Wegmann* und ich selbst sind ebenfalls noch aktiv, erster als Notar in Ingolstadt.

Gefahren für unseren Berufsstand lagen aus unserer damaligen Sicht vor allem in den Möglichkeiten großer Anwaltssozietäten, ihr berufliches Know-how zu bündeln und für alle darin tätigen Anwaltskollegen zugänglich zu machen. Der Notar in einem solchen überörtlichen oder gar multinationalen und multiprofessionellen Verbund laufe Gefahr, auf einen reinen Stempelbeamten reduziert zu werden. Das werde in kurzer Zeit auch auf das hauptberufliche Notariat ausstrahlen. *Joachim Scherviers* Argumentation klang für uns schlüssig.

Aus unserer damaligen Sicht war dies vor allem für das ausländische Recht bedeutsam. Beim Immobilienerwerb, im Familien- und im Erbrecht zeigte sich die schon damals ausgeprägt multinationale Realität der alten Bundesrepublik. Die Reform des Internationalen Privatrechts von 1986<sup>8</sup> hatte die Möglichkeiten familien- und erbrechtlicher Rechtswahl erheblich erweitert. Zu einer überlegten Rechtswahl gehört aber, dass man alle Alternativen in ihren Vor- und Nachteilen kennt und bewertet. Das wollten wir leisten. Das Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, der zweite Brennpunkt internationaler Vernetzung, war hingegen damals noch weit weg. Die Europäische Aktiengesellschaft hatte den akademischen Elfenbeinturm noch nicht verlassen. Dass ein ehemaliger Pfälzer Kollege hier damals bereits an vorderster Front mit dabei war, hätte uns allerdings schon 1989 zu denken geben sollen. Dieser ehemalige Notar zu Kirchheimbolanden war *Markus Lutter*, der leider nicht mehr unter uns ist.

Unsere Überlegungen mit dem Schwerpunkt auf „Know-how-Transfer“ waren nicht ohne Vorbild. Wir wussten, dass sowohl das niederländische als auch das französische No-

tariat über solche Einrichtungen verfügten. In den Niederlanden unterhielt die Königliche Notarielle Bruderschaft eine solche Einrichtung. In Frankreich gab es mit den sog. CRIDON gleich mehrere davon. In Österreich war die Notar-akademie im Aufbau. Rudimentär gab es mit der recht guten Bibliothek der Notarkasse in München für uns auch damals schon die Möglichkeit des Zugriffs auf externes Know-how, ohne dass man den Weg in eine oft weit entfernte Universitätsbibliothek hätte antreten müssen. Nicht nur aus dem bayerisch-pfälzischen Notariat erreichten die Ottostraße in München seit jeher zahlreiche fachliche Anfragen. Die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern und der Notarkasse war cum grano salis die Keimzelle des Notarinstituts.

Lassen Sie mich eine Anekdote aus dieser „Vorinstitutszeit“ einstreuen. In meiner Notarkammerzeit wurde mir einmal ein Kollege aus Niedersachsen durchgestellt, der das Telefonat wie folgt begann:

„Eigentlich bin ich ja mit Leib und Seele Strafverteidiger. Aber Sie wissen ja: Wenn man in meiner niedersächsischen Kleinstadt mit Ende 40 noch nicht Notar ist, meinen die Leute, man hätte etwas angestellt. Also musste ich Notar werden. Und jetzt habe ich einen Mandanten, der sich nicht abwimmeln lässt. Ich brauche Ihre Hilfe.“

Rückblickend darf ich aber feststellen, dass wir mindestens drei wichtige Parameter in diesem Kontext nicht kannten bzw. unterschätzten.

Der erste Parameter war das Internet. Wir konnten uns damals nicht vorstellen, dass einmal nahezu jede in- und ausländische Rechtsnorm auf Knopfdruck am heimischen Schreibtisch zugänglich sein würde. Hierfür braucht es heute im Grundsatz keine Großsozietät mehr.

Der zweite und der dritte Parameter liegen im Faktor Mensch begründet. Der zweite Faktor betrifft den Teamgeist als Voraussetzung der Organisation von Wissen. Knowledge-Management nennt man das heute. Als bayerische Notarassessorinnen und Notarassessoren waren wir zwar ein bunter Haufen, aber stark geprägt durch kollegialen Zusammenhalt. Wer wann eine Notarstelle bekommen würde, war durch Prüfungsjahrgangsprinzip und Examensnote vorgegeben. Für Konkurrenzdenken gab es daher wenig Anlass. Die Notarinnen und Notare behandelten uns, von wenigen Ausnahmen abgesehen, als Kollegen und nicht als Hauselfen im Sinne der Harry-Potter-Romane. Wir waren alles andere als ein Haifischbecken. Fälschlicherweise glaubten wir daher, in Großsozietäten ginge es ähnlich zu. Heute wissen wir, dass diese neben der Konkurrenz um Mandate nicht minder von internen Rangordnungskämpfen geprägt sind. Wenn intern das Know-how nicht kanzleiweit organisiert und gebündelt wird, sondern in voneinander getrennten Zellen verbleibt – wie in einem Geheimdienst oder einer Terrororganisation –, dann ist es mit den Vorteilen der Größe vorbei.

Nun zum dritten Parameter. Wir waren in unserem System flächendeckender Versorgung sozialisiert. Daher machten wir uns nicht so recht klar, dass Großsozietäten ein auf

5 *Ekkehard Schumann*, Die überörtliche Anwaltssozietät, 1990.

6 BGH, Urteil vom 23.09.1992, I ZR 150/90, BGHZ 119, 235 = DB 1992, 2613 = NJW 1993, 196 = ZIP 1992, 1749.

7 Hierzu auch *Kössinger* in FS *Dieter Mayer*, 2020, S. 383-395, 384.

8 Gesetz zur Neuregelung des internationalen Privatrechts v. 25.07.1986, BGBl. I, 1986, S. 1142.

Großstädte beschränktes Phänomen bleiben würden. Bis heute tut sich die Anwaltschaft schwer, das oft profunde Know-how großer Verbände in die Fläche und zu der dort sitzenden Mandantschaft zu bringen. Die Zahlen zum Verdienst von Anwälten im Vergleich Stadt-Land sind eindeutig.<sup>9</sup> Das Verhältnis des durchschnittlichen Überschusses zwischen Kleinstädten bis 20.000 Einwohner und Großstädten über 500.000 Einwohner lag im Jahr 2020 für Gesamtdeutschland bei etwa eins zu vier. Großsozietäten scheinen also eher den ökonomischen Bedürfnissen der Anwaltschaft als denen der Mandantschaft zu dienen. Bis heute sind wir besser an unsere stark dislozierte mittelständische Wirtschaft angepasst.

Gestatten Sie mir an dieser Stelle einen kleinen berufspolitischen Exkurs. Zu einer besseren Dislozierung qualifizierter Anwältinnen und Anwälte könnte auch das Notariat einen Beitrag leisten. Man könnte die Urkundszahlen als Schlüssel für die Schaffung von Notarstellen schrittweise heraufsetzen. Immerhin hat die Neufassung des § 51 BNotO das Prinzip der Amtsnachfolge durch einen Notar in das Anwaltsnotariat hineingetragen. Leider ist politisch noch nicht hinreichend Allgemeingut, wie wichtig das für die Stärkung des Notariats in der Fläche ist. Mit dem Notariat als wirtschaftliches Standbein ließen sich qualifizierte Kolleginnen und Kollegen aus den Ballungsräumen in die Fläche locken.

Kehren wir jedoch zum Thema zurück. Damals wollten wir zum Nachdenken über die Herausforderungen an unseren Beruf anregen. Wir wollten keine notariellen Großsozietäten nur für zahlungskräftige Großmandanten, sondern unser disloziertes System flächendeckender Versorgung für alle behalten. Nach unserem Verständnis waren und sind wir für alle Rechtsuchenden da, nicht nur für die Teile der Wirtschaft, die sich das leisten können.

Traditionell organisierte und organisiert der Ausschuss der Notarassessoren interne Fortbildungsveranstaltungen. Wir, das heißt die genannte Assessorengruppe, beschlossen, eine solche Veranstaltung diesen Fragen zu widmen. Nach meiner Erinnerung war es vor allem *Reinhard Kössinger*, der auf sorgfältige Vorbereitung einer solchen Tagung drang. Aufgrund seiner langjährigen politischen Erfahrung in der Jungen Union war ihm klar, dass man das Ergebnis einer solchen Veranstaltung vorher kennen sollte. So trafen wir uns über Wochen an fast jedem Freitagabend, meist in der „Wurstkuchl“ im Münchner Univiertel, um bei Bier und Bratwürsten eine Struktur für die geplante Veranstaltung zu erarbeiten. Irgendwann im Frühjahr 1989 gaben wir uns den Namen „Initiative Notar 2000“.

Im Mai 1989 waren wir soweit. Jetzt bekamen wir doch etwas Angst vor der eigenen Courage. Wir beschlossen, die Standesführung über das zu informieren, was wir vorhatten. Dieter Mayer warnte zwar noch mit der ihm eigenen humorvollen Ironie: „Dann redet der Schippel zwei Stunden auf uns ein, und das Schlimme ist: Am Ende glauben wir das

dann auch noch!“ Dennoch sagten am Ende alle, an mich gerichtet: „Du bist der Ausschussvorsitzende, Du gehst zu Schippel.“

So ging ich denn zum Präsidenten der BNotK und der Landesnotarkammer Bayern Prof. Dr. *Helmut Schippel*, Notar in München, nicht ahnend, dass ich sieben Jahre später in seinem Zimmer auf seinem Stuhl an seinem Schreibtisch sitzen würde. Ich meinte, im Schnee vor Canossa zu stehen. *Helmut Schippel* empfing mich aber mit der ihm eigenen Mischung von Präsidialität und Jovialität. Er hörte mir interessiert zu und machte mir Mut.

*Helmut Schippel* tat zweierlei, das eine offen, das andere hinter unserem Rücken. Offen ermunterte er mich, bei der Organisation einer solchen Tagung auf die Strukturen des damals vom Augsburger Kollegen Dr. (später Prof. Dr.) *Hans-Ulrich Jerschke* geleiteten Fachinstituts für Notare im Deutschen Anwaltsinstitut zurück zu greifen. *Hans-Ulrich Jerschke* verwies mich dort an Frau *Müller*. Das war unser Glück, denn ab jetzt stand uns mit dem guten Geist im DAI ein erfahrener Organisationsprofi zur Verfügung. Ich habe übrigens lange überlegt, wie man „Organisationsprofi“ richtig gendert. „Profine“ „Professe“ oder „Profitrix“ klingt nicht so richtig überzeugend. Ich habe es dann sein lassen.

Frau *Müller* gab mir unschätzbare Tipps, mit welchem Hotel wie zu verhandeln sei. Schnell waren so das Maritim-Hotel in Nürnberg als Tagungsort und der September 1989 als Zeitraum gefunden. Nürnberg bot sich wegen seiner Kostenvorteile und seiner zentralen Lage innerhalb Bayerns an. Der September zwischen den bayerischen Sommerferien und dem Treffen des Bayerischen Notarvereins im Oktober lag in einer Zeit geringeren Vertretungsbedarfs.

Mit Schreiben (so war das damals) vom 24.07.1989 lud der Ausschuss der Notarassessoren die Notarassessorinnen, die Notarassessoren und die Notare mit einer Amtszeit von nicht mehr als fünf Jahren, die sog. Jungnotare, zu dieser Tagung ein, die am 23./24.09.1989 stattfinden sollte.

*Schippel* tat aber noch etwas ohne unser Wissen. Er informierte nicht nur die Gremien der Landesnotarkammer Bayern, sondern auch das Präsidium der BNotK und die Vertreterversammlung. Er lud die gesamte deutsche Standesführung ein, bei der Revolution des bayerischen Nachwuchses live dabei zu sein. Nicht nur wir hatten eine Option auf ein Zimmerkontingent im Maritim. Auch die Geschäftsstelle der BNotK hatte ein solches. Parallel reservierten wir fleißig.

Als wir Assessorinnen und Assessoren am 23.09.1989 im Hotel eintrafen, rieben wir uns verduzt die Augen. Denn uns erwartete die Phalanx der Standesführung des bayerischen und des deutschen Notariats.<sup>10</sup>

9 BRAK, Durchschnittlicher Überschuss von Rechtsanwaltskanzleien, <https://www.brak.de/presse/zahlen-und-statistiken/star/star-2020/durchschnittlicher-ueberschuss-von-rechtsanwaltskanzleien/>, zuletzt abgerufen am 21.03.2023.

10 Die vom Assessorenausschuss mit Stand 01.09.1989 erstellte Teilnehmerliste weist neben 40 Notarassessorinnen und Notarassessoren 28 Notare aus Bayern und der Pfalz sowie den als Referenten geladenen Notar Dr. *Helmut Fessler* aus Krefeld (späterer Präsident der UINL) und aus. Weiter erschienen auch die Anwaltsnotare im Präsidium der BNotK und zahlreiche Präsidenten von Notarkammern.

Unverdrossen machten wir uns dennoch daran, das Tagungsprogramm abzuarbeiten: Nach zahlreichen Referaten, die uns einen Überblick über unsere Stellung und unsere Aufgaben im internationalen Kontext liefern sollten,<sup>11</sup> bildeten der Samstagnachmittag und der Sonntagvormittag den eigentlichen Schwerpunkt. Am Samstagnachmittag wurden in drei Arbeitsgruppen zu den Themen „Öffentlichkeitsarbeit“, „Organisationen des Notariats“ und „Qualitätsverbesserung“ Thesenpapiere erarbeitet, die am folgenden Sonntagvormittag im Plenum der Teilnehmer diskutiert wurden.<sup>12</sup>

Wesentlich für die Tagung war die in der abschließenden Plenardiskussion einhellig erhobene Forderung nach der Schaffung einer „Notariatsakademie“, die Spezialwissen für die notarielle Praxis dezentral in der Fläche zur Verfügung stellen sollte.<sup>13</sup>

Mit Schreiben vom 01.10.1989 berichtete ich dem Vorstand der Landesnotarkammer Bayern über die Tagung und ihre Ergebnisse.

Allerdings war unser Anliegen inzwischen durch die Wucht der Zeitläufte in den Hintergrund getreten. Der Herbst 1989 hat sich in unser kollektives Gedächtnis aus anderen Gründen tief eingepägt.<sup>14</sup> In die Zeit der Tagung fallen die Öffnung des Eisernen Vorhangs durch Ungarn, die daraufhin im August 1989 einsetzende Massenflucht aus der DDR, teils über Ungarn, teils über die bundesdeutsche Botschaft in Prag, die Szenen beim Transit der Züge, die die Botschaftsflüchtlinge über DDR-Gebiet nach Hof brachten, die Montagsdemonstrationen in der DDR, der Besuch Michail Gorbatschows in Ost-Berlin, der Sturz Erich Honeckers und schließlich der Fall der Berliner Mauer am 09.11.1989. Der 09.11.1989 ist so ein Tag, an dem jeder noch heute weiß, wo er war und was er getan hat, als dies bekannt wurde. Es folgten die heute zu Unrecht vergessenen Monate der Regierung von Hans Modrow<sup>15</sup> mit dem Versuch eines eigenen Weges bis zu den ersten freien Wahlen in der DDR am 18.03.1990, die Währungsunion, der Einigungsvertrag und schließlich die Wiedervereinigung am 03.10.1990.

Die Folgejahre waren einerseits geprägt von der Unterstützung der Kolleginnen und Kollegen in Ostdeutschland ab Anfang 1990. Andererseits standen diese Jahre unter dem unheilvollen Stern erbitterter politischer Auseinandersetzungen über die Notariatsform im sog. Beitrittsgebiet. Die-

11 Es referierten die Notare Dr. *Erkki Bernhard* (Mitglied im Europaausschuss der BNotK), Dr. *Helmut Fessler* (Mitglied im Conseil Permanent der UINL) und Notarkandidat *Robert Th. F. Boonacker* aus Mijdrecht, Niederlande.

12 Siehe das Tagungsprogramm der Tagung „EUROPA 1992 – Notar im Binnenmarkt“, Anlage zum Einladungsschreiben des Notarassessoren Ausschusses vom 24.07.1989.

13 *Reinhard Kössinger*, a. a. O. (Fn. 7), S. 386–387 mit Wiedergabe des verabschiedeten Thesenpapiers.

14 *Oliver Vossius* in *Ländernotarkasse, 25 Jahre freiberufliches Notariat in Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen*, 2015, S. 3–15.

15 Hierzu *Oliver Vossius* in *Ländernotarkasse* (Fn. 14), S. 39–74, 44–49.

ser Streit beeinträchtigte die Arbeit der BNotK noch bis in die zweite Hälfte der 1990er Jahre hinein. Ohne ihn hätte man sich jedenfalls früher auf die Herausforderungen aus Brüssel eingestellt.

Dennoch geriet das Projekt eines Notarinstituts nicht in Vergessenheit. Zum einen schickte der Vorstand zwei Notarassessoren auf Erkundungstour ins Ausland. *Joachim Schervier* ging in die Niederlande, um den dortigen „Think Tank“ kennenzulernen. Dr. *Wolf Löffler*, Notarassessor beim Ende 2022 verstorbenen Regensburger Notar und Vorstandsmitglied Dr. Karl Sauer, kam dank seiner guten Französischkenntnisse zum CRIDON in Lyon. Ihre Berichte erschienen in der *MittBayNot*.<sup>16</sup> Über die österreichische Notariatsakademie waren wir dank unseres bayerischen Kollegen Dr. *Helmut Wirner*, Notar in Burghausen an der Salzach und dann in München, bestens informiert. *Helmut Wirner* ist leider auch nicht mehr unter uns.

Der Bericht von *Joachim Schervier* gibt mir Anlass zu einem weiteren, leider eher traurigen Exkurs. Im Deregulierungsfuror der Jahre ab 1980 kam das niederländische Notariat in den 1990er Jahren unter die Räder. Seine Institutionen wurden dem Goldenen Kalb des freien Marktes geopfert. Der damals starke kollegiale Zusammenhalt der holländischen Kollegenschaft zerbrach. Gestatten Sie mir harte Worte: Die stolze ehemalige Koninklijke Notariële Broederschap ist heute unter dem Namen Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie nur noch ein Schatten ihrer selbst. Unter den niederländischen Kolleginnen und Kollegen regiert Mars die Stunde, in Gestalt des freien Spiels der Kräfte und des Konkurrenzdenkens. *Joachim Scherviers* Bericht ist heute ein Stück Rechtsgeschichte.

Der Vorstand der Landesnotarkammer Bayern beschloss aber zum anderen auch, einen hierzu eingesetzten Ausschuss mit einer Machbarkeitsstudie zu beauftragen. Heute würde man so etwas einen „Businessplan“ nennen. In den Ausschuss berufen wurden das Vorstandsmitglied Dr. *Dieter Kutter* als Vorsitzender und die Kollegen *Bernd Wegmann* (zwischenzeitlich Notar in Kemnath), *Wolf Löffler* und meine Person. Ich war seit Oktober 1990 in die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern abgeordnet und sollte dort zum Nachfolger des Geschäftsführers Dr. *Ulrich Bracker* aufgebaut werden.

Für manchen von uns gab das Wort „Ausschuss“ Anlass zur Enttäuschung. Einige hatten den Vorstand im Verdacht, damit nur Zeit gewinnen zu wollen, bis die Revoluzzer alle wohlbestallte Notare und damit dank der Vorzüge des „Sozialismus auf gehobenem Niveau“ ruhiggestellt wären. Dieses Bonmot vom Sozialismus hat übrigens der seinerzeitige Präsident der Notarkasse geprägt, der Landshuter Notar Dr. *Wolfgang Ring*.

Es kam anders.

In mehreren Sitzungen erarbeitete der Ausschuss ein als „Weißbuch“ bezeichnetes Papier, in dem Struktur, Organisation und Finanzierung der nunmehr als „Notarinstitut“ be-

16 *Joachim Schervier*, *MittBayNot* 1991, 101; *Wolf Löffler*, *MittBayNot* 1991, 53.

zeichneten Institution beschrieben wurden. Ergebnis der Ausschussarbeit war, dass eine solche Einrichtung als rein bayerisches Projekt finanzierbar wäre. Das Etikett „rein bayerisch“ darf man nicht missverstehen. Hätte der Ausschuss das Konzept eines bundesweit tätigen Instituts entworfen, hätte er seine Kompetenzen überschritten. Zudem waren wir Notarassessoren bereits bei unseren ersten Gedanken hier deutlich weiter als unser eigener Vorstand. Wir hatten schon im Frühjahr 1989 und erst recht auf der Tagung in Nürnberg für eine bundesweite Einrichtung plädiert, die gerade auch das Anwaltsnotariat einschließen sollte.<sup>17</sup> Uns war klar, dass wir unseren Beruf nur würden halten können, wenn die Qualität notarieller Leistungen bundesweit gesteigert würde.

Der Ausschuss machte sich auch zum Standort eines Notarinstituts Gedanken. Wir schlugen Würzburg vor. Den Ausschlag hierfür gaben (i) die Nähe zu einer Universität, (ii) die verkehrsgünstige Lage innerhalb Westdeutschlands als Eisenbahnknotenpunkt und (iii) das Preisniveau bei Mieten und Immobilien. Würzburg war auch gut für die Pfälzer Notare erreichbar. Im Hinterkopf spielte die Zentralität dieser Stadt aus westdeutscher Sicht natürlich auch eine Rolle. So weit, dass wir Leipzig in die Überlegungen einschließen würden, waren wir damals wohl mental leider nicht. Ich selbst erinnerte mich erst später an die Worte meines Doktorvaters *Sten Gagnér*, es sei leichter erklärt, warum das Reichsoberhandels- und das RG nach Leipzig gekommen seien als der BGH nach Karlsruhe.

Bereits 1991 lag das Weißbuch vor.

Die Sitzung des Vorstands der Landesnotarkammer Bayern, in der das Weißbuch präsentiert wurde, war denkwürdig. Mein persönlicher Eindruck war, dass Präsident *Helmut Schippel* dem Projekt erst einmal skeptisch gegenüberstand. Doch im Verlauf der Sitzung änderte er seine Meinung und wandelte sich zum Befürworter. *Helmut Schippel* „umfallen“ zu sehen, war für mich ein säkulares Ereignis. Am Ende stand der Auftrag an die Geschäftsstelle, nach einer geeigneten Immobilie in Würzburg zu suchen.

Aber wieder hatte *Helmut Schippel* seine „hidden agenda“. Sein Bericht in den Gremien der BNotK, dass das bayerisch-pfälzische Notariat das Projekt tatsächlich durchziehen würde, löste in den anderen Kammerbezirken nachgerade Panik aus. Besondere Sorgen machten sich nicht nur die RhNotK, sondern auch viele Kammern des Anwaltsnotariats, fürchteten sie doch ebenfalls um die Qualität der notariellen Versorgung in ihrer Fläche.

Für mich denkwürdig ist die Jahresversammlung des Bayerischen Notarvereins in Oberstdorf im Oktober 1991. Traditionell findet diese Versammlung mit zahlreichen Gästen statt, sowohl aus dem deutschen und ausländischen Notariat als auch – seit einigen Jahren durch übertriebene

Compliance erheblich beeinträchtigt – aus der bayerischen und deutschen Justiz und Rechtspolitik. Das wohl wichtigste Forum für informelle politische Gespräche ist hierbei der Begrüßungsabend nach der Anreise, traditionell also der Freitagabend. Gefühlt diesen ganzen Abend lang nahm mich der Geschäftsführer der BNotK Dr. *Hans-Jakob Pützer* in Beschlag. Er redete ununterbrochen auf mich ein und wollte mich für eine bundesweite Ausdehnung des Notarinstituts gewinnen. Ich kam kaum zu Wort und konnte ihm daher nicht sagen, dass er bei mir persönlich damit offene Türen einrennen würde und er daher eher mit bestimmten maßgeblichen Personen aus der bayerischen Standesführung reden sollte.

Kurz darauf brachte *Helmut Schippel* das Projekt noch einmal in die Gremien, diesmal in eine gemeinsame Sitzung der Vorstände der Landesnotarkammer Bayern, der Notarkammer Pfalz und des Bayerischen Notarvereins am 29.11.1991. Es ging hoch her. Dr. *Peter Lichtenberger*, aus der Pfalz stammend, Notar in München und damals stellvertretender Vorsitzender des Bayerischen Notarvereins, zitierte *Edmund Jörg*, Mitglied der bayerischen Abgeordnetenkammer, in der Debatte um den Beitritt Bayerns zum Deutschen Reich am 11.01.1871 mit den Worten: „Wir können nicht, weil das für Deutschland die Katastrophe, den Weltkrieg und den Untergang bedeuten würde!“ Nicht nur diese Sternstunde bayerischen Parlamentarismus, auch *Peter Lichtenberger* sollte unvergessen bleiben, schon wegen seiner legendären Allgemeinbildung.

Doch wie schon 1871 stand am Ende der Sitzung zwar kein Beitritt zum Deutschen Reich, aber ein Beschluss, der die bundesweite Öffnung des Projekts befürwortete. Die Mehrheit war evident deutlicher als die von 1871. Die Gegenargumente waren weniger pathetisch als die von damals. Manche hatten Sorge, das Institut könne an der Flut bundesweiter Anfragen anfangs scheitern und daher keine Akzeptanz finden.

Am 21. und 22.02.1992 berichtete *Helmut Schippel* in der Jahresversammlung der Bayerischen Notarassessoren und einem am Folgetag stattfindenden Nachfolgetreffen der „Initiative Notar 2000“ über die Beschlusslage in den Gremien.<sup>18</sup> In der Versammlung der Landesnotarkammer Bayern am 04.04.1992 wurde ein Nachtragshaushalt für das Jahr 1992 beschlossen. Für das „Notarinstitut“ wurden 1.270.000 DM in den Haushaltsplan eingestellt.<sup>19</sup>

The rest is history. Auf der Ebene der BNotK wurde das Konzept des Ausschusses nicht in Frage gestellt. Als konsensfähig erwies sich insbesondere auch der Standort Würzburg. Nicht nur hinter vorgehaltener Hand befürworteten gerade Vertreter des Anwaltsnotariats diese Wahl. Sie sahen in bayerischer Kontrolle ein Abwehrmittel gegen eine Übernahme des Instituts durch Großkanzleien. Schon am 06.11.1992 fasste die Vertreterversammlung der BNotK den Beschluss, ab 01.01.1993 ein Deutsches Notarinstitut in

17 Vgl. Aktennotiz über eine Besprechung der „Initiative Notar 2000“ am 29.05.1989 im Café Elisenhof in München, 17:00 bis 20:30 Uhr: „Ziel: Zunächst Unterstützung des bayerischen Notariats mit Option des Ausbaus auf Unterstützung des Notariats in der Bundesrepublik Deutschland, auch des Anwaltsnotariats“.

18 *Reinhard Kössinger*, a. a. O. (Fn. 7), S. 388-389.

19 Einladungsschreiben mit Tagesordnung und Beschlussvorschlägen vom 18.03.1992.

Würzburg einzurichten.<sup>20</sup> Bis Ende 1992 waren bereits elf Notarkammern dem Institut beigetreten.<sup>21</sup>

Die BNotK richtete auch einen Beirat ein, der die Arbeit des Instituts überwachen sollte. Der Vorsitzende des Beirats, Rechtsanwalt und Notar *Paul Wagner*, Präsident der Notarkammer Kassel, erwies sich als einer der großen Glücksfälle für das DNotI und damit auch für das deutsche Notariat. Man kann mit Fug und Recht sagen: *Paul Wagner* brannte für diese Sache. Wie er den Kolleginnen und Kollegen im Anwaltsnotariat die Wichtigkeit des Instituts vermittelte, ist unschätzbar. Dass er seit 2007 nicht mehr unter uns ist, bedauere nicht nur ich sehr.

So konnte das Institut einerseits aus dem Streit um die Notariatsform in den neuen Ländern und anderen berufspolitischen Minenfeldern herausgehalten werden. Andererseits hielten sich die Klagen gegen die mit dem Institut verbundene Steigerung von Kammerbeiträgen in Grenzen. Inzwischen ist das DNotI mit § 78 Abs. 3 Nr. 1 in der BNotO erwähnt.<sup>22</sup>

Schnell waren die ersten Räume in der Kaiserstraße gefunden. Erster Geschäftsführer wurde auf Betreiben *Helmut Schippels* der Notarassessor Dr. *Peter Limmer*, obschon es auch einen anderen Kandidaten gab, der sich für diese Position sehr interessiert hatte. Die Nullnummer des DNotI-Report erschien im April 1993.<sup>23</sup> Der Bayerische Notarverein stellte einen Betrag von 500.000 DM für die Anschaffung einer Bibliothek zur Verfügung. Die Bücher sollten zwar als Dauerleihgabe im Institut verbleiben. Ob hier zwischenzeitlich Ersitzung eingetreten ist, wäre eine schöne Gutachterfrage an die Gerberstraße.

Gerberstraße, das ist noch ein Stichwort: Denn der Standort Kaiserstraße war von Anfang an nur eine Übergangslösung. Die Notarkasse investierte einen Teil ihrer Versorgungsrückstellungen in einen Neubau in der Gerberstraße. Dort zog das Institut als Dauermieter ein und nutzt die Räume heute noch.

Den Schlussstein bildete die noch auf Betreiben *Helmut Schippels* 1997 gegründete Deutsche Notarrechtliche Vereinigung. *Helmut Schippel*, leider bereits 1999 verstorben,

20 Mitteilung in DNotZ 1993, 81 f. Die interne Information lag dem Rundschreiben des LNotK Bayern vom 04.03.1993 bei.

21 Tätigkeitsbericht der LNotK Bayern für das Jahr 1992 vom 01.02.1993, S. 30-31.

22 Drittes Gesetz zur Änderung der BNotO vom 31.08.1998, BGBl. I, 1998, S. 2585, 2591 (damals als neuer § 78 Abs. 2 BNotO).

23 DNotI-Report 0/1993 – April 1993.

ging es zeitlebens um die Vernetzung von Notariat und Wissenschaft. In diesem Zeichen steht die Notarrechtliche Vereinigung. In diesem Zeichen leben *Helmut Schippel* und seine Ideale mit dem alljährlich vergebenen „*Helmut Schippel-Preis*“ weiter.

Den Kontakt zur Praxis vermitteln nicht nur die zahlreichen Nachwuchskräfte aus dem hauptberuflichen und dem Anwaltsnotariat, die einige Zeit am Institut verbracht haben. Patennotare stehen den Mitarbeitern des Instituts als Ansprechpartner zur Seite. Ich bin stolz, einer von diesen zu sein. Mein Büro ist angewiesen, mir Anfragen aus Würzburg mit absoluter Priorität vorzulegen.

Sie haben einen historischen Vortrag aus meiner Feder gehört. Teil meines rechtshistorisch-methodischen Credo ist, dass Geschichte zumindest auch den Zweck hat, Menschen ein Gesicht zu geben. Ich will daher nicht schließen, ohne einen jedenfalls auch von mir sehr geschätzten Kollegen uns allen wieder ins Gedächtnis zu rufen. Ohne ihn stünde das DNotI nicht dort, wo es heute steht. Er stand wie kaum ein anderer für das Internationale Privatrecht. Dieses Gebiet stand im Zentrum unserer Ideen von 1989 und bildet noch heute einen Schwerpunkt der Tätigkeiten des DNotI. Dieser Kollege gehörte seit Juni 1993 zum Würzburger Team. Er hat das Referat Internationales Privatrecht aufgebaut. Er gehört zu den Vätern der Europäischen Erbrechtsverordnung. Das Europäische Nachlasszeugnis war letztlich seine Idee – nicht aber dessen krebsartig bürokratisches Wuchern. Am 26.02.2008 kam er bei einem Bergunfall ums Leben. Sein Name ist Dr. *Wolfgang Riering*, LL.M. Ich denke oft an ihn. Auf der Internetseite des DNotI habe zumindest ich seinen Namen hingegen jedenfalls am 14.01.2024 nicht mehr gefunden.<sup>24</sup>

Ich habe vorher vom Zeichen für die Verbundenheit der *ars notarii* mit der Rechtswissenschaft gesprochen. Diese Verbundenheit ist eminent wichtig, jedenfalls für uns Notarinnen und Notare. Das Wort Zeichen ist für mich das Stichwort für den Schluss. Ich rufe dem DNotI mit dem göttlichen Zeichen an Kaiser Konstantin vor der Schlacht an der Milvischen Brücke zu. „*In hoc signo vinces!*“ In diesem Zeichen wirst Du siegen!

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit.

24 <https://www.dnoti.de/dnoti/ehemalige-mitarbeiter/>, abgerufen am 14.01.2024.



## BUCHBESPRECHUNGEN

### Hinweis der Schriftleitung:

Aufgrund eines redaktionellen Versehens wurden im letzten Heft der MittBayNot auf S. 133 zur Besprechung des Werks „Karl Winkler: Beurkundungsgesetz“ falsche Angaben zu Auflage, Seitenzahl und Preis abgedruckt. Die Daten lauten richtig: 21. Aufl., Beck, 2023. 1194 S., 179,00 €.

**Bernd Andrick/Karlheinz Muscheler/Katharina Uffmann (Hrsg.):**

### **Bochumer Kommentar zum Stiftungsrecht. §§ 80 bis 88 BGB und StiftRG**

1. Aufl., Nomos, 2023. 917 S., 159 €

Von Notar **Christoph Aumann**, LL.M. (London), Maître-en-droit (Paris), Viechtach

Der Bochumer Kommentar zum Stiftungsrecht ist derzeit der einzige Kommentar auf dem Markt, der das reformierte und vereinheitlichte Stiftungszivilrecht des BGB (also die bereits in Kraft getretenen Vorschriften) und das gänzlich neue, zum 01.01.2026 in Kraft tretende Stiftungsregistergesetz (StiftRG) umfassend kommentiert. Das Werk hat einen vornehmlich wissenschaftlichen Anspruch, was schon dadurch zum Ausdruck kommt, dass alle Autorinnen und Autoren langjährige Mitarbeiter des Zentrums für Stiftungsrecht an der Ruhr-Universität-Bochum waren bzw. dort nach wie vor wirken. Und doch hat es schon allein aufgrund seines inhaltlichen Zuschnitts erhebliche praktische Bedeutung.

Der Kommentierung vorangestellt ist ein erster Teil mit einem historischen Abriss zum Stiftungsrecht sowie zu den verschiedenen Stiftungsarten und -typen. Hier werden die großen Linien gezeichnet und die Genese des Stiftungsrechts in seiner heutigen Form dargestellt. Die Erscheinungsformen der Stiftung werden dogmatisch eingeordnet und einzeln vertieft, teilweise auch mit ihren steuerlichen Bezügen und praktischen Fragen der Gründung und Verwaltung. Dieser gleichwohl kompakte Teil kann eine Einarbeitung in Teile des Stiftungsrechts erleichtern, die nicht alltäglich sind, in der Beratungspraxis aber gleichwohl vorkommen können. Sinnbildlich sei hier der 60 Seiten umfassende Teil von *Heuel/Meinecke* zu Unternehmensverbundenen Stiftungen und Stiftungsunternehmen hervorgehoben.

Alsdann folgt die Kommentierung der §§ 80 ff. BGB in typischem, nach Vorschriften gegliedertem Aufbau. Ihr liegt, wie bereits angemerkt, ein wissenschaftliches Augenmerk zugrunde, was schon allein der Blick auf die Fußnoten zeigt. Bereits nach der Reform erschienene, aktuelle aber bisweilen kürzere Beiträge scheinen dagegen oft nicht die Bedeutung erlangt zu haben, in der Kommentierung verarbeitet zu werden. Das ist schade, weil so für die Praxis teilweise entscheidende Fragen, etwa ob § 82a Satz 2 BGB auch die Übertragung von GmbH-Anteilen auf die Stiftung erfasst, in

der Kommentierung des § 82a BGB überhaupt nicht angeschnitten werden. Man findet in der Kommentierung des § 81 BGB dazu Ausführungen mit fundierten rechtspolitischen Erwägungen. Wer sich aber die Frage stellt, was genau zu beurkunden ist und was nicht bei der Übertragung vinkulierter Geschäftsanteile auf eine Stiftung, wird weiter-suchen müssen.

Einen echten Mehrwert bietet eine Übersicht zur Novellierung der landesrechtlichen Stiftungsgesetze (Anhang zu § 88 BGB), da ein eigenes Heraussuchen des Reformstands in den einzelnen Ländern aufwändig sein kann. Es zeigt sich, dass auch bei Redaktionsschluss des Kommentars im Sommer 2023 noch nicht alle Länder entsprechende Anpassungen vorgenommen oder überhaupt entworfen hatten.

Ebenfalls von Wert wird die Kommentierung des StiftRG sein. Zwar ist hier mangels Erlasses der Verordnung nach § 19 StiftRG im Detail seitens des Ordnungsgebers noch einiges unklar. Die Kommentierung geht auf die offenen Fragen gleichwohl ein, etwa zur wohl absehbaren Gebührenfreiheit von Einsichtnahmen in das Stiftungsregister oder zu der auch vor dem Hintergrund der Datenschutzdebatte nach dem DiRUG für das Handelsregister auch für das Stiftungsregister nochmals (sie wurde bereits im Gesetzgebungsverfahren stark geführt) zu erwartenden Debatte um die Modalitäten der Abrufbarkeit von Dokumenten.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der Bochumer Kommentar zu Stiftungsrecht wertvolle Beiträge zu dem Rechtsgebiet leistet und die nach der gesetzlichen Vereinheitlichung des Stiftungsrechts nunmehr erforderliche einheitliche Anwendung in den Ländern begünstigen wird. Er sei allen an der rechtspolitischen Entwicklung der Stiftung Interessierten und einen Zugriff zum neuen Recht Suchenden zur Anschaffung empfohlen.

Günther Rohs/Paul Wedewer:

**GNotKG**

Grundwerk mit 142. Ergänzung, C.F. Müller, 2023. 4077 S., 89,00 €

Von Notar Dr. Henning Schwarz, München

Rohs/Wedewer, Gerichts- und Notarkostengesetz - GNotKG, aus der Reihe der Heidelberger Kommentare im Verlag C.F. Müller zählt zur Standardliteratur im notariellen Kostenrecht. Der Kommentar wird als Loseblattsammlung und online in der Juris-Datenbank geführt. Das Autorenteam unter Leitung von Notar a.D. Dr. *Wolfram Waldner* legte mit Stand November 2023 die 142. Aktualisierung vor, mit der die Modernisierung des Personengesellschaftsrechts durch das am 1.1.2024 in Kraft getretene MoPeG mit Änderungen des GNotKG und der Handelsregistergebührenverordnung berücksichtigt wurde. Das neue Gesellschaftsregister folgt kostenrechtlich der Abteilung A des Handelsregisters, §§ 23, 58, 105, 108 GNotKG, 1 HRegGebV, und setzt den materiellrechtlichen Wegfall der Gesamthandsgemeinschaft um (Angleichung an OHG und KG durch Aufhebung der §§ 70 Abs. 4 und 108 Abs. 4 und Änderung des 67 Abs. 1 Nr. 2 GNotKG, KV 14110).

Bereits mit der vorangegangenen Ergänzung eingearbeitet sind die jüngsten Entscheidungen des BGH, dessen Senate für Kostenrechtsfragen jetzt nach dem zugrunde liegenden Rechtsgebiet zuständig sind. Mit der Rechtsbeschwerdeentscheidung vom 26.01.2023 (III ZB 9/22) stellte der BGH klar, dass bei einer Übertragung der Treuhänderstellung die mitbeurkundete Geschäftsanteilsabtretung denselben Beurkundungsgegenstand betrifft, nämlich der Durchführung im Sinne des § 109 Abs. 1 Satz 2 und 5 GNotKG der Änderung des Treuhandvertrages, und daher deren Geschäftswert nicht erhöht (Rohs/Wedewer/*Wudy*, GNotKG, § 109 Rdnr. 57, 681). Auf eine abstrakte Definition des Durchführungsgeschäfts oder abstrakt-generelle Aussagen zum Anwendungsbereich des § 109 GNotKG verzichtet der BGH zugunsten einer normativen Betrachtung, die konkret die einschlägige Kasuistik bereichert. Dass die BGH-Entscheidung auch Ausführungen zum Verschlechterungsverbot in Notarkostensachen macht, nahmen die Kommentatoren zum Anlass, die Ausführungen zu §§ 127-130 GNotKG zu vertiefen.

Bereits am 22.05.2022 hatte der BGH entgegen der bis dahin herrschenden Meinung entschieden (V ZB 9/21), dass eine Aufrechnung mit Amtshaftungsansprüchen des Kostenschuldners gegen die Kostenforderung des Notars grundsätzlich nicht im Verfahren nach § 127 GNotKG gel-

tend gemacht werden kann und ausnahmsweise nur mit unstreitigen oder rechtskräftig festgestellten Ansprüchen (Rohs/Wedewer/*Waldner*, GNotKG, Rdnr. 24 f. 101a).

Für die 142. Aktualisierung angekündigt war, in die Kommentierung noch nicht ausdrücklich eingegangen, aber ganz auf deren Linie (Rohs/Wedewer/*Waldner*, GNotKG, § 100 Rdnr. 9) ist die BGH-Entscheidung zum Geschäftswert güterrechtlicher Vereinbarungen im Ehevertrag (19.04.2023, 3, XII ZB 234/22) gemäß § 100 GNotKG. Danach beinhaltet die Aufhebung der Zugewinngemeinschaft und Wahl von Gütertrennung eine strukturelle Umgestaltung des Güterstands im Sinne von dessen Abs. 1 und bezieht sich nicht lediglich auf einzelne Vermögensgegenstände nach dessen Abs. 2.

Aktualisiert und vertieft wurden die Kommentierungen zu den Vorschriften unter anderem zu Dienstbarkeiten für aktuelle technische Entwicklungen wie Windkraft, Photovoltaik, Wohn- und Mieterrechten (Rohs/Wedewer/*Wudy* GNotKG, § 52 Rdnr. 7 ff.) und zu gesellschaftsrechtlichen Themen wie (satzungsergänzenden) Gesellschaftervereinbarungen, Beteiligungsvereinbarungen (Rohs/Wedewer, GNotKG, 21100-21102 Rdnr. 130) und Optionen (Drag along, Tag along; Rdnr. 164).

Im Gesellschaftsrecht von großer praktischer Bedeutung ist die von der bisher herrschenden Meinung – und auch Rohs/Wedewer/*Waldner*, GNotKG, § 108 Rdnr. 17 a. E. – abweichende Entscheidung des BGH, dass bei Kapitalerhöhungsbeschlüssen nicht nur Nennbetrag der Erhöhung bzw. neu ausgegebenen Geschäftsanteile und Agio zu berücksichtigen sind, sondern auch eine mit dem Übernehmer der Geschäftsanteile geschlossene Vereinbarung über eine Zuzahlung in das Eigenkapital gem. § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB (BGH, Beschluss 12.09.2023, II ZB 6/23).

Insgesamt bietet der Rohs/Wedewer eine vertiefte Analyse für die gesamte Bandbreite der kostenrechtlichen Fragestellungen, sowohl mit seinen systematischen Darstellungen als auch der vielfältigen Kasuistik zu Einzelfragen, die sich unter anderem über das umfangreiche Stichwortverzeichnis erschließt. Online steht das Werk in der Juris-Datenbank zur Verfügung. Die Anschaffung ist in jeder Hinsicht zu empfehlen.



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN



## RECHTSPRECHUNG

### Bürgerliches Recht

#### ALLGEMEINES

#### 1. Anspruch auf Bewilligung der Löschung einer Grunddienstbarkeit

BGH, Urteil vom 28.04.2023, V ZR 258/21 (Vorinstanz: OLG Schleswig, Urteil vom 19.11.2021, 17 U 44/21)

BGB §§ 1004, 1019, 1028

#### LEITSATZ:

**Wird eine Grunddienstbarkeit bereits bei Bestellung durch eine auf dem belasteten Grundstück vorhandene Anlage beeinträchtigt, begründet dies, vorbehaltlich einer schuldrechtlich vereinbarten Duldungspflicht, einen Beseitigungsanspruch des Berechtigten. Auf einen solchen Beseitigungsanspruch findet § 1028 BGB Anwendung; mit der Verjährung des Beseitigungsanspruchs erlischt die Dienstbarkeit, soweit der Bestand der Anlage mit ihr in Widerspruch steht.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Klägerin ist Eigentümerin eines Grundstücks in K, die Beklagten sind die (Wohnungs-)Eigentümer des Nachbargrundstücks. Zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks der Beklagten ist auf dem Grundstück der Klägerin seit dem 19.02.1934 im Grundbuch eine Grunddienstbarkeit mit folgendem Inhalt eingetragen:

„Das Grundstück darf nicht anders als durch natürliche Hecken eingefriedet und nicht bebaut werden für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Blatt 6526.“

Das Grundstück der Klägerin ist seit 1900 vollständig von einer Mauer eingefriedet, welche durch einen Heckenbewuchs begleitet wird. Anfang der 1950er Jahre wurde auf dem Grundstück der Klägerin ein Mehrfamilienhaus errichtet und 1959 eine Doppelgarage.

2 Gestützt darauf, die Grunddienstbarkeit sei erloschen, soweit der Bestand der baulichen Anlagen mit ihr in Widerspruch stehe, hat die Klägerin mit ihrer Klage von den Beklagten verlangt, eine Änderung der Grunddienstbarkeit dahin gehend zu bewilligen, dass das Grundstück nicht bebaut werden darf, ausgenommen das auf dem Grundstück befindliche Mehrfamilienhaus sowie die Doppelgarage. Das LG hat die Klage abgewiesen. Dagegen hat die Klägerin mit einem präzisierten Haupt- und zwei Hilfsanträgen Berufung eingelegt. Den ersten Hilfsantrag haben die Beklagten anerkannt. Das OLG hat die Beklagten nach dem zuletzt gestellten Hauptantrag verurteilt, die Änderung der Grunddienstbarkeit dahin gehend zu bewilligen, dass das Grundstück nicht bebaut werden darf, ausgenommen die Grundstücksfläche, auf welcher sich das Mehrfamilienhaus und die Doppelgarage befinden (dargestellt in einem abgebildeten Lageplanausschnitt). Mit der von dem Senat zuge-

lassenen Revision wollen die Beklagten mit Ausnahme des anerkannten Hilfsantrags die Klageabweisung erreichen. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

3 Das Berufungsgericht meint, die Klägerin habe gegen die Beklagten den mit dem Hauptantrag verfolgten Anspruch auf Bewilligung der Löschung der Grunddienstbarkeit aus § 894 BGB. Das Grundbuch sei unrichtig geworden, weil die Grunddienstbarkeit teilweise nach § 1028 Abs. 1 Satz 2 BGB erloschen sei. Der Anspruch der Beklagten auf Beseitigung der auf dem klägerischen Grundstück befindlichen baulichen Anlagen (umfriedende Mauer, Doppelgarage, Mehrfamilienhaus) sei verjährt, da diese sämtlich mehr als 30 Jahren bestünden und keine verjährungshemmenden oder -unterbrechenden Tatbestände ersichtlich seien. Die Verjährung der Beseitigungsansprüche dürfte daher spätestens gegen Ende der 1980er Jahre eingetreten sein.

4 Die Grunddienstbarkeit sei nach § 1028 Abs. 1 Satz 2 BGB aber nicht insgesamt, sondern nur in dem Umfang erloschen, in welchem der Bestand der Anlagen mit ihr in Widerspruch stehe. Das sei hinsichtlich der Beschränkung auf die Einfriedung durch natürliche Hecken insgesamt der Fall. Hinsichtlich des Bebauungsverbots sei die Grunddienstbarkeit durch die Errichtung der Doppelgarage und das Mehrfamilienhaus bezogen auf die tatsächlich bebaute Fläche und nicht beschränkt auf die Art und Weise bzw. den körperlichen Umfang der baulichen Anlagen erloschen. Wäre das Erlöschen des Bauverbots auf den Umfang eines bestimmten Gebäudekörpers in seiner konkreten Beschaffenheit beschränkt, wäre das unpraktikabel. Denn dann könnte im Falle eines Neubaus ein neuer Rechtsstreit darüber entstehen, ob das Gebäude exakt dem entspreche, was derzeit dort vorhanden sei.

5 Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Dem Hauptantrag der Klägerin kann in der derzeitigen Form nicht stattgegeben werden, weil ein Grundbuchberichtigungsanspruch gemäß § 894 BGB in dem geltend gemachten Umfang nicht besteht.

6 1. Im Ausgangspunkt zutreffend nimmt das Berufungsgericht allerdings an, dass der Eigentümer des dienenden Grundstücks gegen den Eigentümer des herrschenden Grundstücks einen Anspruch aus § 894 BGB auf Zustimmung zur Löschung der Grunddienstbarkeit hat, wenn diese wegen der Verjährung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs erloschen ist. Wird eine Grunddienstbarkeit beeinträchtigt, stehen dem Berechtigten die in § 1004 BGB bestimmten Rechte zu (§ 1027 BGB). Beeinträchtigung in diesem Sinn ist jede Störung oder Behinderung der rechtmäßigen Ausübung der Dienstbarkeit. Der Dienstbarkeitsberechtigte kann die Beseitigung bzw. die Unterlassung einer solchen Beeinträchtigung verlangen (§ 1004 Abs. 1 BGB). Dieser Anspruch unterliegt jedoch nach § 1028 Abs. 1 Satz 1 BGB der Verjährung auch dann, wenn die Grunddienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist; mit der Verjährung des Anspruchs erlischt das Recht, soweit der

Bestand der Anlage mit ihm in Widerspruch steht. Mit dem Erlöschen der Grunddienstbarkeit wird das Grundbuch unrichtig, weil es eine nicht mehr bestehende Belastung ausweist. Daher kann der Eigentümer des dienenden Grundstücks von dem Berechtigten nach § 894 BGB insoweit die Bewilligung – in der Form des § 29 GBO – der Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung der Grunddienstbarkeit verlangen (vgl. zum Ganzen Senat, Urteil vom 20.01.2023, V ZR 65/22, NJW-RR 2023, 521 Rdnr. 7 m. w. N.). Die Beklagten sind als Wohnungseigentümer für den Löschungsanspruch, wovon das Berufungsgericht unausgesprochen ausgeht, auch passivlegitimiert (vgl. Senat, Urteil vom 20.01.2023, V ZR 65/22, a. a. O. Rdnr. 8).

**7 2.** Das Berufungsgericht legt weiter zutreffend zugrunde, dass nach § 1028 Abs. 1 Satz 2 BGB die Dienstbarkeit nur erlischt, „soweit“ der Bestand der Anlage mit ihr in Widerspruch steht. Die Grunddienstbarkeit erlischt nur dann insgesamt, wenn die Ausübung der durch sie gewährten Berechtigung aufgrund der Beeinträchtigung durch die Anlage gar nicht mehr möglich ist. Wird die Dienstbarkeit durch die Anlage nur teilweise beeinträchtigt, dann erlischt sie nur hinsichtlich des von der Beeinträchtigung betroffenen Teils und bleibt im Übrigen bestehen. Dies gilt auch dann, wenn die Grunddienstbarkeit ein Bauverbot zum Inhalt hat, gegen das durch die Errichtung eines Gebäudes verstoßen wurde (vgl. Senat, Urteil vom 20.01.2023, V ZR 65/22, NJW-RR 2023, 521 Rdnr. 20 ff.). Der Eigentümer des belasteten Grundstücks kann dann nach § 894 BGB von dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks nur die Bewilligung einer teilweisen Löschung der Grunddienstbarkeit in Form einer Inhaltsänderung (räumliche Einschränkung) verlangen (vgl. Senat, Urteil vom 20.01.2023, V ZR 65/22, a. a. O. Rdnr. 33).

**8 3.** Rechtsfehlerhaft ist aber die Annahme des Berufungsgerichts, dass die Grunddienstbarkeit in Form des Bauverbots mit der Verjährung des Anspruchs auf Beseitigung des Mehrfamilienhauses und der Doppelgarage bezogen auf die bebaute Grundstücksfläche insgesamt und damit – worüber die Parteien vornehmlich streiten – in der Höhe unbegrenzt erloschen ist. Erloschen ist die Grunddienstbarkeit nur insoweit, als das Unterlassen der Bebauung mit Gebäuden entsprechenden Ausmaßes nicht mehr verlangt werden kann.

**9 a)** Das Anfang der 1950er Jahre errichtete Mehrfamilienhaus und die 1959 errichtete Doppelgarage sind bauliche Anlagen, durch welche die Grunddienstbarkeit in Form des Bauverbots beeinträchtigt wird (§ 1028 Abs. 1 Satz 1 BGB). Der Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung verjährt, wenn es – wie hier – um die Verwirklichung des Rechts selbst und nicht nur um eine Störung in der Ausübung geht, in entsprechender Anwendung von § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB nach dreißig Jahren (Senat, Urteil vom 18.07.2014, V ZR 151/13, NJW 2014, 3780 Rdnr. 13, 29). Die Verjährung trat hinsichtlich des Mehrfamilienhauses und der Doppelgarage spätestens Ende 1989 ein.

**10 b)** Richtig ist zwar, dass die Doppelgarage und das Mehrfamilienhaus nicht die gesamte Grundstücksfläche ausschöpfen, sodass die Grunddienstbarkeit hinsichtlich der

nicht bebauten Grundstücksfläche bestehen blieb. Auf die bebaute Grundstücksfläche allein kommt es für den Umfang des Erlöschens der Grunddienstbarkeit gemäß § 1028 Abs. 1 Satz 2 BGB aber nicht an. Verjährt der Anspruch auf Beseitigung des Gebäudes, erlischt die Dienstbarkeit, wie der Senat – allerdings erst nach Erlass des Berufungsurteils – entschieden hat, grundsätzlich nur insoweit, als das Unterlassen der Bebauung mit einem Gebäude entsprechenden Ausmaßes nicht mehr verlangt werden kann (vgl. Senat, Urteil vom 20.01.2023, V ZR 65/22, NJW-RR 2023, 521 Rdnr. 20). Schöpft – wie hier – das errichtete Gebäude den von dem Bauverbot erfassten Bereich des Grundstücks nicht aus, kann ein abgrenzbarer Teil des Bauverbots verbleiben. Damit ist nicht nur die verbleibende nicht bebaute Grundstücksfläche gemeint, sondern auch der Raum über dem Gebäude. Denn das Recht des Eigentümers eines Grundstücks erstreckt sich auch auf den Raum über der Oberfläche (§ 905 Satz 1 BGB), sodass ein generelles Bauverbot die Ausübung seines Eigentümerrechts auch in der Höhe ausschließt (vgl. Senat, Urteil vom 20.01.2023, V ZR 65/22, a. a. O. Rdnr. 26).

**11 c)** Die Begrenzung des Erlöschens der Grunddienstbarkeit auf das Unterlassen der Bebauung mit einem Gebäude entsprechenden Ausmaßes ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht unpraktikabel.

**12 aa)** Das gilt zunächst, wenn der Eigentümer des belasteten Grundstücks – wie hier – die Grundbuchberichtigung veranlasst. Durch die Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs aus § 894 BGB werden Wirklichkeit und Grundbuchinhalt wieder in Übereinstimmung gebracht (vgl. Senat, Urteil vom 20.01.2023, V ZR 65/22, NJW-RR 2023, 521 Rdnr. 32). Nach durchgeführter Berichtigung kann ein unbefangener Betrachter den Umfang des Bauverbots anhand des Grundbuchs und der in der Grundakte (§ 24 GBV) befindlichen Eintragungsbewilligung einschätzen und beurteilen, ob ein Neubau in seiner Fläche und Höhe dem Baukörper des früheren Gebäudes entspricht und damit zulässig ist. Wird anstelle des Gebäudes ein Neubau errichtet, muss dieser nicht exakt dem vorigen Bau entsprechen. Für die Reichweite des Erlöschens des Bauverbots kommt es nicht auf die konkrete Beschaffenheit des früheren Gebäudes, sondern auf dessen Baukörper an. Dieser kann und muss, damit sich aus der berichtigten Eintragung der geänderte Inhalt der Grunddienstbarkeit ergibt, in der Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO) in seinen ungefähren Umrissen beschrieben werden (vgl. dazu unten Rdnr. 23).

**13 bb)** Unterbleibt eine solche Grundbuchberichtigung, weil keiner der Eigentümer sie herbeiführt, kann allerdings der Umfang des Erlöschens der Grunddienstbarkeit mit Zeitablauf unklar werden. Er ergibt sich dann nicht aus dem Grundbuch. Das ist jedoch unmittelbare Folge des kraft Gesetzes auf Teile der Grunddienstbarkeit begrenzten Erlöschens des dinglichen Rechts (§ 1028 Abs. 1 Satz 2 BGB; vgl. Senat, Urteil vom 20.01.2023, V ZR 65/22, NJW-RR 2023, 521 Rdnr. 32). Es liegt im Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstücks, rechtzeitig für die inhaltliche Änderung der Grunddienstbarkeit durch eine Grundbuchberichtigung zu sorgen; denn er trägt insoweit die Darlegungs-

und Beweislast, sodass die Unaufklärbarkeit von Vorgängen aus der Vergangenheit zu seinen Lasten geht.

**14 d)** Die Grunddienstbarkeit in Form des Bauverbots ist nach diesen Maßstäben mit der Verjährung des Anspruchs auf Beseitigung des Mehrfamilienhauses und der Doppelgarage nicht nur hinsichtlich der nicht bebauten Grundstücksfläche bestehen geblieben, sondern auch insoweit, als eine Bebauung jeweils mit einem höheren Gebäude verboten blieb und bleibt. Anhaltspunkte dafür, dass ein in diesem Rahmen fortbestehendes Bauverbot dem herrschenden Grundstück keinen Vorteil im Sinne von § 1019 BGB mehr böte, liegen nicht vor.

**15 4.** Rechtsfehlerhaft ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, das durch die Grunddienstbarkeit gesicherte Einfriedungsverbot sei wegen der auf dem belasteten Grundstück errichteten Mauer insgesamt erloschen.

**16 a)** Die Grunddienstbarkeit hat neben dem allgemeinen Bauverbot ein Einfriedungsverbot zum Inhalt (zur Kombination von mehreren Verboten bzw. Befugnissen vgl. Senat, Urteil vom 29.10.1965, V ZR 77/63, NJW 1965, 2398, 2399; Beschluss vom 06.11.2014, V ZB 131/13, NJW-RR 2015, 208 Rdnr. 17; Urteil vom 17.12.2021, V ZR 44/21, NJW-RR 2022, 594 Rdnr. 11). Inhalt des durch die Grunddienstbarkeit gesicherten Einfriedungsverbots ist ein Verbot im Sinne des § 1018 Alt. 2 BGB, das Grundstück einzufrieden, mit Ausnahme der Einfriedung durch natürliche Hecken. Das bedeutet nicht, dass das belastete Grundstück mit natürlichen Hecken eingefriedet werden müsste; eine solche positive Leistungspflicht des Eigentümers könnte auch gemäß § 1018 BGB nicht (Haupt-)Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein (vgl. Senat, Urteil vom 02.03.1984, V ZR 155/83, WM 1984, 820, 821). Das Grundstück der Beklagten darf mit einer Hecke – in unbegrenzter Höhe – eingefriedet werden, muss es aber nicht; eine andere Einfriedung als durch natürliche Hecke ist hingegen verboten. Ein solches Einfriedungsverbot ist zu behandeln wie ein Bauverbot, nach dem bestimmte Anlagen erlaubt sind und andere nicht.

**17 b)** Die das belastete Grundstück einfriedende Mauer verstößt gegen das Einfriedungsverbot. Sie ist eine Anlage, durch welche die Grunddienstbarkeit beeinträchtigt wird (§ 1027 BGB), mit der Folge, dass dem jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks im Grundsatz die in § 1004 BGB genannten Rechte zustehen. Etwas anderes folgt nicht daraus, dass die Mauer bereits im Jahr 1900 errichtet wurde, sie also zu schon im Zeitpunkt der Bestellung der Grunddienstbarkeit bestand. Wird eine Grunddienstbarkeit bereits bei Bestellung durch eine auf dem belasteten Grundstück vorhandene Anlage beeinträchtigt, begründet dies, vorbehaltlich einer schuldrechtlich vereinbarten Duldungspflicht, einen Beseitigungsanspruch des Berechtigten (§§ 1027, 1004 Abs. 1 BGB). Ob und inwieweit die Grunddienstbarkeit durch eine Anlage im Sinne des § 1027 BGB beeinträchtigt wird, bestimmt sich nicht nach dem Zeitpunkt von deren Errichtung, sondern nach dem Inhalt der Grunddienstbarkeit, wie er sich aus dem Grundbuch ergibt. Auf den Grundbuchinhalt muss der Rechtsverkehr vertrauen dürfen. Dem widerspricht es, den Abwehran-

spruch zum Schutz der ungestörten Ausübung der Grunddienstbarkeit auf neu errichtete Anlagen zu beschränken. Andernfalls käme es zu schwierigen Abgrenzungsfragen, weil sich der Zeitpunkt der Errichtung der Anlage regelmäßig nicht aus dem Grundbuch ergibt und im Nachhinein oft auch nicht zuverlässig festgestellt werden kann. Das schließt es allerdings nicht aus, dass der Berechtigte und der Verpflichtete schuldrechtlich vereinbaren, dass eine bei Bestellung vorhandene Anlage (zunächst) nicht entfernt werden muss. Eine solche schuldrechtlich vereinbarte Duldung einer bestehenden Anlage bindet den Einzelrechtsnachfolger jedoch nicht (vgl. Senat, Urteil vom 24.04.2015, V ZR 138/14, NJW-RR 2015, 1234 Rdnr. 7 m. w. N.).

**18 c)** Auf einen solchen Beseitigungsanspruch findet § 1028 BGB Anwendung (so auch OLG Schleswig, BeckRS 2021, 9740 Rdnr. 17; OLG Saarbrücken, MDR 2009, 376; Grüneberg/Herrler, 82. Aufl., § 1028 Rdnr. 2; MünchKomm-BGB/Mohr, 9. Aufl., § 1028 Rdnr. 6). Soweit das teilweise anders gesehen und, sofern dies überhaupt begründet wird, die Ansicht vertreten wird, die Interessenlage bei Bestehen einer störenden Anlage sei nicht notwendig die gleiche wie bei einem nachträglichen Errichten einer solchen Anlage (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 02.05.2016, 5 U 102/15, juris Rdnr. 49; BeckOGK-BGB/Kazele, Stand: 01.02.2023, § 1028 Rdnr. 14; NK-BGB/Otto, 5. Aufl., § 1028 Rdnr. 10; RGRK/Rothe, BGB, 12. Aufl., § 1028 Rdnr. 2; Staudinger/Weber, Neub. 2017, § 1028 Rdnr. 3: „neue Anlage“), überzeugt das nicht. Für die Anwendung des § 1028 BGB kommt es nicht darauf an, wann die Anlage errichtet worden ist, sondern darauf, ob diese die rechtmäßige Ausübung der Dienstbarkeit stört oder behindert und deshalb ein Beseitigungsanspruch nach §§ 1027, 1004 Abs. 1 BGB gegeben ist. Das ist im Grundsatz auch bei einer bereits bestehenden Anlage der Fall (vgl. Rdnr. 17). Aus dem Wortlaut von § 1028 Abs. 1 Satz 1 BGB („Ist auf dem belasteten Grundstück eine Anlage, durch welche die Grunddienstbarkeit beeinträchtigt wird, errichtet worden [...]“) ergibt sich nichts anderes. Als Voraussetzung für die Verjährung des Anspruchs des Berechtigten auf Beseitigung der Störung ist nur formuliert, dass die Anlage auf dem belasteten Grundstück errichtet worden ist und dadurch die Grunddienstbarkeit beeinträchtigt wird. Zu dem Zeitpunkt der Errichtung der Anlage verhält sich die Vorschrift nicht. Der mit § 1028 Abs. 1 Satz 2 BGB verfolgte Zweck, dass sich die Wirklichkeit nach einer gewissen Zeit gegen den Inhalt des Grundbuchs durchsetzt (vgl. Senat, Urteil vom 18.07.2014, V ZR 151/13, NJW 2014, 3780 Rdnr. 20), greift auch für eine bei Eintragung der Grunddienstbarkeit bereits bestehende Anlage ein. Mit der Verjährung des Beseitigungsanspruchs des Berechtigten erlischt folglich die Dienstbarkeit, soweit der Bestand der Anlage mit ihr in Widerspruch steht (§ 1028 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB entsprechend).

**19 d)** Der Anspruch der Klägerin auf Beseitigung der Mauer war somit spätestens Ende 1964 verjährt. Mit der Verjährung des Beseitigungsanspruchs erlischt das Einfriedungsverbot aber nicht insgesamt, sondern nur insoweit, als das Unterlassen der Einfriedung, wenn sie anders als durch natürliche Hecken erfolgt, in einem der Mauer entsprechenden Ausmaß nicht mehr verlangt werden kann. Das Einfrie-

dungsverbot wird durch die Mauer zwar im Ganzen beeinträchtigt. Es verbleibt aber ein abgrenzbarer Teil des Verbots, der von der Mauer nicht beeinträchtigt wird, weil eine das Ausmaß der Mauer überschreitende, nicht in einer natürlichen Hecke bestehende Einfriedung verboten bleibt. In Widerspruch zu dem Einfriedungsverbot steht die Mauer nämlich nur im Umfang ihres derzeitigen Baukörpers, also bezogen auf ihre Breite und ihre Höhe. Insoweit ist das Einfriedungsverbot erloschen. Dagegen bleibt es insoweit bestehen, als eine nicht aus einer natürlichen Hecke bestehende Einfriedung verboten bleibt, die breiter und höher ist als die derzeit auf dem belasteten Grundstück befindliche Mauer. Im Rahmen des Baukörpers der Mauer ist die Klägerin in der Wahl der Art der Einfriedung frei geworden.

**20** Das Urteil kann danach keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Rechtsstreit ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, da er nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 ZPO).

**21.1.** Der Hauptantrag ist zu weit gefasst. Die Klägerin will die Löschung des Einfriedungsverbots insgesamt und die Löschung des Bauverbots insoweit erreichen, als das Verbot der Bebauung bezogen auf die mit dem Mehrfamilienhaus und der Doppelgarage bebauten Fläche erloschen ist. Sie hat aber nur einen Anspruch darauf, dass das Grundstück nicht anders als durch natürliche Hecken eingefriedet wird, mit Ausnahme der Einfriedung durch eine Anlage in einem der Mauer entsprechenden Ausmaß, und einen Anspruch auf Löschung des Bauverbots mit Ausnahme der Bebauung mit Gebäuden, die den vorhandenen Baukörpern im Umfang entsprechen. Der Klägerin ist durch die Zurückverweisung Gelegenheit zu geben, den zu weit gefassten Hauptantrag anzupassen. Damit ist die innerprozessuale Bedingung der Erfolglosigkeit des Hauptantrags für die Entscheidung über die Hilfsanträge nicht eingetreten; das seitens der Beklagten erklärte, auf den ersten Hilfsantrag bezogene Anerkenntnis ist prozessual überholt.

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

**23** In dem anzupassenden Hauptantrag müssen die Baukörper des Mehrfamilienhauses, der Doppelgarage und der Mauer, in deren Ausmaß die Grunddienstbarkeit bestehen bleibt, in ungefähren Umrissen hinreichend bestimmt beschrieben werden. Denn auch dann, wenn das Grundbuch – wie hier – im Hinblick auf das kraft Gesetzes eingetretene Erlöschen eines dinglichen Rechts berichtigt werden soll (§ 1028 Abs. 1 Satz 2, § 894 BGB), muss aus der berichtigten Eintragung hinreichend bestimmt hervorgehen, inwieweit das dingliche Rechte weiter fortbesteht. Für die dafür notwendige Beschreibung des Umfangs des Rechts bieten die Grundsätze, die für die Bezeichnung der zum rechtsgeschäftlichen Inhalt der Grunddienstbarkeit gemachten Ausübungsstelle aufgestellt worden sind (vgl. dazu Senat, Beschluss vom 16.02.2012, V ZB 204/11, juris Rdnr. 15; Beschluss vom 13.09.2018, V ZB 2/18, NJW-RR 2019, 273 Rdnr. 15), eine Orientierung. Die Fläche der Gebäude muss sich aus einem Lageplan ergeben. Die Höhe und Breite der Gebäude wird idealerweise ebenfalls zeichnerisch darge-

stellt unter Meterangaben bzw. unter Angabe der Geschosshöhen. Lageplan und Skizze können in den Tenor der von dem Berufungsgericht zu treffenden neuen Entscheidung aufgenommen oder unter Bezugnahme dem Urteil beigelegt werden. Die Eintragung der teilweisen Löschung der Grunddienstbarkeit in Form der Inhaltsänderung erfolgt dann durch Bezugnahme auf das Urteil, das nach Eintritt der Rechtskraft die für die Eintragung nach § 19 GBO erforderliche Bewilligung der Beklagten ersetzt (vgl. Senat, Urteil vom 16.03.1984, V ZR 206/82, BGHZ 90, 323, 327; Urteil vom 21.02.1986, V ZR 246/84, NJW 1986, 1867, 1868; Beschluss vom 17.11.2011, V ZB 58/11, NJW 2012, 530 Rdnr. 7).

## 2. Unwirksame Reservierungsvereinbarung bei einem Immobilienmaklervertrag

BGH, Urteil vom 20.04.2023, I ZR 113/22 (Vorinstanz: LG Dresden, Urteil vom 10.06.2022, 2 S 292/21)

*BGB § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1*

### LEITSÄTZE:

- 1. Ein im Nachgang zu einem bereits bestehenden Immobilienmaklervertrag geschlossener Reservierungsvertrag stellt eine der uneingeschränkten AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle unterliegende Nebenabrede zum Maklervertrag dar, wenn zwischen den beiden in Form Allgemeiner Geschäftsbedingungen geschlossenen Verträgen eine unmittelbare Verbindung besteht und die Verpflichtung zum exklusiven Vorhalten der Immobilie deshalb als maklerrechtliche Zusatzleistung anzusehen ist (Fortentwicklung von BGH, Urteil vom 23.09.2010, III ZR 21/10, NJW 2010, 3568, juris Rdnr. 10).**
- 2. Die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbarte Verpflichtung eines Maklerkunden zur Zahlung einer Reservierungsgebühr für das zeitlich begrenzte exklusive Vorhalten einer Immobilie zu seinen Gunsten stellt eine unangemessene Benachteiligung des Kunden im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB dar, wenn die Rückzahlung der Reservierungsgebühr ausnahmslos ausgeschlossen ist und sich aus der Reservierungsvereinbarung für den Kunden weder nennenswerte Vorteile ergeben noch seitens des Immobilienmaklers eine geldwerte Gegenleistung zu erbringen ist (Bestätigung von BGH, NJW 2010, 3568, juris Rdnr. 11 bis 17).**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** Die Beklagte ist Immobilienmaklerin und schloss mit den Klägern am 31.07./03.08.2019 einen Maklervertrag. In der Folge wies die Beklagte den Klägern ein mit einem Einfamilienhaus bebautes Grundstück nach. Die Maklerprovision sollte 6,96 % des Kaufpreises betragen. Am 03.09.2020 schlossen die in dem Vertragsdokument als „Makler“ und

„Kaufinteressent“ bezeichneten Parteien einen „Reservierungsvertrag“, mit dem sie die Reservierung der Immobilie zu einem Kaufpreis von 420.000 € bis zum 02.10.2020 vereinbarten. In dem Vertrag heißt es weiter:

„In beidseitigem Einvernehmen kann der Reservierungsvertrag verlängert werden. (...) Es wird eine Reservierungsgebühr von 4.200 € vereinbart. Im Falle des Entstehens eines Provisionsanspruches, also bei Abschluss eines Kaufvertrages, wird die Reservierungsgebühr auf die Provision des Maklers angerechnet. Der Reservierungsvertrag ist erst mit Eingang der Reservierungsgebühr rechtskräftig. Sollte bis zum Ende der Reservierungszeit der Kaufvertrag nicht zustande kommen, so ist die Reservierungsgebühr nicht zurück zu erstatten. Mit der Reservierungsgebühr honoriert der Kaufinteressent die Verpflichtung des Maklers, während der Reservierungszeit die Immobilie exklusiv für den Kaufinteressenten anzubieten und/oder zu verkaufen. (...)“

**2** Die Kläger überwiesen der Beklagten am 02.09.2020 die Reservierungsgebühr und bemühten sich in der Folgezeit um eine Finanzierung des Grundstückskaufs. Die Beklagte schlug den Klägern vor, eine andere als die zunächst kontaktierte Bank zu wählen. Am 23.09.2020 bot die Beklagte den Klägern eine Verlängerung der Reservierungsvereinbarung um einen Monat gegen eine Gebühr von 2.500 € an. Da es den Klägern nicht möglich war, eine Finanzierung bis zum 23.10.2020 sicherzustellen, teilten sie der Beklagten mit, vom Grundstückskauf Abstand nehmen zu wollen. Eine Rückzahlung der Reservierungsgebühr lehnte die Beklagte mit Schreiben vom 29.10.2020 endgültig ab.

**3** Die daraufhin von den Klägern erhobene Klage auf Zahlung von 4.200 € nebst Zinsen hat das AG abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Kläger ist ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision möchten die Kläger nach wie vor eine antragsgemäße Verurteilung der Beklagten erreichen. Das Berufungsgericht hat durch ein Mitglied als Einzelrichter entschieden, nachdem die Sache wegen des Fehlens von Revisionszulassungsgründen von der vollständig besetzten Kammer auf den Berichterstatter als Einzelrichter übertragen worden war.

**4** Das Berufungsgericht hat gemeint, den Klägern stehe kein Anspruch auf Rückzahlung der Reservierungsgebühr zu. Dazu hat es ausgeführt:

**5** Die Vereinbarung über die Zahlung eines Reservierungsentgelts sei wirksam. Eine Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 1 und 2 Nr. 1 BGB komme nicht in Betracht, weil es sich bei der Reservierungsvereinbarung nicht um eine Nebenabrede zum Maklervertrag handle, sondern um eine eigenständige Vereinbarung mit nicht nach §§ 307 ff. BGB kontrollfähigen Hauptleistungspflichten. Die Reservierungsvereinbarung habe auch keiner notariellen Beurkundung bedurft. Insbesondere sei eine entsprechende Anwendung von § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB nicht geboten. Es sei weder eine dem Vorkaufsrecht gleichkommende Verkaufsverpflichtung begründet noch ein unangemessener Druck auf die Wil-

lensfreiheit der Kaufinteressenten ausgeübt worden. Ein solcher unangemessener Druck werde angenommen, wenn ein Reservierungsentgelt von 10 bis 15 % des marktüblichen Maklerlohns vereinbart worden sei. Diese Schwelle sei nicht überschritten, weil die Kläger verpflichtet gewesen seien, für die Reservierung 14,37 % des Kaufpreises zu bezahlen. Es bestehe kein Anlass, für einen nicht-gewerblichen Käufer eine andere Schwelle anzusetzen als für einen gewerblichen Händler. Auch im privaten Bereich sei die Möglichkeit, vor anderen Kunden das Objekt zu erwerben, ein handfester Vorteil, den sich der Makler, der ein Interesse an einem zügigen Abschluss der Verhandlungen habe, bezahlen lassen dürfe. Einen Nachweis, dass die Parteien die Reservierungsvereinbarung nachträglich einvernehmlich aufgehoben hätten, hätten die Kläger nicht erbracht.

**6** Die hiergegen gerichtete zulässige Revision der Kläger hat Erfolg und führt zur Verurteilung der Beklagten im von den Klägern beantragten Umfang.

**7** Die Zulassung der Revision durch den Einzelrichter führt nicht wegen eines Verstoßes gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG zu einer Aufhebung des Berufungsurteils. Im Berufungsverfahren ist der Einzelrichter der gesetzlich zur Entscheidung berufene Richter, wenn das vollbesetzte Berufungsgericht ihm die Sache zur Entscheidung übertragen hat und kein Rückübertragungsgrund nach § 526 Abs. 2 Nr. 1 ZPO vorliegt. Dies gilt auch dann, wenn das Kollegium die grundsätzliche Bedeutung der Sache abweichend von ihm beurteilt hat. Der Einzelrichter kann auch ohne Verfahrensverstöß die Revision zulassen (vgl. BGH, Urteil vom 05.02.2013, VI ZR 290/11, NJW 2013, 1149, juris Rdnr. 11; Urteil vom 17.11.2022, VII ZR 297/21, juris Rdnr. 12, jew. m. w. N.).

**8** Der Reservierungsvertrag ist nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, weshalb den Klägern ein Anspruch auf Rückzahlung der ohne Rechtsgrund geleisteten Reservierungsgebühr aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB sowie der geltend gemachte Zinsanspruch aus § 286 Abs. 2 Nr. 3, § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB zustehen.

**9** 1. Der Reservierungsvertrag benachteiligt die Kaufinteressenten entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist daher nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

**10** a) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts unterliegt der Reservierungsvertrag der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB.

**11** aa) Die Vorinstanzen haben ihren Rechtsausführungen zugrunde gelegt, dass es sich bei dem Reservierungsvertrag um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, also um für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die die Beklagte als Verwenderin den Klägern als der anderen Partei im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB gestellt hat. Dies lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Zwar fehlt es an dem durch einseitige Ausnutzung der Vertragsgestaltungsfreiheit einer Vertragspartei zum Ausdruck kommenden Stellen vorformulierter Vertragsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn deren Einbeziehung sich als Ergebnis einer freien Entscheidung desjeni-

gen darstellt, der mit dem Verwendungsvorschlag konfrontiert wird (vgl. BGH, Urteil vom 20.01.2016, VIII ZR 26/15, NJW 2016, 1230, juris Rdnr. 25; Urteil vom 13.03.2018, XI ZR 291/16, NJW-RR 2018, 814, juris Rdnr. 20). Erforderlich ist hierfür allerdings, dass diese Vertragspartei – wenn schon keine Möglichkeit besteht, auf die inhaltliche Gestaltung des Formulartextes Einfluss zu nehmen – in der Auswahl der in Betracht kommenden Vertragstexte frei ist und insbesondere Gelegenheit erhält, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen (st. Rspr.; vgl. BGH, NJW 2016, 1230, juris Rdnr. 25; Urteil vom 15.02.2017, IV ZR 91/16, NJW 2017, 2346, juris Rdnr. 9; NJW-RR 2018, 814, juris Rdnr. 20, jew. m. w. N.). Dass die Kläger in dieser Weise agieren konnten, ist nicht festgestellt und wird von der Beklagten auch nicht behauptet.

**12 bb)** Die Ansicht des Berufungsgerichts, bei dem Reservierungsvertrag handele es sich um eine vom Maklervertrag zu trennende eigenständige Vereinbarung mit nicht nach §§ 307 ff. BGB kontrollfähigen Hauptleistungspflichten, trifft allerdings nicht zu.

**13 (1)** Gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB gelten die Vorschriften über die Inhaltskontrolle nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollen durch die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle weder eine Kontrolle der Preise oder Leistungsangebote ermöglicht noch Vorschriften anderer Gesetze modifiziert werden (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, BT-Drucks. 7/3919, S. 22). Somit findet eine Inhaltskontrolle hinsichtlich solcher Abreden nicht statt, die Art, Umfang und Güte der vertraglichen Hauptleistung und der hierfür zu bezahlenden Vergütung unmittelbar regeln (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 05.10.2017, III ZR 56/17, NJW 2018, 534, juris Rdnr. 15; Urteil vom 06.05.2021, III ZR 169/20, NJW 2021, 2885, juris Rdnr. 25; Urteil vom 21.04.2022, I ZR 214/20, GRUR 2022, 1158, juris Rdnr. 41 = WRP 2022, 983 – Dr. Stefan Frank, jew. m. w. N.). Nach dem im Bürgerlichen Recht geltenden Grundsatz der Privatautonomie ist es vielmehr den Vertragsparteien im Allgemeinen freigestellt, Leistung und Gegenleistung zu bestimmen; mangels gesetzlicher Vorgaben fehlt es insoweit regelmäßig auch an einem Kontrollmaßstab. Die Freistellung von der Inhaltskontrolle gilt jedoch nur für Abreden über den unmittelbaren Leistungsgegenstand, während Regelungen, die die Leistungspflicht der Parteien einschränken, verändern, ausgestalten oder modifizieren, inhaltlich zu kontrollieren sind (BGH, NJW 2018, 534, juris Rdnr. 15; GRUR 2022, 1158, juris Rdnr. 41 – Dr. Stefan Frank m. w. N.).

**14 (2)** Welche Pflichten das Wesen des Vertrags charakterisieren und damit Hauptleistungspflichten sind, ist durch Auslegung der betroffenen Vereinbarungen der Parteien zu ermitteln (vgl. BGH, Urteil vom 13.11.2012, XI ZR 500/11, BGHZ 195, 298, juris Rdnr. 15 m. w. N.; NJW 2021, 2885, juris Rdnr. 25; GRUR 2022, 1158, juris Rdnr. 41 – Dr. Stefan Frank). Das vom Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde

gelegte Klauselverständnis unterliegt dabei der uneingeschränkten revisionsrechtlichen Nachprüfung (st. Rspr.; vgl. BGHZ 195, 298, juris Rdnr. 15; BGH, Urteil vom 20.12.2018, I ZR 104/17, GRUR 2019, 284, juris Rdnr. 41 = WRP 2019, 458 – Museumsfotos, jew. m. w. N.). Im Unterschied zu individuellen Vertragsbestimmungen sind Allgemeine Geschäftsbedingungen objektiv ohne Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und des Willens der konkreten Parteien auszulegen. Besondere Bedeutung kommt daher dem Wortlaut einer Klausel und seinem Verständnis durch die typischerweise beteiligten redlichen Verkehrskreise unter Berücksichtigung von deren Interessen zu (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 04.07.2013, I ZR 156/12, TranspR 2014, 146, juris Rdnr. 24 f.; GRUR 2019, 284, juris Rdnr. 41 – Museumsfotos, jew. m. w. N.).

**15 (3)** Hiervon ausgehend kann der Reservierungsvertrag im Rahmen der ABG-rechtlichen Inhaltskontrolle nicht als eine gegenüber dem Maklervertrag eigenständige Vereinbarung angesehen werden; vielmehr handelt es sich dabei um eine den Maklervertrag ergänzende Regelung.

**16** Die Beauftragung der beklagten Maklerin durch die Kläger diene dem Zweck, den Klägern eine Möglichkeit zum Abschluss eines Immobilienkaufvertrags nachzuweisen. Diese Maklerleistung stellt die eigentliche Hauptleistung der Beklagten dar. Im Verhältnis dazu erweist sich die von den Parteien ebenfalls getroffene Reservierungsvereinbarung als bloße Nebenabrede (zu vergleichbaren Konstellationen vgl. BGH, Urteil vom 23.09.2010, III ZR 21/10, NJW 2010, 3568, juris Rdnr. 10; LG Berlin, Grundeigentum 2017, 478, juris Rdnr. 12 f.; *Christensen* in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl., Maklerverträge Rdnr. 11; *Fehr/Wichert*, ZMR 2022, 439, 442; *Fischer*, NJW 2018, 3287, 3290; anders KG, Grundeigentum 2018, 122, juris Rdnr. 15; BeckOK-BGB/*Kneller*, Stand: 01.11.2022, § 652 Rdnr. 12; *von Rintelen*, IMR 2018, 37; zu einer Reservierungsvereinbarung im Zusammenhang mit einem Franchise-Investment vgl. auch OLG Frankfurt a. M., ZVertriebsR 2016, 313, juris Rdnr. 35 f.). Dass zwischen dem Maklervertrag und dem Reservierungsvertrag eine unmittelbare Verbindung besteht und es sich bei der Reservierungsvereinbarung im Verhältnis zum Maklervertrag um eine unselbstständige Nebenabrede handelt, wird im Streitfall unter anderem daraus deutlich, dass die Parteien im Eingang des Reservierungsvertrags als „Makler“ und „Kaufinteressent“ bezeichnet werden. In dem Reservierungsvertrag ist außerdem festgehalten, dass der Kaufinteressent mit der Reservierungsgebühr eine bestimmte Verpflichtung des Maklers (nämlich diejenige zu einem exklusiven Vorhalten der Immobilie) honoriert. Die Vereinbarung einer solchen Verpflichtung erscheint ohne einen ebenfalls von den Parteien geschlossenen Maklervertrag nicht sinnvoll möglich. Dass es sich bei ihr um eine maklerrechtliche Zusatzleistung handelt, folgt außerdem nicht zuletzt daraus, dass die Reservierungsgebühr auf die Maklerprovision angerechnet werden soll (vgl. *Fischer*, NJW 2018, 3287, 3290).

**17** Dem steht nicht entgegen, dass der – auch als solcher bezeichnete – Reservierungsvertrag nicht „räumlich“ in den Maklervertrag aufgenommen, sondern in Form eines eigen-

ständigen Vertragsdokuments geschlossen wurde (vgl. *Christensen* in Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O. Maklerverträge Rdnr. 11; *Fehr/Wichert*, ZMR 2022, 439, 442; *Fischer*, NJW 2018, 3287, 3290; vgl. dazu auch BGH, Urteil vom 10.02.1988, IVa ZR 268/86, BGHZ 103, 235, juris Rdnr. 21; a. A. wohl KG, Grundeigentum 2018, 122, juris Rdnr. 15). Ebenso wenig ist von ausschlaggebender Bedeutung, dass die Reservierungsvereinbarung dreizehn Monate später als der Maklervertrag zustande kam. Eine allein auf diese formalen Kriterien abstellende Betrachtungsweise ermöglichte es Maklern, Reservierungsvereinbarungen allein durch die Wahl der Vertragsgestaltung der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle zu entziehen.

**18** Anders als die Revisionserwiderung geltend macht, kommt es für die Frage, ob der Reservierungsvertrag gegenüber dem Maklervertrag als eine eigenständige Vereinbarung anzusehen ist, schließlich auch nicht darauf an, ob es der freien Entscheidung der Kaufinteressenten unterlag, sich für oder gegen dessen Abschluss zu entscheiden. Soweit das Urteil des BGH vom 10.02.1988 (BGHZ 103, 235, juris Rdnr. 21) ein anderes Verständnis zulassen sollte, hält der Senat hieran nicht fest.

**19** b) Der Reservierungsvertrag hält der Inhaltskontrolle nicht stand, weil er die Kaufinteressenten im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unangemessen benachteiligt.

**20** aa) Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist (Nr. 1) oder wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (Nr. 2).

**21** Voraussetzung ist zunächst eine Benachteiligung des Vertragspartners von einigem Gewicht (BGH, Urteil vom 06.11.2013, KZR 58/11, BGHZ 199, 1, juris Rdnr. 66 – VBL-Gegenwert I m. w. N.; GRUR 2019, 284, juris Rdnr. 49 – Museumsfotos; Urteil vom 29.04.2021, I ZR 193/20, GRUR 2021, 1290, juris Rdnr. 15 = WRP 2021, 1461 – Zugangsrecht des Architekten). Eine solche Benachteiligung ist im Sinne von § 307 BGB unangemessen, wenn der Verwender durch eine einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist mittels einer umfassenden Würdigung der Art des konkreten Vertrags, der typischen Interessen der Vertragschließenden und der die jeweilige Klausel begleitenden Regelung zu beurteilen (st. Rspr.; vgl. BGH, GRUR 2019, 284, juris Rdnr. 49 – Museumsfotos; GRUR 2021, 1290, juris Rdnr. 15 – Zugangsrecht des Architekten, jew. m. w. N.).

**22** bb) Die danach gebotene Interessenabwägung führt im Streitfall zur Annahme einer unangemessenen Benachteiligung der Kaufinteressenten. Die Pflicht zur Zahlung der Reservierungsgebühr und der ausnahmslose Ausschluss der Rückzahlung dieser Gebühr bei Nichtzustandekommen des Kaufvertrags gehen über die Wahrung schutzwürdiger Interessen der Beklagten hinaus (vgl. BGH, NJW 2010, 3568, juris Rdnr. 13; in der Tendenz bereits BGHZ 103, 235, juris Rdnr. 21). Es gehört im Vertragsrecht allgemein zu den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, dass bei der Abwicklung gegenseitiger Verträge auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung angemessen Rücksicht zu nehmen ist (vgl. BGH, Urteil vom 02.10.1981, I ZR 201/79, NJW 1982, 181, juris Rdnr. 10; Urteil vom 05.04.1984, VII ZR 196/83, NJW 1984, 2162, juris Rdnr. 31; NJW 2010, 3568, juris Rdnr. 13). Dieser Grundsatz wird durch den streitgegenständlichen Reservierungsvertrag nicht ausreichend beachtet.

**23** (1) Der Reservierungsvertrag stellt letztlich den Versuch der Beklagten dar, sich für den Fall des Scheiterns ihrer Vermittlungsbemühungen gleichwohl eine Vergütung zu sichern, ohne dass gewährleistet ist, dass sich für die Kunden aus dieser entgeltspflichtigen Reservierungsvereinbarung nennenswerte Vorteile ergeben oder seitens der Beklagten eine geldwerte Gegenleistung zu erbringen ist (vgl. BGH, NJW 2010, 3568, juris Rdnr. 14 m. w. N.; MünchKomm-BGB/Wurmnest, 9. Aufl., § 307 Rdnr. 206; BeckOK-BGB/Kneller, § 652 Rdnr. 53).

**24** (2) Zwar ist das Versprechen der Beklagten, die Immobilie nicht mehr anderweitig anzubieten, für die Kaufinteressenten von einem gewissen Interesse. Allerdings lässt dieses Versprechen das Recht der Verkaufsinteressentin unberührt, ihre Verkaufsabsichten aufzugeben oder das Objekt ohne Einschaltung der Beklagten an Dritte zu veräußern. Die Kaufinteressenten haben damit einen nicht unerheblichen Betrag bezahlt, ohne im Gegenzug die Gewähr zu haben, das fragliche Objekt auch erwerben zu können. Der Nutzen der Vereinbarung für den Kunden ist mithin sehr eingeschränkt. Dieser allenfalls geringe Vorteil wird aus Sicht des Kunden weiter dadurch gemindert, dass die Zahlung eines derartigen Entgelts regelmäßig geeignet ist, Einfluss auf seine wirtschaftliche Dispositionsfreiheit im Sinne der Förderung des Kaufentschlusses zu nehmen, um nicht die bereits erfolgte Zahlung verfallen zu lassen, sondern im Wege der Verrechnung mit dem Kaufpreis verwerten zu können (vgl. BGH, NJW 2010, 3568, juris Rdnr. 15).

**25** (3) Demgegenüber erbringt die Beklagte durch die zugesagte Reservierung keine relevante Gegenleistung in Form eines Verzichts. Hiervon könnte allenfalls dann gesprochen werden, wenn die Zeitdauer der Reservierung so lang wäre, dass die Gefahr, die Immobilie nicht mehr anderweitig zu dem ins Auge gefassten Kaufpreis veräußern zu können, nennenswert erhöht wäre. Davon kann angesichts der im Streitfall zunächst nur für einen Monat vereinbarten Reservierung keine Rede sein. Hinzu kommt, dass die Reservierungsgebühr nach der geschlossenen Vereinbarung auch dann nicht zurückgefordert werden kann, wenn der Kaufinteressent so kurz nach Unterzeichnung der Verein-

barung seine Kaufabsicht aufgibt, dass es faktisch ausgeschlossen ist, in der Zwischenzeit einen anderen (aufgrund der Reservierungsvereinbarung zurückzuweisenden) Kaufinteressenten zu finden (vgl. BGH, NJW 2010, 3568, juris Rdnr. 16).

**26** (4) Auch sonst ist keine im Rahmen der Interessenabwägung erheblich ins Gewicht fallende Gegenleistung der Beklagten zu erkennen. Anders als die Beklagte mit der Revisionserwiderung geltend macht, hat sie sich in der Reservierungsvereinbarung insbesondere nicht dazu verpflichtet, die Kläger bei ihren Bemühungen um eine Finanzierung des Immobilienerwerbs zu unterstützen. Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass die Beklagte tatsächlich in dieser Hinsicht tätig geworden ist, indem sie den Klägern vorgeschlagen hat, eine andere als die bislang von ihnen kontaktierte Bank zu wählen. Es kann daher offenbleiben, ob in einer entsprechenden – hier nicht gegebenen – vertraglichen Verpflichtung ein relevantes, über die üblichen Pflichten des Immobilienmaklers hinausgehendes Entgegenkommen zu sehen sein könnte.

**27** (5) Die einseitige Berücksichtigung der Interessen der Beklagten wird noch dadurch verstärkt, dass ein Anspruch auf Rückerstattung des gezahlten Reservierungsentgelts nach der getroffenen Vereinbarung auch dann ausgeschlossen ist, wenn die Kaufinteressenten das Nichtzustandekommen eines Vertragsschlusses nicht zu vertreten haben, sondern die Beklagte selbst oder ein Dritter für das Scheitern des Kaufs verantwortlich ist (vgl. BGH, NJW 2010, 3568, juris Rdnr. 17).

**28** cc) Der Reservierungsvertrag widerspricht darüber hinaus auch deshalb im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB dem Leitbild der gesetzlichen Regelung, weil die Kaufinteressenten der Beklagten das Reservierungsentgelt unabhängig davon schulden, ob sie die Immobilie später erwerben. Nach dem Zweck des Reservierungsvertrags und seinen wirtschaftlichen Auswirkungen kommt dies der Vereinbarung einer erfolgsunabhängigen (Teil-)Provision gleich (vgl. BGHZ 103, 235, juris Rdnr. 19), die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zugunsten von Maklern nach allgemeiner Ansicht unwirksam ist (zum Maklervertrag im Allgemeinen vgl. BGH, Urteil vom 18.12.1974, IV ZR 89/73, NJW 1975, 647, juris Rdnr. 34 f.; Urteil vom 28.01.1987, IVa ZR 173/85, BGHZ 99, 374, juris Rdnr. 33; Urteil vom 26.11.2020, I ZR 169/19, NJW-RR 2021, 177, juris Rdnr. 27; zu Reservierungsvereinbarungen vgl. BGHZ 103, 235, juris Rdnr. 21; OLG Hamm, NJW-RR 1989, 1209; MünchKomm-BGB/Alt-hammer, § 652 Rdnr. 81; BeckOK-BGB/Kneller, § 652 Rdnr. 53; *Lehmann-Richter* in Graf von Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Stand: März 2022, Maklervertrag Rdnr. 30; Jauerning/Mansel, BGB, 18. Aufl., § 652 Rdnr. 29; MünchKomm-BGB/Wurmnest, § 307 Rdnr. 206).

**29** 2. Aufgrund der Unwirksamkeit des Reservierungsvertrags nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB kann offenbleiben, ob er darüber hinaus auch formunwirksam (§ 311b Abs. 1 Satz 1 BGB) und damit nichtig ist (§ 125 Satz 1 BGB). Es bedarf ebenso keiner Entscheidung, ob der Reservierungsvertrag – wie die Revision meint – nach § 138 Abs. 1 BGB

nichtig ist (vgl. dazu BGHZ 103, 235, juris Rdnr. 23 f.). Insofern fehlt es im Übrigen auch an Feststellungen zu den objektiven und subjektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit, weil sich die Vorinstanzen mit einer möglichen Unwirksamkeit nach § 138 Abs. 1 BGB nicht befassen haben.

**30** Das Berufungsurteil ist demnach aufzuheben und der Klage stattzugeben (§ 562 Abs. 1). Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil die Sache nach den getroffenen Feststellungen zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

(...)

#### ANMERKUNG:

#### Von Notar Dr. **Benedikt Mack**, Regen

Für die Wirksamkeit von Reservierungsvereinbarungen gibt es im Wesentlichen drei „Stolperstellen“: Die mögliche Beurkundungspflicht gemäß § 311b Abs. 1 BGB, die Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB sowie – speziell bei Reservierungsvereinbarungen mit Bauträgern – die Vereinbarkeit mit den Bestimmungen der MaBV. Die vorliegende Entscheidung behandelt lediglich den Komplex der Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB, bezogen auf eine Reservierungsvereinbarung zwischen einem Kaufinteressenten und einem Makler.

#### 1. Zusammenfassung der Entscheidung

In einer Reservierungsvereinbarung, die ein Jahr nach Abschluss des Maklervertrags getroffen wurde, verpflichtete sich der Kaufinteressent, dem Makler eine Reservierungsgebühr in Höhe von 1 % des Kaufpreises (4.200 €) zu zahlen. Für den Fall des Kaufvertragsschlusses war eine Verrechnung mit der Maklerprovision vereinbart, für den Fall des Nichtzustandekommens – gleich aus welchem Grund – der Verfall der Reservierungsgebühr. Als Gegenleistung verpflichtete sich der Makler, die Immobilie während der Reservierungszeit von knapp einem Monat nur dem Kaufinteressenten anzubieten bzw. zu verkaufen.

Der BGH sieht die Reservierungsvereinbarung nicht als kontrollfreie Leistungsbeschreibung gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB, sondern als Nebenabrede zum Maklervertrag. Diese benachteilige Kaufinteressenten unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB. Die unangemessene Benachteiligung macht der BGH vor allem an zwei Umständen fest:<sup>1</sup>

- dem ausnahmslosen Ausschluss der Rückzahlung der Reservierungsgebühr, auch für den Fall, dass der Kaufinteressent das Scheitern des Kaufvertrags nicht zu vertreten hat und
- der fehlenden Sicherheit des Kaufinteressenten für das Unterbleiben eines anderweitigen Verkaufs der Immobilie, wenn nur der Makler, nicht aber der Verkäufer an die Reservierung gebunden ist.

1 Ähnlich bereits BGH, Urteil vom 23.09.2010, III ZR 21/10, MittBayNot 2011, 216.

Die Frage der Beurkundungspflicht der Reservierungsvereinbarung lässt der BGH offen. Die Vorinstanz hatte eine Beurkundungspflicht verneint, da sich das Reservierungsentgelt noch im anerkannten Rahmen von 10-15 % des üblichen Maklerlohns halte.<sup>2</sup>

## 2. (Regelmäßige?) Unwirksamkeit von Reservierungsvereinbarungen mit Maklern

Erste Stimmen im Schrifttum interpretieren die Entscheidung als generelle Absage an die Wirksamkeit von formularmäßigen Reservierungsvereinbarungen mit Maklern, weil ohne Mitwirkung des Verkäufers keine hinreichende Verkaufsunterlassungsverpflichtung begründet werden könne.<sup>3</sup> Nach hier vertretener Ansicht lässt sich der Entscheidung eine derart weitreichende Aussage nicht entnehmen. So ist nicht erkennbar, ob die mangelnde Bindung des Verkäufers für sich genommen eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB begründen soll oder lediglich deren Kumulation mit einem ausnahmslosen Ausschluss der Rückzahlung, der – entgegen der Leitbildvorstellung des Maklervertrags – einer erfolgsunabhängigen (Teil-) Provision gleichkommt.<sup>4</sup> Eine weitere „Hintertüre“ öffnet der BGH, indem er dahinstehen lässt, ob zusätzliche Leistungen des Maklers, zum Beispiel die Unterstützung bei der Kaufpreisfinanzierung, den Bindungsnachteil unter Umständen aufwiegen können. Es lässt sich jedoch festhalten, dass die Entscheidung die bereits zuvor bestehenden Wirksamkeitszweifel – speziell unter dem Aspekt der §§ 307 ff. BGB – zumindest verstärkt.<sup>5</sup>

## 3. Folgerungen für Reservierungsvereinbarungen mit Verkäufern

### a) Inhaltskontrolle

Die Ausführungen des BGH zum Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB verleiten zu der Schlussfolgerung, dass es sich bei einer Reservierungsvereinbarung direkt mit dem Verkäufer um eine kontrollfreie Hauptleistungsabrede handelt. Inhaltliche Schranken würden sich dann im Wesentlichen nur aus § 138 Abs. 1 BGB ergeben, dessen objektive und subjektive Anforderungen allenfalls bei einer evident einseitigen Bindung des Kaufinteressenten erfüllt sein dürften. Allerdings ist eine Abgrenzung zwischen kontrollfreien Leistungsbeschreibungen im Sinne des § 307 Abs. 3 Satz 1

BGB und kontrollierbaren Modifikationen der Leistungspflicht oft nicht zweifelsfrei möglich. Dies zeigt der Umstand, dass Bestimmungen, die die Leistung des Verwenders wieder einschränken oder einzelne Modalitäten der Leistung, wie die Länge von Leistungsfristen (§ 308 Nr. 1 BGB),<sup>6</sup> doch wieder einer Inhaltskontrolle unterliegen. Reservierungsvereinbarungen mit Verkäufern sollten sich daher ebenfalls am Maßstab der §§ 307 ff. BGB orientieren und die in der Entscheidung angeführten Grenzen beachten. Hierzu zählt zum einen die Vereinbarung einer hinreichenden Gegenleistung für die Zahlung der Reservierungsgebühr, nämlich die Verpflichtung des Verkäufers, dass Objekt während der Reservierungsfrist nicht anderweitig zu veräußern. Die Bindungsfrist sollte den vom BGH als zu kurz befundenen Zeitraum von vier Wochen überschreiten.<sup>7</sup> Zum anderen sollte die Vereinbarung eine Rückzahlungspflicht auch für den Fall vorsehen, dass der Vertragsschluss an vom Kaufinteressenten nicht zu vertretenen Umständen scheitert.

### b) Beurkundungspflicht

Größter Unsicherheitsfaktor bleibt auch bei Reservierungsvereinbarungen mit Verkäufern die mögliche Beurkundungspflicht gemäß § 311b Abs. 1 BGB. Grund für die Beurkundungspflicht ist dabei nicht die „negative“ Verpflichtung des Verkäufers, die Immobilie während des Reservierungszeitraums nicht zu veräußern,<sup>8</sup> sondern die mittelbare Erwerbsverpflichtung des Kaufinteressenten. Den Maßstab hierfür bildet die Höhe der Reservierungsgebühr. Aus dem Bereich der Makler-Reservierungen herrührend wird eine Beurkundungspflicht ab einer Gebührenehöhe vertreten, die 10-15 % der Maklerprovision übersteigt.<sup>9</sup> Nicht zuletzt wegen der ungeklärten Folgefragen, welche die Maklerprovision als Bemessungsgrundlage aufwirft (Käufer- oder Gesamtprovision? brutto oder netto? ortsübliche oder konkrete Provision?),<sup>10</sup> ist jedenfalls im Bereich der Verkäufer-Reservierungen sachgerechter, den anvisierten Kaufpreis als Maßstab heranzuziehen. Gemessen hieran werden Grenzen von

2 LG Dresden Urteil vom 10.06.2022, 2 S 292/21, BeckRS 2022, 46987 Rdnr. 24 f.  
 3 Vgl. *Heckschen*, EWIR 2023, 396, *Forschner*, MittBayNot 2023, 551, 555; *Fischer*, IMR 2023, 248; ähnlich die Reaktion in der Presse: <https://www.faz.net/aktuell/finanzen/bgh-erklaert-reservierungsgebuehr-beim-immobilienkauf-fuer-unwirksam-18834923.html> (aufgerufen am 16.11.2023).  
 4 Letzteres betont der BGH unter Rdnr. 28 der besprochenen Entscheidung; vgl. auch *Drasdo*, NJW-Spezial 2023, 450.  
 5 Nach *Forschner* in Grziwotz/Koebler, Handbuch Bausträgerrecht, 2. Aufl. 2022, Kap. 5 Rdnr. 8 sind keine nennenswerten Beispiele aus der Rechtsprechung ersichtlich, in denen eine Reservierungsvereinbarung formwirksam war und einer AGB-Kontrolle standhielt.

6 Vgl. BGH, Urteil vom 12.03.1987, VII ZR 37/86, NJW 1987, 193; BeckOGK-BGB/*Eckelt*, Stand: 01.05.2023, § 307 Rdnr. 189; *Theuersbacher/Bernert*, DNotZ 2023, 824, 832.  
 7 Rdnr. 25 der besprochenen Entscheidung.  
 8 BGH, Urteil vom 30.09.1959, V ZR 66/58, BGHZ 31, 13, 19; Urteil vom 10.02.1988, Iva ZR 268/86, NJW 1988, 1716, 1717; Urteil vom 25.01.2008, V ZR 118/07, NJW-RR 2008, 824, 825.  
 9 Jeweils zu Makler-Reservierungen: BGH, Urteil vom 06.02.1980, IV ZR 141/78, NJW 1980, 1622, 1623; Urteil vom 02.07.1986, Iva ZR 102/85, DNotZ 1987, 745; Urteil vom 10.02.1988, Iva ZR 268/86 NJW 1988, 1716, 1717; die Obergrenze auf Verkäufer-Reservierungen übertragend: OLG Hamburg, Urteil vom 15.02.1991, 11 U 203/90, NJW-RR 1992, 20, 21; OLG Dresden, Beschluss vom 23.08.2016, 8 U 964/16, ZfIR 2017, 66 (jedoch mit der Erwägung, statt an 10-15 % der üblichen Maklerprovision an 1 % des Kaufpreises anzuknüpfen).  
 10 Dazu eingehend *Heckschen/Herzog*, NotBZ 2019, 14.

0,3 %<sup>11</sup> bis 1 %<sup>12</sup> des Kaufpreises vertreten. Daneben soll eine absolute Obergrenze gelten,<sup>13</sup> für die mitunter – manchmal jedoch nur beispielhaft<sup>14</sup> – ein Betrag von 5.000 € genannt wird. Im Hinblick auf die Immobilienpreisentwicklung der vergangenen Jahre und andere gesetzlichen Wertungen<sup>15</sup> erscheint möglicherweise auch eine absolute Obergrenze von 10.000 € als noch vertretbar.

#### 4. Umgang mit Reservierungsvereinbarungen in der notariellen Praxis

- a) Verrechnung des Reservierungsentgelts mit dem Kaufpreis

Erfahrungsgemäß werden Reservierungsvereinbarungen in der Praxis kaum beurkundet. Der Notar wird mit einer Reservierungsvereinbarung daher typischerweise nur konfrontiert, wenn eine an den Verkäufer bereits bezahlte Reservierungsgebühr mit dem Kaufpreis verrechnet werden soll. Die Verrechnungsabrede ist gemäß § 311b Abs. 1 BGB beurkundungspflichtig.<sup>16</sup> Dies gilt auch, wenn die Reservierungsvereinbarung selbst im konkreten Fall formfrei getroffen werden kann. Unterbleibt die Beurkundung der Verrechnungsabrede, gefährdet dies unter Umständen die Wirksamkeit des Gesamtvertrags gemäß § 139 BGB.<sup>17</sup> Die Verrechnung ist daher auch dann zu beurkunden, wenn sich der Rückzahlungsanspruch des Käufers nach Auffassung des Notars – mangels Wirksamkeit – nicht direkt aus der Reservierungsabrede, sondern aus § 812 Abs. 1 Satz 1. Fall BGB ergibt. Gleichwohl sollte der Notar in diesem Fall eine sofortige Rückzahlung anregen und dies im Vertrag dokumentieren, falls dennoch eine Verrechnung erfolgen soll. Indes besteht keine

- 11 Vgl. *Hertel*, Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2011/2012, S. 36, allerdings basierend auf der Annahme, die Grenze liege bei 10 % eines Netto-Maklerhonorars von ca. 3 % des Kaufpreises; LG Köln, Urteil vom 26.08.2021, 2 O 292/19, BeckRS 2021, 32772; AG Dortmund, Urteil vom 21.08.2018, 425 C 3166/18, NJW-RR 2018, 1527, 1528.
- 12 OLG Dresden, Beschluss vom 23.08.2016, 8 U 964/16, ZfIR 2017, 66; für 0,7 bis 1 % des Kaufpreises *Heckschen/Herzog*, NotBZ 2019, 14, 18.
- 13 So im Grundsatz, jedoch jeweils ohne Nennung eines konkreten Höchstbetrags: BGH, Urteil vom 02.07.1986, IVa ZR 102/85, DNotZ 1987, 745; OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 12.03.1986, 17 U 19/85, NJW-RR 1986, 597.
- 14 Vgl. *Basty*, Bauträgerverträge, 11. Aufl. 2023, Kap. 4 Rdnr. 60; *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 10. Aufl. 2024, Rdnr. 174; verbindlicher LG Köln, Urteil vom 26.08.2021, 2 O 292/19, BeckRS 2021, 32772.
- 15 Vgl. etwa die Schwellenwerte in § 16a Abs. 5 GwG.
- 16 BGH, Urteil vom 11.11.1983, V ZR 150/82, NJW 1984, 974; Urteil vom 20.09.1985, V ZR 148/84, DNotZ 1986, 265; DNotI-Report 2014, 185, 186.
- 17 BGH, Urteil vom 20.09.1985, V ZR 148/84, DNotZ 1986, 265; einschränkend allerdings Urteil vom 17.03.2000, V ZR 362/98, DNotZ 2000, 931, wonach die Formnichtigkeit einer Verrechnungsabrede die Wirksamkeit des übrigen Kaufvertrags unberührt lässt, wenn der Käufer die Belegung des Kaufpreises zu beweisen vermag.

Pflicht des Notars, die Beurkundung des Kaufvertrags oder der Verrechnungsabrede gemäß § 14 Abs. 2 BNotO abzulehnen, wenn ihm eine unwirksame Reservierungsvereinbarung offenbart wird.

- b) Bauträgervertrag

Gemäß § 3 Abs. 1 und 2 MaBV darf der Bauträger Vermögenswerte „zur Ausführung des Auftrags“ erst nach Vorliegen der dort geregelten Fälligkeitsvoraussetzungen vom Käufer entgegennehmen. Nicht unter das Entgegennahmeverbot fallen Zahlungen, die auf einem anderen Rechtsgrund als dem Bauträgervertrag beruhen.<sup>18</sup> Daher verstoßen Reservierungsgebühren im Grundsatz nicht gegen die MaBV. Etwas anderes gilt ausnahmsweise, wenn unter dem Topos der Reservierungsvereinbarung bereits eine „verdeckte“ Anzahlung auf den Kaufpreis geleistet wird.<sup>19</sup> Eine unzulässige Kaufpreisanzahlung wird teilweise angenommen, wenn die Höhe der Reservierungsgebühr die o. g. Grenzen zur Beurkundungspflicht übersteigt, die Reservierungsvereinbarung wegen Verstoßes gegen § 311b Abs. 1 BGB mithin unwirksam ist.<sup>20</sup> Nach Auffassung des Autors kann nicht allein die Höhe der Reservierungsgebühr das ausschlaggebende Kriterium für einen möglichen MaBV-Verstoß bilden, zumal sich die Wirksamkeit der Reservierungsvereinbarung angesichts des breiten Meinungsspektrums nur selten sicher feststellen lässt. Es scheint präziser, bei Zahlungen vor Beurkundung und Wirksamkeit des Bauträgervertrags nicht auf den „Rechtsgrund“, sondern auf den mit der Zahlung verfolgten Leistungszweck abzustellen. Liegt dieser Zweck nicht mehr in der Bindung des Verkäufers, sondern bereits in der Erfüllung der künftigen Kaufpreisschuld, handelt es sich um eine mit § 3 MaBV unvereinbare Anzahlung. Hierzu ist neben der Höhe der Reservierungsgebühr auch der weitere Inhalt der Vereinbarung in den Blick zu nehmen, insbesondere zur Bindung des Verkäufers, zu sonstigen vorvertraglichen Leistungen durch diesen oder zur Verwahrung des Reservierungsentgelts. Sind die o. g. Höchstgrenzen jedoch so deutlich überschritten, dass auch unter Berücksichtigung der verschiedenen Auffassungen unter keinem Umstand mit der Wirksamkeit der Reservierungsvereinbarung zu rechnen ist, dürfte dies jedenfalls ein Indiz für eine verdeckte Kaufpreisanzahlung darstellen.

Eine Verrechnung mit der bezahlten Reservierungsgebühr ist grundsätzlich auch bei Bauträgerverträgen zulässig und im Hinblick auf § 311b Abs. 1 BGB geboten. Zur Wahrung der Anforderungen der MaBV ist jedoch sicherzustellen, dass die Verrechnungswirkung nicht vor Fälligkeit der ersten Kaufpreisrate gemäß § 3 Abs. 1 und 2 MaBV eintritt.<sup>21</sup>

- 18 Vgl. nur *Basty*, Bauträgerverträge, Kap. 1 Rdnr. 60; *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 178; *Hertel*, Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2011/2012, S. 35 f.
- 19 DNotI-Report 2014, 185, 186.
- 20 DNotI-Report 2014, 185, 186.
- 21 *Basty*, Bauträgerverträge, Kap. 4 Rdnr. 2.

c) GwG

Wird dem Notar eine Reservierungsgebühr offenbart, die mehr als 10.000 € beträgt, kommt eine der Meldepflicht gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GwGMeldV-Immobilien (Zahlung vor Abschluss des Rechtsgeschäfts) in Betracht. Allerdings nennt die Begründung zur Meldeverordnung die Leistung einer Reservierungsgebühr als Beispiel für ein Entfallen der Meldepflicht nach § 7 GwGMeldV-Immobilien.<sup>22</sup> Im Fall einer Verrechnung mit dem Kaufpreis ist ferner § 16a GwG zu beachten. Dem Notar ist dann auch über die Reservierungsgebühr ein schlüssiger Zahlungsnachweis vorzulegen, der jedoch nach § 16a Abs. 5 Satz 2 GwG als erbracht gilt, wenn der Wert der nicht nachgewiesenen Zahlungen nicht mehr als 10.000 € beträgt.

22 Begr. BAnz AT 7. 9. 2020, S. 11.

## Bürgerliches Recht

### SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

#### 3. Erneute Klage auf Bewilligung der Löschung einer Auflassungsvormerkung und Feststellungsklage über Nichtigkeit des Kaufvertrags

BGH, Urteil vom 17.02.2023, V ZR 22/22 (Vorinstanz: OLG Stuttgart, Urteil vom 20.01.2022, 2 U 14/20)

BGB §§ 117, 125, 883 Abs. 1 Satz 1, § 894  
ZPO §§ 259, 260, 322 Abs. 1

#### LEITSÄTZE:

1. Die rechtskräftige Entscheidung, mit der die Nichtigkeit eines Grundstückskaufvertrags festgestellt wird, hat präjudizielle Bedeutung für die Entscheidung über die Berichtigung des Grundbuchs wegen Erlöschens des durch Vormerkung gesicherten Anspruchs aus diesem Vertrag; mit Rechtskraft des Feststellungsurteils steht fest, dass die Auflassungsvormerkung nicht entstanden und das Grundbuch hinsichtlich deren Eintragung unrichtig ist.
2. Ist in einem Vorprozess eine Klage auf Bewilligung der Löschung einer Auflassungsvormerkung im Wege der Grundbuchberichtigung rechtskräftig abgewiesen worden, ist ein mit dem Klageantrag auf Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrags verbundener erneuter Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs hinsichtlich der Vormerkung nur dann zulässig, wenn die Klageanträge dergestalt in ein Eventualverhältnis gestellt werden, dass der auf Grundbuchberichtigung gerichtete Antrag nur hilfsweise für den Fall gestellt wird, dass der Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrags Erfolg hat.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Parteien schlossen am 18.02.2014 einen Kaufvertrag zu einem beurkundeten Kaufpreis von 200.000 € über ein

im Eigentum des Klägers stehendes Grundstück. Der Vertrag war aufschiebend bedingt davon abhängig, dass der Kläger oder der Beklagte gegenüber der jeweils anderen Partei erklärte, der Kauf bzw. Verkauf solle zustande kommen. Zugunsten des Beklagten wurde eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen. Eine Auflassung des Grundstücks an ihn ist bislang nicht erfolgt. Im Vorfeld des Vertrags kam es zu einem Treffen der Parteien, in dessen Anschluss der Beklagte einen Barbetrag von 50.000 € an den Kläger zahlte. Der Kläger erhob 2016 Klage auf Bewilligung der Löschung der Vormerkung und machte geltend, der Beklagte habe das Optionsrecht nicht wirksam ausgeübt. Die Klage wurde mit Urteil des LG Heilbronn vom 22.03.2017 rechtskräftig abgewiesen (im Folgenden: erster Vorprozess). In einem weiteren Vorprozess mit umgekehrtem Rubrum vor dem LG Heilbronn (im Folgenden: zweiter Vorprozess) wurde der hiesige Kläger rechtskräftig zur Rückzahlung von 50.000 € verurteilt, gestützt auf ein von dem Beklagten gewährtes Darlehen.

2 Mit der Behauptung, es sei tatsächlich ein Kaufpreis von 350.000 € vereinbart worden, verlangt der Kläger – soweit von Interesse – die Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrags und erneut die Bewilligung der Löschung der Auflassungsvormerkung. Das LG hat die Nichtigkeit des Kaufvertrags festgestellt und die Klage im Übrigen als unzulässig abgewiesen. Das OLG hat die Berufungen beider Parteien zurückgewiesen und für den Kläger die Revision zugelassen. Mit dieser verfolgt der Kläger seinen Antrag auf Bewilligung der Löschung der Auflassungsvormerkung weiter. Der Beklagte will mit der Anschlussrevision die vollständige Klageabweisung erreichen. Die Parteien beantragen jeweils die Zurückweisung des gegnerischen Rechtsmittels.

3 Das Berufungsgericht meint, die Klage sei unzulässig, soweit der Kläger die Bewilligung der Löschung der Auflassungsvormerkung verlange. Ihr stehe insoweit zwar nicht das in dem zweiten Vorprozess ergangene rechtskräftige Urteil entgegen, weil die Parteien dort über einen Darlehensrückzahlungsanspruch des Beklagten gegen den Kläger und damit über einen anderen Streitgegenstand gestritten hätten, wohl aber das in dem ersten Vorprozess ergangene rechtskräftige Urteil. Die jetzige Klage auf Bewilligung der Löschung der Auflassungsvormerkung betreffe denselben Streitgegenstand wie die mit Urteil vom 22.03.2017 abgewiesene Klage. Sie sei auf dasselbe Rechtsschutzziel gerichtet und der Kläger stütze sein Begehren auf denselben Klagegrund. Zwar habe er in dem ersten Vorprozess nicht die Unwirksamkeit des Grundstückskaufvertrags als Scheingeschäft geltend gemacht. Darauf komme es aber nicht an. Das Nichtzustandekommen des Kaufvertrags mangels Ausübung der Option und die Nichtigkeit des Vertrags als Scheingeschäft gehörten zu einem einheitlichen Lebenssachverhalt. Mögliche Schwierigkeiten bei der Löschung der Auflassungsvormerkung könnten dieses Ergebnis nicht beeinflussen.

4 Demgegenüber sei die auf Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrags gerichtete Klage zulässig und begründet. Der beurkundete Kaufvertrag sei als Scheingeschäft ge-

mäß § 117 Abs. 1 BGB und der tatsächlich gewollte Vertrag mangels Beurkundung nach § 117 Abs. 2, § 311b Abs. 1 Satz 1, § 125 Satz 1 BGB nichtig.

**5** Dies hält rechtlicher Prüfung nur hinsichtlich der Revision des Klägers nicht stand.

#### 6 I. Anschlussrevision

**7** Die Anschlussrevision des Beklagten hat keinen Erfolg.

**8 1.** Die form- und fristgerecht (§ 554 ZPO) eingelegte Anschlussrevision des Beklagten ist allerdings zulässig. Sie ist gemäß § 554 Abs. 2 Satz 1 2. Hs. ZPO ohne Zulassung statthaft. Insbesondere steht ihr Gegenstand in einem unmittelbaren rechtlichen Zusammenhang mit demjenigen der Hauptrevision des Klägers (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 18.09.2009, V ZR 75/08, NJW 2009, 3787 Rdnr. 27). Gegenstand der Revision ist die Löschung der Auflassungsvormerkung, die Anschlussrevision wendet sich gegen die Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrags. Ob der Kläger einen Anspruch auf Bewilligung der Löschung der Auflassungsvormerkung hat, hängt davon ab, ob der Kaufvertrag vom 18.02.2014 wirksam ist. Das Nichtbestehen des mit der Vormerkung gesicherten Eigentumsverschaffungsanspruchs (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB) ist Vorfrage für die Klage auf Bewilligung der Löschung der Vormerkung gemäß § 894 BGB.

**9 2.** Die Anschlussrevision bleibt in der Sache jedoch erfolglos. Rechtsfehlerfrei stellt das Berufungsgericht die Nichtigkeit des Kaufvertrags fest.

**10 a)** Die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrags ist zulässig. Ihr steht, anders als die Anschlussrevision meint, weder die Rechtskraft des Urteils in dem ersten Vorprozess noch die Rechtskraft des Urteils in dem zweiten Vorprozess entgegen.

**11 aa)** Gemäß § 322 Abs. 1 ZPO sind Urteile der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. Maßgeblich ist der jeweilige Streitgegenstand, der durch den Klageantrag und den Lebenssachverhalt (Klagegrund) bestimmt wird, aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet (vgl. Senat, Urteil vom 20.05.2011, V ZR 221/10, NJW 2011, 2785 Rdnr. 9; BGH, Urteil vom 03.04.2003, I ZR 1/01, BGHZ 154, 342, 347 f.; Urteil vom 19.11.2003, VIII ZR 60/03, BGHZ 157, 47, 50 ff., jew. m. w. N.).

**12 bb)** In keinem der Vorprozesse wurde der Anspruch des Klägers auf Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrags rechtskräftig aberkannt.

**13 (1)** Aus der Abweisung der Klage in dem ersten Vorprozess ist nur in Rechtskraft erwachsen, dass der Kläger keinen Anspruch gegen den Beklagten auf Bewilligung der Löschung der Vormerkung hat. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH erwächst in Rechtskraft die in dem Urteil ausgesprochene Rechtsfolge, d. h. nur der vom Gericht aus dem vorgetragenen Sachverhalt gezogene Schluss auf das Bestehen oder Nichtbestehen der beanspruchten Rechtsfolge, nicht aber die Feststellung der zugrunde liegenden präjudiziellen Rechtsverhältnisse oder sonstigen Vorfra-

gen, aus denen der Richter seinen Schluss gezogen hat (vgl. Senat, Urteil vom 13.11.1998, V ZR 29/98, NJW-RR 1999, 376, 377; BGH, Urteil vom 21.11.2012, VIII ZR 50/12, WuM 2013, 165 Rdnr. 17; Urteil vom 10.04.2019, VIII ZR 12/18, NJW 2019, 2308 Rdnr. 30, jew. m. w. N.). Zu deren abschließender Klärung steht den Parteien die nicht an ein besonderes Feststellungsinteresse anknüpfende Zwischenfeststellungsklage (§ 256 Abs. 2 ZPO) und im Übrigen die Feststellungsklage (§ 256 Abs. 1 ZPO) offen (Senat, Beschluss vom 22.09.2016, V ZR 4/16, NJW 2017, 893 Rdnr. 14). Der Kläger ist deshalb nicht gehindert, Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrags zu erheben und diese auf die Schwarzgeldabrede zu stützen.

**14 (2)** Aus der Verurteilung des Klägers in dem zweiten Vorprozess ist nur in Rechtskraft erwachsen, dass der Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von 50.000 € hat. Die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrags vom 18.02.2014 betrifft einen anderen Streitgegenstand als der von dem Beklagten in dem zweiten Vorprozess geltend gemachte Zahlungsanspruch.

**15 b)** Mit dem Einwand, über den beurkundeten Kaufpreis hinaus sei jedenfalls ein weiterer Betrag von 50.000 € vereinbart, ist der Kläger entgegen der Ansicht der Anschlussrevision auch nicht präkludiert.

**16 aa)** Im Ausgangspunkt trifft es allerdings zu, dass eine rechtskräftige Entscheidung in einem Vorprozess zwischen den Parteien zu einer Tatsachenpräklusion in einem Folgeprozess führen kann. Zwar erwachsen die tatsächlichen Feststellungen in einem Urteil nicht in Rechtskraft. Andererseits darf die Rechtskraft der Entscheidung über den im Vorprozess erhobenen Anspruch aber nicht mit dem Vorbringen ausgehöhlt werden, das rechtskräftige Urteil gründe sich auf unrichtige tatsächliche Feststellungen. Hat ein Gericht den Streitgegenstand eines rechtskräftig entschiedenen Vorprozesses erneut zu prüfen, hat es deshalb seinem Urteil den Inhalt dieser Entscheidung zugrunde zu legen. Mit Vortrag zu Tatsachen, die im maßgebenden Zeitpunkt des Vorprozesses schon vorhanden waren und darauf gerichtet sind, das kontradiktorische Gegenteil der im Vorprozess festgestellten Rechtsfolge auszusprechen, sind die Parteien insoweit ausgeschlossen, als sie bei natürlicher Anschauung zu dem im Vorprozess vorgetragenen Lebensvorgang gehören (vgl. Senat, Beschluss vom 22.09.2016, V ZR 4/16, NJW 2017, 893 Rdnr. 17 m. w. N.).

**17 bb)** Diese Präklusion geht aber nicht weiter als die Rechtskraftwirkungen des Urteils. Sie ist kein Institut neben der materiellen Rechtskraft, sondern nur die notwendige Kehrseite der Maßgeblichkeit der Entscheidung. Außerhalb der Grenzen des Streitgegenstands besteht keine Präklusion, auch wenn mit der neuen Klage ein wirtschaftlich identisches Ziel verfolgt wird und sich die Tatsachen überschneiden (zum Ganzen Senat, Beschluss vom 22.09.2016, V ZR 4/16, NJW 2017, 893 Rdnr. 18).

**18 cc)** Nach diesen Grundsätzen besteht keine Präklusion. Ohne Erfolg macht die Anschlussrevision geltend, die Zahlung von 50.000 € sei wegen der Rechtskraft des in dem zweiten Vorprozess ergangenen Urteils als Hingabe eines



Darlehens anzusehen und könne daher nicht ein „schwarz“ gezahlter Teil des Kaufpreises sein. Aufgrund des Urteils aus dem zweiten Vorprozess steht nur fest, dass der Kläger zur Zahlung von 50.000 € an den Beklagten verpflichtet ist. Die Frage, ob es eine auf den Kaufvertrag bezogene Schwarzgeldabrede gegeben hat, betrifft nicht die Rechtskraft, sondern die Beweiswürdigung.

**19 c)** Aufgrund der Feststellungen des Berufungsgerichts ist von einer Schwarzgeldabrede auszugehen. Die von der Anschlussrevision gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft, jedoch nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 Satz 1 ZPO). Der beurkundete Kaufvertrag ist als Scheingeschäft gemäß § 117 Abs. 1 BGB und der tatsächlich gewollte Vertrag mangels Beurkundung nach § 117 Abs. 2, § 311b Abs. 1 Satz 1, § 125 Satz 1 BGB seinem ganzen Inhalt nach nichtig.

**20 d)** Ohne Erfolg bleibt der Angriff der Anschlussrevision, der Kläger habe sein Recht, die Nichtigkeit des Kaufvertrags geltend zu machen, verwirkt. Vortrag dazu, dass die Voraussetzungen für eine Verwirkung vorliegen (vgl. dazu Senat, Urteil vom 27.09.2013, V ZR 52/12, WM 2013, 2315 Rdnr. 24 m. w. N.), zeigt die Anschlussrevision nicht auf. Hierfür ist auch nichts ersichtlich.

## 21 II. Revision

**22** Die Revision des Klägers ist begründet.

**23 1.** Rechtsfehlerfrei geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass der Zulässigkeit der Klage auf Bewilligung der Löschung der Auflassungsvormerkung nicht die materielle Rechtskraft des in dem zweiten Vorprozess ergangenen Urteils entgegensteht. Der Streitgegenstand des Anspruchs auf Grundbuchberichtigung gemäß § 894 BGB ist nicht identisch mit dem in dem zweiten Vorprozess geltend gemachten Anspruch des Beklagten auf Zahlung von 50.000 €.

**24 2.** Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht der Verurteilung des Beklagten zur Bewilligung der Löschung der Auflassungsvormerkung auch nicht das in dem ersten Vorprozess ergangene Urteil vom 22.03.2017 entgegen.

**25 a)** Richtig ist allerdings, dass mit diesem Urteil der Löschungsanspruch des Klägers rechtskräftig aberkannt worden ist.

**26 aa)** Ein Urteil, das – wie hier in dem ersten Vorprozess – eine Leistungsklage abweist, stellt grundsätzlich fest, dass die begehrte Rechtsfolge aus dem Lebenssachverhalt unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt hergeleitet werden kann. Zu dem Lebenssachverhalt, der die Grundlage der Streitgegenstandsbestimmung bildet, rechnen alle Tatsachen, die bei einer vom Standpunkt der Parteien ausgehenden natürlichen Betrachtungsweise zu dem durch den Vortrag der Klagepartei zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehören. Das ist dann der Fall, wenn der Tatsachenstoff nicht sinnvoll auf verschiedene eigenständige, den Sachverhalt in seinem Kerngehalt verändernde Geschehensabläufe aufgeteilt werden kann, selbst wenn diese

einer eigenständigen rechtlichen Bewertung zugänglich sind (vgl. BGH, Urteil vom 19.12.1991, IX ZR 96/91, BGHZ 117, 1, 6; Urteil vom 13.09.2012, I ZR 230/11, BGHZ 194, 314 Rdnr. 19). Der Streitgegenstand wird durch den gesamten historischen Lebensvorgang bestimmt, auf den sich das Rechtsschutzbegehren der Klagepartei bezieht, unabhängig davon, ob einzelne Tatsachen dieses Lebenssachverhalts von den Parteien vorgetragen worden sind oder nicht, und auch unabhängig davon, ob die Parteien die nicht vorgetragenen Tatsachen des Lebensvorgangs kannten und hätten vortragen können (st. Rspr.; vgl. Senat, Urteil vom 17.03.1995, V ZR 178/93, NJW 1995, 1757; Urteil vom 12.12.2008, V ZR 49/08, juris Rdnr. 45, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 179, 146; BGH, Urteil vom 19.11.2003, VIII ZR 60/03, BGHZ 157, 47, 50 f.; Urteil vom 13.09.2012, I ZR 230/11, BGHZ 194, 314 Rdnr. 19; Urteil vom 22.10.2013, XI ZR 42/12, BGHZ 198, 294 Rdnr. 15; Beschluss vom 03.03.2016, IX ZB 33/14, NJW 2016, 1818 Rdnr. 27, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 209, 168 m. w. N.).

**27 bb)** Etwas anderes gilt nur, wenn der Entscheidung unmissverständlich der Wille des Gerichts zu entnehmen ist, über den zugrunde liegenden Sachverhalt nicht abschließend zu erkennen und dem Kläger so eine erneute Klage zu diesem Anspruch auf der gleichen tatsächlichen Grundlage und aufgrund von bereits im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorliegenden Umständen vorzubehalten (vgl. Senat, Urteil vom 12.12.2008, V ZR 49/08, juris Rdnr. 45 m. w. N., insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 179, 146).

**28 cc)** Nach diesen Grundsätzen ist in dem ersten Vorprozess über den Anspruch des Klägers auf Bewilligung der Löschung der Auflassungsvormerkung wegen Nichtbestehens des durch die Vormerkung gesicherten Eigentumsverschaffungsanspruchs aus dem Kaufvertrag vom 18.02.2014 (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB) abschließend erkannt worden. Bei natürlicher Betrachtungsweise stellen das Nichtzustandekommen des Kaufvertrags wegen Nichteintritts der Bedingung (Ausübung der Option) und die Nichtigkeit des Vertrags als Scheingeschäft einen einheitlichen Lebensvorgang dar, der nicht aufgespalten werden kann. Der von dem Kläger mit der Klage auf Grundbuchberichtigung gemäß § 894 BGB zur Entscheidung gestellte Lebensvorgang wird durch die Gesamtumstände des Vertragsschlusses gekennzeichnet. In dem Urteil vom 22.03.2017 ist der Anspruch des Klägers gegen den Beklagten auf Bewilligung der Löschung der Auflassungsvormerkung aus § 894 BGB uneingeschränkt verneint worden. Damit steht fest, dass der Kläger den Grundbuchberichtigungsanspruch (§ 894 BGB) auch nicht daraus herleiten kann, dass der Kaufvertrag wegen einer Schwarzgeldabrede nichtig sei (§ 117 Abs. 1 und 2, § 311b Abs. 1 Satz 1, § 125 Satz 1 BGB). Eine neue Klage auf Bewilligung der Löschung der Auflassungsvormerkung wäre daher, insoweit ist dem Berufungsgericht beizupflichten, unzulässig, weil sie denselben Streitgegenstand beträfe.

**29 b)** Dem Kläger wäre es jedoch trotz des rechtskräftigen Urteils in dem ersten Vorprozess unbenommen gewesen, eine isolierte Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrags vom 18.02.2014 zu erheben, weil diese einen

anderen Streitgegenstand betrifft. Nach Eintritt der Rechtskraft des Feststellungsurteils hätte er sodann erneut auf Bewilligung der Löschung der Auflassungsvormerkung klagen können (§ 894 BGB). Dem hätte die Rechtskraft des Urteils vom 22.03.2017 in dem ersten Vorprozess nicht entgegengestanden. Das versteht sich allerdings nicht von selbst.

**30 aa)** Die Rechtskraft eines Urteils steht der Zulässigkeit einer erneuten Klage nicht entgegen und hindert eine neue abweichende Entscheidung dann nicht, wenn sich der dem rechtskräftigen Urteil zugrundeliegende Sachverhalt nachträglich geändert hat. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die neu eingetretene Tatsache schon früher hätte herbeigeführt werden können (vgl. BGH, Urteil vom 22.02.1962, II ZR 119/61, NJW 1962, 915, 916; Senat, Urteil vom 11.03.1983, V ZR 287/81, NJW 1984, 126, 127). Eine Folge dieser zeitlichen Grenze der Rechtskraft ist es, dass § 767 Abs. 2 ZPO Einwendungen gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst zulässt, sofern die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schluss der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind (Senat, Urteil vom 11.03.1983, V ZR 287/81, NJW 1984, 126, 127).

**31 bb)** Allerdings kommen in diesem Zusammenhang nur solche neuen Tatsachen in Betracht, die denjenigen Sachverhalt verändert haben, der in dem früheren Urteil als für die ausgesprochene Rechtsfolge maßgebend angesehen worden ist; bei dieser Beurteilung ist von den Entscheidungsgründen des rechtskräftigen Urteils auszugehen und zu prüfen, ob die neu entstandene Tatsache die dort bejahten oder verneinten Tatbestandsmerkmale beeinflusst (vgl. Senat, Urteil vom 11.03.1983, V ZR 287/81, NJW 1984, 126, 127). Eine abweichende gerichtliche Entscheidung über eine Vorfrage der rechtskräftigen Entscheidung ist grundsätzlich keine solche neue, den Sachverhalt verändernde Tatsache, sondern die Veränderung eines rechtlichen Gesichtspunktes (vgl. Stein/Jonas/Althammer, ZPO, 23. Aufl., § 322 Rdnr. 239).

**32 cc)** Anders ist es aber dann, wenn die Auswirkungen der gerichtlichen Entscheidung über die Vorfrage den Charakter einer neuen Tatsache haben (vgl. Senat, Urteil vom 14.07.1995, V ZR 171/94, NJW 1995, 2993, 2994). Ein solcher Ausnahmefall ist hier wegen der Akzessorietät der Auflassungsvormerkung gegeben.

**33 (1)** Die Vormerkung ist ein streng akzessorisches Sicherungsmittel eigener Art (vgl. nur Senat, Urteil vom 14.01.2022, V ZR 245/20, NJW 2022, 1167 Rdnr. 5, 24). Sie ist nicht entstanden bzw. erlischt, wenn der gesicherte Anspruch nicht bzw. nicht mehr besteht; das Grundbuch ist bzw. wird dann unrichtig (vgl. Senat, Urteil vom 15.05.1970, V ZR 20/68, BGHZ 54, 56, 63; Urteil vom 22.02.2019, V ZR 244/17, BGHZ 221, 229 Rdnr. 12 m. w. N.; Urteil vom 14.01.2022, V ZR 245/20, NJW 2022, 1167 Rdnr. 5). Der Eigentümer kann von dem eingetragenen Berechtigten nach § 894 BGB – in der Form des § 29 GBO – die Bewilligung der Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung der Vormerkung verlangen.

**34 (2)** Die rechtskräftige Entscheidung, mit der die Nichtigkeit eines Grundstückskaufvertrags festgestellt wird, hat

präjudizielle Bedeutung für die Entscheidung über die Berichtigung des Grundbuchs wegen Erlöschens des durch Vormerkung gesicherten Anspruchs aus diesem Vertrag. Mit Rechtskraft des Feststellungsurteils steht fest, dass die Auflassungsvormerkung nicht entstanden und das Grundbuch hinsichtlich deren Eintragung unrichtig ist. Diese Auswirkungen des Feststellungsurteils verändern nachträglich die Tatsachengrundlage des in dem Vorprozess ergangenen Urteils, mit dem der Anspruch auf die Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894 BGB rechtskräftig verneint wurde. Bei der eingetragenen Auflassungsvormerkung handelt es sich nur noch um eine „leere Hülle“, die keinen Anspruch sichert. Von einer solchen Eintragung ist das Grundbuch freizumachen.

**35 c)** Wenn der Kläger aber trotz der Rechtskraft des Urteils in dem ersten Vorprozess sukzessive Klagen auf Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrags und auf Bewilligung der Löschung der Auflassungsvormerkung gemäß § 894 BGB erheben könnte, muss es ihm entsprechend dem Rechtsgedanken des § 259 ZPO aus prozessökonomischen Gründen auch gestattet sein, beide Klageanträge in einer Klage zu verbinden. Allerdings steht erst mit Eintritt der Rechtskraft des Feststellungsurteils fest, dass das Grundbuch hinsichtlich der Auflassungsvormerkung unrichtig ist. Da der Kläger aufgrund der zuvor entgegenstehenden Rechtskraft erst dann die Löschung der Vormerkung bewirken kann, ist es nicht zulässig, den Antrag auf Grundbuchberichtigung neben dem Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrags als weiteren Hauptantrag zu stellen (kumulativ), wie es hier der Kläger getan hat. Zulässig ist es in dieser Situation nur, die Anträge im Wege einer Eventualklagehäufung in der Weise zu verknüpfen, dass nur bei Erfolg der Feststellungsklage über den auf Grundbuchberichtigung gerichteten Antrag zu entscheiden ist.

**36 aa)** Eine eventuelle Antragstellung dieser Art hat der Senat bei Vorverträgen aus prozessökonomischen Gründen in Verbindung mit dem Rechtsgedanken des § 259 ZPO zugelassen. Die Partei, die ihre Rechte aus dem Vorvertrag geltend macht, soll nicht gezwungen sein, gegenüber der Seite, die die Bindung leugnet, nacheinander zwei Prozesse, nämlich auf Abschluss des Hauptvertrags (§ 894 ZPO) und auf dessen Vollzug zu führen (vgl. Senat, Urteil vom 18.04.1986, V ZR 32/85, NJW 1986, 2820, 2821; Urteil vom 21.12.2000, V ZR 254/99, WM 2001, 416, 417). Die auf den dinglichen Vollzug des erstrebten Hauptvertrags gerichteten Klageanträge stehen dann unter der innerprozessualen Rechtsbedingung, dass dem Antrag auf Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages stattgegeben wird.

**37 bb)** Diese Grundsätze gelten gleichermaßen für die Löschung der Auflassungsvormerkung im Wege der Grundbuchberichtigung gemäß § 894 BGB. Ist in einem Vorprozess eine Klage auf Bewilligung der Löschung einer Auflassungsvormerkung im Wege der Grundbuchberichtigung rechtskräftig abgewiesen worden, ist ein mit dem Klageantrag auf Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrags verbundener erneuter Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs hinsichtlich der Vormerkung nur dann zulässig, wenn

die Klageanträge dergestalt in ein Eventualverhältnis gestellt werden, dass der auf Grundbuchberichtigung gerichtete Antrag nur hilfsweise für den Fall gestellt wird, dass der Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrags Erfolg hat. Der auf die Bewilligung der Löschung der Auflassungsvormerkung gerichtete Klageantrag muss also unter die innerprozessuale Rechtsbedingung gestellt werden, dass die Feststellungsklage Erfolg hat. Es kann dem Kläger in einem solchen Fall nicht zugemutet werden, zwei Prozesse hintereinander zu führen. Dem Beklagten entstehen aus einer solchen sog. uneigentlichen Eventualklagehäufung keine Nachteile.

**38 d)** An einer solchen Eventualklagehäufung fehlt es hier zwar. Der Kläger hat die Klageanträge nebeneinander (kumulativ) und nicht in Abhängigkeit voneinander als Haupt- und Hilfsantrag gestellt. Das führt aber nicht dazu, dass seine Revision zurückzuweisen wäre. Im Ausgangspunkt müsste es dem Kläger nämlich gemäß § 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO durch gerichtlichen Hinweis ermöglicht werden, seine Anträge umzustellen; das könnte grundsätzlich auch in der Revisionsinstanz geschehen (vgl. Senat, Urteil vom 29.06.2007, V ZR 5/07, BGHZ 173, 71 Rdnr. 11 m. w. N.). Hier ist es aber deshalb anders, weil sich der Fehler bei der Antragstellung in der Revisionsinstanz prozessual überholt hat; denn beide Klageanträge sind Gegenstand der Entscheidung des Senats. Mit der Zurückweisung der Anschlussrevision durch den Senat ist rechtskräftig festgestellt, dass der Kaufvertrag vom 18.02.2014 nichtig ist. Weil damit feststeht, dass die Auflassungsvormerkung nicht entstanden ist, ist auch der Grundbuchberichtigungsanspruch gegeben.

**39 3.** Die Entscheidung des Berufungsgerichts über den Anspruch des Klägers auf Grundbuchberichtigung gemäß § 894 BGB erweist sich schließlich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Der Klage fehlt nicht das Rechtsschutzbedürfnis.

**40 a)** Allerdings wäre auch das Grundbuchamt im Rahmen des § 22 GBO an die rechtskräftige Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrags gebunden. Mit der Vorlage des rechtskräftigen Feststellungsurteils könnte der Kläger den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs hinsichtlich der Eintragung der Auflassungsvormerkung führen. Das Grundbuchamt könnte nicht das Bestehen des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs bejahen, wenn es sich damit in Widerspruch zu der Rechtskraftwirkung des im Zivilprozess erlassenen Urteils stellte (BayObLG, DNotZ 1996, 30, 31).

**41 b)** Die Möglichkeit, im Grundbuchverfahren nach § 22 GBO bzw. im Beschwerdeverfahren nach § 71 GBO eine Berichtigung ohne Bewilligung des Anspruchsgegners zu erreichen, und ein Anspruch aus § 894 BGB stehen jedoch selbstständig nebeneinander. Davon zu trennen ist die Frage, inwieweit in Fällen, in denen das kostengünstigere Grundbuchverfahren zweifelsfrei zum Erfolg führen würde, das Rechtsschutzbedürfnis für die Durchsetzung eines Anspruchs aus § 894 BGB im Klagewege entfallen kann (vgl. Senat, Urteil vom 10.02.2006, V ZR 110/05, NJW-RR 2006, 886 Rdnr. 7; Urteil vom 09.12.2022, V ZR 91/21, juris Rdnr. 12).

Hier kann ein Rechtsschutzbedürfnis des Klägers für den Antrag auf Grundbuchberichtigung gemäß § 894 BGB schon deshalb nicht verneint werden, weil dieser Antrag mit dem Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrags verbunden ist und es der Prozessökonomie entspricht, das Rechtsverhältnis insgesamt zu klären.

**42 I.** Die Sache ist hinsichtlich des mit der Revision verfolgten Grundbuchberichtigungsanspruchs entscheidungsreif (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Klage ist auch insoweit begründet.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessorin Dr. Tanja Feichtlbauer, München

Das vorstehende Urteil befasst sich mit der Frage, ob eine erneute Klage auf Abgabe der Bewilligung zur Löschung der Auflassungsvormerkung trotz entgegenstehender rechtskräftiger Entscheidung zulässig ist, wenn im Rahmen der Feststellungsklage die Nichtigkeit des Kaufvertrages festgestellt wird und so gleichzeitig das Nichtbestehen der Auflassungsvormerkung wegen ihrer Akzessorietät feststeht.

#### 1. Sachverhalt und Entscheidung

Der BGH hatte im Rahmen eines Schwarzkaufs über eine erneute Klage betreffend die Löschung einer Auflassungsvormerkung zu entscheiden, nachdem diese in einem Vorprozess bereits rechtskräftig abgewiesen wurde. Gleichzeitig wurde bei der erneuten Klage die Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrags geltend gemacht.

Der BGH kam zu dem Ergebnis, dass grundsätzlich das Urteil aus dem ersten Prozess der Zulässigkeit einer erneuten Klage auf Abgabe der Bewilligung zur Löschung der Auflassungsvormerkung entgegensteht, da es sich um denselben Streitgegenstand handelt. Gleichzeitig lägen durch das rechtskräftige Urteil zur Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrags aber neue Tatsachen vor, die dazu führen dass eine erneute Klage auf Abgabe der Bewilligung zur Löschung der Auflassungsvormerkung zulässig wäre. Grund hierfür sei die Akzessorietät der Auflassungsvormerkung und die sich aus der Nichtigkeit des Kaufvertrags ergebende zwingende Folge, dass die Vormerkung nicht besteht und das Grundbuch damit unrichtig ist. Wegen der Präjudizialität des Feststellungsurteils hinsichtlich des Kaufvertrags, ist das Gericht bezüglich des Nichtbestehens des Kaufvertrags an das Feststellungsurteil gebunden und darf diesbezüglich keine eigene Beweiswürdigung anstellen.

In der Folge führt der BGH aus, dass nach Rechtskraft des Feststellungsurteils auf Nichtigkeit des Kaufvertrags eine neue Klage auf Abgabe der Bewilligung nach § 894 BGB zulässig ist. Aus prozessökonomischen Gründen ist es dem Kläger allerdings nicht zuzumuten, die Rechtskraft des ersten Urteils abzuwarten und einen erneuten Prozess anzustrengen. Daher muss auch eine Klagehäufung im Wege der Eventualklage zulässig sein. Die Klage zur Abgabe der Bewilligung nach § 894 BGB ist dann un-

ter die innerprozessuale Bedingung des Obsiegens im Feststellungsantrag, bezogen auf die Nichtigkeit des Kaufvertrags, zu stellen. Eine einfache Klagehäufung führe dagegen zur Unzulässigkeit des Leistungsantrags nach § 894 BGB.

## 2. Einordnung der Entscheidung

Der Entscheidung des BGH ist rein dogmatisch größtenteils zuzustimmen, auch wenn diese in Teilen mit ihren praktischen Auswirkungen nicht unproblematisch ist. Anders als die Vorinstanzen erkennt der BGH, dass aus prozessökonomischen Gründen eine gemeinsame Entscheidung über die Feststellung der Nichtigkeit und die Abgabe der Bewilligung nach § 894 BGB zwingend ist.

Der Vergleich mit einer Partei, die Rechte aus einem Vertrag geltend macht und zunächst auf Abgabe der Willenserklärung § 894 ZPO und anschließend auf deren Vollzug klagt, ist gelungen.

Auch die Klarstellung des BGH ist zutreffend, dass es sich bei einem Rückzahlungsanspruch um einen anderen Streitgegenstand handelt als den der Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrags und zwar unabhängig davon, ob diese auf Rückzahlung eines schwarz gezahlten Kaufpreisteils oder auf Rückzahlung eines gewährten Darlehens zielt. Darüber hinaus kann eine Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises dem Feststellungsantrag auch schon deshalb nicht entgegen stehen, weil die Rechtswirkungen weitgehender sind als im Rahmen des Leistungsantrags. Nur die Feststellungsklage führt zur Präjudizialität des Urteils im Rahmen des Folgeprozesses, während sich die Rechtskraft und damit auch die Bindungswirkung beim Leistungsantrag lediglich auf das Bestehen eines Zahlungsanspruchs bezieht. Gleichzeitig unterscheidet sich der Antrag, so dass automatisch ein anderer Streitgegenstand vorliegt. Fehlen kann in diesem Fall allenfalls das Rechtsschutzbedürfnis.

Es ist daher rechtsdogmatisch nur folgerichtig, in einem ersten Schritt die Zulässigkeit einer erneuten Klage nach § 894 BGB aufgrund einer Änderung des zugrunde liegenden Sachverhalts im Hinblick auf den zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff (Antrag plus zugrunde liegender Lebenssachverhalt) zuzulassen. Durch die Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrags steht rechtskräftig fest, dass die streng akzessorische Auflassungsvormerkung nicht besteht und damit das Grundbuch unrichtig ist. Damit hat sich der in der ersten Entscheidung zugrunde gelegte Sachverhalt geändert.

Im zweiten Schritt ist es richtig, eine Klagehäufung im Wege der Eventualklage zuzulassen. Im Hinblick auf die Prozessökonomie macht es nur Sinn, die Klagebegehren gemeinsam zu verfolgen. Dies gilt auch, wenn sich eine getrennte klageweise Geltendmachung wegen der Präjudizialität des Feststellungsurteils jedenfalls auf das Ergebnis nicht auswirkt. Dass eine einfache Klagehäufung zur Unzulässigkeit des Leistungsantrags führt, ist wegen der entgegenstehenden Rechtskraft folgerichtig, zu diesem Zeitpunkt steht die Änderung des zugrunde liegen-

den Sachverhalts noch nicht fest. Rein praktisch wird sich dies wegen der richterlichen Hinweispflicht aus § 139 I 2 ZPO aber ohnehin kaum jemals auswirken.

Trotzdem ist diese Entscheidung im Hinblick auf die Reichweite und der Bedeutung der materiellen Rechtskraft erstaunlich. Dem Verkäufer, der im ersten Prozess auf Löschung der Auflassungsvormerkung den Sachverhalt nicht komplett offen legt und in der Folge verliert, wird über diesen Umweg eine „zweite Chance“ zur Geltendmachung desselben Anspruchs eingeräumt. Dieses Ergebnis steht in klarem Widerspruch zur Wertung des § 767 Abs. 2 ZPO, der eine Ausnahme vom Prinzip der materiellen Rechtskraft nur für solche Tatsachen erlaubt, die im ersten Prozess nicht geltend gemacht werden konnten. Tatsachen, die im ersten Prozess absichtlich zurückgehalten oder fahrlässig nicht geltend gemacht wurden, sind von dieser Ausnahme ausdrücklich nicht umfasst. Im Hinblick auf die fehlende Bindungswirkung bezogen auf die Urteilsgründe birgt dies ein erhebliches Missbrauchspotenzial. Dem kann sich der Käufer nur entziehen, indem er im Wege der Widerklage eine Feststellungsklage erhebt, dass der Kaufvertrag besteht. Dies stünde einer negativen Feststellungsklage und damit gleichzeitig einer erneuten Leistungsklage auf Löschung der Vormerkung entgegen.

Nicht unbedenklich ist auch, dass der BGH die Möglichkeit der Berichtigung nach § 22 GBO mithilfe des Feststellungsurteils ausdrücklich bejaht hat.

Die Berichtigung führt unter Umständen zu dem unbilligen Ergebnis, dass dem Käufer seine Einwendungen abgeschnitten werden. Im Rahmen des Leistungsurteils können die Einwendungen in einer der Zug-um-Zug-Verurteilung Berücksichtigung finden. Einwendungen sind allerdings nicht Bestandteil des Feststellungsurteils, welches sich allein mit dem Bestehen des Kaufvertrags befasst.

Darüber hinaus muss dem Bürger, der im Grundbuchverfahren durch Vorlage des rechtskräftigen Feststellungsurteils die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachweisen und eine Löschung der Auflassungsvormerkung ohne Bewilligung durch den Berechtigten erreichen kann, auch die Klage auf die Bewilligung nach § 894 BGB möglich sein. Dies gilt erst recht, als ihm die Verweisung auf § 71 GBO aus prozessökonomischen Gründen nicht zugemutet werden kann, wenn er bereits einen Gerichtsprozess auf Feststellung der Nichtigkeit anstrengt. Dann soll er gleichzeitig auch die Löschung der Auflassungsvormerkung erwirken können.

## 3. Folgerungen für die Praxis

Das Urteil zeigt, dass die Folge der Falschbeurkundung nach § 117 BGB, die Nichtigkeit des Kaufvertrags, auch in der Rückabwicklung zu Problemen führt. Neben der ungesicherten Vorleistung des Käufers wegen Nichtbestehens eines zu sichernden Anspruchs und damit Nichtentstehens der Vormerkung birgt die Falschbeurkundung auch für den Verkäufer Risiken, wie der oben geschilderte Fall zeigt.



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

In der Praxis hätte diesem Problem mit der „Schubladen-Löschung“ begegnet werden können, wenn im Rahmen der Vereinbarung zur Auflassungsvormerkung auch gleich Vollmacht zu deren Löschung zugunsten des Notars erteilt wird. Bei Zweifeln an der Vertragsdurchführung bzw. Kaufpreiszahlung oder Absicherung unsicherer Verkäufer bleibt die „Schubladen-Löschung“ damit das Mittel der Wahl. Dazu sei allerdings angemerkt, dass allein aus der Niedrigbeurkundung keine erhöhte Schutzwürdigkeit des Verkäufers folgt, die eine generelle Durchführung der „Schubladen-Löschung“ rechtfertigen würde. Der Verkäufer ist an dem „krummen Geschäft“ einvernehmlich und wegen der umfassenden Hinweise zu den Risiken der Niedrigbeurkundung in notariellen Verträgen auch in vollem Bewusstsein beteiligt

Dieses Urteil zeigt die Wichtigkeit des Hinweises auf die Folgen der Niedrigbeurkundung.

Wegen der großen Risiken für beide Parteien ist der Hinweis wichtiger Teil der notariellen Aufklärungspflicht und sollte keinesfalls ausgespart werden. Gleichzeitig zeigt diese Entscheidung, dass die „Schubladen-Löschung“ in der Praxis insbesondere lästige Rückabwicklungsstreitigkeiten vermeiden kann.

#### 4. Folge des Erlöschens einer Grunddienstbarkeit an dem versteigerten Grundstücksmiteigentumsanteil eines Wohnungseigentümers

OLG München, Beschluss vom 14.11.2023, 34 Wx 167/23e, mitgeteilt von **Benedikt Breinl**, Richter am OLG München

BGB §§ 1018, 1090 Abs. 1

GBO § 53 Abs. 1 Satz 2, § 71 Abs. 2

ZVG § 52 Abs. 2

#### LEITSÄTZE:

1. **Der Umfang des Ausschlusses von Handlungen durch eine Unterlassungsdienstbarkeit kann auch durch Bezeichnung der noch gestatteten Handlungen beschrieben werden.**
2. **Dass dem Eigentümer nur eine einzige Nutzungsmöglichkeit verbleibt, steht nicht per se der Zulässigkeit der Unterlassungsdienstbarkeit entgegen.**
3. **Die Bezeichnung „Seniorenwohnheim“ genügt im Rahmen der Eintragung der Dienstbarkeit dem Bestimmtheitsgrundsatz.**
4. **Erlischt die auf einem in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstück lastende Unterlassungsdienstbarkeit an mehreren Wohneigentumseinheiten, so führt dies nicht ohne Weiteres zur Unzulässigkeit der entsprechenden Eintragung bei den anderen Einheiten (Abgrenzung zu OLG Düsseldorf, NJOZ 2011, 11).**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Beteiligte zu 1 begehrt die Löschung von Dienstbarkeiten im Wohnungsgrundbuch.

2 Das betroffene Grundstück ist durch Erklärung gemäß § 8 WEG in Miteigentumsanteile, die jeweils mit dem Sondereigentum an einem Appartement verbunden sind, aufgeteilt. Bei Anlegung der Wohnungsgrundbuchblätter am 22.07.1983 erfolgte in Abteilung II unter Nr. 5 jeweils folgende Eintragung:

„Nutzungseinschränkung: Nutzung nur als Seniorenwohnheim, für die (...) [= Beteiligte zu 2]; gemäß Bewilligung vom 23.12.1982, URNr. (...)/Notar R in B.“

3 Die genannte Bewilligung lautet:

4 „Als Eigentümer des obigen Grundbesitzes bewilligen und beantragen wir, zugunsten der Landeshauptstadt M eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit des Inhalts einzutragen, dass sämtliche auf dem obigen Grundbesitz befindlichen Wohneinheiten nur zum Zwecke des Betriebes eines Senioren-Wohnheimes genutzt werden dürfen.“

5 Mittlerweile ist bei mehreren Einheiten nach Durchführung einer Zwangsversteigerung die Nutzungseinschränkung gelöscht, weil sie nach den Versteigerungsbedingungen nicht mehr bestehen bleiben sollte.

6 In der Folgezeit wurde die Beteiligte zu 1 als Eigentümer sämtlicher Einheiten eingetragen.

7 Mit Schreiben vom 28.03.2022 beantragte die Beteiligte zu 1 die Löschung der Nutzungseinschränkung an allen 171 noch mit dieser Dienstbarkeit belasteten Wohnungs- und Teileigentumseinheiten des Anwesens auf dem verfahrensgegenständlichen Grundstück wegen Unrichtigkeit gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO.

8 Das Grundbuchamt wies den Antrag mit Beschluss vom 09.03.2023 zurück.

9 Mit Anwaltsschriftsatz vom 29.06.2023 hat die Beteiligte zu 1 Beschwerde eingelegt mit dem Antrag, den Beschluss aufzuheben und das Grundbuchamt anzuweisen, die eingetragene Dienstbarkeit zu löschen. Es entspreche ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass Inhalt einer Dienstbarkeit nicht eine positive Leistungspflicht und auch nicht ein positives Tun des Eigentümers sein könne. Vorliegend werde indes vom Eigentümer aus der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung genau eine solche positive Leistungspflicht verlangt. Zudem werde der Eigentümer durch die gewählten Formulierungen sowohl in der Eintragungsbewilligung als auch im Eintragungsvermerk von der Nutzung des Grundstücks gänzlich ausgeschlossen im Sinne der ständigen Rechtsprechung und herrschenden Meinung, indem ihm durch die streitige beschränkte persönliche Dienstbarkeit alle Nutzungen bis auf eine untersagt würden. Sodann befänden sich der Eintragungsvermerk und die Eintragungsbewilligung in einem unauflösbaren Widerspruch. Der Eintragungsvermerk beinhalte eine Unterlassungsverpflichtung, die Eintragungsbewilligung hingegen statuiere eine positive Leistungspflicht.

Dies allein führe bereits dazu, dass die Beschränkung schon wegen eines nicht aufzulösenden Widerspruchs zu löschen sei. Darüber hinaus seien sowohl die Unterlassungsverpflichtung des Eintragungsvermerks als auch die in der Eintragungsbewilligung statuierte positive Leistungspflicht zu unbestimmt, woraus sich deren Unzulässigkeit ergebe. Was sei unter einem Seniorenwohnheim zu verstehen und welche Pflegestufen beinhalte dieses? Das seinerzeitige HeimG habe andere Begrifflichkeiten vorgesehen. Zur Unzulässigkeit der Dienstbarkeit aufgrund von Löschungen der Grunddienstbarkeit an diversen versteigerten Einheiten bringe das Grundbuchamt unvollständig und somit rechtsfehlerhaft die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zur Anwendung. Sowohl die Berechtigten als auch das Grundbuchamt würden sich maßgeblich auf eine Entscheidung des LG Göttingen berufen. Eine Vergleichbarkeit mit dem hier vorliegenden Sachverhalt sei nicht gegeben. So könne eine Wohnungseigentümergeinschaft, deren Eigentum mit einer Fremdenverkehrsdienstbarkeit belastet sei und wo einzelne Einheiten nachvollziehbar mal nur für reinen Fremdenverkehr aufgrund der noch eingetragenen Dienstbarkeit genutzt werden dürften und mal uneingeschränkt, weil nicht mehr mit der Dienstbarkeit belastet, nicht mit einer Senioreneinrichtung-Wohnungseigentümergeinschaft verglichen werden. Es liege auf der Hand, dass beispielsweise eine einzelne unbelastete Einheit, die mitten in einer Pflegestation liege, nicht einfach zu privaten Wohnzwecken genutzt werden könne oder auch dürfe. Dies funktioniere schon aus datenschutzrechtlichen Gründen oder aus den Persönlichkeitsrechten der zu pflegenden Personen nicht, letztendlich aber auch aus medizinischen Gründen nicht: Denn wie hätte eine solche unbelastete Einheit zu Corona-Zeiten vermietet werden können oder sollen, wenn sie sich in einer geschlossenen Pflegestation mit Senioren des Pflegegrads 4 oder 5 befänden? Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt des Schriftsatzes vom 29.06.2023 Bezug genommen.

**10** Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 19.10.2023 nicht abgeholfen. Es ist der Ansicht, eine Löschung von Amts wegen könne nur erfolgen, wenn eine inhaltliche Unzulässigkeit der Eintragung zweifelsfrei feststehe und sich die Unzulässigkeit aus der Grundbucheintragung und der dort in zulässiger Weise in Bezug genommenen Eintragungsgrundlage ergebe. Jedoch könne im vorliegenden Fall eben nicht zweifelsfrei festgestellt werden, dass das Recht seiner Natur nach nicht mehr an einzelner Sondereigentum bestehen könne. Entgegen der Beschwerdebeurteilung habe nicht nur die Beteiligte zu 2, sondern auch die Beteiligte zu 1, vertreten durch Rechtsanwalt R, in einem telefonischen Gespräch bestätigt, dass sich auf dem Grundstück eine vollstationäre Pflegeeinrichtung befinde und derzeit von Seniorinnen und Senioren bewohnt werde. Das Recht könne folglich nach wie vor tatsächlich an einzelnen Wohnungseigentumseinheiten ausgeübt werden. Auch werde durch die Eintragung die rechtliche Verfügungsfreiheit des Grundstückseigentümers nicht ausgeschlossen; der Inhalt der Dienstbarkeit richte sich vielmehr auf eine Beschränkung im tatsächlichen Gebrauch, den der Eigentümer gemäß § 903 BGB auf seinem Grundstück sonst

vornehmen dürfte. Ihm werde lediglich die Benutzung in einzelnen Beziehungen verwehrt; Verwertungsmöglichkeiten würden ihm verbleiben. Ferner beziehe sich der Inhalt des Rechts nur auf die Wohneigentumseinheiten des Objekts; die Teileigentumseinheiten seien nicht betroffen. Der jeweilige Eintragungsvermerk bei dem Recht weise nicht darauf hin, dass dieses an dem gesamten Grundstück laste. Sofern das gesamte Grundstück hätte belastet werden sollen, wäre dies in dem Eintragungsvermerk zu berücksichtigen gewesen. Ein entsprechender Vermerk wäre sodann auch im Rahmen der inzwischen erfolgten Zwangsversteigerung einzelner Wohnungseinheiten ersichtlich gewesen und nach § 52 Abs. 2 ZVG berücksichtigt worden. Der Eigentümer solle lediglich im tatsächlichen Gebrauch der Einheiten beschränkt werden. Eine positive Leistungspflicht sei nicht zu erkennen. Eine Amtslöschung komme auch nicht wegen Verstoßes gegen den sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz in Betracht. Dieser erfordere, dass der Umfang der Belastung aus der Eintragung selbst oder in Verbindung mit der Eintragungsbewilligung ohne Weiteres ersichtlich ist. Aus dem Eintragungswortlaut gehe unzweifelhaft eine höchstmögliche Belastung und Beschränkung des Eigentums hervor und auch in Verbindung mit der Eintragungsbewilligung könne ein objektiver Dritter erkennen, dass die Dienstbarkeit inhaltlich nur auf die Wohnungseinheiten des Objekts beschränkt sein solle.

**11** Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

**12** 1. Das Rechtsmittel ist zulässig. Insbesondere ist es als beschränkte Beschwerde gemäß § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO mit dem Ziel der Vornahme einer Löschung nach § 53 Abs. 1 GBO statthaft. Gemäß § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO ist die Beschwerde gegen eine Eintragung unzulässig. Zwar wendet sich die Beteiligte zu 1 mit ihrem Rechtsmittel formal nicht gegen eine Eintragung, sondern gegen den ihren Löschantrag zurückweisenden Beschluss vom 09.03.2023. Gleichwohl greift sie in der Sache die – nach ihrer Ansicht von Anfang an unzulässige – Eintragung der Dienstbarkeit an, womit vorliegend die Beschränkung nach § 71 Abs. 2 GBO zum Tragen kommt (vgl. BGH, FGPrax 2018, 49; Bauer/Schaub/Sellner, GBO, 5. Aufl., § 71 Rdnr. 68; Demharter, GBO, 33. Aufl., § 71 Rdnr. 30; Hügel/Kramer, GBO, 4. Aufl., § 71 Rdnr. 150; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 482).

**13** 2. In der Sache bleibt das Rechtsmittel ohne Erfolg.

**14** Erweist sich eine Eintragung nach ihrem Inhalt als unzulässig, so ist sie gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO von Amts wegen zu löschen. Inhaltlich unzulässig sind Eintragungen, wenn sie Rechte mit einem Inhalt oder in einer Ausgestaltung verlaublichen, wie sie aus Rechtsgründen nach dem sachlichen Regelungsgehalt der Eintragung nicht bestehen können (BGH, FGPrax 2015, 5, 6; Senat, FGPrax 2019, 203; Bauer/Schaub/Bauer, GBO, § 53 Rdnr. 66; Demharter, GBO, § 53 Rdnr. 42; Hügel/Holzer, GBO, § 53 Rdnr. 56). Hiervon ist im Hinblick auf die verfahrensgegenständliche Dienstbarkeit indes nicht auszugehen.

**15** a) Gemäß § 1090 Abs. 1 BGB kann ein Grundstück in der Weise belastet werden, dass derjenige, zu dessen Gunsten

die Belastung erfolgt, berechtigt ist, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen, oder dass ihm eine sonstige Befugnis zusteht, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann. Daher kann eine solche beschränkte persönliche Dienstbarkeit auch den Ausschluss der Ausübung eines Rechts nach § 1090 Abs. 1 2. Hs. i. V. m. § 1018 Var. 2 BGB zum Inhalt haben (MünchKomm-BGB/Mohr, 9. Aufl., § 1090 Rdnr. 13). Der Ausschluss muss einzelne Handlungen betreffen; soweit dies der Fall ist, kann er auch negativ durch Bezeichnung der gestatteten Handlungen erfolgen (BayObLGZ 1985, 285, 287; Bauer/Schaub/Bayer/Lieder, GBO, AT C Rdnr. 287; MünchKomm-BGB/Mohr, § 1090 Rdnr. 13; NachbarR-HdB/Grziwotz, 3. Aufl., Kap. 4 Rdnr. 245; Panz, BWNotZ 1984, 36, 37). Unzulässig ist es, den Grundstückseigentümer zu einem Tun zu verpflichten (BGH, NJW-RR 2003, 733, 735; Bauer/Schaub/Bayer/Lieder, GBO, AT C Rdnr. 332; MünchKomm-BGB/Mohr, § 1090 Rdnr. 15; Staudinger/Reymann, Neub. 2021, § 1090 Rdnr. 11; NachbarR-HdB/Grziwotz, Kap. 4 Rdnr. 244; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1133; Panz, BWNotZ 1984, 36, 37).

**16** Insoweit bestehen keine durchgreifenden Bedenken gegen die verfahrensgegenständliche Eintragung. Ihr zufolge ist eine Nutzung der betroffenen Wohneigentumseinheiten nur zum Zwecke des Betriebs eines Seniorenwohnheims gestattet; damit wurde von der Möglichkeit einer negativen Formulierung des Ausschlusses Gebrauch gemacht. Eine Verpflichtung zu einem solchen Betrieb beinhaltet dies – anders als in dem der Entscheidung des BayObLG, auf die sich die Beteiligte zu 1 beruft, zugrunde liegenden Fall (BayObLG, NJW-RR 2005, 1178) – gerade nicht. Ansonsten wäre in der zulässigerweise in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung nicht das Wort „dürfen“, sondern „müssen“ verwendet worden. Damit ist auch der Einwand der Widersprüchlichkeit, weil der Eintragungsvermerk eine Unterlassungsverpflichtung beinhaltet, die Eintragungsbewilligung hingegen eine positive Leistungspflicht statuiert, entkräftet. Ebenso wenig rechtfertigt es der mit der weitgehenden Beschränkung einhergehende mittelbare Druck, die Zulässigkeit der Dienstbarkeit gleichwohl so zu beurteilen, wie wenn gemäß deren Hauptinhalt die Beteiligte zu 1 rechtlich zu entsprechendem positivem Tun verpflichtet wäre. Zwischen der Dienstbarkeit, die dem Eigentümer die Wahl zwischen mehreren aus seiner Sicht sinnvollen Nutzungsmöglichkeiten belässt, und der Dienstbarkeit, die nur formell Unterlassungspflichten, materiell aber ein positives Tun zum Gegenstand hat und den Eigentümer faktisch zu einer bestimmten Handlungsweise zwingt, lässt sich keine für die Praxis brauchbare Grenze ziehen (BayObLGZ 1985, 285, 289; Staudinger/Weber, § 1018 Rdnr. 83). Auch dass der Beteiligten zu 1 letztlich nur eine einzige Nutzungsmöglichkeit verbleibt, steht nicht per se der Zulässigkeit der verfahrensgegenständlichen Unterlassungsdienstbarkeit entgegen (vgl. BGH, NJW 2013, 1963, 1965; BayObLGZ 1985, 285, 288; Bauer/Schaub/Bayer/Lieder, GBO, AT C Rdnr. 333; Staudinger/Weber, § 1018 Rdnr. 83; NachbarR-HdB/Grziwotz, Kap. 4 Rdnr. 244; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1134; Panz, BWNotZ 1984, 36, 37; a. A. MünchKomm-BGB/Mohr, § 1090 Rdnr. 16). Nach dem Gesetz reicht es

aus, dass dem Eigentümer eine sinnvolle Nutzung des Grundstücks überhaupt möglich bleibt.

**17 b)** Die einzelnen Handlungen, die der Grundstückseigentümer nicht vornehmen darf, müssen gemäß dem Bestimmtheitsgrundsatz genau bezeichnet sein (MünchKomm-BGB/Mohr, § 1018 Rdnr. 35; NachbarR-HdB/Grziwotz, Kap. 4 Rdnr. 245; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1131), wobei es – wie unter a) ausgeführt – genügt, wenn die verbleibende Nutzung beschrieben wird. Erforderlich ist, dass der Umfang der Belastung aus der Eintragung selbst oder in Verbindung mit der Eintragungsbewilligung ohne Weiteres ersichtlich ist. Der Rechtsinhalt muss aufgrund objektiver Umstände erkennbar und für einen Dritten verständlich sein, sodass dieser in der Lage ist, die hieraus folgende höchstmögliche Belastung des Grundstücks einzuschätzen und zumindest eine ungefähre Vorstellung davon zu gewinnen, welche Bedeutung die Dienstbarkeit für das Eigentum haben kann (BGH, FGPrax 2015, 5, 6; Senat, NJW-RR 2011, 1461; Demharter, GBO, Anh. zu § 13 Rdnr. 5; Staudinger/Weber, § 1018 Rdnr. 88). Die Existenz einer Legaldefinition und deren Verwendung sind nicht erforderlich.

**18** Auch insoweit bestehen keine durchgreifenden Bedenken gegen die Eintragung einer Nutzungseinschränkung auf den Betrieb eines Seniorenwohnheims (NachbarR-HdB/Grziwotz, Kap. 4 Rdnr. 247). Hierbei handelt es sich im Allgemeinen Sprachgebrauch um eine Einrichtung, die in ihrer baulichen Beschaffenheit und ihrem Dienstleistungsangebot auf die besonderen Wohnbedürfnisse älterer Menschen zugeschnitten ist. Warum in diesem Rahmen eine Festlegung auf bestimmte Pflegestufen oder deren Fehlen erforderlich sein sollte, erschließt sich nicht.

**19 c)** Erlischt die auf einem in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstück lastende Grunddienstbarkeit an dem versteigerten Grundstücksmiteigentumsanteil eines Wohnungseigentümers, weil sie nach den Versteigerungsbedingungen nicht bestehen bleiben soll, so hat – worauf die Beteiligte zu 1 zutreffend hinweist – die Löschung der Grunddienstbarkeit an der versteigerten Einheit grundsätzlich zur Folge, dass ihre Eintragung auch auf den nicht versteigerten Miteigentumsanteilen der anderen Wohnungseigentümer als inhaltlich unzulässig zu löschen ist (OLG Düsseldorf, NJOZ 2011, 11; Bauer/Schaub/Bauer, GBO, § 38 Rdnr. 50; MünchKomm-BGB/Mohr, § 1018 Rdnr. 21). Eine Ausnahme hiervon besteht allerdings dann, wenn sich die eingetragene Grunddienstbarkeit in ihrer Ausübung lediglich auf das Sondereigentum bezieht (OLG Düsseldorf, NJOZ 2011, 11, 12).

**20** Nach dieser Maßgabe führt hier die Löschung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit an mehreren Wohneigentumseinheiten nicht zur Unzulässigkeit der entsprechenden Eintragung auch an den anderen Einheiten. Inhalt der Dienstbarkeit in der oben zitierten Entscheidung des OLG Düsseldorf zugrunde liegenden Konstellation war ein Wege-Durchfahrtsrecht, das seiner Natur nach nicht nur am einzelnen Wohnungseigentum bestehen kann, sondern das gesamte Grundstück ergreift. Im Unterschied hierzu handelt es sich im vorliegenden Fall um eine reine Unterlassungsdienstbarkeit, die für jede Wohnungseigentums-

einheit gesondert bestellt wurde und dementsprechend ausgeübt werden kann (vgl. Bauer/Schaub/Bauer, GBO, § 53 Rdnr. 50). So führt auch etwa das Erlöschen einer zunächst auf allen Eigentumswohneinheiten eines Grundstücks lastenden beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, wonach das Grundeigentum ausschließlich für Zwecke des gewerblichen Fremdenverkehrs genutzt werden darf, bei einer Einheit nicht zum Erlöschen der Dienstbarkeit bei den anderen Einheiten (LG Göttingen, NJW-RR 1997, 1105). Der Beteiligten zu 1 ist durchaus zuzugeben, dass vorliegend die durch das Erlöschen der Dienstbarkeit an mehreren Einheiten entstandene Möglichkeit der Mischnutzung des Gebäudes ggf. zu organisatorischen Problemen im Heimbetrieb führen kann. Dies ändert aber nichts daran, dass es sich hier um eine reine Unterlassungsdienstbarkeit handelt, die wesensgemäß nicht zwingend mit dem Grundstück als solchem verbunden ist. Dementsprechend erfolgte ausweislich der Grundbuchblätter die Bestellung an jeder Wohnungseigentumseinheit, während sie an den jeweiligen Teileigentumseinheiten unterblieb.

(...)

## 5. Löschung eines Nacherbenvermerks bei einem minderjährigen Nacherben

OLG Bremen, Beschluss vom 06.09.2023, 3 W 14/23

*BGB § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1643 Abs. 1, § 1824 Abs. 1 Nr. 1, §§ 1850, 2113 Abs. 2*  
*GBO § 51*

### LEITSÄTZE:

1. **Beantragt der Kindesvater als befreiter Vorerbe die Löschung eines Nacherbenvermerks im Grundbuch, welcher dem Schutz seiner Kinder als minderjährigen Nacherben dient, kann auch die mit dem Vorerben verheiratete Kindesmutter als gesetzliche Vertreterin der Nacherben angehört werden.**
2. **Sollte die mitsorgeberechtigte Kindesmutter die tatsächlichen Angaben, die für eine nicht gegebene Unentgeltlichkeit der Verfügung des befreiten Vorerben schlüssig beigebracht werden, bestätigen oder nicht bestreiten, dann kann hierin ein „tatsächliches Zugeständnis“ der Entgeltlichkeit der Verfügung des Vorerben gesehen werden. In einem solchen Fall läge weder die Vertretung bei einem Rechtsgeschäft mit dem Ehegatten gemäß § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1824 Abs. 1 Nr. 1 BGB noch eine Zustimmung zur Verfügung über ein Grundstück gemäß § 1643 Abs. 1, § 1850 Nr. 1 BGB oder ein anderes genehmigungspflichtiges Rechtsgeschäft vor. In diesem Fall wäre zur Anhörung der minderjährigen Nacherben weder ein Ergänzungspfleger zu bestellen noch eine familiengerichtliche Genehmigung einzuholen.**

Diese Entscheidung ist abgedruckt in DNotZ 2024, 54.

## 6. Nachlassgerichtliche Genehmigung eines Grundstücksgeschäfts

OLG Brandenburg, Beschluss vom 27.03.2023, 3 W 17/23

*BGB § 1850 Nr. 1, § 1888 Abs. 1, § 1960*

### LEITSÄTZE:

1. **Die Entscheidung über die Erteilung oder Verweigerung einer nachlassgerichtlichen Genehmigung für ein Grundstücksgeschäft stellt eine Ermessensentscheidung dar. Das Interesse aller Erben im Zeitpunkt der Entscheidung ist als maßgebendes Kriterium zu beachten. Fällt die Sicherung und Verwaltung des Nachlasses in den Aufgabenbereich des Nachlasspflegers, so ist er insbesondere zur Erhaltung und Verwaltung des Nachlasses sowie zur Wahrnehmung der Interessen der festzustellenden Erben verpflichtet. Über die Zweckmäßigkeit der Maßnahmen entscheidet der Nachlasspfleger nach pflichtgemäßem Ermessen. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Im Anwendungsbereich des § 1960 BGB haben die Sicherung und der Erhalt des Nachlasses Vorrang vor seiner Vermehrung. Vorhandenes Grundeigentum als eine besonders wertbeständige Art des Vermögens soll möglichst erhalten bleiben. Die Versagung der nachlassgerichtlichen Genehmigung ist daher ermessensfehlerfrei, wenn keine besonderen sachlichen Gründe erkennbar sind, die den Verkauf der Immobilie rechtfertigen können. (Leitsatz der Schriftleitung)**
3. **Als besonderer sachlicher Grund für den Verkauf einer zum Nachlass gehörenden Immobilie ist anerkannt, dass liquide Mittel benötigt werden, um Verbindlichkeiten des Nachlasses decken zu können. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

71. Bei der Entscheidung über die Erteilung oder Verweigerung einer nachlassgerichtlichen Genehmigung für ein Grundstücksgeschäft nach § 1960 Abs. 2, § 1915 Abs. 1, § 1821 Nr. 1 BGB (in der bis zum 31.12.2022 geltenden Fassung; jetzt: § 1888 Abs. 1, § 1850 Nr. 1 BGB) handelt es sich um eine Ermessensentscheidung. Maßgebendes Kriterium ist dabei das Interesse aller Erben, wie es sich im Entscheidungszeitpunkt darstellt. Ist der Nachlasspfleger – wie hier – mit der Sicherung und Verwaltung des Nachlasses betraut, so gehört es insbesondere zu seinen Pflichten, den Nachlass zu erhalten und zu verwalten sowie die Vermögensinteressen der künftig festzustellenden Erben wahrzunehmen (vgl. OLG München, FamRZ 2014, 1813). Welche Maßnahmen insoweit zweckmäßig sind, entscheidet der Nachlasspfleger nach pflichtgemäßem Ermessen.

8 Wie der Regelungszusammenhang der Absätze 1 und 2 des § 1960 BGB allerdings zeigt, ist es Kernaufgabe eines Nachlasspflegers, mit den im gegebenen Fall angeordneten Wirkungskreisen die Vermögensinteressen der noch

festzustellenden Erben dadurch wahrzunehmen, dass er den Nachlass erhält; denn das Nachlassgericht hat im Anwendungsbereich des § 1960 BGB „für die Sicherung des Nachlasses zu sorgen“ und zur Erfüllung dieser staatlichen Fürsorgepflicht bedient es sich des Pflegers (vgl. BGH, NJW 1983, 226). Schon aus diesem Grund hat die Sicherung und der Erhalt des Nachlasses Vorrang vor seiner Vermehrung (vgl. OLG Düsseldorf, FGPrax 2019, 133; OLG Hamm, Beschluss vom 07.04.2017, 15 W 135/17, BeckRS 2017, 156986; Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft, Rdnr. 366). Da der Erhalt des Nachlasses im Vordergrund steht, scheidet ein Verkauf von Grundbesitz häufig aus. Zwar ist ein Grundstück nicht unbedingt zu halten, bis sämtliche Erben ermittelt sind, damit diese nach der Erteilung des Erbscheins selbst über die Verwertung entscheiden können. Allerdings ergibt sich aus der Wertung des § 1821 Abs. 1 Nr. 1, 4 BGB (jetzt: § 1850 Abs. 1, 5 BGB), dass nach Auffassung des Gesetzgebers vorhandenes Grundeigentum als eine besonders wertbeständige Art des Vermögens möglichst erhalten bleiben soll. Es bedarf daher besonderer sachlicher Gründe, um bei der erforderlichen Gesamtabwägung zu dem Ergebnis zu gelangen, dass das Rechtsgeschäft trotz des mit ihm verbundenen Verlustes von Grundvermögen im Interesse der Betroffenen liegt (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 06.12.2019, 21 W 142/19).

9 2. Ausgehend von diesen Grundsätzen war es ermesensfehlerfrei, die Genehmigung zu versagen. Denn besondere sachliche Gründe, die einen Verkauf der Immobilie rechtfertigten könnten, sind nicht gegeben. Daran ändert es nichts, dass es nach der insoweit nur eingeschränkt überprüfbaren Einschätzung des Nachlasspflegers möglicherweise zweckmäßiger wäre, die Immobilie zu dem in dem zur Genehmigung stehenden Kaufvertrag vereinbarten Kaufpreis zu veräußern.

10 a) Als besonderer sachlicher Grund für den Verkauf einer zum Nachlass gehörenden Immobilie ist anerkannt, dass liquide Mittel benötigt werden, um Verbindlichkeiten des Nachlasses decken zu können. Ein solcher Fall ist nicht gegeben. Denn der Nachlass verfügt über liquide Mittel i. H. v. 72.000 €. Insbesondere könnten die vom Nachlasspfleger nur pauschal angeführten, etwaig notwendig werdenden Verkehrssicherungsmaßnahmen – dass bereits aktuell Maßnahmen ergriffen werden müssen, wird vom Nachlasspfleger nicht geltend gemacht – ohne Weiteres aus dem liquiden Nachlassvermögen finanziert werden.

11 b) Dass aktuell eine Wertminderung droht, der durch einen raschen Verkauf entgegengewirkt werden kann, ist ebenfalls nicht erkennbar. Die bloße Möglichkeit, dass es zu illegalen Holzeinschlägen kommen könnte, reicht hierfür nicht aus. Dass laufende und unverhältnismäßige Kosten zur Erhaltung des Nachlassgegenstandes entstehen, führt der Nachlasspfleger nicht ins Feld. Insofern ist nicht nachvollziehbar, warum jede Verzögerung der nachlassgerichtlichen Genehmigung die Gefahr einer Minderung des Nachlasswertes mit sich bringen würde, wie der Nachlasspfleger meint. Zwar ist es zutreffend, dass der Verkaufspreis über dem Bodenrichtwert liegt. Dass Grundstücke über dem Bodenrichtwert verkauft werden, ist aber regelmäßig der Fall.

Dass ein solcher Preis bei einem späteren Verkauf durch die Erben nicht mehr zu erzielen sein wird, ist angesichts steigender Holzpreise ebenfalls nicht zu erwarten.

12 c) Aufgrund der genannten Gesichtspunkte fällt die erforderliche Gesamtabwägung nicht derart eindeutig aus, dass auch unter Berücksichtigung der Einschätzungsprivilegie des Nachlasspflegers mit Blick auf die Zweckmäßigkeit der Verkauf trotz des damit verbundenen Verlust des Grundvermögens als im Interesse der unbekannt Erben angesehen werden kann. Angesichts dessen hat es bis zu der Klärung der Erbfolge beim grundsätzlichen Erhalt des vorhandenen Grundvermögens zu verbleiben.

(...)

## 7. Zustimmungserfordernisse bei der Aufhebung eines Erbbaurechts

OLG München, Beschluss vom 09.03.2023, 34 Wx 20/23e

BGB § 876

GBO § 29

### LEITSÄTZE:

1. **Wird ein auf einem Grundstück lastendes Erbbaurecht aufgehoben, beurteilt sich die Frage, ob es der Zustimmung des Berechtigten eines auf dem Erbbaurecht lastenden Zweigrechts bedarf, nach § 876 Satz 1 BGB und nicht nach § 876 Satz 2 BGB.**
2. **Diese Zustimmung ist jedoch entbehrlich, wenn das ein grundstücksgleiches Recht belastende Nutzungsrecht bereits vor der Aufhebung inhalts- und ranggleich auch auf dem Grundstück selbst lastet oder bei Aufhebung des grundstücksgleichen Rechts das frühere Nutzungsrecht inhalts- und ranggleich auf dem Grundstück selbst bestellt wird.**
3. **Die Ranggleichheit ist anhand eines konkreten Vergleichs unter Berücksichtigung der im Falle einer Zwangsversteigerung vorhergehenden Rechte zu beurteilen.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Beteiligten begehren die Eintragung der Teilaufhebung eines Erbbaurechts.

2 Die Beteiligte zu 1 ist Eigentümerin eines – zunächst im Grundbuch von P Blatt (...) im Bestandsverzeichnis unter Nr. 1 geführten – Grundstücks, das zugunsten der Beteiligten zu 2 am 26.03.2009 mit einem Erbbaurecht belastet wurde. Im Erbbaugrundbuch ist in Abt. II eingetragen – jeweils seit dem 26.03.2009, unter Nr. 2 gemäß Bewilligung vom 24.10.2008 eine Grunddienstbarkeit (Wasserleitungsrecht) für den jeweiligen Eigentümer von BVNr. 1 Blatt (...) (Flst. XX 8), unter Nr. 3 ein Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle für den jeweiligen Eigentümer von BVNr. 1 in Blatt (...) (Flst. XX 8) und – seit dem 01.07.2018 unter Nr. 7 eine Real-

last (Heizwärmelieferungsrecht) für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Flst. (...) /6 (Blatt [...] BVNr. 3).

**3** Das belastete Grundstück wurde in Vollzug mehrerer Fortführungsnachweise zerlegt und bestand am 21.11.2017, vorgetragen unter der laufenden Nr. 2 des Bestandsverzeichnisses – aus den Flst. (...) /5, XX 8 und (...) /6. Unter dem 06.03.2018 wurde Flst. 658/6 von dem Grundstück abgeteilt und neu vorgetragen unter der laufenden Nr. 3 des Bestandsverzeichnisses. Am gleichen Tag wurde die pfandfreie Abschreibung des Flst. (...) /6 (BVNr. 3) nach § 1026 BGB sowohl im Grundbuch des belasteten Grundstücks wie auch im Erbbaugrundbuch eingetragen.

**4** Das Grundstück Flst. (...) /6 (BVNr. 3) wurde sodann unter dem 24.07.2018 nach § 8 WEG aufgeteilt und nach Blatt (...) 0 bis (...) 8 übertragen.

**5** Im Grundbuch des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks wurde am 19.03.2020 in Abt. II/22 gemäß Bewilligung vom 07.11.2018 ein Wasser- und Abwasserleitungs- nebst Schächterrecht für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Flst. (...) /6 eingetragen.

**6** In Vollzug eines weiteren Fortführungsnachweises wurde das bis dato unter der laufenden Nr. 2 des Bestandsverzeichnisses geführte Grundstück zerlegt in Flst. XX 8, (...) /7 und (...) /8 und neu vorgetragen unter Nr. 4 des Bestandsverzeichnisses.

**7** Unter dem 21.09.2021 beantragte der Urkundsnotar gemäß § 15 GBO die Teilaufhebung des Erbbaurechts an den Grundstücken Flst. XX 8 und (...) /8, da das Erbbaugrundstück geteilt worden sei und das Erbbaurecht künftig nur noch auf dem neu gebildeten Grundstück Flst. (...) /7 lasten solle. Der Ausübungsbereich sei unverändert das auf Flst. (...) /7 befindliche Heizkraftwerk.

**8** Mit Schreiben vom 07.05.2022 forderte das Grundbuchamt u. a. die Zustimmung der Berechtigten der auf dem Erbbaurecht in Abt. II/2, II/3 und II/7 lastenden Rechte.

**9** Mit Schreiben vom 17.05.2022 reichte der Urkundsnotar für die Eigentümer des Grundstücks Flst. (...) /6 als Berechtigte der in Abt. II/2, II/3 und II/7 des Erbbaugrundbuchs eingetragenen Rechte unter Hinweis auf den Beschluss des OLG Nürnberg vom 12.07.2021, 15 W 2283/21 eine Genehmigung des WEG-Verwalters ein.

**10** Mit Zwischenverfügung vom 28.10.2022 forderte das Grundbuchamt die Vorlage der Zustimmung von sämtlichen Eigentümern des Grundstücks Flst. (...) /6. Abgesehen davon, dass der sonst erforderliche, formgerechte Verwalternachweis nicht vorgelegt worden sei, sei – abweichend vom Beschluss des OLG Nürnberg – die Zustimmung aller Eigentümer des Grundstücks Flst. (...) /6 erforderlich, da der Verwalter zur Abgabe der Zustimmung zur Teilaufhebung des Erbbaurechts und Einschränkung des Vorkaufsrechts am Erbbaurecht nicht gemäß § 9b WEG ermächtigt sei. Gemäß § 9b Abs. 1 WEG werde die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer durch den Verwalter vertreten. Berechtigte der im Erbbaugrundbuch auf dem Erbbaurecht lastenden Rechte Abt. II/2, II/3 und II/7 seien jedoch die Bruchteilseigentümer des Flst. (...) /6, nicht die Wohnungs-

eigentümergeinschaft. Eine Vertretung der Bruchteilseigentümer regle § 9b WEG nicht. Die Zustimmung zur Teilaufhebung des Erbbaurechts und zur Einschränkung des Vorkaufsrechts am Erbbaurecht (zukünftig soll das Vorkaufsrecht am Erbbaurecht nur noch dem jeweiligen Eigentümer von Flst. [...] /7 zustehen) stelle eine Verfügung über diese Rechte dar, keine Verwaltungsmaßnahme. Es liege keine Ausübung sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergebender Rechte sowie solcher Rechte der Wohnungseigentümer vor, die eine einheitliche Rechtsverfolgung erforderten (§ 9a Abs. 2 WEG). Der Verwalter könne nicht gemäß § 9b Abs. 1 Satz 1 die Zustimmung für die Bruchteilseigentümer abgeben. Eine Öffnungsklausel sei in der Teilungserklärung nicht enthalten. Dass eine rechtsgeschäftliche Vollmacht zur Abgabe dieser Erklärungen erteilt worden wäre, werde nicht behauptet und sei nicht ersichtlich. Diese Auffassung des Grundbuchamts stehe in Einklang mit der Rechtsprechung des Senats (Beschluss vom 05.08.2022, 34 Wx 301/22).

**11** Gegen diese Entscheidung legte der Urkundsnotar mit Schreiben vom 15.11.2022 namens der Beteiligten Beschwerde ein. Er argumentiert, zur Teilaufhebung des Erbbaurechts sei die Zustimmung der Eigentümer von Flst. (...) /6 nicht erforderlich. Die Teilaufhebung des Erbbaurechts berühre nicht dessen eigentlichen Ausübungsbereich. Das Grundstück Flst. (...) /6 – dies ergebe sich aus dem Lageplan – vermöge im Hinblick auf seine Lage keinen rechtlichen Vorteil aus der Zufahrt und den Ver- und Entsorgungsleitungen zu ziehen, da es nicht angeschlossen sei. Eine Zustimmung zu wirtschaftlich nicht beeinträchtigenden Änderungen von Vereinbarungen nach § 2 ff. Erbbaurecht, 7. Aufl., § 5 Rdnr. 157). Dies gelte zunächst im Hinblick auf das verfahrensgegenständliche Vorkaufsrecht (Erbbaugrundbuch Abt. II/3). Ein Vorkaufsrecht berechtere nur zum Erwerb des Grundstücks in dem jeweils im Vorkaufsfall bestehenden Rechtszustand (MünchKomm-BGB/Kohler, 8. Aufl., § 876 Rdnr. 6). Das in Abt. II/2 eingetragene Wasserleitungsrecht gereiche deswegen nicht zum Vorteil, weil die Wasserversorgung des WEG-Grundstücks durch ein am Erbbaugrundstück in Abt. II/22 eingetragenes Wasser- und Abwasserleitungs- nebst Schächterrecht dinglich gesichert sei.

**12** Im Übrigen sei die Zustimmung der Eigentümer des Flst. (...) /6 – ihre Erforderlichkeit unterstellt – wirksam erteilt. Es gehe vorliegend um die Erteilung einer Zustimmung gemäß § 876 BGB. Eine solche Zustimmung könne nur einheitlich für die gesamte Eigentümergeinschaft erteilt oder verweigert werden (§ 9a Abs. 2 WEG). Für die Erteilung der Zustimmung sei daher – jedenfalls im Außenverhältnis – der Verwalter zuständig (§ 9b Abs. 1 Satz 1 WEG).

**13** Mit Beschluss vom 16.01.2023 hat das Grundbuchamt der Beschwerde nicht abgeholfen. Zur beabsichtigten Teilaufhebung des Erbbaurechts und Änderung des Vorkaufsrechts für den jeweiligen Eigentümer des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks (BVNr. 1 in Blatt [...]) sei auch die Zustimmung der Eigentümer des Grundstücks Flst. (...) /6 als Berechtigte der im Erbbaugrundbuch in Abt. II/2,

II/3 und II/7 eingetragenen Rechte erforderlich. Aus den Lageplänen sei ersichtlich, dass sich das Erbbaurecht auch auf Flächen erstrecke, die nicht in dem Kernbereich der Nutzungsflächen des Erbbaurechts enthalten sind. Es sei nicht nachgewiesen, dass in Bezug auf das Wasserleitungsrecht für das Grundstück Flst. (...) /6 kein rechtlicher Vorteil gegeben sei. Nach § 1025 BGB bestehe die Grunddienstbarkeit auch nach Teilung des Grundstücks für die Teile fort. Auch das Vorkaufsrecht bestehe nach Teilung des berechtigten Grundstücks an allen Teilen fort. Etwas anderes sei nicht vereinbart worden. Es liege zudem ein Fall des § 876 Satz 1 BGB vor. Auch müssten die Berechtigten der Reallast in Abt. II/7 der Teilaufhebung zustimmen. Es komme nicht darauf an, ob die abgesicherte Verpflichtung tatsächlich nur aus den Teilen erbracht wird, die außerhalb der abgetrennten Fläche liegen. Eine Zustimmung wäre nur dann entbehrlich, wenn die in der Urkunde vorgesehene Erstreckung der am Erbbaurecht eingetragenen Rechte auf das Grundstück ranggleich erfolgen könnte, was derzeit nicht der Fall sei.

**14** Die geforderte Zustimmung sei auch nicht durch die vorgelegte Zustimmung des Verwalters – zu der weiterhin der formgerechte Nachweis der Verwalterbestellung fehle – erbracht. Die Zustimmung müsse durch jeden einzelnen Wohnungseigentümer erteilt werden.

**15** Die zulässige Beschwerde ist nur zum Teil erfolgreich.

**16** 1. Die Beschwerde ist zulässig.

**17** a) Gemäß § 71 Abs. 1 GBO findet die unbeschränkte Beschwerde gegen die Entscheidungen des Grundbuchamtes statt. Zu diesen zählen auch Zwischenverfügungen (OLG Frankfurt a. M., FGPrax 2021, 197; Senat vom 11.04.2011, 34 Wx 160/11; OLG Hamm, FGPrax 2010, 177; Hügel/Kramer, GBO, 4. Aufl., § 71 Rdnr. 68; Bauer/Schaub/Budde, GBO, 4. Aufl., § 71 Rdnr. 6; BeckOK-GBO/Kramer, Stand: 01.06.2022, § 71 Rdnr. 68; Demharter, GBO, 32. Aufl., § 71 Rdnr. 1; Meikel/Schmidt-Räntsch, GBO, 11. Aufl., § 71 Rdnr. 18).

**18** b) Die Beschwerde konnte durch den Urkundsnotar erhoben werden. Nachdem er gemäß § 15 Abs. 2 GBO bereits für die Beteiligten die Eintragung beantragt hatte, gilt er auch als ermächtigt, gegen die darauf ergangene Zwischenverfügung für sie Beschwerde einzulegen (Bauer/Schaub/Wilke, GBO, § 15 Rdnr. 30; BeckOK-GBO/Kramer, § 71 Rdnr. 226; Demharter, GBO, § 71 Rdnr. 74; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 189).

**19** 2. Das Rechtsmittel ist in der Sache teilweise erfolgreich.

**20** a) Formelle Einwände gegen die Zwischenverfügung bestehen nicht. Zwar darf grundsätzlich eine solche nicht ergehen, soweit die Eintragungsbewilligung des unmittelbar Betroffenen nicht erklärt ist (BGH, FGPrax 2014, 192; BayObLGZ 1990, 6, 8; Demharter, GBO, § 18 Rdnr. 12; Meikel/Böttcher, GBO, § 18 Rdnr. 36). Es ist jedoch anerkannt, dass im Falle der Abgabe der Bewilligung durch einen Nichtberechtigten das Fehlen der Bewilligung des Berechtigten analog § 185 BGB durch dessen Genehmigung rückwirkend geheilt werden kann (BGH, FGPrax 2010, 223, 224; BayObLGZ 1970, 254, 256; BeckOK-GBO/Holzer, § 19

Rdnr. 79; Demharter, GBO, § 19 Rdnr. 72; Meikel/Böttcher, GBO, § 18 Rdnr. 91; im Ergebnis ebenso Bauer/Schaub/Wilke, GBO, § 18 Rdnr. 16). Angesichts dessen bestehen keine durchgreifenden Bedenken, den nach Auffassung des Grundbuchamts bestehenden Mangel in der Vertretungsmacht des Verwalters durch Genehmigung der Bruchteilseigentümer zu beheben (vgl. Senat, Beschluss vom 05.08.2022, 34 Wx 301/22; OLG Nürnberg, FGPrax 2021, 203; Wilsch, FGPrax 2021, 203, 204).

**21** b) Inhaltlich ist die Zwischenverfügung teilweise zu beanstanden. Mit Recht verlangt das Grundbuchamt zur Teilaufhebung des Erbbaurechts die Genehmigung sämtlicher in den betreffenden Wohnungseigentumsblättern eingetragenen Eigentümer von Flst. (...) /6 als Berechtigte des Vorkaufsrechts sowie des Heizwärmelieferungsrechts, als Berechtigte des Wasserleitungsrechts besteht jedoch keine Zustimmungsbedürftigkeit.

**22** Gemäß § 19 GBO erfolgt eine Eintragung, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird.

**23** Hier soll das Erbbaurecht, das derzeit noch auf dem Grundstück Bestandsverzeichnis Nr. 4 (bestehend aus den Flst. XX 8, [...] /7 und [...] /8) lastet, künftig nur noch auf dem neu zu bildenden Grundstück Flst. (...) /7 lasten.

**24** In Abt. II des Erbbaugrundbuchs ist unter laufender Nr. 2 allerdings seit dem 26.03.2009 ein Wasserleitungsrecht für den jeweiligen Eigentümer von BVNr. 1 in Blatt 7541 (Flst. XX 8) eingetragen, darüber hinaus unter der laufenden Nr. 3 ein Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle. Zudem wurde am 01.07.2018 unter der laufenden Nr. 7 eine Reallast (Heizwärmelieferungsrecht) für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Flst. (...) /6 (Blatt [...] BVNr. 3) eingetragen.

**25** aa) Da das Erbbaurecht als grundstücksgleiches Recht teilweise aufgehoben werden soll, das Recht aber mit dem Wasserleitungsrecht als sog. Zweigrecht belastet ist, bedarf es zur Teilaufhebung des Stammrechts grundsätzlich der Zustimmung der Eigentümer von Flst. (...) /6, § 11 Abs. 1 ErbbauRG, § 876 Satz 1 BGB.

**26** § 876 BGB unterscheidet zwischen unmittelbaren (Satz 1) und mittelbaren Grundstücksbelastungen (Satz 2). § 876 Satz 1 BGB gilt für unmittelbare Grundstücksbelastungen, die ihrerseits mit einem weiteren Recht (Zweigrecht) belastet sind. Da im konkreten Fall die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 876 Satz 1 BGB vorliegen, ist die Zustimmung des Inhabers des nachgelagerten Rechts erforderlich. Eine Ausnahme ähnlich § 876 Satz 2 2. Hs. BGB für Fälle einer fehlenden Berührung des nachgelagerten Rechts gibt es im Rahmen von Satz 1 nicht (BeckOKG-BGB/Enders, Stand: 01.10.2022, § 876 Rdnr. 23; MünchKommBGB/Lettmaier, 9. Aufl. 2023, § 876 Rdnr. 5).

**27** Diese Zustimmung ist jedoch entbehrlich, wenn das ein grundstücksgleiches Recht belastende Nutzungsrecht bereits vor der Aufhebung inhalts- und ranggleich auch auf dem Grundstück lastet oder bei Aufhebung des grundstücksgleichen Rechts das frühere Nutzungsrecht inhalts- und ranggleich auf dem Grundstück selbst bestellt wird (vgl. BayObLG, Rpfleger 1987, 156, 157; OLG Brandenburg, NotBZ

2013, 247; OLG Hamm, NotBZ 2013, 399; KG, JFG 14, 395, 397; Staudinger/C. Heinze, Neub. 2018, § 876 Rdnr. 15; Böhrringer, Rpfleger 2019, 557, 561; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1870; a. A. OLG München, Beschluss vom 12.11.1941, 8 Wx 334/41, JFG 23, 151). Nutzungsrechte (Dienstbarkeiten) nämlich gewähren, wenn sie am Grundstück bestehen, dieselben Nutzungsmöglichkeiten, wie hinsichtlich des Erbbaurechts. Die aufgrund des Erbbaurechts errichteten Bauwerke verleihen diesem Inhalt und Wert; sie gelten gemäß § 12 Abs. 1 ErbbauRG als wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts. Mit dessen Erlöschen werden sie gemäß § 12 Abs. 3 ErbbauRG, §§ 93, 94 BGB wesentlicher Bestandteil des Grundstücks. Daraus kann man ableiten, dass der Gegenstand der Nutzungsrechte derselbe bleibt, wenn diese Rechte zunächst am Erbbaurecht und (spätestens) ab Wegfall des Erbbaurechts mit nicht schlechterem Rang am Grundstück bestehen. Dieser Argumentation steht auch nicht der Beschluss des OLG München vom 12.11.1941 (8 Wx 334/41) entgegen, da dort die Auswirkungen der Aufhebung eines mit einer Gesamtgrundschuld belasteten Erbbaurechts inmitten standen und gerade die Bedeutung des Gesamtrechts für die Zwangsvollstreckung hervorgehoben wurde.

**28** Deshalb gilt für die zu entscheidende Konstellation:

**29** Die Wasserversorgung des Grundstücks Flst. (...)/6 ist seit 19.03.2020 durch ein am Erbbaugrundstück in Abt. II/22 eingetragenes Wasser- und Abwasserleitungs- und Schächterrecht gesichert.

**30** Das Recht ist – wie sich aus den notariellen Urkunden vom 24.10.2008 (Urk. R. Nr. 2[...]20..) und vom 07.11.2018 (URNr.: 1[...]20[...]) ergibt – nicht nur inhaltsgleich, sondern auch als ranggleich zu qualifizieren. Zwar ist das Recht „nur“ unter der laufenden Nummer 22 eingetragen, während das Wasserleitungsrecht im Erbbaugrundbuch unter der laufenden Nr. 2 eingetragen ist. Maßgeblich für die Beurteilung der Ranggleichheit kann allerdings nicht die laufende Nummer der Eintragung sein, sondern die Frage, ob das Recht in der Zwangsversteigerung gegenüber der bisherigen Eintragung schlechter steht.

**31** Dies ist dann der Fall, wenn aus einem vorgehenden Recht die Zwangsversteigerung betrieben werden könnte und das Nutzungsrecht nicht bestehen bliebe.

**32** Unter diesem Gesichtspunkt gewährte das Wasserleitungsrecht im Erbbaugrundbuch weniger Sicherheit, da ihm in Abt. II/1 der Erbbauzinsanspruch voranging, aus dem die Zwangsversteigerung hätte betrieben werden können. Da das im Rang nachfolgende Wasserleitungsrecht nicht im geringsten Gebot aufzunehmen gewesen wäre (§ 44 ZVG), wäre es durch den Zuschlag erloschen, § 91 Abs. 1 ZVG.

**33** Demgegenüber gehen dem im Grundbuch in Abt. II/22 eingetragenen Recht nur Nutzungsdienstbarkeiten voraus, bei denen eine Zwangsvollstreckung begründende Rückstände kaum denkbar sind. Aus den Rechten selbst kann die Zwangsversteigerung nicht betrieben werden. Ein Erlöschen des Wasser- und Abwasserleitungs- und Schächterrechts in der Zwangsversteigerung ist damit nicht möglich. Das auf dem Erbbaugrundstück selbst lastende Wasser-

und Abwasserleitungs- nebst Schächterrecht ist damit als „im gleichen Rang“ zu qualifizieren.

**34** Die Teilaufhebung des Erbbaurechts bedarf daher nicht der Zustimmung der Eigentümer von Flst. (...)/6 in ihrer Eigenschaft als Berechtigte des Wasserleitungsrechts. Die Zwischenverfügung des Grundbuchamts ist insoweit aufzuheben.

**35 bb)** Für die Einschränkung des Vorkaufsrechts ist die Bewilligung sämtlicher Miteigentümer des Grundstücks Flst. (...)/6 erforderlich.

**36** Nach der Teilung des herrschenden Grundstücks besteht das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht (§ 1094 Abs. 2, § 1097 BGB) weiter in der Form, dass das Vorkaufsrecht auch dem Eigentümer des jeweiligen Trenngrundstücks zusteht, und zwar so, dass es nur von allen Eigentümern der neuen Grundstücke im Ganzen ausgeübt werden kann (Senat, Beschluss vom 24.07.2009, 34 Wx 50/09; BayObLGZ 1973, 21, 23; OLG Celle, Beschluss vom 03.03.2010, 4 W 44/10; BeckOGK-BGB/Hertel, Stand: 15.04.2021, § 890 Rdnr. 105; Staudinger/Schermaier, § 1094 Rdnr. 17). Dies folgt aus § 1098 Abs. 1 Satz 1, § 472 Satz 1 BGB. Das dingliche Vorkaufsrecht ist unteilbar; eine Bruchteilsgemeinschaft zwischen mehreren Berechtigten ist ausgeschlossen (Senat, Beschluss vom 24.07.2009, 34 Wx 50/09; KG, JFG 6, 292; BayObLGZ 1958, 196, 202 f.; OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 1999, 17, 18). Zwischen den Berechtigten besteht ein „gesamthandartiges Verhältnis“. Dies gilt für gemeinschaftliche Vorkaufsrechte, die als solche begründet wurden, ebenso wie für Vorkaufsrechte, die erst aufgrund einer Teilung des herrschenden Grundstücks mehreren Berechtigten gemeinschaftlich zustehen. Die Lage entspricht der einer Grunddienstbarkeit bei der Teilung des herrschenden Grundstücks, ohne dass es in diesem Zusammenhang darauf ankäme, ob sich dort zwischen den Berechtigten eine Bruchteilsgemeinschaft oder eine andere Art der Gemeinschaft bildet (vgl. Staudinger/Mayer, § 1025 Rdnr. 5 und 6; Soergel/Stürner, BGB, 13. Aufl., § 1025 Rdnr. 1 und 2; KG, NJW 1975, 698). Die Teilung des herrschenden Grundstücks berührt den Umfang des bestellten Rechts und den Inhalt der Grundbucheintragung nicht (Senat, Beschluss vom 24.07.2009, 34 Wx 50/09; KG, NJW 1975, 697). Ob die Auffassung des Urkundsnotars, ein Vorkaufsrecht berechtige nur zum Erwerb des Grundstücks in dem jeweils im Verkaufsfall bestehenden Rechtszustand, zutrifft, kann deshalb dahinstehen, denn darum geht es im streitgegenständlichen Fall nicht.

**37** Zwar kann ein Mitberechtigter eines subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechts nicht wirksam auf seinen Anteil verzichten (Senat, Beschluss vom 24.07.2009, 34 Wx 50/09), dies folgt aus § 1098 Abs. 1 BGB i. V. m. § 472 Satz 2 BGB. Vorliegend geht es allerdings nicht um die Löschung eines ideellen Anteils, vielmehr soll das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht an abgetrennten Grundstücksteilen insgesamt erlöschen. Gegen eine derartige „Teillöschung“, der sämtliche Mitberechtigten des Rechts, zustimmen, bestehen die oben erwähnten Bedenken nicht (so auch BeckOGK-BGB/Hertel, Stand: 15.04.2021, § 890 Rdnr. 105).

**38** Da das Vorkaufsrecht für das aufgeteilte Grundstück bestellt worden ist, sind Inhaber des Vorkaufsrechts sämtliche Miteigentümer des nach § 8 WEG aufgeteilten Grundstücks, nicht die Wohnungseigentümergeinschaft. Damit ist die Löschungsbewilligung sämtlicher Miteigentümer des Grundstücks Flst. (...) /6 vorzulegen (so auch BeckOGK-BGB/*Falkner*, Stand: 01.06.2022, § 9a WEG Rdnr. 259).

**39** Die vorgelegte Zustimmung des Verwalters genügt nicht.

**40** Die Wohnungseigentümergeinschaft i. S. v. § 9a Abs. 1 Satz 1 WEG ist ein vollrechtsfähiger Verband, der eigene Rechte und Pflichten sowie unter Umständen eigenes Vermögen hat und nach § 9b Abs. 1 Satz 1 WEG durch den Verwalter vertreten wird. Gemäß § 9a Abs. 2 WEG übt die Wohnungseigentümergeinschaft die sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergebenden Rechte sowie solche Rechte der Wohnungseigentümer aus, die eine einheitliche Rechtsverfolgung erfordern, und nimmt die entsprechenden Pflichten der Wohnungseigentümer wahr. Von der Wohnungseigentümergeinschaft zu unterscheiden ist – auch nach der Neufassung des Wohnungseigentumsgesetzes – die Gemeinschaft der Bruchteilseigentümer i. S. v. § 1 Abs. 5 WEG, §§ 741 ff. BGB (Hügel/*Elzer*, WEG, 3. Aufl., § 9a Rdnr. 18; MünchKomm-BGB/*Burgmair*, 8. Aufl., § 9a WEG Rdnr. 4; *Wilsch*, FGPrax 2021, 203, 204). Aufgabe der Wohnungseigentümergeinschaft ist die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums nach § 18 Abs. 1 WEG (BeckOGK-BGB/*Falkner*, § 9a WEG Rdnr. 104; *Wobst*, ZWE 2022, 45). Dieses selbst verbleibt im Bruchteilseigentum der einzelnen Wohnungseigentümer (NK-BGB/*Heinemann*, 5. Aufl., § 9a WEG Rdnr. 5). Die Vertretungsmacht des Verwalters erstreckt sich nach dem eindeutigen Wortlaut des § 9b Abs. 1 Satz 1 WEG nur auf die Wohnungseigentümergeinschaft. Eine Vertretung der Gemeinschaft der Bruchteilseigentümer durch den Verwalter ist in der Neufassung des Wohnungseigentumsgesetzes nicht mehr vorgesehen (BeckOGK-BGB/*Greiner*, § 9b WEG Rdnr. 3; MünchKomm-BGB/*Burgmair*, § 9b WEG Rdnr. 1; NK-BGB/*Heinemann*, § 9b WEG Rdnr. 1; *Forschner*, Rpfleger 2022, 67 f.; *Meier*, MittBayNot 2022, 147, 148; *Wobst*, ZWE 2022, 45).

**41** Gegenstand der Belastung durch eine Grunddienstbarkeit, deren Inhalt das gemeinschaftliche Eigentum betrifft, ist das Grundstück als Ganzes. Die Aufhebung der Belastung stellt eine Verfügung über dieses i. S. v. § 747 BGB dar, keine Verwaltungsmaßnahme nach § 18 Abs. 1 WEG (*Forschner*, Rpfleger 2022, 67, 68). Die diesbezügliche Bewilligungsberechtigung i. S. v. § 19 GBO kommt daher allein den Wohnungseigentümern als Bruchteilseigentümer zu (Schöner/*Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 2948; *Koch*, RNotZ 2022, 71, 72; *Wobst*, ZWE 2022, 45), nicht dem Verwalter als Vertreter der Wohnungseigentümergeinschaft. Es liegt auch keine Ausübung sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergebender Rechte sowie solcher Rechte der Wohnungseigentümer vor, die eine einheitliche Rechtsverfolgung nach § 9a Abs. 2 WEG erfordern. Der Wohnungseigentümergeinschaft ist nur die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums zugewiesen, nicht aber die

Entscheidung über das sachenrechtliche Grundverhältnis. Gegenstand der Ausübungsbefugnis sind folglich nur die Rechte, die sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergeben, nicht aber die Verfügung über dieses (BeckOGK-BGB/*Falkner*, § 9a WEG Rdnr. 147; Hügel/*Elzer*, WEG, § 9a Rdnr. 107; *Koch*, RNotZ 2022, 71, 72; *Wobst*, ZWE 2022, 45).

**42** Somit ist der Verwalter nicht gemäß § 9b Abs. 1 Satz 1 WEG befugt, die begehrte Löschung des Vorkaufsrechts an dem verfahrensgegenständlichen Grundstück zu bewilligen. Es ist auch nicht ersichtlich, dass in der Teilungserklärung eine entsprechende Öffnungsklausel enthalten wäre oder durch Rechtsgeschäft die erforderliche Vollmacht erteilt worden wäre. Es hat deshalb dabei sein Bewenden, dass die Genehmigung sämtlicher Wohnungseigentümer vorzulegen ist.

**43 cc)** Da die Reallast in Abt. II/7 als Zweigrecht am Erbbaurecht lastet, ist aus den unter aa) genannten Gründen für die Teilaufhebung des Erbbaurechts gemäß § 11 Abs. 1 Erbbaurechtsgesetz, § 876 Satz 1 BGB die Zustimmung der Eigentümer von Flst. (...) /6 erforderlich. § 876 Satz 2 2. Hs. BGB ist auf die Aufhebung unmittelbar belasteter Rechte nicht anwendbar (NK-BGB/*Krause*, § 876 Rdnr. 10).

**44** Die in der Urkunde vorgesehene Erstreckung des Rechts auf das Grundstück würde die Zustimmung nur bei – derzeit nicht gegebener Ranggleichheit – entbehrlich machen.

**45** Als subjektiv-dingliches Recht steht die Reallast sämtlichen Eigentümern des Flst. (...) /6 zu, nicht der Wohnungseigentümergeinschaft. Die vorgelegte Zustimmung des Verwalters genügt aus den unter bb) angeführten Gründen nicht.

(...)

## 8. Zum Erlöschen der Auflassungsvormerkung bei bestandskräftiger Versagung der behördlichen Genehmigung des Grundstückskaufvertrags

OLG München, Beschluss vom 06.02.2023, 34 Wx 5/23e, mitgeteilt von **Benedikt Breinl**, Richter am OLG München

BGB §§ 883, 892 Abs. 1, § 894

GBO §§ 22, 75

GrdstVG § 2

### LEITSÄTZE:

- 1. Die Entscheidung über die Abhilfe oder Nichtabhilfe gemäß § 75 GBO hat stets in Form eines Beschlusses zu ergehen, der sämtlichen Beteiligten bekanntzugeben ist.**
- 2. Das Beschwerdegericht ist auch bei erheblichen Mängeln des Abhilfeverfahrens nicht grundsätzlich gehindert, in der Sache selbst zu entscheiden.**
- 3. Ein Grundstückskaufvertrag, der gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 GrdstVG der behördlichen Genehmigung be-**

darf, ist bis zu deren Erteilung schwebend unwirksam; wird die Genehmigung bestandskräftig versagt, ist das Rechtsgeschäft endgültig nichtig.

4. Eine Auflassungsvormerkung sichert nicht einen im Zusammenhang mit dem Grundstücksgeschäft entstandenen Verwendungersatzanspruch des Vormerkungsberechtigten.
5. Selbst wenn der Vormerkungsberechtigte dem Anspruch auf Erteilung der Löschungsbewilligung aus § 894 ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines solchen Verwendungersatzanspruchs entgegensetzen könnte, würde dies die Löschung der Vormerkung ohne seine Bewilligung aufgrund von Grundbuchunrichtigkeit gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO nicht hindern.
6. Das Antragsrecht als öffentlichrechtliche Position des Grundbuchverfahrens unterliegt nicht der Disposition der Parteien eines zivilrechtlichen Vertrags.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Der Beteiligte zu 1 begehrt die Löschung einer Auflassungsvormerkung.

2 Mit notariellem Vertrag vom 23.08.2018 verkaufte der Beteiligte zu 1 der Beteiligten zu 2 als Landwirtschafts- und Waldfläche ausgewiesenen Grundbesitz und erklärte die Auflassung. Zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums bewilligte der Beteiligte zu 1 die Eintragung einer Vormerkung, die am 25.09.2018 erfolgte. Mit bestandskräftigem Bescheid vom 25.10.2018 versagte das Landratsamt die Genehmigung nach § 2 GrdstVG.

3 Mit Anwaltsschriftsatz vom 13.07.2022 beantragte der Beteiligte zu 1 unter Vorlage einer unterschriebenen und gestempelten Bestätigung der Bestandskraft des Versagungsbescheids die Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 22 Abs. 1 GBO.

4 Die Beteiligte zu 2 beantragte mit Schreiben vom 26.07.2022, das Lösungsbegehren zurückzuweisen, weil der Unrichtigkeitsnachweis nicht erbracht sei. Da sich die Aussagen des Beteiligten zu 1 betreffend die Baureifmachung des Grundstücks als haltlos erwiesen hätten, die Beteiligte zu 2 aber einen hohen Geldbetrag aufgewendet habe, hätten die Parteien vereinbart, dass die Vormerkung bis zu einer Kompensierung der nutzlosen Aufwendungen oder einer neuen Grundstücksübertragung als Sicherheit für die Beteiligte zu 2 bestehen bleibe. Nach der Rechtsprechung des BGH zum sog. Aufladen einer Vormerkung könne eine erloschene Vormerkung zum einen zur Sicherung eines neuen, deckungsgleichen Anspruchs verwendet werden und zum anderen auf Ansprüche mit anderen Voraussetzungen erstreckt werden.

5 Das Grundbuchamt wies den Antrag auf Löschung der Vormerkung mit Beschluss vom 09.12.2022 zurück. Es qualifizierte die Aufwendungen der Beteiligten zu 2 als notwendige Verwendungen im Sinne von § 994 BGB, die auch durch die Vormerkung gesichert seien. Damit sei deren Zweck nicht entfallen bzw. dies nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen.

6 Hiergegen hat der Beteiligte zu 1 mit Anwaltsschriftsatz vom 23.12.2022 Beschwerde eingelegt. Die Entscheidung stehe im Widerspruch zum Beschluss des BayObLG vom 23.06.1959. Dort sei ausdrücklich ausgeführt, dass die Auflassungsvormerkung allein der Sicherung des Auflassungsanspruchs, nicht aber der Sicherung des schuldrechtlichen Zurückbehaltungsrechts verbunden sei. Dies sei auch der Stand in Literatur und Rechtsprechung, vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 1543 m. w. N.

7 Das Grundbuchamt hat mit Verfügung vom 30.12.2022 der Beschwerde unter Bezugnahme auf die Gründe des Zurückweisungsbeschlusses nicht abgeholfen und die Sache dem OLG vorgelegt. Dieses hat die Beteiligten über die Vorlage informiert und ihnen die Nichtabhilfeentscheidung sowie der Beteiligten zu 2 auch die Beschwerdeschrift jeweils in Kopie zugeleitet.

8 Die Beteiligte zu 2 hat mit Schreiben vom 23.01.2023 dahin gehend Stellung genommen, dass dem Beschluss des BayObLG vom 23.06.1959 ein Sachverhalt zugrunde liege, der mit dem vorliegenden nicht vergleichbar sei. Dies gelte auch für die in dem vom Beteiligten zu 1 zitierten Kommentar genannte Rechtsprechung. Maßgeblich bleibe, dass das Verfahren vor dem Grundbuchamt streng formalisiert sei und dieses keine materiellrechtlichen Erwägungen vornehmen könne. Mit der Vormerkung sollten mit dem ausdrücklichen Einverständnis des Beteiligten zu 1 weitere Ansprüche der Beteiligten zu 2 gesichert werden. Dass der Beteiligte zu 1 nunmehr absprachewidrig versuche, die Löschung ad hoc herbeizuführen, liege wohl darin begründet, dass bereits im Jahr 2021 Gläubigerbanken mit der Zwangsversteigerung gedroht hätten. Tatsächlich befinde sich das Objekt nun im Zwangsversteigerungsverfahren.

9 Die zulässige Beschwerde ist begründet.

10 1. Das Rechtsmittel ist zulässig. Insbesondere ist gegen einen Beschluss, mit dem – wie hier – der Antrag auf Behebung einer nachträglich eingetretenen Grundbuchunrichtigkeit zurückgewiesen wird, die unbeschränkte Beschwerde nach § 71 Abs. 1 GBO statthaft (BayObLGZ 1952, 157, 159; Bauer/Schaub/Budde, GBO, 4. Aufl., § 71 Rdnr. 58; Demharter, GBO, 32. Aufl., § 71 Rdnr. 29; Hügel/Kramer, GBO, 4. Aufl., § 71 Rdnr. 152 f.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 483).

11 2. Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg.

12 a) Der Senat sieht davon ab, die Vorlageverfügung aufzuheben und die Sache an das Grundbuchamt zurückzugeben, obwohl keine ordnungsgemäße Entscheidung über eine Abhilfe nach § 75 GBO getroffen wurde. Die Vorschrift ist nicht dahin zu verstehen, dass nur dann, wenn das Grundbuchamt die Beschwerde für begründet erachtet, eine förmliche Entscheidung zu ergehen hätte. Vielmehr muss, da es sich dabei um eine echte Sachentscheidung handelt, über die Abhilfe oder Nichtabhilfe stets in Form eines Beschlusses befunden werden (Senat, RNotZ 2010, 397; OLG Düsseldorf, FGPrax 2010, 274; Bauer/Schaub/Budde, GBO, § 75 Rdnr. 6; Demharter, GBO, § 75 Rdnr. 11; Hügel/Kramer, GBO, § 75 Rdnr. 20; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 500), der zur Wahrung des rechtlichen

Gehörs den Beteiligten bekanntzugeben ist (Senat, RNotZ 2010, 397; OLG Düsseldorf, FGPrax 2010, 274; Bauer/Schaub/*Budde*, GBO, § 75 Rdnr. 7; H*ügel/Kramer*, GBO, § 75 Rdnr. 23; Sch*öner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 500). Das Beschwerdegericht ist allerdings auch bei erheblichen Mängeln des Abhilfeverfahrens nicht grundsätzlich gehindert, in der Sache selbst zu entscheiden (Senat, FGPrax 2013, 155; Bauer/Schaub/*Budde*, GBO, § 75 Rdnr. 6). Die Bekanntgabe an die Beteiligten wurde durch den Senat nachgeholt und der diesbezügliche Fehler damit geheilt. Im Übrigen spricht im vorliegenden Fall der Grundsatz der Verfahrensökonomie dafür, von einer Rückgabe an das Grundbuchamt abzusehen. Daher kann auch offenbleiben, ob die extrem knappe Begründung der Nichtabhilfeentscheidung, die sich in einer Bezugnahme auf die Gründe des Zurückweisungsbeschlusses erschöpft und zumindest nicht explizit auf die Beschwerdebegründung eingeht, den diesbezüglich zu stellenden Anforderungen (Senat, RNotZ 2010, 397, 398; OLG Düsseldorf, FGPrax 2010, 274; Bauer/Schaub/*Budde*, GBO, § 75 Rdnr. 6; *Demharter*, GBO, § 75 Rdnr. 11; H*ügel/Kramer*, GBO, § 75 Rdnr. 20; Sch*öner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 500) genügt.

**13 b)** Die Beschwerde erweist sich als begründet, da der Beteiligte zu 1 den Unrichtigkeitsnachweis geführt hat und somit auf seinen Antrag hin die begehrte Grundbuchberichtigung zu erfolgen hat.

**14 aa)** Gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO bedarf es zur Berichtigung des Grundbuchs der Bewilligung nach § 19 GBO nicht, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen wird. Unrichtig ist das Grundbuch nach der Vorgabe des § 894 BGB dann, wenn sein Inhalt hinsichtlich eines Rechts an einem Grundstück, eines Rechts an einem solchen Recht oder einer Verfügungsbeschränkung der in § 892 Abs. 1 BGB bezeichneten Art mit der wahren, d. h. materiellen Rechtslage nicht übereinstimmt (Senat, FGPrax 2019, 60, 61; BayObLG, Rpfleger 1988, 254, 255; Bauer/Schaub/*Schäfer*, GBO, § 22 Rdnr. 38; *Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 4; H*ügel/Holzer*, GBO, § 22 Rdnr. 25; Sch*öner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 356).

**15** Von dieser Bestimmung ist auch die Eintragung einer Vormerkung erfasst (BGH, NJW 2012, 3162, 3163; BayObLGZ 1959, 223, 226; Grüneberg/*Herrler*, 82. Aufl., § 894 Rdnr. 2; H*ügel/Holzer*, GBO, § 22 Rdnr. 33). Die Vormerkung schützt, wie sich aus § 883 Abs. 1 BGB ergibt, den schuldrechtlichen Anspruch auf dingliche Rechtsänderung (Grüneberg/*Herrler*, § 883 Rdnr. 1; Sch*öner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1483). Sie ist akzessorisch; deshalb erlischt, wenn der gesicherte Anspruch erlischt, auch die Vormerkung und das Grundbuch wird unrichtig (BGH, NJW 2012, 3162, 3163; Senat, NJOZ 2012, 1493, 1494; Bauer/Schaub/*Schäfer*, GBO, § 22 Rdnr. 64; *Demharter*, GBO, Anh. zu § 44 Rdnr. 89; Grüneberg/*Herrler*, § 886 Rdnr. 4; Sch*öner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1543).

**16** Ein Grundstückskaufvertrag, der gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 GrdstVG der behördlichen Genehmigung bedarf, ist bis zu deren Erteilung schwebend unwirksam. Wird die Genehmigung bestandskräftig versagt, ist das Rechtsgeschäft endgültig nichtig (D*üsing/Martinez/Martinez*, Agrarrecht, 2. Aufl., § 2 GrdstVG Rdnr. 4).

**17 bb)** Nach Maßgabe des Vorstehenden ist vorliegend die Auflassungsvormerkung erloschen. Der Beteiligte zu 1 hat durch Vorlage des entsprechenden Bescheids und einer Bestätigung der zuständigen Behörde in der Form des § 29 Abs. 3 Satz 1 GBO nachgewiesen, dass die Genehmigung bestandskräftig versagt ist. Damit ist der Kaufvertrag nichtig und der Übereignungsanspruch der Beteiligten zu 2 sowie die zu dessen Sicherung eingetragene Vormerkung sind erloschen. Folglich ist das Grundbuch insoweit unrichtig geworden und gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO zu berichtigen.

**18** Ein eventueller Verwendungersatzanspruch der Beteiligten zu 2 – auf welcher Grundlage auch immer – stünde dem nicht entgegen. Die Vormerkung sichert den schuldrechtlichen Anspruch auf dingliche Rechtsänderung, und zwar ausschließlich diesen. Inwiefern hiervon auch ein Verwendungersatzanspruch des Vormerkungsberechtigten erfasst sein sollte, der wesensgemäß überhaupt nur bei Nichterfüllung des Auflassungsanspruchs in Betracht kommen könnte, erschließt sich nicht.

**19** Ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 oder § 1000 BGB im Hinblick auf einen solchen Verwendungersatzanspruch würde die begehrte Berichtigung ebenfalls nicht hindern. Es kann unter Umständen gegenüber dem Anspruch auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung aus § 894 BGB im streitigen Verfahren geltend gemacht werden, nicht aber wenn die Vormerkung im Grundbuchverfahren nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO ohne Bewilligung des Betroffenen gelöscht werden soll, weil der Wegfall des Auflassungsanspruchs gemäß § 29 GBO durch öffentliche Urkunden nachgewiesen ist (Bauer/Schaub/*Schäfer*, GBO, § 22 Rdnr. 224; Sch*öner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1543). Ansonsten müsste das Grundbuchamt vor Löschung der Vormerkung das Bestehen des Verwendungersatzanspruchs prüfen, was jedoch völlig außerhalb seines Aufgabenbereichs liegt (BayObLGZ 1959, 223, 227). Im Übrigen hätte selbst die Existenz eines Zurückbehaltungsrechts keinen Einfluss auf das Erlöschen der Vormerkung und die nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO zu behebende diesbezügliche Unrichtigkeit des Grundbuchs.

**20** Auch die grundsätzliche Möglichkeit einer sog. Wiederaufladung der Vormerkung ändert hieran nichts. Mindestvoraussetzung für eine solche Wiederaufladung ist, dass die Vormerkung durch nachträgliche Bewilligung für einen neuen Anspruch verwendet wird (BGHZ 193, 152). Dass dies hier der Fall wäre, ist jedoch nicht ersichtlich und wird insbesondere nicht einmal seitens der Beteiligten zu 2 behauptet. Diese trägt lediglich vor, man habe vereinbart, dass die Vormerkung bis zu einer Kompensierung der nutzlosen Aufwendungen oder einer neuen Grundstücksübertragung als Sicherheit für die Beteiligte zu 2 bestehen bleibe. Unabhängig davon, dass der Beteiligte zu 1 sogar dies bestreitet, beinhaltet das Vorbringen nicht, dass es überhaupt wieder einen zu sichernden Anspruch und eine neue Bewilligung gebe. Die Möglichkeit einer Wiederaufladung der Vormerkung besteht also nur abstrakt und kann im konkreten Fall ausgeschlossen werden.

**21** Auch im Übrigen würde die geschilderte angebliche Vereinbarung den Beteiligten zu 1 nicht hindern, den gemäß

§ 13 Abs. 1 Satz 1 GBO für die Grundbuchberichtigung nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO erforderlichen Antrag zu stellen. Denn das Antragsrecht als öffentlichrechtliche Position des Grundbuchverfahrens unterliegt nicht der Disposition der Parteien eines zivilrechtlichen Vertrags (Bauer/Schaub/*Bauer*, GBO, § 13 Rdnr. 66; *Demharter*, GBO, § 13 Rdnr. 57).

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. Maximilian Kübler-Wachendorff, Würzburg

### 1. Stellungnahme

Die Entscheidung behandelt mit der „Wiederaufladung“ einer Vormerkung einen Dauerbrenner in der notariellen Praxis. Denn die abstrakte Möglichkeit einer Wiederaufladung steht oft der Löschung einer Vormerkung ohne Bewilligung des Berechtigten durch den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO entgegen. Dass zur Begründung einer Wiederaufladung mitunter auch auf völlig ungeeignete Ansprüche zurückgegriffen wird, die die Vormerkung nunmehr sichern soll, zeigt der vorliegende Beschluss. Vollkommen zu Recht hat das OLG festgestellt, dass ein Anspruch auf Zahlung (im vorliegenden Fall ein möglicher Verwendungsersatzanspruch) niemals durch eine Vormerkung gesichert werden kann, weil nach § 883 Abs. 1 BGB nur Ansprüche auf dingliche Rechtsänderung den Vormerkungsschutz genießen können.<sup>1</sup>

Die vorliegende Entscheidung demonstriert dabei aber nicht nur, dass und wie sich Grundbuchämter immer wieder mit den Voraussetzungen der Wiederaufladung schwertun. Sie zeigt zugleich eine Möglichkeit auf, wie materiellrechtlich erloschene Vormerkungen unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 22 Abs. 1 GBO gelöscht werden können, ohne dass der dies beantragende Eigentümer jede Möglichkeit der Wiederaufladung durch Nachweise in der Form des § 29 GBO ausschließen muss. Vor diesem Hintergrund verdient die Entscheidung Zuspruch, da Vollzugsprobleme bei der Löschung einer erloschenen Vormerkung abgemildert werden können.

### 2. Wiederaufladung der Vormerkung

Um den Umfang der vom OLG eingeschlagenen Verfahrenserleichterung zu verstehen, sollen zunächst die Voraussetzungen der Wiederaufladung der Vormerkung dargestellt werden.

Bei der Wiederaufladung der Vormerkung geht es im Kern darum, dass die Eintragung einer alten, aufgrund ihrer strengen Akzessorietät erloschenen Vormerkung durch

eine neue (materiellrechtliche) Bewilligung<sup>2</sup> für die Bestellung einer neuen Vormerkung zur Sicherung eines neuen Anspruchs wiederverwendet werden kann.<sup>3</sup> Dieses Wiederverwenden der anfänglich unrichtigen oder unrichtig gewordenen Vormerkungseintragung kann jedoch nicht beliebig stattfinden. Zwingende Voraussetzung ist, dass die Eintragung, die materiellrechtliche Bewilligung und der zu sichernde Anspruch inhaltlich *kongruent* sind. Dies setzt Identität des Belastungsgegenstands, des Schuldners und des Gläubigers sowie als Anspruchsziel die gleiche Rechtsänderung voraus.<sup>4</sup> Kongruenz hinsichtlich des gesicherten Anspruchs besteht demnach, wenn dieser nach Gegenstand, Art und Umfang der Rechtsänderung mit der Eintragung bzw. der nach § 885 Abs. 2 BGB in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung übereinstimmt.<sup>5</sup> Auf den eigentlichen Schuldgrund kommt es grundsätzlich nicht an; er muss daher auch nicht im Grundbuch eingetragen werden.<sup>6</sup>

Gleichwohl führen detaillierte Angaben in der formellen Eintragungsbewilligung in Bezug auf den Schuldgrund dazu, dass alter und neuer Anspruch umso genauer übereinstimmen müssen.<sup>7</sup> Aus diesem Grund führt etwa die Angabe der Höchstpersönlichkeit oder einer Befristung des Anspruchs in der Eintragungsbewilligung, deren Inhalt durch zulässige Bezugnahme nach § 885 Abs. 2 BGB zum Inhalt der Eintragung wird, dazu, dass auch der neue zu sichernde Anspruch diese Voraussetzungen erfüllen muss.<sup>8</sup>

Liegt Kongruenz zwischen der Eintragung und dem neuen Anspruch vor, bedarf es für die Wiederverwendung der Vormerkung nur noch einer neuen (ebenfalls kongruenten) formlosen materiellrechtlichen Bewilligung im Sinne

- 2 Vgl.: BGH, Beschluss vom 03.05.2012, V ZB 258/11, NJW 2012, 2032, 2033; Urteil vom 26.11.1999, V ZR 432/98, NJW 2000, 805, 806; BeckOGK-BGB/*Assmann*, Stand: 01.02.2024, § 885 Rdnr. 110 ff.; MünchKomm-BGB/*Lettmaier*, 9. Aufl. 2023, § 885 Rdnr. 14 m. w. N.; a. A. Staudinger/*Kesseler*, Neub. 2020, § 885 Rdnr. 4: reine verfahrensrechtliche Bewilligung nach § 19 GBO.
- 3 BGH, Beschluss vom 03.05.2012, V ZB 258/11, NJW 2012, 2032, 2033; Urteil vom 26.11.1999, V ZR 432/98, NJW 2000, 805, 806; BeckOGK-BGB/*Assmann*, § 885 Rdnr. 110 ff.
- 4 BGH, Beschluss vom 03.05.2012, V ZB 258/11, NJW 2012, 2032, 2033; Urteil vom 26.11.1999, V ZR 432/98, NJW 2000, 805, 806; BeckOGK-BGB/*Assmann*, § 885 Rdnr. 110 ff.; Grünberg/*Herrler*, § 885 BGB Rdnr. 15; *Krauss*, notar 2012, 317, 320.
- 5 Vgl. hierzu: Grünberg/*Herrler*, § 885 BGB Rdnr. 15; MünchKomm-BGB/*Lettmaier*, § 885 Rdnr. 25; *Krauss*, notar 2012, 317, 320.
- 6 BGH, Beschluss vom 03.05.2012, V ZB 258/11, NJW 2012, 2032, 2033 f.; MünchKomm-BGB/*Lettmaier*, § 885 Rdnr. 26.
- 7 Staudinger/*Kesseler*, § 883 Rdnr. 443.
- 8 BGH, Beschluss vom 03.05.2012, V ZB 258/11, NJW 2012, 2032, 2033; MünchKomm-BGB/*Lettmaier*, § 885 Rdnr. 26; Staudinger/*Kesseler*, § 883 Rdnr. 443.

1 OLG München, Beschluss vom 06.02.2023, 34 Wx 5/23e; Grünberg/*Herrler*, 83. Aufl. 2024, § 883 Rdnr. 8.

von § 885 BGB.<sup>9</sup> Als Willenserklärung muss sie nur demjenigen, dessen Anspruch nunmehr durch die Vormerkung gesichert werden soll, zugehen (§ 130 Abs. 1 BGB), nicht jedoch dem Grundbuchamt. Die Wiederverwendung der Vormerkung vollzieht sich daher vollständig außerhalb des Grundbuchs; die neue Bewilligung muss weder zu den Grundakten genommen werden noch ist eine berichtigende Eintragung erforderlich, da der Schuldgrund nicht in der Eintragung anzugeben ist.<sup>10</sup> Die Tatsache, dass die eingetragene Vormerkung nunmehr den neuen Anspruch schützt, ist daher weder aus dem Grundbuch selbst noch aus den Grundakten erkennbar. Auch der Rang der Vormerkung ergibt sich nicht mehr aus dem Grundbuch: Maßgeblich ist hier nicht die Eintragung der Vormerkung, weil § 879 Abs. 2 BGB insoweit nicht gilt, sondern der Zeitpunkt, zu dem die neue Bewilligung wirksam geworden ist.<sup>11</sup>

Gerade diese Aspekte haben in der Literatur die meiste Kritik an der Rechtsprechung des BGH hervorgerufen.<sup>12</sup>

### 3. Lösungsverfahren nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO

Die Möglichkeit der Wiederaufladung der Vormerkung wirkt sich in der Praxis vor allem auf das Lösungsverfahren nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO aus.

Als akzessorisches Sicherungsmittel erlischt die Vormerkung zwar mit Erlöschen des gesicherten Anspruchs mit der Folge, dass das Grundbuch hinsichtlich der eingetragenen Vormerkung unrichtig im Sinne von § 894 Abs. 1 BGB ist.<sup>13</sup>

Gleichwohl reicht nach Ansicht vieler Grundbuchämter der Nachweis des Erlöschens des gesicherten Anspruchs in grundbuchtauglicher Form (§ 29 Abs. 1 GBO) regelmäßig nicht aus.

Denn an den Nachweis der Unrichtigkeit nach § 22 Abs. 1 GBO sind strenge Anforderungen zu stellen.<sup>14</sup> Der Antrag-

steller muss lückenlos alle Möglichkeiten ausräumen, die der Unrichtigkeit entgegenstehen könnte. Lediglich ganz entfernte, nur theoretische Möglichkeiten, dass die zu löschende Eintragung doch richtig sein könnte, brauchen nicht widerlegt zu werden.<sup>15</sup>

Nach bisherigem Verständnis bedeutet dies für die Löschung einer Vormerkung, dass nicht nur der Wegfall des zu sichernden Anspruchs in der Form des § 29 GBO nachzuweisen ist, sondern auch dass die eingetragene Vormerkung nicht für die Sicherung eines neuen Anspruchs wiederverwendet worden ist.<sup>16</sup> Dieser Nachweis einer negativen Tatsache ist kaum in der Form des § 29 Abs. 1 GBO zu führen.

### 4. Notwendiger Vortrag des Berechtigten

An dieser Stelle setzt nun das OLG München an, wenn es ausführt, dass die Möglichkeit einer Wiederaufladung der Vormerkung im konkreten Fall der Löschung doch nicht entgegenstehe. Nach Ansicht des Gerichts sei die mögliche Wiederaufladung im konkreten Fall nur abstrakt und könne ausgeschlossen werden, weil nicht einmal der Berechtigte der zu löschenden Vormerkung schlüssig vorgebracht habe, dass es eine neue materiellrechtliche Bewilligung und einen neuen zu sichernden Anspruch gebe.<sup>17</sup>

Aus dieser Aussage des OLG lässt sich schließen, dass es maßgeblich auf den Vortrag des Buchberechtigten ankommt. Im Lösungsverfahren nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO ist diesem durch das Grundbuchamt rechtliches Gehör zu gewähren.<sup>18</sup> Die Möglichkeit der Wiederaufladung schließt die Löschung aufgrund Unrichtigkeitsnachweis nur noch dann aus, wenn der Buchberechtigte Tatsachen vorträgt, die eine Wiederaufladung der Vormerkung möglich erscheinen lassen. Nachweisen muss er sie jedoch nicht. Schafft der Buchberechtigte jedoch nicht einmal diesen Vortrag, ist die Möglichkeit, dass eine Wiederaufladung der Vormerkung die Eintragung doch richtig macht, nur noch eine abstrakte, die im konkreten Fall ausgeschlossen werden kann.

Dieser Ansatz an die Anforderungen für den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs ist ausdrücklich zu begrüßen. Denn das OLG verteilt an dieser Stelle die Darlegungs- und Nachweislast im Lösungsverfahren nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO sachgerecht zwischen dem Eigentümer und dem Buchberechtigten. Zunächst muss der Grundstückseigentümer in der Form des § 29 GBO nachweisen, dass der ursprünglich gesicherte Anspruch un-

9 BGH, Beschluss vom 03.05.2012, V ZB 258/11, NJW 2012, 2032, 2033; MünchKommBGB/Lettmaier, § 885 Rdnr. 26; BeckOGK-BGB/Assmann, § 885 Rdnr. 110 ff.; Staudinger/Kesseler, § 883 Rdnr. 443.  
 10 Krauss, notar 2012, 317, 322.  
 11 Krauss, notar 2012, 317, 322; Staudinger/Kesseler, § 883 Rdnr. 445.  
 12 Vgl. nur BeckOGK-BGB/Assmann, § 885 Rdnr. 116; Böttcher, NotBZ 2008, 401, 403 ff.; Demharter, MittBayNot 2000, 106, 107; Krauss, notar 2012, 317, 322; Kesseler, NZI 2008, 327, 328; Staudinger/Kesseler, § 883 Rdnr. 447 m. w. N.  
 13 Vgl. BGH, Urteil vom 22.01.2009, IX ZR 66/07, DNotZ 2009, 434 Rdnr. 12; Urteil vom 15.12.1972, V ZR 76/71, NJW 1973, 323; OLG München, Beschluss vom 06.02.2023, 34 Wx 5/23e; Grüneberg/Herrler, § 883 Rdnr. 2; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 1539.  
 14 Vgl. nur: BayObLG, Beschluss vom 24.02.2003, 2 Z BR 137/02, BayObLGZ 2003, 26; Beschluss vom 07.06.1989, BReg. 2 Z 52/89, MittBayNot 1989, 312; Beschluss vom 16.04.1980, BReg. 2 Z 10/80, MittBayNot 1980, 111; Bauer/Schaub/Schäfer, GBO, 5. Aufl. 2023, § 22 Rdnr. 171; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1543, jew. m. w. N.

15 BayObLG, Beschluss vom 07.06.1989, BReg. 2 Z 52/89, MittBayNot 1989, 312; Bauer/Schaub/Schäfer, GBO, § 22 Rdnr. 171; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1543.  
 16 Bauer/Schaub/Schäfer, GBO, § 22 Rdnr. 223; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1543.  
 17 OLG München, Beschluss vom 06.02.2023, 34 Wx 5/23e.  
 18 Vgl. OLG München, Beschluss vom 17.12.2013, 34 Wx 454/12, FGPrax 2014, 51; BeckOK-GBO/Holzer, Stand: 01.03.2024, GBO § 22 Rdnr. 21; Bauer/Schaub/Schäfer, GBO, § 22 Rdnr. 263.

tergegangen ist. Erbringt er diesen Nachweis, muss der Buchberechtigte Tatsachen vortragen, die eine Wiederaufladung möglich erscheinen lassen. Gelingt ihm das, kommt die Löschung nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO nicht in Frage. Gelingt ihm das nicht, wird die Vormerkung gelöscht. Dies erinnert gewissermaßen an die Grundsätze der sekundären Beweislast im Zivilprozess.

Diese Verlagerung der Darlegungs- und Beweislast schützt im Ergebnis die beidseitigen Interessen, lässt aber zugleich die Möglichkeit der Löschung nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO für den Eigentümer offen. Dies ist auch sachgerecht, da ihm dann der zeitintensive und teure Weg über die Klage auf Zustimmung zur Löschung nach § 894 Abs. 1 BGB erspart bleibt, wenn der Buchberechtigte die Wiederaufladung nicht schlüssig behaupten kann.

Letztlich kann dieses Verständnis zumindest teilweise die in der Praxis aufgetretenen Nachteile abfedern, die die Rechtsprechung des BGH zur Wiederaufladung der Vormerkung hervorgerufen hat. Dies gilt sogar dann, wenn das Grundbuchamt, wie im vorliegenden Fall, fälschlicherweise davon ausgeht, dass nach dem Vortrag des Buchberechtigten die Voraussetzungen für die Wiederaufladung vorliegen. Denn in diesem Fall kann über die unbeschränkte Beschwerde nach § 71 Abs. 1 GBO das OLG Abhilfe schaffen.

## 5. Kein Zurückbehaltungsrecht bei Löschung nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO

Zuletzt hat das OLG auch einem möglichen Zurückbehaltungsrecht (§§ 273, 1000 BGB) des Vormerkungsberechtigten aufgrund möglicher Verwendungsersatzansprüche gegen den Verkäufer zutreffend eine Absage erteilt. Ein Zurückbehaltungsrecht kann zwar grundsätzlich dem Anspruch auf Zustimmung zur Löschung der Vormerkung aus § 894 BGB entgegengehalten werden.<sup>19</sup> Ist jedoch die Unrichtigkeit des Grundbuchs nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO in der Form des § 29 GBO nachgewiesen, ist das Grundbuch jedoch ohne Rücksicht auf etwa bestehende Zurückbehaltungsrechte zu berichtigen.<sup>20</sup> Die insoweit notwendige Prüfung der materiellen Rechtslage liegt nämlich außerhalb des Aufgabenbereichs des Grundbuchamtes.<sup>21</sup> Ein etwaiges Zurückbehaltungsrecht ändert auch nichts an der Unrichtigkeit der Buchlage, da es auf die Existenz der Vormerkung keine Auswirkung hat.<sup>22</sup> § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO räumt somit der Berichtigung

des Grundbuchs Vorrang vor dem möglichen Verlust von Zurückbehaltungsrechten des Buchberechtigten ein und nimmt den Verlust dieser Rechte gerade in Kauf.<sup>23</sup> Dies hat das OLG zutreffend in der Entscheidung dargestellt.

23 KG, Beschluss vom 29.08.1968, 1 W 2083/68, NJW 1969, 138.

## Bürgerliches Recht

### FAMILIENRECHT

#### 9. Zur rechtlichen Vorteilhaftigkeit der Miteigentümerstellung

OLG München, Beschluss vom 18.12.2023, 34 Wx 311/23e

BGB §§ 107, 748, 1629 Abs. 2, § 1809 Abs. 1, § 1824 Abs. 1 GBO § 20

WEG § 16 Abs. 2

#### LEITSATZ:

**Die Überlassung eines Grundstücks zu Miteigentum ist grundsätzlich als nicht lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne von § 107 BGB anzusehen.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Beteiligten zu 2 bis 4 begehren ihre Eintragung im Grundbuch als Bruchteilseigentümer von Grundbesitz.

2 Im Grundbuch ist der Beteiligte zu 1 als Eigentümer des verfahrensgegenständlichen Grundstücks, das u. a. mit einem Wohnhaus bebaut ist, eingetragen. Mit notariellem Vertrag vom 24.11.2022 überließ er dieses Grundstück unentgeltlich seinen Enkelinnen, den Beteiligten zu 2 bis 4, zu Miteigentum. Zugleich räumten die Erwerber dem Beteiligten zu 1 und dessen Ehefrau auf Lebenszeit ein unentgeltliches Wohnungs- und Mitbenutzungsrecht am Vertragsgegenstand ein; sämtliche Instandhaltungsaufwendungen sollte der Berechtigte tragen. In derselben Urkunde beantragten die Beteiligten zu 2 bis 4 ihre Eintragung im Grundbuch. Die minderjährigen Beteiligten zu 3 und 4 wurden von ihrer Mutter, der Tochter des Beteiligten zu 1, vertreten.

3 Mit Zwischenverfügung vom 12.12.2022 erklärte das Grundbuchamt neben anderen Beanstandungen unter Ziffer 6, hinsichtlich der Eigentumsübertragung an die minderjährigen Beteiligten zu 3 und 4 seien deren Eltern von der Vertretung ausgeschlossen. Die Ausnahme der Erfüllung einer Verbindlichkeit scheidet aus. Das Rechtsgeschäft sei auch nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, da die minderjährigen Erwerberinnen in die Bruchteilsgemeinschaft einträten und wegen der privatrechtlichen Verantwortlichkeit von Miteigentümern aus Gefährdungstatbeständen und Verkehrssicherungspflichten insoweit als Gesamtschuldner haften würden.

4 Mit Schreiben vom 13.11.2023 legte der Urkundsnotar Beschwerde gegen Ziffer 6 der Zwischenverfügung ein. Der

19 BeckOGK-BGB/Assmann, Stand: 15.04.2021, § 894 Rdnr. 80; MünchKomm-BGB/H. Schäfer, 9. Aufl. 2023, § 894 Rdnr. 35; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1530.

20 OLG München, Beschluss vom 06.02.2023, 34 Wx 5/23e; KG, Beschluss vom 29.08.1968, 1 W 2083/68, NJW 1969, 138; BayObLG, Beschluss vom 23.06.1959, BReg. 2 Z 88/58, 94/59, DNotZ 59, 543; Bauer/Schaub/Schäfer, GBO, § 22 Rdnr. 224; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1543.

21 OLG München, Beschluss vom 06.02.2023, 34 Wx 5/23e; BayObLG, Beschluss vom 23.06.1959, BReg. 2 Z 88/58, 94/59, DNotZ 59, 543.

22 OLG München, Beschluss vom 06.02.2023, 34 Wx 5/23e.

Erwerb eines Grundstücksbruchteils durch einen Minderjährigen erweise sich nach der obergerichtlichen Rechtsprechung und ihrer folgenden Kommentarliteratur als lediglich rechtlich vorteilhaft, auch wenn der Minderjährige in eine Bruchteilsgemeinschaft eintrete. Ob es wegen privatrechtlicher Gefährdungshaftungstatbestände und Verkehrssicherungspflichten zu einer Schadensersatzpflicht kommen werde, stelle zum Zeitpunkt des Eigentumserwerbs eine bloß theoretische Möglichkeit dar, über deren Eintritt oder Nichteintritt sich nur spekulieren lasse. Wollte man bereits deswegen den lediglich rechtlichen Vorteil im Sinne von § 107 BGB verneinen, so würde das genannte Kriterium zu eng gehandhabt.

**5** Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 20.11.2023 der Beschwerde nicht abgeholfen. Zur Begründung hat es auf einen Beschluss des KG vom 01.08.2023 verwiesen. Die Formulierung des OLG München in der Entscheidung vom 28.09.2021 deute durch den Konjunktiv eher auf eine Einzelfallentscheidung hin.

**6** Die zulässige Beschwerde ist begründet.

**7** 1. Beschwerdegegenstand ist lediglich Ziffer 6 der Zwischenverfügung. Denn die Begründung des Rechtsmittels beschränkt sich auf Ausführungen zur dort behandelten Frage der Genehmigungsbedürftigkeit nach § 107 BGB.

**8** 2. Die Beschwerde ist zulässig.

**9** a) Als Rechtsmittelführer sind, da vom im Rahmen der Ermächtigung nach § 15 Abs. 2 GBO tätigen Notar hierzu keine weiteren Erklärungen abgegeben wurden, die an der Errichtung der Urkunde Beteiligten anzusehen; denn diese haben entweder in der zum Vollzug eingereichten Urkunde Anträge gestellt oder hätten solche stellen können (BayObLGZ 1953, 183, 185; *Demharter*, GBO, 33. Aufl. 2023, § 15 Rdnr. 20; *Hügel/Reetz*, GBO, 4. Aufl. 2020, § 15 Rdnr. 63; *Meikel/Böttcher*, GBO, 12. Aufl., § 15 Rdnr. 38; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 189).

**10** b) Die Beschwerde ist gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthaft. Entscheidungen des Grundbuchamts im Sinne dieser Bestimmung sind auch Zwischenverfügungen nach § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO (OLG Frankfurt a. M., FGPrax 2021, 197; Senat, FGPrax 2011, 173; *Demharter*, GBO, § 71 Rdnr. 1; *Hügel/Kramer*, GBO, § 71 Rdnr. 68; *Meikel/Schmidt-Räntsch*, GBO, § 71 Rdnr. 35; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 473).

**11** 3. Die Beschwerde bleibt aber in der Sache ohne Erfolg, da das Grundbuchamt mit Recht die Vorlage der Genehmigung eines Ergänzungspflegers verlangt.

**12** a) Gemäß § 20 GBO darf im Falle der Auflassung eines Grundstücks die Eintragung nur erfolgen, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erklärt ist. Die Vorschrift findet auch auf eine Übertragung zu Miteigentum Anwendung (*Demharter*, GBO, § 20 Rdnr. 4; *Hügel/Hügel*, GBO, § 20 Rdnr. 12; *Meikel/Böttcher*, GBO, § 20 Rdnr. 29), wie sie hier vorliegt.

**13** b) Ein Minderjähriger bedarf gemäß § 107 BGB zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen

Vertreters. Ein auf den Erwerb einer Sache gerichtetes Rechtsgeschäft ist für den Minderjährigen dann nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, wenn er in dessen Folge mit Verpflichtungen belastet wird, für die er nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet. Ob diese weitergehenden Verpflichtungen von den Parteien des Rechtsgeschäfts angestrebt worden sind, ist unerheblich. Es genügt, wenn sie die gesetzliche Folge des angestrebten Rechtsgeschäfts sind (BGHZ 187, 119, 121). Ob das der Fall ist, bestimmt sich nicht nach einer Gesamtbetrachtung des dinglichen und des schuldrechtlichen Teils des Rechtsgeschäfts, sondern nach einer isolierten Betrachtung allein des dinglichen Erwerbsgeschäfts (BGHZ 161, 170; *BeckOGK-BGB/Duden*, Stand: 01.11.2023, § 107 Rdnr. 36; *Grüneberg/Ellenberger*, 82. Aufl., § 107 Rdnr. 6; *NK-BGB/Kunz/Baldus*, 11. Aufl., § 107 Rdnr. 26).

**14** aa) Die Frage, ob die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück im genannten Sinne nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist, kann nicht allgemein, sondern nur im Hinblick auf die Umstände des Einzelfalls beantwortet werden. Allein aus der Verpflichtung zur Tragung gewöhnlicher öffentlicher Lasten folgt nach allgemeiner Ansicht kein rechtlicher Nachteil (BGHZ 161, 170, 171; *BeckOGK-BGB/Duden*, § 107 Rdnr. 96; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3610g). Der Erwerb eines mit dem Sondereigentum an einer Wohnung verbundenen Miteigentumsanteils hingegen ist nie lediglich rechtlich vorteilhaft. Der BGH hat dies in seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 2010 damit begründet, dass der Erwerber als Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft nach § 16 Abs. 2 WEG nicht nur verpflichtet ist, sich entsprechend seinem Anteil an den Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums zu beteiligen; er hat vielmehr anteilig auch die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und eines gemeinschaftlichen Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums zu tragen (BGHZ 187, 119, 123 f.). Die Literatur ist dem gefolgt (*BeckOGK-BGB/Duden*, § 107 Rdnr. 107; *Grüneberg/Ellenberger*, § 107 Rdnr. 4; *NK-BGB/Kunz/Baldus*, § 107 Rdnr. 109; *MünchKomm-BGB/Spickhoff*, 9. Aufl., § 107 Rdnr. 81; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3610m).

**15** bb) Die Überlassung eines Grundstücks zu Miteigentum ist nach Auffassung des BayObLG nicht anders zu beurteilen als die Übereignung eines ganzen Grundstücks (BayObLGZ 1998, 139, 145). Die Literatur hat sich, soweit sie sich mit dem Problem befasst, dieser Sichtweise angeschlossen (*BeckOGK-BGB/Duden*, § 107 Rdnr. 95.1; *MünchKomm-BGB/Spickhoff*, § 107 Rdnr. 72; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3610l). Auch der Senat hat eine Tendenz in diese Richtung gezeigt, allerdings ohne sich insoweit festzulegen (Senat, NJW-RR 2022, 166, 167). Dagegen vertritt das KG in bislang unveröffentlichten Entscheidungen (KG, Beschlüsse vom 01.08.2023, 1 W 93/23, und vom 20.09.2022, 1 W 280/22) die Auffassung, beim Erwerb eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück verhalte es sich im Grundsatz nicht anders als beim Erwerb einer Eigentumswohnung. Er werde Mitglied einer Bruchteilsgemeinschaft gemäß §§ 741 ff., 1008 ff. BGB. Auch dies sei eine Sonderverbindung, aus der sich Pflichten und Haftungsfolgen ergäben.

16 cc) Der Senat schließt sich jedenfalls für die vorliegende Konstellation der Auffassung des KG an. Die obigen Erwägungen, die zur Annahme auch eines rechtlichen Nachteils beim Erwerb von Wohnungseigentum führen, gelten gleichermaßen für den Erwerb eines bloßen Miteigentumsanteils an einem Grundstück. Ähnlich wie ein Mitglied einer Wohnungseigentümergeinschaft nach § 16 Abs. 2 WEG ist auch der Bruchteilseigentümer gemäß § 748 BGB verpflichtet, die Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstands sowie die Kosten der Erhaltung, der Verwaltung und einer gemeinsamen Benutzung nach dem Verhältnis seines Anteils zu tragen (BeckOGK-WEG/*Falkner*, Stand: 01.05.2023, § 16 Rdnr. 20), und zwar ohne Beschränkung auf dessen Wert. Die Vergleichbarkeit wird jedenfalls in der hier gegebenen Konstellation dadurch unterstrichen, dass auch das verfahrensgegenständliche Grundstück bebaut ist und deshalb der Anfall von Kosten für Erhaltung, Verwaltung und gemeinsame Benutzung nicht nur theoretischer Natur ist. Ob ein Gebäude in Sondereigentum aufgeteilt ist oder sich in ungeteiltem Miteigentum der Anteilsinhaber befindet, ist hierfür nicht relevant. Vielmehr knüpfen die Verpflichtungen aus § 16 Abs. 2 WEG wie diejenigen aus § 748 BGB an das Bestehen einer Gemeinschaft an. An diesem Ergebnis ändert hier auch der Umstand nichts, dass nach dem Inhalt des Überlassungsvertrags die Instandhaltungsaufwendungen vom Beteiligten zu 1 zu tragen sind. Denn zum einen machen diese nur einen Teil der gesamten Kosten aus. Zum anderen ist die entsprechende Verpflichtung auf Lebenszeit der Berechtigten befristet. Ob sich ein rechtlicher Nachteil zudem aus dem Umstand ergibt, dass mit dem Erwerb eines Miteigentumsanteils am Grundstück diesbezügliche Verkehrssicherungspflichten und Gefährdungshaftungstatbestände einhergehen, erscheint zweifelhaft; es erschließt sich nicht ohne Weiteres, warum dieser Aspekt anders als beim Erwerb eines Grundstücks zu Alleineigentum, der dieselben haftungsrechtlichen Konsequenzen hat, von Relevanz sein soll. Letztlich kann dies aber dahinstehen, weil schon aus den oben genannten Gründen die Überlassung von Grundbesitz zu Miteigentum als nicht lediglich rechtlich vorteilhaft anzusehen ist.

17 c) Stellt sich die Grundstücksübertragung zu Miteigentum somit als auch rechtlich nachteilhaft dar, so ist im Falle der Beteiligten zu 3 und 4 gemäß § 107 BGB die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, also nach ihrem Vortrag ihrer Mutter erforderlich. Diese ist jedoch, da es sich beim Beteiligten zu 1 wiederum um deren Vater handelt, gemäß § 1629 Abs. 2 i. V. m. § 1824 Abs. 1 Nr. 1 BGB n. F. von der Vertretung ausgeschlossen. Es bedarf folglich der Genehmigung der Auflassung durch einen Ergänzungspfleger nach § 1809 Abs. 1 Satz 1 BGB n. F.

18 3. Eine Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens unterbleibt, weil die Beteiligten diese als Beschwerdeführer gemäß § 22 Abs. 1 GNotKG schon von Gesetzes wegen zu tragen haben.

19 4. Die Bemessung des nach § 61 Abs. 1, § 79 Abs. 1 GNotKG zu bestimmenden Geschäftswerts einer Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung des Grundbuchamts richtet sich nach den Schwierigkeiten, die die Behe-

bung des Eintragungshindernisses macht, das Gegenstand der Zwischenverfügung und damit des Rechtsmittelverfahrens ist (BGH, NJOZ 2014, 971; Senat, NJW-RR 2022, 166/167; *Demharter*, GBO, § 77 Rdnr. 45). Hier wäre das Eintragungshindernis durch die Vorlage einer formgerechten Genehmigung durch einen noch zu bestellenden Ergänzungspfleger zu beseitigen. Der für die Bemessung der Gebühr gemäß Nr. 1313 FamGKG maßgebliche Verkehrswert der auf die Beteiligten zu 3 und 4 entfallenden Anteile lässt sich den Grundakten jedoch nicht entnehmen. Daher ist der Auffangwert des § 36 Abs. 3 GNotKG anzusetzen.

20 5. Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GBO zuzulassen, weil die Sache grundsätzliche Bedeutung hat. Das ist dann der Fall, wenn eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage bisher durch den BGH noch nicht geklärt ist und ein Interesse der Allgemeinheit an der Klärung besteht, da sich diese Frage auch in einer Vielzahl weiterer Fälle stellen kann (Senat, NJOZ 2022, 492, 494; *Demharter*, GBO, § 78 Rdnr. 7; *Hügel/Kramer*, GBO, § 78 Rdnr. 3; *Meikel/Schmidt-Räntsch*, GBO, § 78 Rdnr. 21). Diese Voraussetzungen sind hier gegeben. Die Überlassung von Grundbesitz an Minderjährige, für die es vielfältige Gründe gibt (vgl. *Braeuer/Pätzold*, FamFR 2013, 433), ist in der Praxis von großer Relevanz. Dass die Erwerber dabei Miteigentum erlangen, erscheint nicht außergewöhnlich. Höchstrichterliche Rechtsprechung liegt insoweit nur für den Fall der Übertragung von Sondereigentum im Sinne von § 1 WEG vor.

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Johannes Fischer**, Weilheim i. OB

#### 1. Ausgangslage

a) Die Schenkung an Minderjährige erfordert vom Vertragsgestalter besondere Aufmerksamkeit. Erstens können nach § 1643 Abs. 1, §§ 1850 ff. BGB Genehmigungserfordernisse bestehen (die hier richtigerweise nicht einschlägig waren<sup>1</sup>). Zweitens ist ein Elternteil grundsätzlich bei Rechtsgeschäften zwischen ihm selbst bzw. seinem Ehegatten oder geradlinig Verwandten und dem Minderjährigen von der Vertretung ausgeschlossen, § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1824 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, § 181 BGB,<sup>2</sup>

- 1 Vgl. auch OLG München, Beschluss vom 12.06.2023, 34 Wx 120/23e, MittBayNot 2023, 599. Das KG, Beschluss vom 20.09.2022, 1 W 280/22, BeckRS 2022, 53826, vermischt hingegen die beiden Fragen (Genehmigungsbedürftigkeit und rechtliche Vorteilhaftigkeit) und hält zudem nach der früheren Rechtslage bei Erwerb von Miteigentum die familiengerichtliche Genehmigung (§ 1822 Nr. 10 BGB a. F. – Übernahme einer fremden Verbindlichkeit) für erforderlich, da der Minderjährige möglicherweise als Gesamtschuldner aus Gefährdungshaftungstatbeständen oder für die Verletzung von Verkehrssicherungspflichten hafte. Dies überzeugt nicht. Eine Haftung des Minderjährigen besteht in diesen Fällen nur, weil und soweit der Deliktstatbestand in seiner Person erfüllt ist. Hierauf wird im Folgenden nicht näher eingegangen.
- 2 Es ergeben sich inhaltlich keine Unterschiede zur Rechtslage bis 2022 (§ 1795 BGB a. F.), BT-Drucks. 19/24445, S. 259.

es sei denn der Vertrag ist für den Minderjährigen nicht rechtlich nachteilig (teleologische Reduktion<sup>3</sup>). Im Anschluss an eine Entscheidung des BGH aus 2021<sup>4</sup> ist nunmehr davon auszugehen, dass der Ausschlussgrund zunächst nur den Elternteil betrifft, in dessen Person er eintritt. Sind die Eltern nicht miteinander verheiratet, ist der andere Elternteil allein vertretungsbefugt.<sup>5</sup> Sind sämtliche gesetzlichen Vertreter ausgeschlossen, ist für den minderjährigen Erwerber ein Ergänzungspfleger zu bestellen, § 1809 BGB. Die Beteiligten haben regelmäßig das Interesse, den hierdurch entstehenden Aufwand, die Verzögerung sowie die zusätzlichen Kosten<sup>6</sup> zu vermeiden. Der Rechtsgestalter konnte dem bei der Übertragung eines Miteigentumsanteils an Grundbesitz bisher häufig durch entsprechende Vertragsgestaltung<sup>7</sup> entgegenkommen.

b) Ist der Minderjährige bei der Auflassung nicht wirksam vertreten, führt dies zur schwebenden Unwirksamkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts, § 177 BGB. Der Eigentumsübergang ist mangels Nachweises der dinglichen Einigung nicht einzutragen, § 20 GBO. Erfolgt die Eintragung dennoch, ist das Grundbuch unrichtig. Möglich bleibt die nachträgliche Bestellung eines Ergänzungspflegers,<sup>8</sup> der das Geschäft mit Rückwirkung genehmigt, §§ 182, 184 BGB.<sup>9</sup> Die Genehmigungsurkunde ist dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO vorzulegen.<sup>10</sup>

c) Die vorstehende Entscheidung überrascht<sup>11</sup> – und schafft damit erhebliche Rechtsunsicherheit.<sup>12</sup> Praxis und Literatur hatten, soweit die Frage überhaupt thematisiert wurde, im Anschluss an das BayObLG die ledigliche Vorteilhaftigkeit des Erwerbs von Miteigentum (an einem un-

vermieteten und nicht nach WEG aufgeteilten Grundstück) bejaht.<sup>13</sup> Erst 2021 entschied das OLG München, dass der vertragliche Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft rechtlich nachteilig sei<sup>14</sup> – ohne den Erwerb von Miteigentum an sich zu problematisieren. Der BGH formulierte jüngst, dass der Erwerb nur eines Miteigentumsanteils einer anderweitig begründeten Nachteiligkeit nicht entgegenstehe.<sup>15</sup>

## 2. Gemeinsamkeiten und Unterschiede zum Erwerb von Wohnungseigentum

a) Die knappe Begründung des vorstehenden Beschlusses, der sich auf zwei Entscheidungen des KG stützt, stellt maßgeblich auf die Vergleichbarkeit des Erwerbs von Bruchteilseigentum an einem Grundstück mit dem vom BGH nie als lediglich vorteilhaft angesehenen Erwerb von Wohnungseigentum ab.<sup>16</sup> Dort führen nach dem BGH zwei Aspekte zur rechtlichen Nachteiligkeit der Auflassung:<sup>17</sup>

– Der Minderjährige wird Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft, wodurch ihn persönliche Verpflichtungen treffen, die ihrem Umfang nach nicht begrenzt und nicht wirtschaftlich unbedeutend sind.

– Der Minderjährige haftet in Folge des Erwerbs den Gläubigern der Wohnungseigentümergeinschaft für Verbindlichkeiten,<sup>18</sup> die während seiner Zugehörigkeit zur Gemeinschaft entstehen oder fällig werden, persönlich und unbeschränkt, § 9a Abs. 4 WEG.<sup>19</sup>

3 Vgl. BGH, Urteil vom 25.04.1985, IX ZR 141/84, NJW 1985, 2407, 2408.

4 Zur Vertretung des Kindes im Vaterschaftsanfechtungsverfahren: BGH, Beschluss vom 24.03.2021, XII ZB 364/19, NJW 2021, 1875; anders noch Urteil vom 14.06.1972, IV ZR 53/71, NJW 1972, 1708.

5 Dasselbe gilt bei Schenkungen durch Verwandte des ausgeschlossenen Elternteils. Der mit dem schenkenden Elternteil verheiratete Elternteil ist hingegen nach § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1824 Abs. 1 Nr. 1 BGB ausgeschlossen. Vgl. OLG Köln, Beschluss vom 16.09.2022, 2 Wx 171/22, NJW 2022, 3514; MünchKomm-BGB/Huber, 9. Aufl. 2024, § 1629 Rdnr. 44; DNotI-Gutachten, Nr. 196003, Nr. 196032.

6 Vgl. auch OLG München, Beschluss vom 15.01.2016, 2 WF 1778/15, MittBayNot 2018, 159.

7 Im Überblick: DNotI-Gutachten, Nr. 136640, Nr. 196032.

8 Der inzwischen Volljährige kann nach § 108 Abs. 3 BGB selbst genehmigen.

9 Vgl. BGH, Urteil vom 08.10.1975, VIII ZR 115/74, NJW 1976, 104.

10 Everts, ZEV 2004, 231, 233.

11 Das DNotI-Gutachten, Nr. 196032 etwa geht selbstverständlich von Vorteilhaftigkeit aus.

12 Hertel in Herrler/Hertel/Kessler Aktuelles Immobilienrecht 2023/2024, S.115 f. (zitiert nach DAI-Skript). In der Konsequenz hätte in zahlreichen Altfällen kein wirksamer Eigentumserwerb stattgefunden.

13 BayObLG, Beschluss vom 29.05.1998, 2 Z BR 85/98, BayObLGZ 1998, 139, 144; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 3610 I; MünchKomm-BGB/Spickoff, 9. Aufl. 2021, § 107 Rdnr. 72; zweifelnd Grüneberg/Götz, § 1824 Rdnr. 8 (wegen §§ 745, 748 BGB).

14 OLG München, Beschluss vom 27.09.2021, 34 Wx 253/21, MittBayNot 2022, 344, 346; ebenso OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 02.04.2012, 20 W 57/11, NJOZ 2012, 1490; OLG Köln, Beschluss vom 11.06.2003, 2 Wx 18/03, NJOZ 2003, 3046; anders Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3610 I.

15 BGH, Beschluss vom 28.04.2022, V ZB 4/21, MittBayNot 2022, 443.

16 Aus den Verkehrssicherungspflichten und Gefährdungshaftungstatbeständen ergibt sich, wie das OLG zutr. andeutet (anders aber KG, Beschluss vom 20.09.2022, 1 W 280/22, BeckRS 2022, 53862, Rdnr. 6), kein rechtlicher Nachteil.

17 BGH, Beschluss vom 30.09.2010, V ZB 206/10, NJW 2010, 3643, 3644; anders noch Beschluss vom 09.07.1980, V ZB 16/79, NJW 1981, 109: Nachteiligkeit jedenfalls bei nachteiliger Modifikation des Gemeinschaftsverhältnisses.

18 Einschließlich gesetzlicher, insbesondere deliktischer Ansprüche, BT-Drucks. 16/887, S. 66.

19 Er kann sich nicht auf die gegenüber der Gemeinschaft zustehenden Einwendungen berufen, BT-Drucks. 16/887, S. 65. Die Vertretungsmacht des Verwalters ist bei der Begründung von Verbindlichkeiten (ausgenommen sind Grundstückskäufe und Darlehensverträge) unbeschränkt und unbeschränkbar, § 9b Abs. 1 Satz 1, 3 WEG. Mit dem Vergleich zum Haftungsregime der Handelsgesellschaften: OLG München, Beschluss vom 06.03.2008, 34 Wx 14/08, ZEV 2008, 246, 247; Schaub, ZEV 2011, 42, 43.

b) Unklar ist, ob der erste Aspekt allein zur Nachteiligkeit führen würde oder ob erst die unmittelbare Außenhaftung den Erwerb über diese Schwelle hebt<sup>20</sup> („hinzu kommt“). Jedenfalls ist die Außenhaftung ein für die Nachteiligkeit zentraler (vom OLG München aber nicht erwähnter) Gesichtspunkt, unter dem zudem ein wesentlicher Unterschied zu der nicht rechtfähigen<sup>21</sup> Bruchteilsgemeinschaft besteht, welche eine solche Haftung nicht kennt.

c) Das OLG München begründet die Nachteiligkeit damit, dass der Miteigentümer nach § 748 BGB anteilig die Lasten sowie die Kosten der Erhaltung, Verwaltung und Benutzung des gemeinsamen Gegenstands trägt. Insofern besteht jedoch kein maßgeblicher Unterschied zum Alleineigentümer, den dieser Aufwand ebenfalls (für den gesamten Gegenstand) trifft.<sup>22</sup>

Betrachtet man weiterhin das Argument des KG,<sup>23</sup> auf dessen Entscheidung sich das OLG München bezieht, dass der Miteigentümer anders als der Alleineigentümer über die Entstehung der Kosten nicht selbst entscheiden kann, ist dies nicht unmittelbar von der Hand zu weisen. Auch trifft die Feststellung des OLG München zu, dass der Anfall von Kosten bei bebauten Grundstücken nicht bloß theoretischer Natur ist.

Die Möglichkeit der Mehrheitsentscheidung durch Miteigentümer hat allerdings immanente Grenzen: Jeder Mehrheitsbeschluss – und damit die Kostentragungspflicht – steht unter der Voraussetzung, dass es sich um eine Maßnahme der ordnungsgemäßen Verwaltung handelt, § 745 Abs. 1 BGB.<sup>24</sup> Hierfür findet wiederum die finanzielle Belastung des überstimmten Miteigentümers durch den Beschluss Berücksichtigung.<sup>25</sup>

Dagegen sieht § 16 Abs. 2 WEG eine Kostentragungspflicht für alle Kosten<sup>26</sup> der Gemeinschaft vor – unabhängig davon, ob sie einer ordnungsgemäßen Verwaltung

entsprechen.<sup>27</sup> Der Umfang möglicher ordnungsgemäß beschlossener Kosten ist in der Wohnungseigentümergemeinschaft als organisiertem Verband tendenziell weiter. § 16 Abs. 2 WEG erfasst beispielsweise die Kosten der erstmaligen Herstellung des Sondereigentums.<sup>28</sup> Auch ohne konkret anstehende Maßnahmen können durch Mehrheitsbeschluss Sonderumlagen zur Bildung einer Liquiditätsreserve vorgesehen werden.<sup>29</sup> § 21 Abs. 2 WEG ermöglicht, durch Beschluss mit 2/3-Mehrheit nicht unverhältnismäßig kostenträchtige bauliche Veränderungen umzulegen. Unter Umständen kann sogar der Wiederaufbau eines zerstörten Gebäudes beschlossen werden (vgl. § 22 WEG).

d) Der Erwerber von Wohnungseigentum ist zudem mit spezifischen – über § 748 BGB, § 16 Abs. 2 WEG hinausgehenden – im WEG angelegten Risiken konfrontiert: So haftet er auch für Beiträge (einschließlich Sonderumlagen<sup>30</sup>), die zwar zu seiner Zeit als Eigentümer fällig werden, aber noch zuvor beschlossen wurden.<sup>31</sup> Ebenso tritt er mit dem dinglichen Rechtserwerb in solche Verpflichtungen ein, die sich aus nicht im Grundbuch eingetragenen Beschlüssen (§ 10 Abs. 3 Satz 2 WEG) ergeben.<sup>32</sup> Der Kostenverteilungsmaßstab selbst ist gemäß § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG einem abändernden Mehrheitsbeschluss zugänglich.

e) Ein Mehrheitsbeschluss nach § 745 Abs. 1 BGB kann zwar zum Abschluss von Verträgen mit Dritten ermächtigen.<sup>33</sup> Beschließt die Gemeinschaft ordnungsgemäß (Beschlussmängel wirken sich im Außenverhältnis aus<sup>34</sup>) die Vermietung, würde der überstimmte Minderjährige Partei des Mietvertrags.<sup>35</sup> Dies droht jedoch ebenfalls bei jedem Vorbehaltsnießbrauch, da bei dessen Beendigung ein vom Nießbraucher abgeschlossenes Mietverhältnis auf den Eigentümer übergeht, § 1056 Abs. 1, § 566 Abs. 1 BGB. Nach dem BGH führt der Erwerb eines durch den Nießbraucher vermieteten Grundstücks wegen § 1056 Abs. 1, § 566 Abs. 1 BGB zur rechtlichen Nachteiligkeit – nicht aber die bloße Möglichkeit, dass der

20 So *Schreiber*, ZWE 2011, 34, 35; tendenziell auch OLG München, Beschluss vom 06.03.2008, 34 Wx 14/08, ZEV 2008, 246, 247 („kann auf sich beruhen“); OLG Hamm, Beschluss vom 06.07.2010, I-15 W 330/10, ZWE 2010, 370: *veränderte Außenhaftung und erweiterte Beschlusskompetenz* infolge der Reform.

21 BGH, Urteil vom 26.03.1974, VI ZR 103/72, NJW 1974, 1189, 1190.

22 BayObLG, Beschluss vom 29.05.1998, 2 Z BR 85/98, BayObLGZ 1998, 139, 144: Es handelt sich jeweils um eine Einschränkung des rechtlichen Vorteils, aber noch keinen rechtlichen Nachteil.

23 KG, Beschluss vom 01.08.2023, 1 W 93/23, BeckRS 2023, 37300, Rdnr. 15.

24 Siehe BGH, Urteil vom 11.11.2009, XII ZR 210/05, NJW 2010, 765; *Staudinger/Eickelberg*, Neub. 2021, § 748 Rdnr. 8, 8a.

25 Vgl. BGH, Urteil vom 04.05.1987, II ZR 211/86, NJW 1987, 3177; OLG Hamburg, Beschluss vom 29.11.1989, 2 W 91/88, OLGZ 1990, 141, 145; *Staudinger/Eickelberg*, § 745 Rdnr. 11; MünchKomm-BGB/*Schmidt*, § 745 Rdnr. 28.

26 BT-Drucks. 19/18791, S. 55.

27 *Staudinger/Lehmann-Richter*, Neub. 2023, § 16 WEG Rdnr. 75.

28 BayObLG, Beschluss vom 20.11.2002, 2 Z BR 144/01, NJW 2003, 2323.

29 BayObLG, Beschluss vom 20.11.2003, 2 Z BR 168/03, BayObLGZ 2003, 318.

30 BGH, Urteil vom 15.12.2017, V ZR 257/16, NJW 2018, 2044.

31 Die Gemeinschaftsordnung kann überdies die Haftung für Rückstände des Rechtsvorgängers vorsehen, *Weber* in Würzburger Notarhandbuch, 6. Aufl. 2021, Teil II 4 Rdnr. 313.

32 Vgl. OLG München, Beschluss vom 06.03.2008, 34 Wx 14/08, ZEV 2008, 246, 247.

33 Vgl. BGH, Urteil vom 29.03.1971, III ZR 255/68, NJW 1971, 1265, 1266; *Grüneberg/Retzlaff*, § 745 Rdnr. 2; einschränkend: *Staudinger/Eickelberg*, § 745 Rdnr. 40; MünchKomm-BGB/*Schmidt*, § 745 Rdnr. 31.

34 OLG München, Urteil vom 22.01.1970, 1 U 2787/69, NJW 1970, 711; *Staudinger/Eickelberg*, § 745, Rdnr. 47.

35 MünchKomm-BGB/*Schmidt*, § 745 Rdnr. 31; anders *Staudinger/Eickelberg*, § 745 Rdnr. 40.

Nießbraucher in Zukunft vermietet.<sup>36</sup> Dasselbe muss für die Schenkung eines Miteigentumsanteil gelten, wobei nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Miteigentümer in Zukunft die Vermietung beschließen.

f) Als weiteres Argument hielt das KG die Möglichkeit, jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, § 749 Abs. 1 BGB, für einen unzureichenden Schutz des Minderjährigen, da er dies erst durchsetzen müsse, während sich der Alleineigentümer durch Dereliktion entziehen kann.<sup>37</sup> Der maßgebliche Wertungsunterschied besteht hier jedoch grundsätzlich einseitig überhaupt nicht auflösbare Wohnungseigentümergeinschaft, § 11 Abs. 1 Satz 1, 2 WEG.<sup>38</sup> Sobald die Bruchteilsgemeinschaft nicht fortzuführen ist, dürfte sich zudem der Umfang der ordnungsgemäßen Verwaltung auf das unbedingt Notwendige beschränken.

g) Im Übrigen hat der Gesetzgeber bei der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts in § 1850 Nr. 4 und 5 BGB zum Ausdruck gebracht, dass er im – explizit genehmigungsbedürftigen – Erwerb von Wohnungseigentum ein qualitativ anderes Risiko sieht.

### 3. Schlussfolgerungen

a) Ich halte die Entscheidung des OLG München für falsch. Die mögliche Haftung des Miteigentümers für durch Mehrheitsentscheidung beschlossene Kosten lässt sich nicht wegdiskutieren. Dies zwingt jedoch nicht zu der Annahme, der Erwerb sei rechtlich nachteilig. Nach dem BGH sind entsprechend dem Schutzzweck des gesetzlichen Vertretungsausschlusses solche den Minderjährigen kraft Gesetzes treffenden Verpflichtungen unbeachtlich, „die ihrem Umfang nach begrenzt und wirtschaftlich derart unbedeutend sind, dass sie unabhängig von den Umständen des Einzelfalls eine Verweigerung der Genehmigung [...] nicht rechtfertigen könnten“. Typischerweise keine Gefährdung für das Vermögen des Minderjährigen ergibt sich demnach aus der Verpflichtung, laufende (sowie bloß theoretisch mögliche außerordentliche) öffentliche Grundstückslasten zu tragen<sup>39</sup> – obwohl sich hieraus erhebliche wirtschaftliche Belastungen ergeben können.<sup>40</sup>

Aufgrund der oben skizzierten Einschränkungen erwachsen aus dem Erwerb von Miteigentum ebenfalls bloß derartige „typischerweise ungefährliche Rechtsnachteile“. Die §§ 741 ff. BGB schaffen als Inhalts- und Schranken-

bestimmung des sozialgebundenen Eigentums<sup>41</sup> den notwendigen Interessenausgleich zwischen den Teilhabern – wohingegen der Erwerb von Wohnungseigentum in einen darüber hinausgehenden,<sup>42</sup> auf Dauerhaftigkeit angelegten rechtfähigen Verband eintritt, für dessen Schulden er haftet.

b) Die Entscheidung lässt einiges im Unklaren. Das OLG München hat in der vorliegenden Konstellation nur entschieden, dass die Überlassung eines Miteigentumsanteils an einem bebauten Grundstück nachteilig ist. Ob dies ebenfalls für unbebaute Grundstücke gilt, lässt das Gericht offen – obwohl die rechtlichen Nachteile (§§ 745, 748 BGB) insoweit die gleichen sein müssten und es auf eine wirtschaftliche Betrachtung nach dem BGH nicht ankommen soll.

Das OLG München nimmt nicht ausdrücklich Stellung dazu, welche Bedeutung der Möglichkeit von Mehrheitsentscheidungen zukommt. Daher bleibt unklar, ob der rechtliche Nachteil möglicherweise dann entfällt, wenn der Minderjährige nicht überstimmt werden kann, weil er entweder einen mindestens hälftigen Miteigentumsanteil erhält oder eine diesbezügliche Verwaltungsregelung<sup>43</sup> vereinbart wird.<sup>44</sup>

Durch eine Miteigentümergeinschaft, wonach der Übergeber als Miteigentümer<sup>45</sup> sämtliche Kosten trägt, lässt sich ein möglicher Vertretungsausschluss ebenfalls nicht rechtssicher umgehen. Insbesondere ist umstritten, ob eine Regelung zur Kostentragung in das Grundbuch eingetragen und damit einem Einzelrechtsnachfolger entgegengehalten werden kann (§ 1010 Abs. 1 BGB).<sup>46</sup>

36 BGH, Beschluss vom 28.04.2022, V ZB 4/21, MittBayNot 2022, 443; Beschluss vom 03.02.2005, V ZB 44/04, NJW 2005, 1430; krit. *Hager/Müller-Teckhof*, NJW 2023, 1855, 1857.

37 KG, Beschluss vom 01.08.2023, 1 W 93/23, BeckRS 2023, 37300, Rdnr. 15.

38 Womit der Gesetzgeber auch die Genehmigungspflicht der Übertragung von Wohnungseigentum begründet, BT-Drucks. 19/24445, S. 286.

39 BGH, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, NJW 2005, 415, 418.

40 Vgl. *Everts*, MittBayNot 2022, 523, 526.

41 BGH, Urteil vom 04.05.1987, II ZR 211/86, NJW 1987, 3177; entsprechend zu den öffentlichen Lasten: *Feller*, MittBayNot 2005, 412, 413.

42 So bereits BayObLG, Beschluss vom 29.05.1998, 2 Z BR 85/98, BayObLGZ 1998, 139, 145: „gegenüber den gesetzlichen Verpflichtungen nicht unerheblich verschärfte Verpflichtungen im Rahmen des Gemeinschaftsverhältnisses“.

43 Wenn, wie in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt, mehrere Minderjährige erwerben, kommt dies nicht in Frage, da hiermit jeweils (rechtlich nachteilig) das Recht auf eine Mehrheitsentscheidung beschränkt würde.

44 Auch dann könnte von den Miteigentümern ggf. noch eine Erhaltungsmaßnahme getroffen (§ 744 Abs. 2 BGB) oder eine billigerem Ermessen entsprechende Verwaltung verlangt (§ 745 Abs. 2 BGB) werden – jeweils mit der Kostenfolge des § 748 BGB.

45 Das OLG München führt zutreffend aus, dass die Kostentragungspflicht des Übergebers aufgrund eines vorbehaltenen Nutzungsrechts die Nachteiligkeit nicht hindert, denn ein solches Nutzungsrecht kann jederzeit durch Tod oder Aufgabe erlöschen.

46 Dafür BayObLG, Beschluss vom 30.07.1992, 2 Z BR 49/92, DNotZ 1993, 391, 392; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1467; dagegen *Grüneberg/Herrler*, § 1010 Rdnr. 2. Wenn der Übergeber keinen Miteigentumsanteil behält, sondern mehrere Minderjährige das Grundstück zu Miteigentum erwerben, scheidet dies ohnehin aus. Außerdem sprechen hiergegen die zusätzlichen Notar- und Grundbuchkosten (die Miteigentümergeinschaft wäre gesondert mit 30 % des Grundstückswertes zu bewerten, § 51 Abs. 2, § 86 Abs. 2 GNotKG).

c) Die Praxis wird sich vorerst an der Entscheidung orientieren (und im Zweifel sicherheitshalber einen Ergänzungspfleger hinzuziehen) oder abwarten müssen. Das OLG München hat die Rechtsbeschwerde zugelassen. Es ist zu hoffen, dass der BGH hier Klarheit schafft.

## 10. Auslegung einer Vollmachtserklärung zur Wirkung der Vollmacht über den Tod hinaus und bei Erbanfall zugunsten der Bevollmächtigten

OLG Bremen, Beschluss vom 31.08.2023, 3 W 15/23

BGB § 168 Satz 1, §§ 173, 672 Satz 1  
GBO § 29

### LEITSÄTZE:

1. Auslegung einer Erklärung als Vollmacht über den Tod hinaus.
2. Zur Legitimationswirkung der Vollmacht nach dem Tod des Vollmachtgebers, wenn die beiden gemeinschaftlich Bevollmächtigten auch gemeinschaftliche Erben sind.
3. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Vollmacht tatsächlich wegen Konfusion erlischt, wenn der (die) Bevollmächtigte(n) (Allein-)Erbe(n) des Vollmachtgebers wird/werden. Im Interesse eines reibungslosen Rechtsverkehrs ist die Legitimationswirkung der Vollmacht (§ 172 BGB) in jedem Fall als fortbestehend anzusehen, wenn sie dem bevollmächtigten Erben weitergehende Handlungsmöglichkeiten eröffnet und schutzwürdige Interessen nicht entgegenstehen. (Leitsatz der Schriftleitung)

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Beschwerdeführer wenden sich gegen eine Zwischenverfügung des AG Bremen – Grundbuchamt.

2 Unter dem 07.03.2023 haben sie einen Antrag auf Eintragung eines Eigentumswechsels gestellt. Mit Urkunde des Notars X, Oldenburg, vom 27.02.2023 (UR-Nr. [...]) hatten die Beschwerdeführer zu 1 und 2 als Bevollmächtigte der im Grundbuch eingetragenen A und des B das Eigentum am verfahrensgegenständlichen Grundstück (Grundbuch Bremen Vorstadt [...] Blatt [...]) auf die Beschwerdeführerin zu 3 übertragen.

3 Zum Nachweis der Vollmacht haben sie sich auf die Urkunde des Notars Z vom 01.12.2004 (UR-Nr. [...]) berufen.

4 Die Vollmachtgeber, d. h. die eingetragenen Eigentümer, sind am 06.03.2022 (A) bzw. 09.10.2022 (B) verstorben.

5 Das Grundbuchamt hat unter dem 11.05.2023 mit der angegriffenen Zwischenverfügung mitgeteilt, dass der beantragten Grundbucheintragung ein Eintragungshindernis entgegenstehe, weil die Vollmacht der verstorbenen Eigentümer an die Söhne nicht explizit über den Tod hinaus erteilt worden sei. Eine auf die Person des Vollmachtgebers zu-

geschnittene Vollmacht sei in der Regel dahin auszulegen, dass sie mit dem Tod des Vollmachtgebers erlösche. Andere Anhaltspunkte, dass die Vollmacht auch über den Tod hinaus gelten solle, ergäben sich hier nicht.

6 Das Grundbuchamt hat den Antragstellern aufgegeben, einen Erbnachweis nach den verstorbenen Eigentümern vorzulegen.

7 Mit ihrer am 17.07.2023 beim Grundbuchamt eingegangenen Beschwerde tragen die Antragsteller vor, das Grundbuchamt verkehre das Regel-Ausnahme-Verhältnis, denn grundsätzlich führe der Tod des Vollmachtgebers im Zweifel nicht zum Erlöschen des Grundverhältnisses und damit der Vollmacht. Auf diese Weise solle eine kontinuierliche Wahrung der Vermögensinteressen der Erblasser und der Erben sichergestellt werden. Die den Kindern erteilte Vollmacht sei auch in keiner Weise auf die Personen der Vollmachtgeber zugeschnitten, sie enthalte nicht ansatzweise persönliche Vorgaben oder Wünsche, sondern beziehe sich ganz sachlich allein auf die Bevollmächtigung zur Regelung vermögensrechtlicher Aspekte. Die Vollmacht sei im Übrigen auch im Interesse der Bevollmächtigten erteilt worden, bei denen es sich um die einzigen beiden Abkömmlinge der Erblasser handele. Es sollte ihnen so leicht wie möglich gemacht werden, den Nachlass aufzuteilen, dafür spräche die umfassende Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB. Die Beschwerdeführer legen ein handschriftliches Testament vor, nach dem die Beschwerdeführer zu 1 und 2 Schlusserben nach dem zuletzt versterbenden Ehegatten sein sollen.

8 Unter dem 19.07.2023 hat das Grundbuchamt darauf hingewiesen, dass aus dem Wortlaut der Vollmacht hervorgehe, dass sie im Innenverhältnis nur gelte, wenn die Vollmachtgeber beide durch Alter oder Krankheit daran gehindert seien, für sich selber zu sorgen. Diese Voraussetzung liege mit dem Tod der Vollmachtgeber nicht mehr vor.

9 In der weiteren Stellungnahmefrist haben die Beschwerdeführer an ihrem Rechtsmittel festgehalten, das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 14.08.2023 der Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

10 Die statthafte Beschwerde gegen die ein Eintragungshindernis feststellende Zwischenverfügung (§ 18 GBO) ist auch im Übrigen zulässig (§§ 71, 73 GBO).

11 Sie ist auch begründet.

12 Das vom Grundbuchamt aufgezeigte Eintragungshindernis besteht nicht. Die Beschwerdeführer zu 1 und 2 haben mit wirksamer Vollmacht über den Grundbesitz verfügt. Da die eingetragenen Eigentümer im Zeitpunkt des Verfügungsgeschäfts bereits verstorben waren, kommt es entscheidend darauf an, ob die den Beschwerdeführern zu 1 und 2 erteilte Vollmacht auch über den Tod der Vollmachtgeber hinaus gelten soll. Dazu enthält der Text der Vollmacht keinen ausdrücklichen Hinweis.

13 Vor der Anwendung der gesetzlichen Regelung bei Zweifeln an der Dauer der Bevollmächtigung gemäß § 672 Satz 1, § 168 Satz 1 BGB ist zunächst durch Auslegung der



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Vollmachterklärung zu ermitteln, ob diese über den Tod hinaus Geltung haben soll. Grundsätzlich gilt für diese Auslegung, je mehr der Auftragsgegenstand auf die Person und die persönlichen Verhältnisse – hingegen weniger auf das Vermögen – des Auftragsgebers zugeschnitten ist, desto eher ist anzunehmen, dass der Auftrag mit dem Tod des Auftraggebers erlöschen soll (OLG München, Beschluss vom 07.07.2014, 34 Wx 265/14, juris Rdnr. 10; MünchKomm-BGB/F. Schäfer, 9. Aufl. 2023, § 672 Rdnr. 8, beck-online).

**14** Soweit es in der Vollmachterklärung heißt: „Die vorstehende Vollmacht für unsere Söhne soll dann gelten, wenn wir beide durch Alter oder Krankheit daran gehindert ist (gemeint: sind), für uns selber zu sorgen“ könnte sich daraus ergeben, dass es sich tatsächlich „nur“ um eine Vollmacht handelt, die die Einrichtung einer Betreuung zu Lebzeiten ersetzen bzw. verhindern soll. Dagegen sprechen jedoch folgende Umstände:

**15** In dem unmittelbar an das oben genannte Zitat anschließenden Satz machen die Vollmachtgeber deutlich, dass es sich dabei nicht um eine Beschränkung der Vollmacht gegenüber Dritten, sondern lediglich um eine Anweisung im Innenverhältnis handeln soll. Der oben wörtlich zitierte Satz muss deshalb so verstanden werden, dass die Vollmacht nach außen unbeschränkt erteilt ist, nach innen aber „erst ab dem Zeitpunkt gelten soll“, wenn die Vollmachtgeber durch Alter oder Krankheit gehindert sein sollten, für sich selber zu sorgen.

**16** Im Gegensatz zu der vom Grundbuchamt benannten Entscheidung des OLG Hamm (Beschluss vom 17.09.2002, 15 W 338/02, dort juris Rdnr. 12) ist dem Text der hier vorgelegten Vollmachterklärung auch nicht ausdrücklich zu entnehmen, dass ihr Zweck darin besteht, die Bestellung eines Betreuers zu vermeiden. Inhaltlich nimmt die Vollmacht auch ausschließlich Bezug auf vermögensrechtliche Vertretungsfälle, soweit konkretere Vertretungsfälle benannt werden (insoweit unterscheidet sich der Sachverhalt von dem der Entscheidung des OLG München, Beschluss vom 07.07.2014, 34 Wx 265/14, juris Rdnr. 11, bei dem der Schwerpunkt der Bevollmächtigung gerade im persönlichen Bereich lag; vgl. andererseits auch OLG München, Beschluss vom 15.11.2011, 34 Wx 388/11, juris Rdnr. 11, das sogar eine als „Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung“ konzipierte Vollmacht als über den Tod hinaus bestehend angesehen hat).

**17** Aus dem Text der hier vorgelegten Erklärung wird deutlich, dass die Vollmachtgeber mit der Vollmacht ab dem Zeitpunkt, zu dem sie selbst nicht mehr dazu in der Lage waren, vor allem ihre vermögensrechtlichen Angelegenheiten geregelt wissen wollten. Ein besonderer Bezug zu persönlichen Angelegenheiten (zum Beispiel Zustimmungen zu Heilbehandlungen etc.) ist gerade nicht ersichtlich.

**18** Aus diesem Grunde geht der Senat davon aus, dass die Vollmacht so auszulegen ist, dass sie für die im Vordergrund stehenden Vermögensangelegenheiten auch über den Tod hinausgelten sollte, einer Anwendung der Zweifelsregelung in § 672 Abs. 1 Satz 1 BGB bedarf es dazu nicht.

**19** Für das weitere Eintragungsverfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

**20** Nach Auffassung des Senats ist die Vollmacht auch nicht dadurch erloschen, dass beide gemeinschaftlich Bevollmächtigte auch gemeinschaftlich Erben des zuletzt verstorbenen Vollmachtgebers geworden sein sollen (anders für den bevollmächtigten Alleinerben: OLG Hamm, Beschluss vom 10.01.2013, 15 W 79/12, FGPrax 2013, 148; differenzierend: OLG München Beschluss vom 31.08.2016, 34 Wx 273/16, juris Rdnr. 18, 19, wie hier: KG, Beschluss vom 02.03.2021, 1 W 1503/20, beck-online Rdnr. 4, 5). Es kann dahingestellt bleiben, ob die Vollmacht tatsächlich wegen Konfusion erlischt, wenn der (die) Bevollmächtigte(n) (Allein-)Erbe(n) des Vollmachtgebers wird/werden (so das OLG Hamm, a. a. O.). Im Interesse eines reibungslosen Rechtsverkehrs ist die Legitimationswirkung der Vollmacht (§ 172 BGB) in jedem Fall als fortbestehend anzusehen, wenn sie dem bevollmächtigten Erben weitergehende Handlungsmöglichkeiten eröffnet und schutzwürdige Interessen nicht entgegenstehen (vgl. KG, a. a. O. Rdnr. 4). So liegt der Fall hier: Mit der beurkundeten Vollmacht über den Tod hinaus haben die Vollmachtgeber die fortgeltende, weitgehende Handlungsvollmacht auch für den Nachlass gegenüber Dritten kundgetan. Die Legitimationswirkung der Vollmachtsurkunde entfällt erst, wenn dem Dritten – in diesem Fall dem Grundbuchamt – bekannt ist bzw. bekannt sein müsste, dass die Bevollmächtigten Erben sind (§ 173 BGB). Dafür genügt allein die Behauptung, Erbe zu sein, oder die Vorlage eines handschriftlichen Testaments nicht, weil damit der Erbennachweis nicht zu führen ist. Solange ein Erbschein nicht vorgelegt wird, kann und darf das Grundbuchamt auf die Legitimationswirkung der Vollmacht vertrauen.

**21** Dass grundsätzlich bzw. in diesem Fall schutzwürdige Interessen Dritter der Legitimation der Bevollmächtigten durch die Vollmachturkunde zum Handeln für den Nachlass entgegenstehen, ist nicht erkennbar.

(...)

## Bürgerliches Recht

### ERBRECHT

#### 11. Wirksamkeit der testamentarischen Einsetzung des Berufsbetreuers zum Alleinerben

OLG Nürnberg, Beschluss vom 19.07.2023, 15 Wx 988/23

BGB §§ 134, 138, 1922 Abs. 1, §§ 2078, 2079, 2247 Abs. 1  
BtOG § 30 Abs. 1  
HeimG § 14

#### LEITSÄTZE:

- 1. Die nach § 30 Abs. 1 Satz 1 und 2 BtOG untersagte Annahme einer Zuwendung von Todes wegen durch einen Berufsbetreuer stellt einen Verstoß gegen seine Berufspflichten dar, nicht jedoch einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB.**

2. Die entsprechende letztwillige Verfügung des Erblassers und der Vermögensübergang nach § 1922 Abs. 1 BGB sind in solchen Fällen im Hinblick auf den umfassenden Schutz der Testierfreiheit wirksam.
3. Diese gesetzgeberische Wertung ist auch bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit der letztwilligen Verfügung zu berücksichtigen.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Der am (...) verstorbene unverheiratete Erblasser hatte keine Abkömmlinge. Der Beschwerdeführer war zu dessen Berufsbetreuer bestellt worden.

2 Er hatte den Erblasser bei der Erstellung eines Textes für ein Testament unterstützt und dazu einen maschinenschriftlichen (Lücken-)Text vorformuliert und ausgedruckt, der lautete wie folgt:

„MEIN LETZTER WILLE

(...), hiermit habe ich Hr. R gebeten meinen letzten Wunsch aufzuschreiben, weil ich nicht mehr so lange schreiben kann.

Ich, K, wohnhaft (...), in (...), geb. am (...) setzte hiermit (...)

Ich habe keine weiteren Angehörigen und möchte deshalb, dass er nach meinem Tod über mein noch vorhandenes Vermögen bei der Sparda – Bank in (...) sowie über das bei der Sparkasse (...) verfügen kann.

K“

3 Auf den vorgedruckten Linien fügte der Erblasser handschriftlich das Datum „11.05.2021“ ein und zu Beginn des Textes die Worte „Mein letzter Wille“. Nach „setzte hiermit“ ergänzte er die Worte „R Straße (...), in (...), geb. (...) als meinen Alleinerben ein“. Des Weiteren ergänzte er handschriftlich die IBAN seiner beiden Konten und schloss den Text mit seiner Unterschrift ab. Wegen der Einzelheiten wird auf das Testament (...) Bezug genommen. Das Testament wurde am 26.11.2021 in besondere amtliche Verwahrung genommen.

4 Am 29.06.2022 beantragte der Beschwerdeführer die Erteilung eines Erbscheins, der ihn als Alleinerben ausweist (...).

5 Der Antrag wurde vom AG Schwabach zunächst mit Beschluss vom 17.10.2022 wegen Sittenwidrigkeit des Testaments zurückgewiesen (...). Diesen Beschluss hat der Senat aber im Beschwerdeverfahren Az. 15 W 3268/22 mit Beschluss vom 19.01.2023 wegen Tätigwerdens der funktionell unzuständigen Rechtspflegerin aufgehoben.

6 Mit Beschluss vom 06.02.2023 wies das AG Schwabach den Antrag erneut zurück und begründete dies mit Formunwirksamkeit und Sittenwidrigkeit des Testaments. Wegen der Einzelheiten wird auf den angegriffenen Beschluss (...) Bezug genommen.

7 Gegen den seinem Verfahrensbevollmächtigten am 15.03.2023 zugestellten Beschluss richtet sich die Beschwerde vom 13.04.2023, eingegangen bei Gericht am selben Tage, mit der der Beschwerdeführer sich gegen die

Argumentation des Erstgerichts wendet und Aufhebung des Beschlusses und Anweisung des Nachlassgerichts zur Erteilung des beantragten Erbscheins begehrt (...).

8 Das AG Schwabach hat der Beschwerde mit Beschluss vom 17.04.2023 nicht abgeholfen (...).

9 Die nach § 58 Abs. 1 FamFG statthafte Beschwerde ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt (§§ 63, 64 FamFG).

10 Sie hat in der Sache auch Erfolg, da der Beschwerdeführer testamentarischer Alleinerbe geworden ist.

11.1. Das Testament vom 11.05.2021 ist nicht formungültig.

12 Zu Recht geht das Erstgericht davon aus, dass der Beschwerdeführer dem Erblasser ein von ihm mittels Computer vorgefertigtes Schriftstück überlassen hat, das mit „MEIN LETZTER WILLE“ überschrieben war und bereits die Person des Erblassers maschinenschriftlich (mit Name, Geburtsdatum und Adresse) eindeutig identifiziert hatte. Auch diese Aussage („habe ich Hr. R gebeten meinen letzten Wunsch aufzuschreiben, weil ich nicht mehr so lange schreiben kann“) ist nämlich bereits in dem Vordruck enthalten.

13 Soweit der Beschwerdeführer im Übrigen bestreitet, beim Ausfüllen des vorgefertigten Blanko-Formulars zugegen gewesen zu sein, er habe vielmehr erst einige Tage nach dem 05.11.2021 zwei versiegelte Umschläge erhalten, kann dies in formeller Hinsicht dahinstehen, da jedenfalls von einer eigenhändigen Erstellung der handschriftlichen Eintragungen in den Vordruck durch den Erblasser auszugehen ist (vgl. auch die Feststellung der Rechtspflegerin im Beschluss vom 17.10.22, [...]).

14 Die handschriftlichen Teile des Testaments lauten wie folgt:

„Mein letzter Wille, (...)

R Straße (...), in (...), geb. (...) als meinen Alleinerben ein (... DE (...)

DE (...)

E K“

15 Aufgrund dieses Sachverhalts kann aber von einer Formungültigkeit des Testaments nicht ausgegangen werden.

16 § 2247 Abs. 1 BGB erfordert grundsätzlich eine eigenhändige Niederschrift, das bedeutet, „dass der Erblasser die gesamten Verfügungen persönlich und schriftlich verfassen muss. Beschränkt sich der Erblasser darauf, einen von einer anderen Person geschriebenen Testamentsentwurf lediglich eigenhändig zu unterschreiben, ist zwar die Unterschrift wirksam, der restliche Text des Testaments wegen des Formverstößes (§ 125) dagegen nicht.“ (BeckOGK-BGB/Grziwotz, Stand: 01.04.2023, § 2247 Rdnr. 21 m. w. N.).

17 Im Einzelnen gehört dazu, „dass der Verfügung außer der Person des Bedachten auch der Gegenstand des zugewendeten Vermögensvorteils hinreichend zu entnehmen ist.“ (BGH, Urteil vom 29.05.1980, IVa ZR 26/80, JR 1981, 24 Rdnr. 16). „Nachdem sich die Eigenhändigkeit auf das ge-

samte Testament bezieht, ist es bereits schädlich, wenn einzelne Teile davon oder einzelne Wörter mechanisch hergestellt werden. (...) Betroffen sind jedoch lediglich die Verfügungen des Erblassers. Andere Bestandteile des Testaments, die ohne rechtliche Relevanz sind, können auch auf andere Weise als eigenhändig ergänzt werden. (...) Nicht vom Formerfordernis der Eigenhändigkeit umfasst sind somit Teile des Testaments, die keine Verfügungen enthalten oder solche, die nicht zum Inhalt des Testaments nach § 2247 BGB gehören. Beispiel hierfür ist die Überschrift bzw. Benennung als Testament, „Letzter Wille“ etc. Auch die Angabe des Namens des Testators ist nicht Inhalt des Testaments.“ (BeckOGK-BGB/Grziwotz, § 2247 Rdnr. 27).

**18** Diese Voraussetzungen liegen hier vor, da die vorgedruckten Teile keine Verfügungen enthalten bzw. nur zur näheren Identifikation dienen. Die Überschrift und die Angaben zum Erblasser sind nach dem oben Gesagten nicht Inhalt des Testaments, genauso wenig die Mitteilung, dass keine weiteren Angehörigen vorhanden sind.

**19** Eigenhändig ergänzt hat der Erblasser hingegen die Angaben zur Person des Erben und zu den zugewendeten Vermögenswerten, nämlich seine beiden Kontoguthaben. Zwar waren diese Angaben teilweise vorgegedruckt, da nämlich die beiden kontoführenden Kreditinstitute (Sparda Bank und Sparkasse) genannt waren. Jedoch ist auch dies unschädlich, da es sich hierbei nur um weitere Identifizierungshilfen handelte, nachdem sich die kontoführenden Kreditinstitute ohne diese vorgegedruckte Angabe genauso anhand der in den beiden handschriftlich ergänzten IBAN-Nummern enthaltenen früheren Bankleitzahlen hätten ermitteln lassen.

**20** 2. Das Testament ist auch nicht nichtig.

**21** Ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB liegt schon deshalb nicht vor, da weder der für Mitarbeiter in Heimen und Pflegeeinrichtungen geltende § 14 HeimG noch der erst ab 01.01.2023 gültige § 30 BtOG auf den vorliegenden Sachverhalt Anwendung finden.

**22** Im Übrigen würde auch ein Verstoß gegen § 30 Abs. 1 Satz 1 und 2 BtOG, worauf der Senat bereits im Beschluss vom 19.01.2023 hingewiesen hat, nicht per se zur Unwirksamkeit einer entsprechenden letztwilligen Verfügung führen. Bei Prüfung dieser Frage ist nämlich die gesetzgeberische Wertung, die der Schaffung des § 30 BtOG zugrunde liegt, zu berücksichtigen. Dieser ist – anders als § 14 HeimG – vom Gesetzgeber in Kenntnis der Problematik bewusst nicht als gesetzliche Verbotsnorm im Sinne von § 134 BGB mit Nichtigkeitsfolge ausgestaltet worden (vgl. Jürgens/Loer, *Betreuungsrecht*, 7. Aufl. 2023, § 30 BtOG Rdnr. 1: „Das Verbot für berufliche Betreuer ist anders konstruiert, sodass diese auch bei sog. ‚stillen‘ Testierungen, also wenn sie von dem Testament zu Lebzeiten des Betreuten keine Kenntnis hatten, die Zuwendung dennoch nicht annehmen dürfen“). Vielmehr soll die Verfügung selbst im Hinblick auf die Testierfreiheit des Erblassers wirksam bleiben, der Betreuer darf das Zugewendete lediglich nicht annehmen. Tut er dies dennoch, obwohl er keine Ausnahmegenehmigung nach § 30 Abs. 3 BtOG erhalten hat, verstößt

er gegen seine Berufspflichten, was in der Zukunft Folgen im Hinblick auf die Bewertung seiner Zuverlässigkeit haben kann – der bereits stattgefundene Vermögensübergang nach § 1922 Abs. 1 BGB bleibt aber wirksam (vgl. *Leipold*, ZEV 2021, 485: „Völlig zahnlos ist das Annahmeverbot [die Ausschlagungspflicht] gleichwohl nicht. Das ergibt sich aus [...] § 27 BtOG [...] Die Gefahr, andernfalls nicht mehr als beruflicher Betreuer tätig sein zu können, wird den Betreuer wohl in vielen Fällen dazu bewegen, die erbrechtliche Zuwendung auszuschlagen“; so auch *Juergens*, a. a. O.; *Krätzschell/Falkner/Döbereiner*, *Nachlassrecht*, § 7 Rdnr. 11a m. w. N.).

**23** Diese gesetzgeberische Wertung ist auch bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit zu berücksichtigen. Denn die Motivation des Erblassers und sein Verhalten sind regelmäßig nicht als sittenwidrig zu bewerten, sondern allenfalls das Verhalten des Berufsbetreuers. Damit ist aber eine Einschränkung der Testierfreiheit durch Einordnung einer letztwilligen Verfügung als sittenwidrig und damit unwirksam nur in absoluten Ausnahmefällen zu rechtfertigen. Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor.

**24** Zwar hat das OLG Celle in der vom Erstgericht zitierten Entscheidung vom 07.01.2021, 6 U 22/20 (NJW 2021, 1681) entschieden, dass im Einzelfall eine Sittenwidrigkeit eines Testaments vorliegen kann, wenn eine Berufsbetreuerin „ihre gerichtlich verliehene Stellung und ihren Einfluss auf einen älteren, kranken und alleinstehenden Erblasser dazu benutzt, gezielt auf den leicht beeinflussbaren Erblasser einzuwirken und ihn dazu zu bewegen, vor einer von ihr herangezogenen Notarin in ihrem Sinne letztwillig zu verfügen“. Die Entscheidung ist aber in der Kommentierung und Literatur mit nachvollziehbarer Begründung auf Ablehnung gestoßen, da die Verfügung des Erblassers als einseitiges Rechtsgeschäft und mangels subjektiven Elements auf seiner Seite kaum sittenwidrig sein könne und es zudem andere Möglichkeiten gebe, den Erblasser zu schützen, nämlich die bereits erwähnten gesetzlichen Verbote sowie die Anfechtungsregeln der §§ 2078, 2079 BGB (vgl. Anm. *Wolfskeel v. Reichenberg*, NJW 2021, 1686; *Litzenburger*, FD-ErbR 2021, 437206, beck-online; *Krätzschell/Falkner/Döbereiner*, *Nachlassrecht*, § 7 Rdnr. 11a, jew. m. w. N.; zustimmend wohl *Leipold*, a. a. O.).

**25** Im Ergebnis kann dies hier aber dahinstehen, da ein so besonderer Einzelfall wie der dort entschiedene, in dem die Berufsbetreuerin den gerade erst von einem schweren Schlaganfall genesenden Erblasser, der noch unter der grundlegenden Veränderung seiner Lebensumstände durch Umzug ins Heim litt, zum Notar brachte, damit er das auf ihre Veranlassung hin entworfene Testament zu ihren Gunsten unterzeichne, hier nicht festgestellt ist. Die Entscheidung wurde daher auch vom Erstgericht nicht herangezogen.

**26** Soweit aber das Nachlassgericht im hiesigen Fall dennoch Sittenwidrigkeit bejaht, weil der Berufsbetreuer dem alleinstehenden Erblasser ein vorgefertigtes Blankoformular zur eigenen Erbeinsetzung „untergeschoben“ habe, vermag dies vor dem oben aufgezeigten Hintergrund aber ebenfalls nicht zu überzeugen. Aufgrund der aufgezeigten,

dem § 30 BtOG zugrunde liegenden gesetzgeberischen Wertung und dem damit bezweckten umfassenden Schutz der Testierfreiheit des Erblassers ist die Erbeinsetzung des Beschwerdeführers trotz der anzunehmenden Beeinflussung des Erblassers aufgrund des bestehenden Vertrauens- und Näheverhältnisses vorliegend bei der gebotenen Gesamtwürdigung der Umstände nicht als „mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht zu vereinbaren“ (vgl. zum Beispiel BGH, NJW 2008, 2027; NJW 2019, 3635 Rdnr. 24; st. Rspr.) einzuordnen. Es liegt vielmehr ein Fall vor, in dem die „Hilfestellung“ des Betreuers, nachdem sich konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen von Anfechtungsgründen nach §§ 2078, 2079 BGB nicht ergeben haben, hinzunehmen ist.

27 3. Der angefochtene Beschluss war daher aufzuheben. Daneben konnte der Senat bereits den nach § 352e Abs. 1 Satz 1 FamFG zwingend erforderlichen Feststellungsbeschluss (vgl. *Gietl/Längsfeld*, JA 2014, 854) erlassen. Im Übrigen war das zuständige Nachlassgericht zur Erteilung des begehrten Erbscheins anzuweisen (BeckOK-FamFG/*Schlögel*, Stand: 02.04.2023, § 352e Rdnr. 18 m. w. N.).

(...)

## 12. Erteilung einer Bescheinigung über die Annahme des Testamentsvollstreckeramtes

OLG Köln, Beschluss vom 12.05.2023, 2 Wx 65/23, mitgeteilt von **Thomas Bosbach**, Richter am OLG Köln

BGB §§ 2202, 2368

### LEITSATZ:

**Die Erteilung einer Bestätigung über die Annahme des Amtes als Testamentsvollstrecker erfolgt ohne sachliche Prüfung der Voraussetzungen für die Annahme. Vielmehr wird die Bescheinigung als reine Eingangsbestätigung oder Niederschrift über die Amtsannahmeerklärung des Testamentsvollstreckers ausgestellt.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

11. Der Erblasser setzte in seinem Testament vom 11.03.2022 seine Ehefrau zur Vorerbin sowie sein noch ungeborenes Kind zum Nacherben ein, ordnete ein Geldvermächtnis zugunsten des Kindes an und führte u. a. aus:

„Über dieses Vermächtnis ordne ich bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres Testamentsvollstreckung an. Als Testamentsvollstreckerin berufe ich meine Ehefrau. Als Ersatztestamentsvollstrecker berufe ich Rechtsanwalt (...) Sollte mein Kind auch zum Zeitpunkt des Nacherbfalles das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, so ordne ich die Testamentsvollstreckung an. Gleichzeitig ordne ich die Nacherbentestamentsvollstreckung an. Als Testamentsvollstrecker berufe ich ebenfalls Rechtsanwalt R.“

2 Mit Schriftsatz vom 14.07.2022, eingegangen bei dem AG Köln am 14.07.2022, hat der Beteiligte zu 3 erklärt, er erkläre die Annahme des Amtes als Nacherbentestamentsvollstrecker auf den Zeitpunkt der Geburt des Kindes.

3 Mit Schriftsatz vom 21.10.2022 hat er beantragt, ihm die Annahme des Amtes zu bestätigen.

4 Mit Beschluss vom 09.03.2023 hat die Nachlassrechtspflegerin den Antrag zurückgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, mangels einer Angabe im Testament, mit welchem Ereignis die Nacherbfolge eintrete, sei gemäß § 2106 Abs. 1 BGB auf den Tod der Vorerbin abzustellen. Dem Testament sei nicht zu entnehmen, dass gewollt gewesen sei, dass der Testamentsvollstrecker die Nacherbenrechte bis zum Eintritt der Nacherbfolge ausüben solle.

5 Gegen den ihm am 15.03.2023 zugestellten Beschluss wendet sich der Beteiligte zu 3 mit seiner Beschwerde, die mit einem am 20.03.2023 bei dem AG Köln eingegangenen Schriftsatz vom 17.03.2023 eingelegt und begründet worden ist. Mit Beschluss vom 06.04.2023 hat die Rechtsplegerin des Nachlassgerichts der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache zur Entscheidung dem OLG vorgelegt.

6 2. Die zulässige Beschwerde ist begründet. Denn dem Antragsteller ist vom Nachlassgericht eine Amtsannahmebestätigung zu erteilen.

7 Auf die vom Nachlassgericht aufgeworfene Frage, ob nach dem Willen des Erblassers bereits derzeit eine Nacherbentestamentsvollstreckung eingreifen soll, kommt es für die Erteilung der Amtsannahmebescheinigung nicht an, da sie ohne sachliche Prüfung als Bestätigung des tatsächlichen Vorganges der Annahmeerklärung gegenüber dem Nachlassgericht ausgestellt wird (Staudinger/*Herzog*, Neub. 2023, § 2368 Rdnr. 11 m. w. N.). Bei der Amtsannahmebestätigung handelt es sich um eine reine Eingangsbestätigung oder Niederschrift über die Annahmeerklärung (OLG Braunschweig, Beschluss vom 12.02.2019, 1 W 19/17, juris Rdnr. 14).

8 Für das Verfahren der Amtsannahmebescheinigung ist seit dem 01.01.2022 eine Festgebühr nach Nr. 12413 KV zum GNotKG vorgesehen. Auch aus der Gesetzesbegründung zu dieser Neuregelung ergibt sich nicht, dass der Erteilung der Amtsannahmebescheinigung eine sachliche Prüfung (wie bei einem Testamentsvollstreckerzeugnis) vorausgehen hätte; zudem wird dort auf das Abstandsgebot in Bezug auf die wertabhängige Gebühr für ein Testamentsvollstreckerzeugnis verwiesen (BT-Drucks. 19/23484, S. 60). Überdies ist in der Gesetzesbegründung ausgeführt, dass für manche Geschäfte der Testamentsvollstreckerin oder des Testamentsvollstreckers die Vorlage eines öffentlichen Testaments und der Eröffnungsniederschrift sowie ein Nachweis der Amtsannahme ausreichen; der zusätzlichen Vorlage der letztwilligen Verfügung bedürfte es aber nicht, wenn – wie dies bei einem Testamentsvollstreckerzeugnis der Fall wäre – eine Prüfung der sich aus dieser ergebenden Voraussetzungen des Testamentsvollstreckeramtes bereits Gegenstand des Verfahrens zur Erteilung des Amtsannah-



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

menachweises durch das Nachlassgericht gewesen wäre. Die Amtsannahmebescheinigung beschränkt sich auf die Annahmeerklärung im Sinne des § 2202 BGB und verlautbart, anders als dies bei einem Testamentsvollstreckzeugnis der Fall wäre, nicht auch, dass die vom Erblasser angeordneten Voraussetzungen für den Beginn der betreffenden Testamentsvollstreckung – bereits – erfüllt sind. Der Erteilung der Amtsannahmebestätigung können nur in der Person des Antragstellers liegende Umstände entgegenstehen, die eine Unwirksamkeit der Annahmeerklärung begründen, wie etwa eine dem Nachlassgericht bekannte Geschäftsunfähigkeit. Ob dem vorliegenden Testament die Anordnung einer Nacherbenvollstreckung bis zum Eintritt der Nacherbfolge gemäß § 2222 BGB zu entnehmen ist, bedarf im Rahmen der Erteilung der Amtsannahmebescheinigung keiner Prüfung.

(...)

### 13. Keine Beeinträchtigung des Vertragserben durch Schenkung an den Pflichtteilsberechtigten

OLG Düsseldorf, Urteil vom 08.07.2022, 7 U 136/21

BGB §§ 195, 199, 667, 1922, 2287

#### LEITSÄTZE:

1. **Ist ein Geschenk des Erblassers an den Pflichtteilsberechtigten geeignet, dessen Pflichtteilsanspruch zu decken, so ist der Vertragserbe von vornherein nicht beeinträchtigt im Sinne von § 2287 BGB. Eine Beeinträchtigung des Vertragserben liegt auch dann nicht vor, wenn er ohne die Schenkung Ansprüche weiterer Pflichtteilsberechtigter hätte erfüllen müssen. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Aus Gründen der Praktikabilität und zur Vermeidung von Hin- und Herzählungen ist für die Berechnung der Pflichtteilsansprüche eines Beschenkten nicht nur auf den geschenkten Gegenstand, sondern auf den gesamten Pflichtteil abzustellen. (Leitsatz der Schriftleitung)**
3. **Ein Rückgewähranspruch nach § 2287 BGB ist ein persönlicher Anspruch des Vertragserben und wird nicht zum Nachlass gezählt. (Leitsatz der Schriftleitung)**
4. **Für den Verjährungsbeginn von Pflichtteilsansprüchen ist nur die Kenntnis vom Todesfall und der Enterbung als anspruchsbegründende Umstände relevant, nicht die Kenntnis von der Zusammensetzung des Nachlasses. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Parteien sind Geschwister und neben einem weiteren Bruder, A B, Kinder der am (...) 2014 verstorbenen C D B.

2 Mit Übertragungsvertrag vom 14.03.1992 (...) übertrug die Erblasserin, die Mutter der Parteien, dem Kläger zur Erhal-

tung des landwirtschaftlichen Betriebs den zum Betrieb gehörenden landwirtschaftlichen Grundbesitz (Flurstück [...], Gebäude, Ackerland, Grünland). Am 16.02.1993 schloss die Erblasserin mit dem Kläger einen notariellen Erb- und Erbverzichtsvertrag (...), in dessen § 2 der Kläger als alleiniger Erbe berufen wurde. Gemäß § 5 des Vertrags ist die Erbeinsetzung eine vertragsgemäße Verfügung. Die Beklagte genehmigte die für sie von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht abgegebene Erklärung, dass sie auf sämtliche Erb-, Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche verzichte, nicht.

3 Bis 2011 wohnte die Erblasserin aufgrund eines im Übertragungsvertrag vom 14.03.1992 eingeräumten Wohnrechts unentgeltlich beim Kläger. Sie hatte lediglich die Nebenkosten zu zahlen. Am 20.08.2011 erlitt sie einen Schlaganfall und befand sich bis 30.08.2011 in stationärer Behandlung. Danach kam sie in eine Rehabilitationsklinik. Am 13.09.2011 begab sich der Notar E in die Klinik und beurkundete unter Nr. (...) der Urkundenrolle für 2011 eine Vorsorgevollmacht der Erblasserin für die Beklagte und für die Tochter des Klägers, F G. Beide waren jeweils alleinvertretungsberechtigt. Die Vollmacht umfasste das Recht, Grundbesitz zu veräußern. Die Beklagte war als Bevollmächtigte befugt, Rechtsgeschäfte mit sich im eigenen Namen vorzunehmen (...). Die Erblasserin wurde im September 2011 in die Pflegestufe 1 eingestuft, später erfolgte eine Einstufung in die Pflegestufe 2.

4 Im November 2011 zog die Erblasserin zu der Beklagten. Das Wohnrecht beim Kläger blieb zunächst bestehen.

5 Die Tochter des Klägers, F G, veräußerte mit notariellem Kaufvertrag vom 23.11.2011 eine Teilfläche eines Waldgrundstückes der Erblasserin für 20.000 € (...). Der Verkaufserlös floss auf ein von der Beklagten eingerichtetes Girokonto. Davon zahlte die Beklagte 324 € Vermessungskosten und 336,18 € für eine Rechtsanwaltsrechnung der Erblasserin.

6 Am 30.12.2013 schloss die Beklagte als Vertreterin der Erblasserin mit sich selbst als von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite Bevollmächtigte aufgrund der Vollmacht vom 13.09.2011 einen notariellen Vertrag (Notarasessor H als amtlich bestellter Vertreter des Notars I in X, UR-Nr. [...] /2013, [...]). In dem Vertrag übertrug sich die Beklagte ohne Gegenleistung das Eigentum an zwei Grundstücken, das in der Flur (...) gelegene Flurstück (...), Landwirtschaftsfläche (...), 26.329 m<sup>2</sup> und das in der Flur (...) gelegene Flurstück (...), Waldfläche, Verkehrsfläche, (...), 61.655 m<sup>2</sup>. Nach dem Vertrag geschah die Übertragung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge. Die Beklagte wurde als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen.

7 Der Kläger hat mit der Klage die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs für das vorgenannte Grundstück dahin gehend begehrt, dass er als Eigentümer eingetragen werde, hilfsweise die Herausgabe des vorgenannten Grundstücks nach § 2287 BGB verlangt. Die Beklagte hat mit der Widerklage Pflichtteilsansprüche aus eigenem und gemäß Erklärung vom 10.08.2018 (...) abgetretenem Recht ihres Bruders A geltend gemacht. Hiergegen hat der Kläger mit

Forderungen des Nachlasses gegen die Beklagte aufgerechnet.

**8** Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts und der erstinstanzlich gestellten Anträge wird gemäß § 540 Abs. 1 ZPO auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

**9** Das LG hat die Beklagte unter Klageabweisung im Übrigen verurteilt, die im Grundbuch von J, Blatt (...) A des AG Schmallenberg, eingetragenen Grundstücke Gemarkung (...), Flur (...), Nr. (...) „Landwirtschaftsfläche, (...)“ 2.63.29 ha und Gemarkung C, Flur (...), Nr. (...) an den Kläger zu übertragen, aufzulassen und die Eintragung des Klägers als Eigentümer im Grundbuch zu bewilligen, Zug um Zug gegen Zahlung eines Betrages von 39.251,86 €. Auf die Widerklage hat es den Kläger unter Klageabweisung im Übrigen verurteilt, an die Beklagte 39.251,56 € nebst Zinsen zu zahlen Zug um Zug gegen Übertragung, Auflassung, Eintragung und Bewilligung der Eintragung des Klägers für das vorgenannte Grundstück.

**10** Zur Begründung hat das LG ausgeführt, dass der Kläger zwar keinen Anspruch aus § 817 oder § 894 BGB auf Grundbuchberichtigung habe. Er könne jedoch aus § 2287 BGB die Übertragung des im Tenor genannten Grundstücks verlangen, weil die Erblasserin dieses an die Beklagte in Beeinträchtigungsabsicht verschenkt habe. Der Anspruch bestehe jedoch nur Zug um Zug gegen Zahlung des Pflichtteils der Beklagten und des Zedenten. Dieser betrage jeweils 46.751,85 €, insgesamt 93.503,69 €. Die der Beklagten abgetretenen Pflichtteilsansprüche des Zedenten seien nicht verjährt. Der Zedent habe erst durch den Termin vom 26.01.2018 vor dem OLG von dem seinen Pflichtteilsanspruch begründenden Umstand, dass die Grundstücksübertragung vom 30.12.2013 mit Beeinträchtigungsabsicht erfolgt sei und sich deshalb rechnerisch ein Pflichtteil ergebe, erhalten. Gegen die Pflichtteilsansprüche der Beklagten könne der Kläger mit einem Betrag von 54.251,84 € aus Auftrag aufrechnen. Dieser Betrag setze sich aus Auszahlungen vom Girokonto der Erblasserin von 1.500 €, 1.617,46 € und 26.133,48 € sowie dem erzielten Grundstückskaufpreis von 20.000 €, dem Betrag von 2.761,57 € aus der Auflösung der Konten der Erblasserin und den nach Abzug von Kosten verbleibenden Pachteinahmen von 6.396,69 € zusammen. Demgemäß verbleibe ein Pflichtteilsanspruch der Beklagten aus eigenem und abgetretenem Recht von 39.251,86 €.

**11** Hiergegen richten sich die Berufungen beider Parteien.

**12** Der Kläger erstrebt eine uneingeschränkte Verurteilung zur Herausgabe der Grundstücke sowie die Abweisung der Widerklage. Die Beklagte erstrebt auf ihre Widerklage eine höhere Verurteilung zur Zahlung von 78.814,89 € Zug um Zug gegen Übertragung, Auflassung und Eintragung des Klägers als Eigentümer der Grundstücke.

**13** Der Kläger rügt, dass das LG seine Verjährungseinrede gegenüber dem von der Beklagten aus abgetretenem Recht ihres Bruders A geltend gemachten Pflichtteilsanspruch nicht für durchgreifend erachtet hat. Im Erbscheinsverfahren (...) habe das Nachlassgericht mit Beschluss vom

06.11.2014 die zur Begründung des Erbscheins des Klägers erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet. Damit habe der Zedent A B von den für den Lauf des Verjährungsbeginns maßgeblichen Umständen, dem Tod der Erblasserin, dem Erb- und Erbverzichtsvertrag sowie seiner daraus resultierenden Enterbung, bereits im Jahre 2014 Kenntnis gehabt, sodass die Verjährung am 01.01.2015 begonnen und am 31.12.2017 geendet habe. Der Zedent habe die Ansprüche an die Beklagte mit Erklärung vom 10.08.2018 und damit zu einem Zeitpunkt, als sie bereits verjährt gewesen seien, abgetreten. Es treffe – entgegen der Auffassung des LG – nicht zu, dass A B bis zum Verhandlungstermin vom 26.01.2018 davon ausgegangen sei, dass sich zu seinen Gunsten rechnerisch kein Pflichtteil ergebe. Der Kläger habe sich in dem dem rechtlichen Vertreter des Zedenten am 09.12.2014 übersandten privatschriftlichen Nachlassverzeichnis auf die Dürftigkeitseinrede berufen und ihn über die eigenen Schenkungen der Beklagten informiert. Etwaige Pflichtteils-, Pflichtteilsergänzungs- sowie Auskunftsansprüche seien daher mit Ablauf des 31.12.2017 verjährt.

**14** Das LG habe nach seiner eigenen Berechnung fehlerhaft festgestellt, dass von den vom Kläger zur Aufrechnung gestellten 20.000 € nach Abzug der Beträge von 1.200 €, 1.097,18 € und 336,18 € ein restlicher Anspruch von 15.842,64 € verbleibe. Richtigerweise ergebe sich ein Betrag von 17.366,64 €. Der Kläger könne aber mit einer Nachlassforderung von 20.000 € gegenüber der Beklagten aufrechnen. Die angebliche Renovierung des Esszimmers habe keinem lebzeitigen Eigeninteresse der Erblasserin entsprochen, weshalb der Betrag von 1.200 € von dem Veräußerungserlös von 20.000 € nicht abzuziehen sei. Auch die Kosten des notariellen Übertragungsvertrags von 1.097,18 € seien nicht abzugsfähig, weil die Grundstücksübertragung keinem lebzeitigen Eigeninteresse der Erblasserin entsprochen habe. Dies gelte auch für die Kosten der Einmessung nebst Kosten der Umschreibung i. H. v. 336,18 €. Richtigerweise ständen dem Kläger damit aufrechenbare Forderungen in Höhe von insgesamt 58.409,20 € zu, sodass der Pflichtteilsanspruch der Beklagten aus eigenem Recht in Höhe von insgesamt 46.751,85 € erloschen sei. Die Beklagte könne auch keine Zinsen verlangen, da sich der Kläger nicht in Verzug befunden habe. Die Beklagte habe es unterlassen, dem Kläger vor der Zahlungsaufforderung die Auflassung des Grundbesitzes anzubieten.

**15** Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils,

1. die Beklagte zu verurteilen, die im Grundbuch von J, Blatt (...) A des AG Schmallenberg, eingetragenen Grundstücke Gemarkung (...), Flur (...), Nr. (...) „Landwirtschaftsfläche, (...)“ 2.63.29 ha und Gemarkung C, Flur (...) Nr. (...) an den Kläger zu übertragen, aufzulassen und die Eintragung des Klägers als Eigentümer im Grundbuch zu bewilligen;
2. sowie hilfsweise,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger einen Betrag i. H. v. 142.178,46 € nebst Zinsen i. H. v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Zustellung des Schriftsatzes

vom 18.08.2016 zu zahlen, sowie einen weiteren Betrag i. H. v. 103.611,54 €;

3. die Widerklage abzuweisen.

**16** Die Beklagte rügt die Kostenentscheidung des LG sowie, dass es ihren Widerklageantrag zu Unrecht teilweise abgewiesen habe. Die vom Kläger zur Aufrechnung gestellten Gegenansprüche beständen nicht. Es liege schon wegen des zwischen Eltern und Kindern regelmäßig bestehenden besonderen Vertrauensverhältnisses kein Auftragsverhältnis vor, aus dem die Beklagte rechenschaftspflichtig sei. Im Übrigen habe sie ihren Rechenschaftspflichten in erheblichen Teilen genügt. Sie habe nicht mehr jegliche einzelne Verfügung aufklären können und der Erblasserin gegenüber auch bereits – wie unter Beweis gestellt – Rechnung gelegt. Die im Schriftsatz vom 12.12.2019 benannte Zeugin G hätte vom LG vernommen werden müssen. Die Erblasserin habe hinsichtlich des bei der Beklagten verbliebenen Betrags von 20.000 € erklärt, die Beklagte solle das Geld für die Kosten der Versorgung und Unterbringung der Erblasserin bei der Beklagten verwenden. Ein etwaig verbleibender Restbetrag habe bei der Beklagten verbleiben sollen. Diese Zuwendung impliziere ein lebzeitiges Eigeninteresse der Erblasserin. Die Kosten für die Finanzierung des Führerscheins der Tochter der Beklagten seien eine Anstandsschenkung und von einem lebzeitigen Eigeninteresse der Erblasserin gedeckt. Der Erblasserin könne nicht unterstellt werden, dass sie ihrem Enkelkind einen Führerschein finanziert habe, um den Vertragserben zu beeinträchtigen. Eine weitere Auseinandersetzung mit den Aufrechnungspositionen sei wegen fehlender Begründung des LG nicht möglich. Schließlich habe der Kläger keinen Anspruch auf Rückzahlung der von der Beklagten vereinnahmten Pacht. Die Beklagte sei solange nicht verpflichtet gewesen, die Grundstücke zurück zu übertragen wie der Kläger nicht seiner Verpflichtung zur Auszahlung des Pflichtteils entsprochen habe.

**17** Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des am 27.01.2021 verkündeten Urteils des LG Kleve den Kläger zu verurteilen, an die Beklagte einen Betrag i. H. v. 78.814,89 € nebst Zinsen i. H. v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 39.407,44 € seit Zustellung der Widerklage und aus weiteren 39.407,44 € seit Zustellung des Schriftsatzes vom 11.09.2018 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übertragung, Auflassung und Eintragung der im Grundbuch von J, Blatt (...) A des AG Schmalenberg eingetragenen Grundstücke der Gemarkung (...), Flur (...) Nr. (...) und Gemarkung (...), Flur (...) Nr. (...) an den Kläger und Bewilligung dieser Eintragung.

**18** Beide Parteien beantragen,

die Berufung der jeweils anderen Partei zurückzuweisen.

**19** Der Kläger erwidert, dass das LG zutreffend aufgrund der vollumfänglichen Vorsorgevollmacht von einem Auftragsverhältnis im Sinne des § 662 BGB ausgegangen sei. Da die Beklagte die gemäß § 666 BGB geschuldete Rechenschaft nicht abgelegt habe, seien die Beträge von insgesamt 26.133,48 € dem Nachlass hinzuzurechnen. Ein lebzeitiges

Eigeninteresse der Beklagten an der Schenkung der 20.000 € habe nicht bestanden. Dies ergebe sich aus den eigenen Angaben der Beklagten bei ihrer Anhörung vor dem Senat.

**20** Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf den Inhalt der beigezogenen Akte (...) ergänzend Bezug genommen.

**21** Die Rechtsmittel der Parteien sind jeweils zulässig. In der Sache hat die Berufung des Klägers teilweise Erfolg, wohingegen die Berufung der Beklagten unbegründet ist.

**22** Mit den Rechtsmitteln der Parteien nicht angegriffen ist die Feststellung des LG, dass kein Grundbuchberichtigungsanspruch, dafür aber ein Herausgabeanspruch des Klägers aus § 2287 BGB in Bezug auf das durch den Übertragungsvertrag vom 30.12.2013 geschenkte Grundstück besteht. In Bezug auf ihre Verurteilung zur Herausgabe greift die Beklagte auch nicht den Zug um Zug vom Kläger zu zahlenden Betrag – aus ihrer Sicht in Höhe von nur 39.251,86 € – an. Sie verfolgt mit ihrer Berufung im Wege der Widerklage aus eigenem und abgetretenem Recht ihres Bruders A Pflichtteilsansprüche von insgesamt 78.814,89 € weiter, wohingegen der Kläger weder eine Zug um Zug-Leistung noch eine Zahlung auf die Widerklage erbringen will, weil er seine zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen für begründet erachtet.

**23** 1. Die Berufung des Klägers ist unbegründet, soweit er damit eine Herabsetzung der Zug um Zug gegen Herausgabe der Grundstücke von ihm zu erbringenden Zahlung, die das LG mit 39.251,86 € berechnet hat, begehrt.

**24** Der in der Berufungsinstanz unstreitige Herausgabeanspruch des Klägers aus § 2287 BGB ist auf das beschränkt, was nach Begleichung des Pflichtteils übrig bleibt. Der Vertragserbe ist von vornherein nicht im Sinne von § 2287 BGB beeinträchtigt, soweit ein Geschenk des Erblassers an den Pflichtteilsberechtigten dessen Pflichtteil zu decken geeignet ist (BGH, NJW 1984, 121; BeckOGK-BGB/Müller-Engels, Stand: 01.04.2022, § 2287 Rdnr. 105; Senat, ZEV 2013, 392).

**25** Der Vertragserbe ist aber auch nicht beeinträchtigt, soweit er ohne die Schenkung Ansprüche weiterer Pflichtteilsberechtigter hätte erfüllen müssen. Dies wird zwar, soweit ersichtlich, in Rechtsprechung und Literatur nicht ausdrücklich ausgesprochen, liegt aber den Beispielfällen von *Muscheler* (FamRZ 1994, 1361, 1365), in denen jeweils ein nicht Pflichtteilsberechtigter beschenkt wurde, ebenso zugrunde wie den Ausführungen von *Herzog* (Staudinger/*Herzog*, Neub. 2021, § 2329 Rdnr. 88), *Müller-Engels* (a. a. O., § 2287 Rdnr. 19), *Horn* (NK-BGB/*Horn*, 6. Aufl. § 2287 Rdnr. 9a) und *Roglmeier* (Krug/*Horn/Roglmeier*, Pflichtteilsprozess, 3. Aufl., Kap. 2 Rdnr. 304) zu den Pflichtteilsergänzungsansprüchen des Dritten gegen den Beschenkten aus § 2329 BGB. Für eine Berücksichtigung aller Pflichtteilsansprüche spricht auch, dass es anerkanntermaßen an einer Beeinträchtigung fehlt, wenn das Geschenk vollständig durch Nachlassverbindlichkeiten aufgezehrt worden wäre

(Grüneberg/Weidlich, 81. Aufl., § 2287 Rdnr. 5; Müller-Engels, a. a. O., Rdnr. 51).

**26** Deshalb ist, worauf der Prozessbevollmächtigte der Beklagten bei der Erörterung in der mündlichen Verhandlung vom 20.05.2022 zutreffend hingewiesen hat, auch der Pflichtteilsanspruch des Bruders der Parteien, der sich ergeben hätte, wenn die geschenkten Grundstücke im Nachlass geblieben wären, bei dem Merkmal der objektiven Beeinträchtigung zu berücksichtigen.

**27** Somit ist für den Anspruch des Klägers aus § 2287 BGB festzustellen, in welcher Höhe er, wenn die Schenkung nicht erfolgt wäre, Pflichtteilsansprüche seiner beiden Geschwister hätte erfüllen müssen. Insofern kommt es auf die Abtretung von Pflichtteilsansprüchen durch A B an die Beklagte und ihre mögliche Verjährung im Rahmen des Herausgabeanspruchs nach § 2287 BGB nicht an. Solche sind vielmehr wie auch die Pflichtteilsansprüche der Beklagten fiktiv zu berechnen und mindern die objektive Beeinträchtigung des Klägers durch die Schenkung.

**28 a)** Für die Berechnung der Pflichtteilsansprüche der beschenkten Beklagten ist nach herrschender Meinung (Müller-Engels, a. a. O., Rdnr. 105.1) nicht nur auf den geschenkten Gegenstand, sondern auf den gesamten Pflichtteil abzustellen, weil dies praktikabler handhabbar ist und Hin- und Herzählungen vermeidet.

**29** Insofern ist unstreitig, dass im Aktivnachlass der Erblasserin ein Sparkassenguthaben von 507,14 € und – wenn die Schenkung nicht erfolgt wäre – Grundstücke im Wert von insgesamt 245.790 € gewesen sind. Unstreitig ist auch, dass die von der Beklagten nach dem Tod der Erblasserin am 24.02.2014 und 14.03.2014 abgehobenen Beträge von 1.500 € und 1.617,46 € zum Todeszeitpunkt im Nachlass gewesen sein müssen. Des Weiteren fallen – nach den nicht angegriffenen Feststellungen des LG – in den Nachlass Herausgabeansprüche aus §§ 667, 1922 BGB aus der vor dem Tod der Erblasserin im Jahr 2013 erfolgten Auflösung eines Sparvertrags und von zwei Konten bei der Bank Y, die einen Betrag von 2.761,57 € ergeben hat. Im Passivnachlass sind – in zweiter Instanz nicht angegriffen – Verbindlichkeiten in Höhe von insgesamt 13.641,22 € zu berücksichtigen.

**30** Der Streit der Parteien geht in zweiter Instanz bei der Berechnung des fiktiven Pflichtteils der Beklagten noch darum, ob der Kläger Nachlassforderungen gegen die Beklagte aus Auftrag (§ 667 BGB) oder aus sonstigen Rechtsgründen hat, mit denen er einerseits „aufrechnen“ kann, die andererseits aber in den Nachlass fallen und die fiktiv zu berechnenden Pflichtteilsansprüche der Beklagten erhöhen.

**31 aa)** Der Kläger rügt mit seiner Berufung zu Unrecht, dass das LG die vollen 20.000 € hätte berücksichtigen müssen, weil ein lebzeitiges Eigeninteresse an der Schenkung der Beträge von 336,18 €, 1.097,18 € und 1.200 €, die das LG von den vereinnahmten 20.000 € in Abzug gebracht hat, nicht bestanden habe.

**32** Jedenfalls sind bei der Berechnung der fiktiven Pflichtteile im Aktivnachlass keine Ansprüche auf Herausgabe der 20.000 €, die die Erblasserin aus dem Verkauf eines Wald-

grundstücks im Jahr 2011 erzielt und der Beklagten überlassen hat, zu berücksichtigen.

**33** Handelte es sich hierbei, was der Kläger in erster Linie geltend machen will, um eine ihn als Vertragserben beeinträchtigende und einen Anspruch aus § 2287 BGB auslösende Schenkung, so würde dies den Aktivnachlass nicht erhöhen, weil es sich um einen persönlichen Anspruch des Vertragserben handelte (vgl. *Kind* in Damrau/Tanck, Praxis-Kommentar Erbrecht, 4. Aufl., § 2287 Rdnr. 14).

**34** Ein in den Nachlass fallender Anspruch aus §§ 667, 1922 BGB steht dem Kläger gegen die Beklagte insoweit nicht zu. Es kann nicht festgestellt werden, dass sie das ihr von der Erblasserin überlassene Geld von 20.000 € abredewidrig verwendet hätte.

**35** Die für den Führerschein der Tochter der Beklagten aufgewendeten 3.200 € sind weisungsgemäß verwendet worden, weil die Beklagte unwidersprochen vorgetragen hat, dass die Erblasserin der Enkelin diesen Betrag (und damit den Führerschein) schenken wollte. Wenn die Beklagte in Ausführung der Anweisung der Erblasserin den Betrag von 3.200 € aus dem Kaufpreiserlös für den Führerschein ihrer Tochter gezahlt hat, kann er von ihr nicht zurückverlangt werden. Ob diese Schenkung an die Enkelin der Erblasserin durch ein lebzeitiges Eigeninteresse gedeckt war, braucht nicht geprüft zu werden, weil sich ein etwaiger Herausgabeanspruch aus § 2287 BGB nicht gegen die Beklagte, sondern gegen die beschenkte Enkelin richten würde und als persönlicher Anspruch des Klägers keine den Aktivnachlass erhöhende Nachlassforderung wäre.

**36** Im Übrigen, d. h. in Höhe der noch verbleibenden 16.800 €, ist vom Vortrag der Beklagten, sie habe aus dem aus der Veräußerung des Waldgrundstücks erzielten Erlös von 20.000 € auf Wunsch der Erblasserin zunächst Pflege- und sonstige Kosten für sie bestreiten und einen etwaigen Rest behalten sollen, auszugehen. Für eine Schenkung, die der Kläger behauptet, hat er keinen Beweis angetreten, so dass eine solche nicht festgestellt werden kann.

**37** Als im vorgenannten Sinne auftragsgemäße Verwendungen sind die Positionen von 324 € (Gebühren der Einmessung des verkauften Waldgrundstücks), 336,18 € (Kosten für einen Rechtsstreit der Erblasserin) und 1.200 € (Kosten für die Herrichtung des Esszimmers als Raum für die Erblasserin) anzusehen.

**38** Es verbleibt mithin aus dem Kaufpreiserlös noch ein Betrag von rund 15.000 € (14.939,82 €), der zur Deckung des Lebensbedarfs der Erblasserin zur Verfügung gestanden hat. Dies ergibt, teilt man diesen Betrag auf die 27 Monate, die die Erblasserin bei der Beklagten gewohnt hat und von ihr versorgt worden ist, auf, einen monatlichen Betrag von rund 555 €. Dass ein solcher Betrag für die Unterbringung der Erblasserin, ihre Verköstigung und ihren sonstigen Lebensbedarf (zum Beispiel Kleidung und Körperpflege) angefallen ist, schätzt der Senat nach § 287 ZPO. Es versteht sich von selbst, dass Kosten für den Unterhalt der Erblasserin angefallen sind. Verglichen mit den damals geltenden Sozialhilfesätzen ist ein Betrag von 555 € jedenfalls nicht übermäßig.

**39** Selbst wenn man einen geringeren Monatsbetrag annähme, wäre der Beklagten nach ihrem unwidersprochenen Vortrag der von den 20.000 € noch verbleibende Rest geschenkt worden. Insoweit bestände schon kein Rückforderungsanspruch des Klägers aus § 2287 BGB, weil die Schenkung durch ein lebzeitiges Eigeninteresse der Erblasserin an der Aufnahme in den Haushalt der Beklagten gedeckt wäre. Im Übrigen fiele ein etwaiger Herausgabeanspruch auch nicht in den Nachlass.

**40** bb) Zutreffend hat das LG im Aktivnachlass eine Forderung von 26.133,48 € aus § 667 BGB berücksichtigt, die es damit begründet hat, dass der Kläger die Abhebungen vom Konto der Erblasserin im Einzelnen dargelegt und die Beklagte nichts zur auftragsgemäßen Verwendung des Erlangten vorgetragen habe. Es ist von einem Auftragsverhältnis im Sinne des § 662 BGB und nicht von einem bloßen Gefälligkeitsverhältnis auszugehen. Dies ergibt sich daraus, dass die Erblasserin über erhebliches Vermögen verfügte und die Beklagte umfangreich bevollmächtigt war; sie konnte auch über das Grundvermögen der Erblasserin verfügen und Geschäfte mit sich selbst tätigen (vgl. zur Abgrenzung OLG Brandenburg, ErbR 2019, 521).

**41** Allerdings betreffen die in der Auflistung der Kontoabhebungen (...) zuletzt aufgeführten und in die Summe von 26.133,48 € eingeflossenen Beträge von 1.500 € und 1.617,46 € die nach dem Tod der Erblasserin getätigten Abhebungen, die bereits im Aktivnachlass berücksichtigt worden sind und nicht doppelt angesetzt werden können.

**42** Demgemäß ergibt sich folgender Aktivnachlass

65.823 €

179.967 €

507,14 €

1.500 €

1.617,46 €

2.761,57 €

23.016,02 €

275.192,19 €

- 13.641,22 € Nachlassverbindlichkeiten

261.550,97 € Reinnachlass und damit ein fiktiver Pflichtteil der Beklagten von  $\frac{1}{6}$  = 43.591,83 €.

**43** b) Der fiktive Pflichtteil des A B von ebenfalls  $\frac{1}{6}$  ist nur bezogen auf die geschenkten Grundstücke, die zum Zeitpunkt des Erbfalls einen Wert von 245.790 € hatten, zu berechnen, was einen Betrag von 40.965 € ergibt. Darüber hinausgehende Pflichtteilsansprüche des A B hinsichtlich des übrigen Nachlasses bestehen gegen den Kläger als Erben grundsätzlich weiter fort (vgl. juris PK-BGB/Birkenheier, 9. Aufl., § 2329 Rdnr. 58) und mindern nicht die Beeinträchtigung des Klägers durch das Geschenk.

**44** Der Kläger kann das der Beklagten geschenkte Grundstück somit gegen Zahlung des Betrages von 84.556,83 €, der, wenn das Grundstück noch im Nachlass vorhanden ge-

wesen wäre, den von ihm zu erfüllenden Pflichtteilen entspreche, herausverlangen.

**45** 2. Allerdings stehen dem Kläger als Alleinerben – wie oben ausgeführt – Gegenansprüche aus §§ 667, 1922 BGB i. H. v. 1.500 €, 1.617,36 €, 2.761,57 € und 23.016,02 € zu, die er zwar nicht im Wege der Aufrechnung, weil es sich nur um fiktiv berechnete Pflichtteilsansprüche handelt, aber gemäß § 242 BGB zur Vermeidung von Hin- und Herzahlungen der an die Beklagte Zug um Zug gegen Herausgabe der Grundstücke zu leistenden Zahlung entgegenhalten kann. Dies gilt auch für die von der Beklagten vereinnahmten Pachtzahlungen, die abzüglich der von ihr mit 1.990,63 € berechneten Kosten 6.396,69 € betragen. Diese hat sie nach §§ 2287, 818 Abs. 1 BGB, wonach sich die Verpflichtung zur Herausgabe auch auf die gezogenen Nutzungen erstreckt, herauszugeben. Die Auffassung der Beklagten, dass sie zur Rückzahlung der von ihr vereinnahmten Pacht nicht verpflichtet sei, weil sie zur Herausgabe der Grundstücke so lange nicht verpflichtet gewesen sei, wie der Kläger ihren Pflichtteil nicht erfüllt habe, trifft nicht zu; auf einen Verzug mit der Herausgabe der Grundstücke kommt es nicht an.

**46** Die vom Kläger Zug um Zug gegen Herausgabe des Grundstücks zu leistende Zahlung würde somit 49.265,19 € betragen. Da die Beklagte das Urteil jedoch nicht hinsichtlich der vom LG errechneten Zug um Zug gegen Herausgabe des Grundstücks zu erbringenden Zahlung von (nur) 39.251,86 € angegriffen hat, verbleibt es dabei. Es braucht nicht entschieden zu werden, ob die fiktive Aufrechnung auch gegenüber den Pflichtteilsansprüchen des Bruders A zu berücksichtigen wäre, nachdem dieser sie an die Beklagte abgetreten hat, weil sich die Gegenansprüche auf 28.894,95 € aus § 667 BGB und auf 6.396,69 € aus §§ 2287, 818 BGB belaufen und damit geringer sind als der fiktive Pflichtteil der Beklagten aus eigenem Recht.

**47** 3. Die Berufung des Klägers ist begründet, soweit er sich damit gegen seine Verurteilung auf die Widerklage wendet. Dementsprechend ist die Berufung der Beklagten, die eine höhere Verurteilung des Klägers auf die Widerklage erstrebt, unbegründet.

**48** Pflichtteilsansprüche aus eigenem und abgetretenem Recht des A B kann die Beklagte mit der Widerklage nicht geltend machen.

**49** Solche richteten sich nach dem zum Zeitpunkt des Todes der Erblasserin vorhandenen Realnachlass (ohne die an die Beklagte verschenkten Grundstücke) und sind nicht – wie im Rahmen des Herausgabeanspruchs nach § 2287 BGB – fiktiv unter Einbeziehung der herauszugebenden Schenkung zu berechnen. Der Rückgewähranspruch aus § 2287 BGB steht dem Vertragserben persönlich zu und zählt nicht zum Nachlass (*Schlitt/Müller-Engels*, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl., § 5 Rdnr. 170). Den hiergegen vom Prozessbevollmächtigten der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 20.05.2022 erhobenen Bedenken wird dadurch Rechnung getragen, dass die Beklagte das Geschenk in Höhe fiktiver Pflichtteilsansprüche behalten darf und A B Pflichtteilsergänzungsansprüche nach § 2329 BGB

gegen die Beklagte als Beschenkte zustehen (vgl. Staudinger/*Herzog*, § 2325 Rdnr. 62 ff.; MünchKomm-BGB/*Lange*, 8. Aufl., § 2325 Rdnr. 16).

**50** Folgte man der Auffassung der für den Wert des Nachlasses darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten, dass Forderungen gegen sie aus §§ 667, 1922 BGB nicht bestehen und damit auch nicht zum Nachlass gehören, wäre der reale Nachlass angesichts von Verbindlichkeiten i. H. v. 13.641,22 € überschuldet, sodass für Pflichtteilsansprüche kein Raum wäre.

**51** Jedenfalls sind die Pflichtteilsansprüche der Beklagten und des Zedenten von jeweils 2.626,83 € aufgrund der vom Kläger erklärten Aufrechnung erloschen und solche des Zedenten aufgrund der vom Kläger erhobenen Verjährungseinrede auch nicht mehr durchsetzbar, § 214 Abs. 1 BGB.

**52** Die dreijährige Verjährung nach §§ 195, 199 BGB begann mit dem Schluss des Jahres 2014 zu laufen, weil der Zedent zu diesem Zeitpunkt Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen, d. h. dem Tod der Mutter und seiner Enterbung hatte. Das AG Kleve hatte durch den Beschluss (...) festgestellt, dass die vom Zedenten gegen die Erteilung des vom Kläger beantragten Erbscheins als Alleinerben erhobenen Einwendungen unbegründet sind. Der Zedent wusste zu diesem Zeitpunkt auch, dass die verschenkten Grundstücke nicht mehr im Nachlass waren. Daran hat sich durch die vom Kläger erhobene Herausgabeklage nichts geändert. Darauf, ob der Zedent Kenntnis von der Zusammensetzung des Nachlasses hatte, kommt es nicht an (BGH, ZEV 2013, 258).

**53** Die somit zum 31.03.2017 endende Verjährung ist nicht durch Verhandlungen nach § 203 BGB bis zur Erhebung der Widerklage im September 2018 gehemmt gewesen. Der Zedent hat mit Anwaltsschreiben vom 14.05.2014 (...) Ansprüche gegen den Kläger als Erbschaftsbesitzer geltend gemacht und auf Pflichtteilsansprüche hingewiesen. Der Kläger hat mit anwaltlichem Schreiben vom 09.12.2014 (...) geantwortet und Auskunft über den Nachlassbestand erteilt. Selbst wenn man sieben Monate Hemmungszeit hinzurechnet, wäre die Verjährung zum Zeitpunkt der im September 2018 aus abgetretenem Recht erhobenen Widerklage und auch zum Zeitpunkt der Abtretungserklärung im August 2018 abgelaufen gewesen. Etwas anderes ergibt sich nicht aus § 203 Satz 2 BGB, weil bei Ende der Hemmung im Dezember 2014 noch mehr als drei Monate der Verjährungsfrist offen waren.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Dominik Meier**, LL.M. (Yale), Obernburg am Main

### 1. Sachverhalt

Der Entscheidung des OLG Düsseldorf lag vereinfacht und verkürzt dargestellt folgender Sachverhalt zugrunde: Die Erblasserin hatte drei Kinder: den Kläger, die Beklagte und einen weiteren Sohn, der seinen Pflichtteilsanspruch

an die Beklagte abgetreten hatte. Vor ihrem Tod schloss die Erblasserin mit dem Kläger einen Erbvertrag, in dem sie ihn vertragsmäßig zum Alleinerben einsetzte. Einige Jahre später erteilte die Erblasserin der Beklagten eine Vorsorgevollmacht und befreite sie von den Beschränkungen des § 181 BGB. Nachdem die Erblasserin pflegebedürftig wurde, übertrug die Beklagte im Namen der Erblasserin (und wohl auch mit ihrem Einverständnis) ein Grundstück schenkweise an sich selbst. Nach dem Tod der Erblasserin verlangte der Kläger die Herausgabe des Grundstücks, weil er durch die Schenkung als Vertragserbe beeinträchtigt werde. Die Beklagte machte widerklagend eigene und von ihrem Bruder abgetretene Pflichtteilsansprüche geltend.

## 2. § 2287 BGB

Hat der Erblasser in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, eine Schenkung gemacht, so kann der Vertragserbe, nachdem ihm die Erbschaft angefallen ist, gemäß § 2287 BGB von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenks nach den §§ 818 ff. BGB verlangen. Das Merkmal der Beeinträchtigungsabsicht besteht aus zwei Komponenten: *Subjektiv* muss der Erblasser in Beeinträchtigungsabsicht gehandelt, *objektiv* muss die Schenkung eine berechtigter Erwartung des Vertragserben beeinträchtigt haben.<sup>1</sup>

### a) Beeinträchtigungsabsicht

Typischerweise geht es bei Streitigkeiten um § 2287 BGB um die Frage der Beeinträchtigungsabsicht. Früher nahm die Rechtsprechung eine Beeinträchtigungsabsicht nur an, wenn sie das ausschlaggebende Motiv für die Schenkung war.<sup>2</sup> Nachdem § 2287 BGB wegen Nachweis-schwierigkeiten weitgehend leer lief, änderte der BGH 1972 seine Rechtsprechung.<sup>3</sup> Seither ist von einer Beeinträchtigungsabsicht auszugehen, wenn der Erblasser das ihm verbliebene lebzeitige Verfügungsrecht (§ 2286 BGB) missbraucht hat, d. h. kein anerkanntes wertvolles Eigeninteresse an der Schenkung hatte. Im vorliegenden Fall war ein solches Eigeninteresse nicht ersichtlich, da das Gericht davon überzeugt war, dass die Schenkung dem Wunsch der Erblasserin entsprach, die nicht wollte, dass der Kläger noch mehr erhält<sup>4</sup> – der Parade-fall der Beeinträchtigungsabsicht.

### b) Objektive Beeinträchtigung des Vertragserben

Im Mittelpunkt des Urteils stand vielmehr die Frage, ob der Vertragserbe durch die Schenkung überhaupt objek-

1 BeckOGK-BGB/*Müller-Engels*, Stand: 01.01.2024, § 2287 Rdnr. 40.

2 BGH, Urteil vom 08.07.1954, IV ZR 229/53, BeckRS 1954, 31398122. Dies führte zu merkwürdigen Behilfskonstruktionen wie der „Aushöhlungs-nichtigkeit“, wonach die Schenkung selbst gemäß § 134 BGB nichtig sein konnte, wenn sie den Vertragserben beeinträchtigt. Hierzu BeckOGK-BGB/*Müller-Engels*, § 2286 Rdnr. 14 ff.

3 BGH, Urteil vom 05.07.1972, IV ZR 125/70, NJW 1973, 240.

4 So ausdrücklich die Vorinstanz LG Kleve, Urteil vom 27.01.2021, 1 O 49/15, BeckRS 2021, 60084 Rdnr. 53.

tiv beeinträchtigt wurde. Eine Beeinträchtigung liegt zum Beispiel nicht vor, wenn der Erbvertrag einen Änderungsverbehalt enthält (dann hätte der Erblasser dem Beschenkten das Geschenk auch durch letztwillige Verfügung zuwenden können)<sup>5</sup> oder wenn der Nachlass überschuldet ist (dann hätten die Schulden den Wert des Geschenks sowieso aufgezehrt).<sup>6</sup> Im vorliegenden Fall war die objektive Beeinträchtigung wegen des Spannungsverhältnisses zwischen § 2287 BGB und dem Pflichtteilsrecht fraglich. Das zeigt folgende Überlegung eindrücklich:<sup>7</sup> Schenkt der Erblasser einem Pflichtteilsberechtigten einen Gegenstand, so ist dieser im Zeitpunkt des Erbfalls nicht mehr im Nachlass vorhanden. Da sich der Pflichtteilsanspruch nach dem Wert zur Zeit des Erbfalls bemisst (§ 2311 Abs. 1 Satz 1 BGB), ist die Pflichtteilshöhe rechnerisch geringer, als wenn der Gegenstand nicht verschenkt worden wäre. Verlangt der Vertragserbe den verschenkten Gegenstand vom Pflichtteilsberechtigten heraus, fällt der Gegenstand nicht in den Nachlass, weil es sich bei § 2287 BGB um einen persönlichen Anspruch des Vertragserben handelt.<sup>8</sup> Daher erhöht sich weder der Nachlasswert noch die Pflichtteilshöhe. Der Pflichtteilsberechtigte verliert den Gegenstand und muss sich anschließend mit einem geringeren Pflichtteil begnügen, als ihm zustehen würde, wenn der Erblasser ihm den Gegenstand nicht geschenkt hätte. Anders als ein nicht beschenkter Pflichtteilsberechtigter kann er auch keinen Pflichtteilsergänzungsanspruch aus § 2325 BGB geltend machen.

aa) Einschränkung des § 2287 BGB bei Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte

Dieses Ergebnis bedarf der Korrektur. Denn wenn der Vertragserbe den Pflichtteil aus dem Nachlass zu entrichten hat (§ 1967 Abs. 2, § 2303 BGB) und für Pflichtteilsergänzungsansprüche vorrangig vor dem Beschenkten haftet (§§ 2325, 2329 BGB), ist seine Erberwartung von vornherein um die Pflichtteilslast begrenzt. Der Anspruch aus § 2287 BGB kann nur so weit gehen, wie der Vertragserbe in seiner berechtigten Erberwartung beeinträchtigt wird. Die Rechtsprechung beschränkt den Anspruch daher auf das, was nach Begleichung des Pflichtteils übrigbleibt.<sup>9</sup> Daraus folgt, dass der Vertragserbe, wenn er die Herausgabe des Geschenks verlangt, zugleich den fiktiven Pflichtteil an den Beschenkten auskehren muss.<sup>10</sup> Der

Pflichtteil ist fiktiv so zu berechnen, als ob sich der geschenkte Gegenstand noch im Nachlassvermögen befände.<sup>11</sup> Damit wird das oben beschriebene Dilemma vermieden, dass die – herauszugebende – Schenkung die Pflichtteilshöhe mindert. Der BGH möchte diese Grundsätze sogar dann anwenden, wenn der Erblasser mit dem Pflichtteilsberechtigten einen Erb- oder Pflichtteilsverzicht geschlossen hat.<sup>12</sup> Denn dieser hätte nach § 2351 BGB jederzeit aufgehoben werden können, sodass eine entsprechende Erberwartung des Vertragserben nicht bestehen konnte. Ist der Pflichtteilsberechtigte bei Tod des Erblassers bereits vorverstorben, ist der Anspruch hingegen nicht zu kürzen.<sup>13</sup>

bb) Abwicklung über das Bereicherungsrecht

Dogmatisch funktioniert die Abwicklung über die Rechtsfolgenverweisung<sup>14</sup> des § 2287 Abs. 1 BGB in das Bereicherungsrecht. Der Beschenkte hat dem Vertragserben den Gegenstand herauszugeben. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt war es ein Grundstück. Spiegelbildlich muss der Vertragserbe dem beschenkten Pflichtteilsberechtigten seinen Pflichtteil auskehren, also einen Geldanspruch erfüllen. Beide Ansprüche stehen aufgrund des Spannungsverhältnisses von § 2287 BGB und dem Pflichtteilsrecht in einem Gegenseitigkeitsverhältnis. In vergleichbaren bereicherungsrechtlichen Sachverhalten wendet der BGH die Saldotheorie an: Gleichartige Leistungen werden saldiert, ungleichartige Leistungen sind automatisch – d. h. ohne Erhebung der Einrede aus § 273 BGB – Zug um Zug rückabzuwickeln.<sup>15</sup> Diese Grundsätze überträgt der BGH auch auf den Anspruch aus § 2287 BGB und die Auskehr des fiktiven Pflichtteilsanspruchs.<sup>16</sup> Im Urteil war die Beklagte deshalb zu einer Leistung Zug um Zug zu verurteilen. Ist der geschuldete Gegenstand untergegangen, richtet sich der Anspruch auf Wertersatz (§ 818 Abs. 2 BGB), sodass der Anspruch aus § 2287 BGB wegen der Gleichartigkeit mit dem auf Zahlung gerichteten Pflichtteilsan-

5 BGH, Urteil vom 11.06.1986, IVa ZR 248/84, MittBayNot 1986, 265, 266.

6 BGH, Urteil vom 21.06.1989, IVa ZR 302/87, NJW 1989, 2389, 2391.

7 Vgl. Schindler, DNotZ 2004, 824, 827; Raff, ErbR 2023, 667, 669.

8 RG, Urteil vom 19.06.1911, Rep. IV. 530/10, RGZ 77, 5; BGH, Urteil vom 03.07.1980, IVa ZR 38/80, NJW 1980, 2461, 2462. Siehe für eine kritische Analyse zu den daraus resultierenden Folgen Muscheler, FamRZ 1994, 1361 ff.

9 BGH, Urteil vom 28.09.1983, IVa ZR 168/82, NJW 1984, 121, 122.

10 Ebd.

11 Ebd.

12 BGH, Urteil vom 12.06.1980, IVa ZR 5/80, NJW 1980, 2307, 2308. A. A. Schindler, ErbR 2015, 526, 529. Einschränkung OLG Karlsruhe, Urteil vom 16.07.1999, 19 U 174/98, ZEV 2000, 108; OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.04.2012, I-7 U 184/10, ZEV 2013, 392, 394: Die Möglichkeit einer Aufhebung bleibt außer Betracht, wenn der Vertragserbe darauf vertrauen konnte, dass seine Rechte nicht nachträglich durch eine Aufhebung des Pflichtteilsverzichts beeinträchtigt würden.

13 BGH, Urteil vom 20.11.2013, IV ZR 54/13, NJW 2014, 782, 784 Rdnr. 23.

14 RG, Urteil vom 24.11.1932, VIII 331/32, RGZ 139, 17, 22; BeckOGK-BGB/Müller-Engels, § 2287 Rdnr. 95.

15 BGH, Urteil vom 24.06.1963, VII ZR 229/62, NJW 1963, 1870, 1871; Urteil vom 11.01.1980, V ZR 155/78, NJW 1980, 1789, 1790.

16 BGH, Urteil vom 28.09.1983, IVa ZR 168/82, NJW 1984, 121, 122. Das kann man kritisch sehen: Die Saldotheorie wurde für die Rückabwicklung unwirksamer gegenseitiger Verträge („Fortwirkung des Synallagmas“) entwickelt. Ein solcher liegt im Verhältnis Vertragserbe und Beschenkte nicht vor.

spruchs zu saldieren ist und von vornherein nur ein Anspruch in Höhe des Saldos besteht. Damit nicht genug: Ist der verschenkte Gegenstand mehr als die Hälfte des Pflichtteils wert, wendet der BGH zudem die Grundsätze zur gemischten Schenkung an.<sup>17</sup> In diesem Fall muss der Beschenkte den Gegenstand nicht herausgeben, sondern der Anspruch des Vertragserben beschränkt sich auf Zahlung der Wertdifferenz.<sup>18</sup> Entspricht der Wert des geschenkten Gegenstands mindestens der Höhe des Pflichtteils, geht der Anspruch aus § 2287 BGB sogar ins Leere, da der Vertragserbe objektiv nicht beeinträchtigt wird.

An dieser Rechtsprechung gibt es einige Kritik. Insbesondere ist nicht einzusehen, warum der gesamte fiktive Pflichtteil an den Beschenkten auszukehren ist. Sinnvoller erscheint, nur den auf das geschenkte Grundstück bezogenen Teil auszukehren; mit dem „normalen“ Pflichtteil könnte der Beschenkte etwa aufrechnen oder ihn widerklagend geltend machen.<sup>19</sup> Denn wenn man der bisherigen Rechtsprechung folgt, ist das Schicksal des „normalen“ Pflichtteil nach Auskehr in der Rechtsprechung ungeklärt.<sup>20</sup> Richtigerweise dürfte der Beschenkte diesen dann nicht mehr geltend machen können, weil er andernfalls doppelt bereichert wäre.<sup>21</sup>

### 3. Neues aus Düsseldorf: Auch der Pflichtteil eines Dritten sei einzubeziehen

Das OLG Düsseldorf hat nach den soeben dargestellten Grundsätzen entschieden. Neu ist allerdings die Art und Weise, wie das Gericht den fiktiven Pflichtteilsanspruch berechnet hat, den der Vertragserbe auskehren muss. Es hat nicht nur den Pflichtteil der beschenkten Beklagten einbezogen, sondern auch den Pflichtteilsanspruch des dritten, am Verfahren nicht beteiligten Geschwisterteils. Das Gericht hat ausdrücklich festgestellt, dass dies nicht daran lag, dass der Dritte seinen Pflichtteilsanspruch an die Beklagte abgetreten hatte – der Anspruch war sogar verjährt. Vielmehr sei der Vertragserbe, soweit er Pflichtteilsansprüche Dritter erfüllen muss, nicht im Sinne des § 2287 BGB objektiv beeinträchtigt, da auch diese seine Erberwartung minderten. Allerdings sei nur die fiktive

Komponente des Pflichtteils des Dritten auszukehren, d. h. der auf das geschenkte Grundstück bezogene Teil. Der übrige „normale“ Pflichtteil des Dritten bleibe bestehen und mindere die Beeinträchtigung des Vertragserben nicht.

Diese letzte Einschränkung, die das Gericht nur beiläufig erwähnt,<sup>22</sup> ist wichtig. Müsste der Vertragserbe den fiktiven Pflichtteil des Dritten in voller Höhe an den Beschenkten auskehren, käme es zu einer Doppelbelastung, weil der Vertragserbe zusätzlich dem Pflichtteilsanspruch des Dritten aus § 2303 BGB ausgesetzt wäre.<sup>23</sup> Die Entscheidung überzeugt gleichwohl nicht. Dies wird deutlich, wenn man den Sachverhalt weiterdenkt und § 2287 BGB in Beziehung zu § 2325 BGB setzt: Der Dritte kann vom Vertragserben nicht nur seinen „normalen“ Pflichtteil (§ 2303 BGB) verlangen, sondern auch einen Pflichtteils-ergänzungsanspruch (§ 2325 BGB). Dieser kann unter Umständen (wenn die Zehn-Jahres-Frist des § 2325 Abs. 3 BGB noch nicht zu einer Abschmelzung geführt hat) genau die Höhe haben, die bei dem Anspruch des Vertragserben zum Abzug gebracht wurde, nämlich den Betrag, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlass hinzugerechnet wird. Dies würde den Vertragserben doppelt belasten, was nicht seiner Erberwartung entspricht, und ihn letztlich in dieser Höhe im Sinne des § 2287 BGB objektiv beeinträchtigt. Auch ist nicht nachvollziehbar, warum der beschenkte Pflichtteilsberechtigten durch die Anrechnung des (fiktiven) Pflichtteils eines Dritten letztlich bereichert werden sollte. Es wäre ebenso widersinnig, an einen Beschenkten, der nicht pflichtteilsberechtigt ist, den (fiktiven) Pflichtteil anderer auszukehren.

17 BGH, Urteil vom 12.06.1980, IVa ZR 5/80, NJW 1980, 2307, 2309: „[Der Vertragserbe kann] das geschenkte Grundstück (bei entsprechender Zug-um-Zug-Leistung) nur dann herausverlangen [...], wenn die Schenkung überwiegend nicht anzuerkennen ist, also wenn derjenige Wertanteil der Schenkung, der nach den oben dargelegten Grundsätzen hinzunehmen ist, geringer wiegt als der nach § 2287 BGB auszugleichende überschießende Anteil.“

18 Zu Recht wendet *Muscheler*, FamRZ 1994, 1361, 1367 ein, dass der Pflichtteilsberechtigten ohne die Schenkung nicht den Gegenstand, sondern nur den Pflichtteilsanspruch in Geld erhalten hätte.

19 *Muscheler*, FamRZ 1994, 1361, 1367; *Schindler*, ZErB 2007, 39; *ders.* ErbR, 526, 529; *Ruby/Schindler*, ZEV 2018, 21, 23; *Raff*, ErbR 2023, 667, 669.

20 Vgl. *Ruby/Schindler*, ZEV 2018, 21, 23 m. w. N.

21 Anders das OLG Düsseldorf im vorliegenden Fall.

22 Entscheidungsgründe unter II. 1. b). Das Urteil ist semantisch verwirrend: Der „fiktive Pflichtteil“, wie der BGH die Pflichtteilshöhe getauft hat, die sich ohne die Schenkung berechnen würde, besteht eigentlich aus zwei Komponenten: erstens dem normalen Pflichtteil, der sich nach dem Wert des Nachlasses zum Zeitpunkt des Erbfalls berechnet, sowie zweitens der fiktiven Pflichtteilshöhe, die sich ausschließlich aus dem Wert der Schenkung ergibt. Beide Teile hat der Vertragserbe nach der ständigen Rechtsprechung auszukehren, wenn er die Herausgabe des Geschenks von einem Pflichtteilsberechtigten verlangt. Das OLG Düsseldorf verwendet den Begriff aber auch bzgl. des Pflichtteils Dritter, der die objektive Beeinträchtigung des Klägers durch die Schenkung mindert, obwohl das Gericht eigentlich damit nur die zweite, fiktive Komponente meint. Diese semantische Ungenauigkeit hat bereits in die Literatur Einzug gefunden, vgl. *Raff*, ErbR 2023, 667, 670; *BeckOGK-BGB/Müller-Engels*, § 2287 Rdnr. 43; *BeckOK-BGB/Litzenburger*, Stand: 01.11.2023, § 2287 Rdnr. 10.

23 Diese Einschränkung übergehend *Raff*, ErbR 2023, 667, 670.

## HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

### 14. Ermächtigung zur Ausnutzung eines genehmigten Kapitals unter Ausschluss des Bezugsrechts

BGH, Urteil vom 23.05.2023, II ZR 141/21 (Vorinstanz: OLG Nürnberg, Urteil vom 11.08.2021, 12 U 1149/18)

*AktG § 186 Abs. 4 Satz 2, § 203 Abs. 2 Satz 2*

#### LEITSÄTZE:

1. Die Benennung der Zwecke der Ermächtigung zur Ausnutzung eines genehmigten Kapitals unter Ausschluss des Bezugsrechts muss nicht im Ermächtigungsbeschluss, sondern kann auch in einem nach § 203 Abs. 2 Satz 2, § 186 Abs. 4 Satz 2 AktG der Hauptversammlung zugänglich zu machenden Vorstandsbericht durch eine nicht abschließende, beispielhafte Aufzählung von Ausschlussfällen erfolgen.
2. Beschließt die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft eine Satzungsänderung, durch die der Vorstand bei der Nutzung eines genehmigten Kapitals ermächtigt wird, über den Ausschluss des Bezugsrechts zu entscheiden, ist der entsprechend § 186 Abs. 4 Satz 2 AktG zu erstellende Vorstandsbericht bei der Auslegung des Hauptversammlungsbeschlusses heranzuziehen.

### 15. Anmeldung durch aufschiebend bedingten bestellten Geschäftsführer

OLG Hamm, Beschluss vom 15.06.2023, 27 W 42/23

*FamFG § 58*

*GmbHG § 39*

*GNotKG § 36 Abs. 3*

#### LEITSÄTZE:

1. Ist der bereits neu bestellte aber noch nicht eingetragene Geschäftsführer selbst anmeldeberechtigt, so ist die Anmeldung einer in der Zukunft liegenden Bestellung zum neuen Geschäftsführer wirksam. Den Anforderungen an eine Anmeldeberechtigung genügt dabei eine aufschiebend bedingte Bestellung. Es reicht daher für die Wirksamkeit der Anmeldung aus, wenn die Anmeldung durch den Verfahrensbevollmächtigten unmittelbar nach Eintritt der aufschiebend bedingten Bestellung eingereicht wird. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Der bestellte (neue) Geschäftsführer ist auch anmeldebefugt. Eine Anmeldeberechtigung liegt auch im Falle einer aufschiebend bedingten Bestellung nach Eintritt der Bedingung vor. (Leitsatz der Schriftleitung)

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Mit notariell beglaubigter Anmeldung ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 11.04.2023 haben die Beteiligten – der bereits bestellte Geschäftsführer und der mit Wirkung zum 01.05.2023 neu bestellte Geschäftsführer – das Ausscheiden eines weiteren Geschäftsführers und die Neubestellung zum Geschäftsführer angemeldet. Der Verfahrensbevollmächtigte hat die Anmeldung weisungsgemäß erst nach diesem Datum am 04.05.2023 an das Registergericht weitergeleitet.

2 Das Registergericht hat die Anmeldung durch Beschluss vom 23.05.2023 zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der neu bestellte Geschäftsführer zum Zeitpunkt der maßgeblichen Abgabe der entsprechenden Erklärung beim Notar noch nicht anmeldeberechtigt gewesen sei, da die Wirkung seiner Bestellung erst zum 01.05.2023 eintreten sollen. Entgegen der Beurteilung der Beteiligten sei für die Frage der Anmeldebefugnis nicht der spätere Eingang beim Registergericht maßgeblich.

3 Hiergegen wenden sich die Beteiligten mit der näher begründeten Beschwerde vom 26.05.2023, der das AG nicht abgeholfen hat.

4 B. Die nach den §§ 58 ff. FamFG zulässige Beschwerde ist begründet. Die vom AG angeführten Umstände stehen der begehrten Anmeldung nicht entgegen.

5 Entgegen der Beurteilung des AG ist der neu bestellte Geschäftsführer zur Anmeldung im Rahmen des § 39 GmbHG befugt. Die vorliegende Fallgestaltung begegnet hinsichtlich der Wirksamkeit der zur Beurteilung anstehenden Anmeldung keinen Bedenken.

6 Der Verweis des AG darauf, dass für die Frage der Anmeldeberechtigung auf den Zeitpunkt der Abgabe der entsprechenden Erklärung vor dem Notar abzustellen sei, steht der Eintragungsfähigkeit der in Rede stehenden Anmeldung nicht entgegen. Auch der bestellte (neue) Geschäftsführer ist anmeldebefugt. Bedenken hieran ergeben sich insbesondere nicht aus den vom AG genannten Fundstellen aus der Kommentierung und Rechtsprechung, da diese sich auf andere Sachverhalte beziehen.

7 Es geht vorliegend nicht um die Behandlung von Fällen, in denen der neue Geschäftsführer zum Zeitpunkt der Vornahme der notariell beglaubigten Anmeldung noch gar nicht bestellt worden ist oder erst zu einem späteren Zeitpunkt noch ein sich auf die Geschäftsführung oder Vertretung auswirkender Gesellschafterbeschluss gefasst wird. Auf derartige Sachverhalte beziehen sich die vom AG genannten Fundstellen, die eine Anmeldebefugnis in derartigen Sachverhalten verneinen (vgl. hierzu: *Beurskens* in Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl., § 39 Rdnr. 11; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.12.1999, 3 Wx 354/99; BayObLG, Beschluss vom 17.09.2003, 3 ZBR 183/03).

8 Ein derartiger Sachverhalt ist vorliegend bereits nicht gegeben. Der Geschäftsführer ist insbesondere nicht erst nach der Anmeldung durch einen Gesellschafterbeschluss bestellt worden. Die Wirksamkeit der bereits erfolgten Bestellung sollte vielmehr lediglich erst zu einem

späteren Zeitpunkt eintreten. Eine aufschiebend bedingte Bestellung genügt den Anforderungen hinsichtlich einer Anmeldeberechtigung (vgl. MünchKomm-GmbHG/Stephan/Tieves, 4. Aufl., § 39 Rdnr. 23; LG Chemnitz, Beschluss vom 05.02.2008, 2 HKT 56/08).

9 Auch die weiteren vom AG in diesem Zusammenhang zitierten Fundstellen behandeln Sachverhalte, die vorliegend nicht gegeben sind. So bezieht sich insbesondere der genannte Beschluss des OLG Brandenburg vom 05.06.2012, 7 Wx 13/12, auf den Fall, dass eine zum Zeitpunkt der Anmeldung bestehende Befugnis, die erst nachfolgend entfällt, weiterhin zu einer Anmeldung berechtigt. Darum geht es hier nicht. Betroffen ist vielmehr der Grundsatz, dass der neu bestellte und noch nicht eingetragene Geschäftsführer, da die Anmeldung und die Eintragung keinen rechtsbegründenden Rechtscharakter haben, ebenfalls anmeldeberechtigt ist (vgl. jeweils mit weiteren Nachweisen nur: Heilmeier in BeckOK-GmbHG, Stand: 01.08.2022, § 39 Rdnr. 31; Terlau in Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt, GmbHG, 4. Aufl., § 39 Rdnr. 10).

10 Angesichts dessen begegnet es keinen Bedenken, dass der Verfahrensbevollmächtigte die Anmeldung unmittelbar nach Eintritt der aufschiebend bedingten Bestellung eingereicht hat.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar Prof. Dr. Alexander Krafka,  
Fürstenfeldbruck

„Es gibt kein richtiges Leben im falschen“<sup>1</sup> – oder irrt sich Adorno? Kann zu richtigen Ergebnissen kommen, wer von falschen Voraussetzungen ausgeht? Zumindest lässt sich der Entscheidung des OLG Hamm nicht absprechen, dass sie sich bemüht und zum richtigen Ergebnis kommt. Dennoch scheitert ihre Begründung mangels dogmatischer Klarheit an dem selbst gewählten schillernden Begriff der „Anmeldung“. Dies ist ein wichtiger Anlass, zwischen den verschiedenen Stadien einer Registeranmeldung deutlich zu differenzieren. Hierbei ist zu betonen, dass die „Anmeldung“ kein realer Vorgang des Anmeldens, sondern im Sinne des erstellten elektronischen Dokuments (§ 12 HGB) ein Verfahrensantrag (vgl. § 23 FamFG) ist, für den das Recht einige prägende Ereignisse vorsieht:<sup>2</sup>

Zunächst wird der Antrag als Erklärung „errichtet“, indem diese unterschrieben und die Unterzeichnung ggf. formgerecht beglaubigt wird. Von dieser Urform wird seit Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie insofern abgesehen, als auch die „Errichtung“ und Beglaubigung mittels Videokommunikation zulässig ist (§ 12 Abs. 1 Satz 2 HGB, § 40a BeurkG).

Im zweiten Schritt erfolgt die „Abgabe“ der Erklärung, die der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre folgend darin zu

sehen ist, dass der Anmeldende den Antrag willentlich in Richtung auf den Empfänger – das Registergericht – in den Verkehr, also auf den Weg bringt.<sup>3</sup> Dies erfolgt in der Regel durch die Anweisung an den beglaubigenden Notar, die Erklärung an das Registergericht „vorzulegen“, also – soweit einschlägig – nach entsprechender Prüfung der Eintragungsfähigkeit (§ 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG) an „die für die Eintragung zuständige Stelle“ weiterzuleiten (§ 378 Abs. 3 Satz 2 FamFG) und damit das Anmeldeokument einzureichen.

Die Erklärung sorgt sodann durch ihren „Zugang“ (vgl. § 130 Abs. 1 BGB) bei Gericht für den Beginn des Eintragsverfahrens. Ab diesem Zeitpunkt kann das damit begonnene Verfahren jederzeit abgeschlossen werden, sei es zum Beispiel durch Ablehnung des Antrags (§ 382 Abs. 3 FamFG) oder durch Vornahme der gewünschten Eintragung mittels Vollzugs.

Abschließend lässt sich von der „Wirksamkeit“ der Anmeldung am ehesten dann sprechen, wenn sie durch den Vollzug des Antrags durch Eintragung im Register (§ 383 Abs. 1 FamFG) ihr Ziel erreicht hat.

Unter Vornahme dieser Differenzierungen lassen sich die in der Entscheidung des OLG Hamm angesprochenen Fragen der Reihe nach behandeln:

- Errichtet (und beglaubigt) wurde die „Anmeldung“ am 11.04.2023. Zunächst blieb sie damit ein für das anschließende Registerverfahren belangloses reines Internum. Insoweit ist Rdnr. 6 der Entscheidung des OLG missverständlich, indem sie laienhaft die „Errichtung“ als „Abgabe vor dem Notar“ bezeichnet.
- Am 04.05.2023 wurde die Erklärung „weisungsgemäß“ (vgl. § 53 BeurkG) vom Notar an das Gericht „weitergeleitet“ und damit im Sinne der beschriebenen Stadien „abgegeben“. Allein dieser Zeitpunkt ist für das Vorliegen der „Anmeldebefugnis“, also der Vertretungsberechtigung des Anmeldenden, maßgeblich, was sich dem ohne Weiteres auch in verfahrensrechtlichen Zusammenhängen einschlägigen Rechtsgedanken des § 164 Abs. 1 BGB entnehmen lässt, der für eine wirksame Vertretung auf das Bestehen der Vertretungsmacht im Zeitpunkt der Erklärungsabgabe abstellt. Entfällt also die Vertretungsbefugnis später nach Abgabe der Anmeldung, ist dies, wie das OLG Hamm in Rdnr. 9 zu Recht anmerkt, ohne Bedeutung für die fortbestehende Vollzugsfähigkeit des Antrags, was sich schon daraus erklärt, dass der Anmeldende keinen Einfluss auf die Bearbeitungsdauer des Gerichts hat. Richtig sind insoweit auch die Andeutungen in Rdnr. 7 der Entscheidung, als eine Anmeldebefugnis dann fehlt, wenn der Anmeldende im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung im Sinne der Weiterleitung an das Gericht noch nicht vertretungsberechtigt war – was allerdings (siehe sogleich) den Vollzug der Eintragung

1 Adorno, Minima Moralia, 1951, S. 42.

2 Vgl. Auer, DNotZ 2000, 498.

3 Wertenbruch, JuS 2020, 481 m. N. zur Rspr.

nicht zwingend hindert, falls dann zu diesem späteren Zeitpunkt die Befugnis vorliegt.

- Der Zugang der „Anmeldung“ erfolgte durch Übertragung des elektronischen Dokuments an die elektronische Poststelle der Gerichte, in Bayern näher bestimmt in § 2 Abs. 1 und 2 E-Rechtsverordnung Justiz (ERVV Ju). Ab diesem Zeitpunkt durfte das Gericht über den Eintragungsantrag entscheiden.
- Die „Wirksamkeit“ des Antrags tritt ein, wenn das Gericht tatsächlich über die begehrte Eintragung entscheidet. Erst zu diesem Zeitpunkt müssen alle Eintragungsvoraussetzungen gegeben sein. Neben den formellen Anforderungen – zum Beispiel einer im Zeitpunkt der Abgabe mit Anmeldebefugnis versehenen Antragstellung – müssen auch die materiellen Voraussetzungen für die Eintragung vorliegen, mithin bei einer deklaratorisch wirkenden Geschäftsführerbestellung einer GmbH (§ 39 GmbHG) ein bereits erfolgter Amtsbeginn. In diesem Zusammenhang ist auf den in Rdnr. 7 der Entscheidung behandelten Fall der erst nach Abgabe eintretenden Anmeldebefugnis zurückzukommen: Liegt sie später, nämlich im Zeitpunkt der Entscheidung des Registergerichts vor, sind nun alle Eintragungsvoraussetzungen gegeben. Dies gilt – der Teleologie des § 185 BGB folgend – auch dann, wenn die anfangs fehlende Vertretungsmacht erst zu diesem Zeitpunkt vorliegt.

Insgesamt ist bei ausreichender Differenzierung klar, dass es sich bei dem zu entscheidenden Sachverhalt keine eigentlichen Probleme stellen und die „Anmeldung“ ohne Weiteres durch Eintragung zu vollziehen war.

Zu Recht wurde in der Entscheidung eine weitere Unterscheidung nicht angesprochen: Der Anmeldeschriftsatz enthält neben dem Eintragungsantrag auch „Versicherungserklärungen“ des neuen Geschäftsführers (vgl. § 39 Abs. 3 GmbHG), für die als Tatsachenbeschreibung Besonderheiten zu beachten sind. Vor allem ist – anders als bei der förmlichen Antragstellung – fraglich, wie lange sie ihre für das Verfahren maßgebliche Wirkung behalten, also Aussagekraft darüber haben, ob das Registergericht die darin erklärten Umstände als „versichert“ ansehen darf. Diese Zeitdauer ist gesetzlich nicht vorgegeben und wird von den Gerichten erfahrungsgemäß sehr verschieden gehandhabt. Während das KG<sup>4</sup> großzügig von sechs Monaten ausgeht, wird man bei zumindest bis zu zwei Monaten keine ernsthaften Bedenken anmelden müssen.<sup>5</sup> Diese „Frist“ beginnt hierbei richtigerweise nicht mit der Errichtung oder dem Zugang der Versicherungserklärung, sondern allein mit deren Abgabe im beschriebenen Sinn, da der Betroffene in diesem Zeitpunkt die Verantwortung für die Richtigkeit der darin beschriebenen Um-

stände übernimmt.<sup>6</sup> Im zu entscheidenden Fall war diese „Frist“ unproblematisch gewahrt.

Abschließend sollte deutlich geworden sein: Wer nicht klar zwischen Errichtung, Abgabe, Zugang und Wirksamkeit einer Erklärung unterscheidet, sondern dies alles wie das OLG Hamm unter dem nichtssagenden Formalbegriff der „Anmeldung“ verdeckt, kann zwar – entgegen Adornos Diktum – zu richtigen Ergebnissen kommen, wird aber dem Anspruch des Rechts, rationale Begründungen zu geben, nicht gerecht. Vielleicht hatte Adorno also an anderer Stelle doch recht: „Das Ganze ist das Unwahre“<sup>7</sup>.

6 *Krafka*, Registerrecht, Rdnr. 945a m. N. zu anderen Ansichten.

7 *Adorno*, *Minima Moralia*, S. 57.

## 16. Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen aufgrund fehlerhaften Versammlungsortes

OLG München, Urteil vom 22.03.2023, 7 U 1995/21

*AktG § 121 Abs. 5 Satz 1, § 243 Abs. 4*

### LEITSÄTZE:

1. **§ 121 Abs. 5 Satz 1 AktG (analog für die GmbH) soll die Gesellschafter davor schützen, dass die Wahl des Versammlungsortes willkürlich erfolgt und dadurch ihr Teilnahmerecht beeinträchtigt wird. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Jedenfalls bei einer Gesellschaft mit einem kleineren Gesellschafterkreis darf ein Ort festgelegt werden, bei dem ohne Weiteres anzunehmen ist, dass hierdurch die Teilnahme nicht erschwert ist, weil er für die Gesellschafter leichter erreicht werden kann als der Sitz der Gesellschaft. Eine Abweichung von der Sollbestimmung ist zulässig, wenn zum Sitz der Gesellschaft die Verkehrsverbindung beeinträchtigt oder kein geeigneter Versammlungsort vorhanden ist. (Leitsatz der Schriftleitung)**
3. **Für die Anfechtung ist es unerheblich, dass der fehlerhafte Versammlungsort keine Auswirkung auf das Beschlussergebnis hatte. Hierfür reicht die Relevanz des Fehlers für das Mitwirkungs- oder Partizipationsrecht entsprechend § 243 Abs. 4 AktG aus; vor diesem Gesichtspunkt kommt dem Versammlungsort für das Teilhaberecht eines Gesellschafters eine grundsätzliche Bedeutung zu. (Leitsatz der Schriftleitung)**

4 KG, Beschluss vom 17.03.2022, 22 W 10/22, FGPrax 2022, 162.

5 *Krafka*, Registerrecht, 12. Aufl. 2024, Rdnr. 953a.

## 17. Kein Lösungsanspruch nach der DS-GVO im Registerwesen

OLG Naumburg, Beschluss vom 11.01.2023, 5 Wx 14/22

DS-GVO Art. 17 Abs. 1, 3 lit. b

### LEITSATZ:

**Durch die Ausnahmevorschrift des Art. 17 Abs. 3 lit. b DS-GVO findest das Recht auf Löschung gemäß Art. 17 Abs. 1 DS-GVO keine Anwendung im Registerwesen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** Der Beteiligte zu 1 war Insolvenzverwalter des Vermögens des Juweliers D B. In dieser Funktion errichtete er mit Gesellschaftsvertrag vom 11.05.2016 die betroffene Gesellschaft und bestellte sich zu ihrem alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer. Die von ihm, dem Beteiligten zu 1, unterzeichnete Gründungsurkunde nebst Anmeldung vom selben Tag und die Gesellschafterliste vom 27.06.2016, versehen mit den Unterschriften der Beteiligten zu 1 und 2, sind im elektronischen Register zur Einsicht freigegeben.

**2** Mit Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 27.09.2016 wurde der Beteiligte zu 1 als Geschäftsführer der betroffenen Gesellschaft abberufen und Frau D L zur neuen Geschäftsführerin bestellt. Das Beschlussprotokoll wurde vom Beteiligten zu 1 unterzeichnet. Auch dieses Dokument ist im Register einsehbar.

**3** Mit Schreiben vom 10.10.2022 haben sich die Beteiligten an das Registergericht gewandt und unter Berufung auf Art. 17 DS-GVO die Schwärzung der Unterschriften in den von ihnen unterzeichneten Dokumenten beantragt.

**4** Mit ihnen am 25.10.2022 zugestelltem Beschluss vom 18.10.2022 hat das Gericht den Antrag auf Schwärzung zurückgewiesen.

**5** Mit Schriftsatz vom 24.11.2022 haben die Beteiligten gegen die Entscheidung vom 18.10.2022 Beschwerde eingelegt. Sie stützen sich nunmehr auch auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

**6** Das Registergericht hat es am 05.12.2022 abgelehnt, der Beschwerde abzuweichen und die Sache dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

**7** Die Beschwerde der Beteiligten gegen den Beschluss des AG Stendal vom 18.10.2022 ist statthaft, aber mangels Beschwerdeberechtigung unzulässig.

**8** 1. Nach § 58 Abs. 1 FamFG findet die Beschwerde gegen die im ersten Rechtszug ergangenen Endentscheidungen der Amts- und LG in Angelegenheiten nach dem FamFG statt, sofern durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist. Eine beschwerdefähige Endentscheidung des Registergerichts im Sinne dieser Vorschrift liegt nach § 38 Abs. 1 Satz 1 FamFG vor, wenn und soweit durch die Entscheidung der Verfahrensgegenstand ganz oder teilweise erledigt wird. Es genügt zwar nicht schon, dass die Entscheidung in Form eines Beschlusses ergangen ist (BGH, FGPrax 2012, 169).

Ebenso wenig kann eine fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrung zur Statthaftigkeit der Beschwerde führen, wenn nach dem Gesetz kein Rechtsmittel gegeben ist (vgl. auch BVerwGE 63, 198, 200; BAG, NZA 1998, 1288, 1289). Allerdings hat das Registergericht mit seiner Entscheidung, die Unterschriften der Beteiligten in den zum Handelsregister eingereichten Dokumenten nicht zu schwärzen, über ihren Antrag abschließend befunden und damit eine endgültige Entscheidung im Sinne von § 58 Abs. 1, § 38 Abs. 1 Satz 1 FamFG getroffen.

**9** Aus § 24 FamFG ergibt sich nichts anderes im Sinne von § 58 Abs. 1 FamFG. Zwar ist das Beschwerderecht in Amtsverfahren – wie dem Lösungsverfahren nach §§ 393 ff. HGB – eingeschränkt. Bei dem Schreiben des Gerichts vom 18.10.2022 handelt es sich allerdings nicht um eine Unterrichtung nach § 24 Abs. 2 FamFG des Inhalts, dass das Gericht der Anregung, ein Verfahren einzuleiten, nicht folgt, die als bloße Mitteilung des Gerichts ohne Regelungsgehalt nicht mit der Beschwerde nach § 58 Abs. 1 FamFG anfechtbar wäre (hierzu BeckOK-FamFG/Burschel/Perleberg/Köbel, Stand: 01.10.2022, § 24 Rdnr. 16), sondern um eine abschließende Endentscheidung (vgl. auch BGH, FGPrax 2012, 169).

**10** 2. Die Beteiligten sind allerdings nicht beschwerdeberechtigt im Sinne von § 59 Abs. 1 FamFG.

**11** Nach § 59 Abs. 1 FamFG steht demjenigen die Beschwerde zu, der durch einen gerichtlichen Beschluss in seinen Rechten beeinträchtigt ist. Es muss sich um die unmittelbare Beeinträchtigung eines eigenen materiellen Rechts handeln (vgl. BGH, FamRZ 2011, 465 m. w. N.; BGHZ 1, 343, 351). Eine solche Beeinträchtigung ist hier nicht gegeben, weil den Beteiligten ein Anspruch auf Schwärzung ihrer Unterschriften unter keinem denkbaren Gesichtspunkt zukommt.

**12** a) Das von den Beteiligten reklamierte Recht auf Löschung gemäß Art. 17 Abs. 1 DS-GVO findet aufgrund der Ausnahmevorschrift des Art. 17 Abs. 3 lit. b DS-GVO im Registerwesen keine Anwendung (hierzu MünchKomm-HGB/Krafka, 5. Aufl. 2021, § 10a Rdnr. 13, 14; BT-Drucks. 18/12611, S. 68). Danach ist die Art. 17 Abs. 1 DS-GVO unanwendbar, wenn „die Verarbeitung zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich ist, die die Verarbeitung nach dem Recht der Union oder der Mitgliedstaaten, dem der Verantwortliche unterliegt, erfordert oder zur Wahrnehmung einer Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde“. Dass die Tätigkeit eines Hoheitsträgers, die darauf gerichtet ist, in Erfüllung von Publizitätspflichten übermittelte Daten in einer Datenbank zu speichern sowie interessierten Personen Einsicht zu gewähren, zur Ausübung hoheitlicher Befugnisse gehört, hat der EuGH bereits entschieden (EuGH, ZD 2012, 522). Eine solche Tätigkeit stellt zudem auch eine im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe im Sinne des Art. 17 Abs. 3 lit. b DS-GVO dar (Pauly/Paal, Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl. 2021, Art. 17 DS-GVO Rdnr. 43).



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

**13** Im Übrigen hat der EuGH in der Rechtssache S M zur von der DS-GVO abgelösten Datenschutz-RL, die eine mit Art. 17 Abs. 3 lit. b DSGVO vergleichbare Anwendungsausnahme nicht kannte, hervorgehoben, dass die Registerpublizität grundsätzlich Vorrang vor dem Persönlichkeitsschutz genießt (EuGH, ZD 2017, 325, 327). Ein Lösungsbegehren kam daher schon unter Herrschaft DatenschutzRL nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht, also in Konstellationen, in denen der Betroffene besonders schutzbedürftig erscheint (zur Übertragbarkeit der Grundsätze auf die DS-GVO *Hübner*, ZHR 183 [2019], 540, 571). Eine solche Schutzbedürftigkeit der Beteiligten ist hinsichtlich der hier streitbefangenen Unterschriften nicht ersichtlich.

**14** b) Auch auf Art. 16 Abs. 1 DS-GVO können sich die Beteiligten nicht berufen. Denn der dort geregelte Berichtigungsanspruch setzt eine – hier nicht gegebene – unrichtige Angabe in Bezug auf personenbezogene Daten voraus.

**15** c) Schließlich folgt auch kein Lösungsanspruch aus den Grundrechten der Beteiligten. Zwar steht einem solchen, anders als das Registergericht meint, nicht bereits entgegen, dass die Beteiligten die Veröffentlichung ihrer Unterschriften seinerzeit willentlich veranlassten und es damit an einer Grundrechtsbeeinträchtigung fehlte (zum Grundrechtsverzicht BVerfGE 106, 28, 44 f.; Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Vorbemerkungen zu Abschnitt I, Rdnr. 55). Denn angesichts der (faktischen) Erweiterung der Einsichtsrechte in das Register und die dort eingestellten Dokumente infolge der Digitalisierungsrichtlinie und ihrer Umsetzung in nationales Recht durch das DiRUG aufgrund der Statuierung der Kostenfreiheit der Einsicht verlöre die ursprüngliche Einwilligung ihre Geltung und wäre ein fortwirkender Verzicht auf die in Art. 7, 8 GRCh verankerten Grundrechte der Beteiligten auf Achtung des Privatlebens und auf Schutz personenbezogener Daten sowie das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ausgeschlossen (zum Verhältnis der deutschen Grundrechte zu europäischen in – wie hier – nicht vollständig unionsrechtlich determinierten Bereichen mit nationalen Gestaltungsspielräumen BVerfG, NJW 2020, 300, 302).

**16** Gleichwohl können die Beteiligten nicht die Schwärzung ihrer Unterschriften in den zum Register seinerzeit eingereichten Unterlagen verlangen. Anerkanntermaßen ist ein grundrechtlicher (Folgen-)Beseitigungsanspruch insoweit begrenzt, als die in der Rechtsfolge begehrte Handlung rechtlich und tatsächlich möglich sein muss (BVerwGE 69, 366, 370; 82, 76, 95; BVerwG, NVwZ 1998, 1292, 1294; Bay. VGH, NVwZ 1999, 1237). Diese Schranken kommen hier zur Anwendung: Denn einmal in den Registerordner eingestellte Dokumente können zum Schutz der Registerwahrheit grundsätzlich nicht verändert werden (vgl. BR-Drucks. 560/22, S. 29). Daher ist es nicht Aufgabe des Registergerichts, in freigegebene Dokumente nachträglich einzugreifen. Daran ändert auch der mit Wirkung zum 23.12.2022 neu eingefügte § 9 Abs. 7 HRV nichts. Nach dieser Vorschrift ist beim Austausch eines in den Registerordner eingestellten Dokuments gegen ein neues Dokument der Austausch kenntlich zu machen und das Datum der Aufnahme des alten Dokuments in den Registerordner anzugeben. Diese

Vorschrift setzt die Möglichkeit des nachträglichen Austausches von Dokumenten damit zwar voraus. Doch erstreben die Beteiligten hier keinen unter die Vorschrift fallenden Austausch von Dokumenten, sondern begehren die Veränderung des Ausgangsdokuments. Auf die von § 9 Abs. 7 HRV nicht beantwortete Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Austausch überhaupt möglich ist, kommt es hier nicht an. Im Übrigen wäre der § 9 Abs. 7 HRV unterfallende Austausch vom Notar, und nicht, wie hier, den Beteiligten gegenüber dem Registergericht zu veranlassen (vgl. § 12 Abs. 2 HGB).

(...)

## INTERNATIONALES PRIVATRECHT

### 18. Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts des unter Betreuung stehenden Erblassers

OLG München, Beschluss vom 09.02.2023, 33 UH 4/23e

*EuErbVO Art. 21.*

*FamFG §§ 5, 343*

#### LEITSÄTZE:

- 1. Befand sich der Erblasser bis zu seinem Tod mehr als zehn Jahre in einem Pflegeheim am selben Ort, hatte er an diesem Ort seinen gewöhnlichen Aufenthalt.**
- 2. Das gilt auch dann, wenn er während der gesamten Zeit wegen einer geistigen Erkrankung unter Betreuung stand und der Betreuer auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht ausgeübt hat.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** Die Erblasserin ist am (...) 2022 in einem Pflegeheim in S verstorben. In diesem Pflegeheim wohnte die Erblasserin seit dem Jahre 2011.

**2** Für die Erblasserin war mit Beschluss des AG Günzburg vom (...) 1974 wegen geistiger Gebrechen ein Betreuer bestellt worden, dessen Aufgabenbereich die Vermögenssorge, die Gesundheitsfürsorge und die Aufenthaltsbestimmung umfasste. Seit dieser Zeit lebte die Erblasserin in verschiedenen Heimen, der Umzug in das Pflegeheim nach S erfolgte, nachdem das Fachpflegeheim in Oy-M, in dem die Erblasserin bis dato gewohnt hatte, abgebrannt war.

**3** Die Betreuung dauerte bis zum Tod der Erblasserin an.

**4** Nach dem Tod der Erblasserin erklärte sich das AG Sonthofen – Nachlassgericht – mit Beschluss vom 05.09.2022 für örtlich unzuständig. Es stellte darauf ab, dass die Erblasserin letztmalig geschäftsfähig war, als sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Au gehabt habe, das zum Bezirk des AG Günzburg gehört.

**5** Mit Beschluss vom 23.01.2023 erklärte sich auch das AG Günzburg – Nachlassgericht – für örtlich unzuständig und legte die Akten dem Senat zur Bestimmung des zuständigen

Gerichts vor. Es stellte im Wesentlichen darauf ab, dass es auf eine fehlende Geschäftsfähigkeit der Erblasserin nicht ankäme.

**6** 1. Der Senat ist nach § 5 Abs. 1 Nr. 4 FamFG für die Zuständigkeitsbestimmung zuständig, nachdem sich zwei Nachlassgerichte im Bezirk des OLG München durch Beschluss für örtlich unzuständig erklärt haben.

**7** 2. Als zuständiges Gericht war das AG Sonthofen zu bestimmen, da die Erblasserin hier ihren letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte, § 343 Abs. 1 FamFG.

**8** a) Unter dem „gewöhnlichen Aufenthalt“ ist der tatsächliche Lebensmittelpunkt einer natürlichen Person zu verstehen, der mittels einer Gesamtbeurteilung der Lebensumstände des Erblassers in der Zeit vor seinem Tod und zum Zeitpunkt des Todes festzustellen ist (OLG München, Beschluss vom 22.03.2017, 31 AR 47/17, ZEV 2017, 333; OLG Celle, Beschluss vom 12.09.2019, 6 AR 1/19, ZEV 2020, 229). Auch in Alten- und Pflegeheimen kann grundsätzlich ein Aufenthalt begründet werden (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.06.2016, I-3 Sa 5/15, FGPrax 2016, 240), wenn der Erblasser im Zeitpunkt des Einzugs fähig war, einen eigenen Bleibewillen zu bilden (Burandt/Rojahn/Gierl, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 343 FamFG Rdnr. 11; Krätzschel/Falkner/Döbereiner/Krätzschel, Nachlassrecht, 12. Aufl. 2022, § 37 Rdnr. 3).

**9** Welche Anforderung für Begründung des (gewöhnlichen) Aufenthalts im Hinblick auf die Geschäftsfähigkeit des Erblassers zu stellen sind, ist im Einzelnen umstritten und nicht abschließend geklärt (OLG München, a. a. O.: keine Geschäftsfähigkeit, aber Fähigkeit zur eigenen Willensbildung; OLG Celle, a. a. O.: keine Notwendigkeit, die Geschäftsfähigkeit des Erblassers zu ermitteln; zum Meinungsstand: MünchKomm-FamFG/Grziwotz, 3. Aufl. 2019, § 343 Rdnr. 19).

**10** b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze lag der gewöhnliche Aufenthalt der Erblasserin zur Zeit des Erbfalls in Sonthofen.

**11** aa) Bereits der Umstand, dass die Erblasserin vor ihrem Tod zehn Jahre lang an diesem Ort lebte, spricht in objektiver Hinsicht dafür, dass sie dort ihren „Daseinsmittelpunkt“, mithin ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Dies gilt auch dann, wenn die Erblasserin aufgrund ihrer psychischen Erkrankung am allgemeinen Leben nur eingeschränkt teilgenommen hat, denn dies entsprach gerade ihrem Lebenszuschnitt. Insoweit teilt der Senat die in der Literatur vertretene Auffassung, dass auch Personen, die ohne oder mit nur wenig sozialer Integration und ohne besondere gesellschaftliche Kontakte leben, einen gewöhnlichen Aufenthalt haben/bilden (Weber/Francastel, DNotZ 2018, 163, 167).

**12** bb) Dem steht nicht entgegen, dass für die Erblasserin seit 1974 ein Betreuer bestellt war, zu dessen Aufgabenkreis auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht gehörte, die Erblasserin ihren Aufenthaltsort also nicht frei wählen durfte.

**13** Dabei kommt es auf die umstrittene Frage, ob überhaupt eine subjektive Komponente für die Begründung des gewöhnlichen Aufenthalts besteht und welche Anforderungen

im Einzelnen erfüllt sein müssen, aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten des konkreten Falles im Ergebnis nicht an.

**14** (1) Soweit lediglich ein „natürlicher“ (nicht aber rechtsgeschäftlicher) Aufenthaltswille verlangt wird (Grüneberg/Thorn, 82. Aufl. 2023, Art. 21 EuErbVO Rdnr. 6), liegt ein solcher hier zweifelsfrei vor, denn die Erblasserin erklärte wiederholt gegenüber ihrer Betreuerin, im Pflegeheim in S bleiben zu wollen (und nicht in ihr früheres Pflegeheim umziehen zu wollen).

**15** (2) Nach der Ansicht, nach der es auf die getroffene Aufenthaltsbestimmung des Betreuers ankommt (Weber/Francastel, DNotZ 2018, 163, 167), weil die EuErbVO, auf die die Auslegung des Begriffes des gewöhnlichen Aufenthalts im Sinne des § 343 Abs. 1 FamFG zurückgeht, nicht nur die höchstpersönliche Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts zulässt, wäre vorliegend ebenfalls das Gericht am Ort des Pflegeheims, in dem die Erblasserin verstarb, zuständig. Für diese Ansicht spricht jedenfalls, dass ein Betreuer den Betreuten bei der Aufhebung/Begründung eines Wohnsitzes vertreten darf (BayObLG, Beschluss vom 12.05.1992, 1 Z AR 22/92, NJW-RR 1993, 460), sodass es naheliegt, dass der Betreuer auch den gewöhnlichen Aufenthalt des Betreuten bestimmen darf. Anderenfalls würde im vorliegenden Fall der Betreuer zwar im Jahre 2011 für die Betreute den Wohnsitz bestimmt haben, diese hätte aber am Ort ihrer einzigen Wohnung keinen gewöhnlichen Aufenthalt.

**16** Soweit dagegen eingewendet wird, dass es in derartigen Fällen der Betreuer in der Hand hätte, durch die Verlagerung des Aufenthalts des Betreuten das anwendbare Recht zu bestimmen (Zimmer/Oppermann, ZEV 2016, 126), kommt diese Erwägung vorliegend schon deswegen nicht zum Tragen, weil die Erblasserin Deutschland nicht verlassen hat und damit die Anwendung deutschen Erbrechts nicht zweifelhaft ist. Geht es wie vorliegend allein um die Frage, welches Nachlassgericht örtlich zuständig ist, erscheint der Verdacht einer entsprechenden Manipulation fernliegend. Im Übrigen wären bei grenzüberschreitenden Fällen etwaige Manipulationen über Art. 21 Abs. 2 EuErbVO zu erfassen.

**17** (3) Schließlich besteht im vorliegenden Einzelfall auch nicht das Problem des sog. „Demenztourismus“ (MünchKomm-FamFG/Grziwotz, § 343 Rdnr. 19). Zwar ist nicht zu verkennen, dass durch die „Verbringung“ eines dementen Erblassers ins Ausland die bereits aufgezeigten Probleme hinsichtlich der Frage des anwendbaren Erbrechts und der gerichtlichen Zuständigkeit entstehen können.

**18** Allerdings liegt ein solcher Fall hier schon nicht vor, sodass die Frage, wo der Erblasser bei festgestellter Demenz mit einem die freie Willensbildung ausschließenden Schweregrad seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, nicht entschieden werden muss. Zum einen fand kein Umzug ins Ausland statt (siehe oben). Zum anderen lässt sich nach Lage der Akten schon nicht ermitteln, an welcher psychischen Erkrankung die Erblasserin bei Anordnung der Betreuung im Jahre 1974 überhaupt litt, sodass eine eigene Willensbildung im Hinblick auf den Ort, an dem sie sich aufhalten möchte, grundsätzlich möglich, jedenfalls aber

nicht ausgeschlossen ist. Hinzu kommt, dass Missbrauchsfälle bei grenzüberschreitendem Aufenthaltswechsel über Art. 21 Abs. 2 EuErbVO lösbar wären (*Weber/Francastel*, DNotZ 2018, 163, 167).

19 cc) Schließlich ist zu berücksichtigen, dass unter Umständen nicht mehr festgestellt werden kann, ob die Erblasserin jemals geschäftsfähig war. Als im Jahre 1974 die Betreuung angeordnet wurde, lebte die Erblasserin in der Wohnung des alkoholkranken Vaters, der sie vor der Öffentlichkeit versteckt hielt. Es liegt damit im Bereich des Möglichen, dass die Erblasserin zeitlebens nicht geschäftsfähig war, was dann zu einer Zuständigkeit des AG Schöneberg in Berlin führen würde, ohne dass die gesetzgeberischen Gründe für diese Auffangzuständigkeit (*MünchKommFamFG/Grziwotz*, § 343 Rdnr. 26) tatsächlich vorlägen. Dass die Erblasserin, die ihr gesamtes Leben in Deutschland verbracht hat, hier keinen gewöhnlichen Aufenthalt gehabt haben soll, weil sie unter Umständen niemals geschäftsfähig war, erscheint fernliegend.

(...)

## ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

### 19. Zur Offenkundigkeit nach § 727 Abs. 1, 2 ZPO

BGH, Beschluss vom 08.11.2023, VII ZB 20/20 (Vorinstanz: LG Karlsruhe, Beschluss vom 13.07.2020, 20 T 26/20)

ZPO § 727 Abs. 1 und 2

#### LEITSATZ:

**Bei der im Internet über das Gemeinsame Registerportal der Länder ([www.handelsregister.de](http://www.handelsregister.de)) aus dem elektronisch geführten Handelsregister ersichtlichen Eintragung der Verschmelzung zweier Rechtsträger handelt es sich um eine allgemeinkundige Tatsache im Sinne von § 727 Abs. 1 und 2 ZPO. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Antragstellerin, die P GmbH & Co. KG i. L., begehrt die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung eines Kostenfestsetzungsbeschlusses mit einer Rechtsnachfolgeklausel.

2 Die K GmbH (nachfolgend auch: Titelgläubigerin) erwirkte gegen den Antragsgegner ein Versäumnisurteil. Die danach vom Antragsgegner an die Titelgläubigerin zu erstattenden Kosten setzte das AG mit Beschluss vom 11.01.2012 fest.

3 Mit Schriftsatz vom 04.04.2020 hat der bis dahin für die Titelgläubigerin tätig gewesene Prozessbevollmächtigte bei dem AG beantragt, der Antragstellerin eine vollstreckbare Ausfertigung des Kostenfestsetzungsbeschlusses vom 11.01.2012 mit Rechtsnachfolgeklausel zu erteilen. Zur Begründung hat er die Kopie einer Eintragungsnachricht des AG – Registergericht – M vom 27.04.2017 beigefügt, wonach die Verschmelzung der Titelgläubigerin

(AG M HRB) auf die Antragstellerin als übernehmende Rechtsträgerin im Handelsregister betreffend die Antragstellerin (AG M HRA) am 26.04.2017 eingetragen worden ist.

4 Das AG – Rechtspflegerin – hat die Titelumschreibung von einem Nachweis der Rechtsnachfolge durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden, der weder durch die Kopie der Eintragungsnachricht noch durch das im Internet zugängliche Registerportal [www.handelsregister.de](http://www.handelsregister.de) ersetzt werde, abhängig gemacht. Nachdem ein solcher Nachweis nicht vorgelegt worden ist, hat es den Antrag auf Erteilung einer Rechtsnachfolgeklausel zurückgewiesen. Die hiergegen namens der Titelgläubigerin eingelegte sofortige Beschwerde hat das LG mit Beschluss vom 13.07.2020 zurückgewiesen. Mit der vom LG zugelassenen, ebenfalls im Namen der Titelgläubigerin erhobenen Rechtsbeschwerde wird weiterhin die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Kostenfestsetzungsbeschlusses für die Antragstellerin als Rechtsnachfolgerin der Titelgläubigerin erstrebt.

5 Während des Rechtsbeschwerdeverfahrens hat das Beschwerdegericht durch Beschluss vom 17.10.2022 das Aktivrubrum seiner Entscheidung vom 13.07.2020 dahin gehend berichtigt, dass dieses wegen offenkundiger Unrichtigkeit, die sich aus der Mitteilung des AG – Registergericht – M vom 27.04.2017 ergebe, nicht mehr auf die K GmbH, sondern auf die P GmbH & Co. KG i. L. lautet.

6 Die Rechtsmittel führen zur Aufhebung der angefochtenen Beschlüsse und zur Zurückverweisung der Sache an das AG.

7 1. Die zugelassene Rechtsbeschwerde ist gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO statthaft und auch im Übrigen zulässig.

8 Der Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde steht nicht entgegen, dass die Rechtsbeschwerdeschrift – ebenso wie die Rechtsbeschwerdebegründung – im Aktivrubrum die Titelgläubigerin als Rechtsmittelführerin ausweist. Der Rechtsbeschwerde ist nichts anderes zu entnehmen, als dass sie von derjenigen Rechtsperson eingelegt sein und geführt werden soll, zu deren Gunsten die Rechtsnachfolgeklausel erstrebt wird. Da das Klauselerteilungsverfahren nicht von der nach dem Vortrag in der Antragschrift aufgrund Verschmelzung nicht mehr existenten Titelgläubigerin, sondern von der P GmbH & Co. KG i. L. als deren Rechtsnachfolgerin betrieben wird, ist es als eine unschädliche Falschbezeichnung anzusehen, wenn die mit Wirkung der angeblichen Gesamtrechtsnachfolge untergegangene Titelgläubigerin als Rechtsmittelführerin in einer Rechtsmittelschrift aufgeführt wird, zumal wenn sie – wie hier bis zum Beschluss des Beschwerdegerichts vom 17.10.2022 – in der zunächst unberichtigten angefochtenen Entscheidung gleichfalls als Partei bezeichnet ist. Da die unzutreffende Parteibezeichnung im Rubrum des angefochtenen landgerichtlichen Beschlusses als offenbare Unrichtigkeit berichtigt werden konnte, ist eine entsprechende berichtigende Auslegung der Rechtsmittelschrift nebst -begründung ebenfalls möglich und geboten (vgl. BGH, Beschluss vom 22.05.2019, VII ZB 87/17, WM 2019, 1225 Rdnr. 11; Urteil vom 21.12.2010, X ZR 122/07, BauR 2011, 1034 Rdnr. 11 f. = NZBau

2011, 290; Urteil vom 19.02.2002, VI ZR 394/00, NJW 2002, 1430, juris Rdnr. 14).

**9 2.** Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet.

**10 a)** Mit der vom Beschwerdegericht gegebenen Begründung kann der Antrag auf Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Kostenfestsetzungsbeschlusses für die Antragstellerin gemäß § 727 Abs. 1 ZPO nicht abgelehnt werden.

**11 aa)** Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, das AG habe die beantragte Umschreibung des Titels gemäß § 727 Abs. 1 ZPO zu Recht von dem Nachweis der Rechtsnachfolge durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden abhängig gemacht. Die vorgelegte Fotokopie der Eintragungsnachricht des Registergerichts genüge insoweit nicht. Die Rechtsnachfolge sei auch nicht durch den Verweis auf die beim Registergericht geführten Handelsregisterakten offenkundig. Soweit mitunter vertreten werde, es sei von der Offenkundigkeit des öffentlich im Internet zugänglichen Handelsregisters auszugehen, da die Einsicht vergleichbar liquide sei wie der Zugriff auf Zeitschriften, Rundfunk, Fahrpläne und Kalender, sei dem nicht zu folgen. Die unter der Internetadresse „handelsregister.de“ zugänglichen Informationen seien auch bei vorhandenem Internetzugang nicht ohne Weiteres abrufbar. Ein „Vollzugang“ erfordere das Durchlaufen eines Registrierungsverfahrens unter Angabe sämtlicher persönlicher Daten inklusive Postanschrift, wobei der Antrag auf dem Postweg an die Servicestelle des Registerportals zu übermitteln sei. Der Abruf einer Handelsregistereintragung koste 4,50 €. Das umfangreiche Registrierungsverfahren könne abschreckend wirken und sei einem Schuldner und der Allgemeinheit nicht zumutbar. Anderes ergebe sich auch nicht daraus, dass die hier in Bezug genommene Information bei Kenntnis der Funktionsweise und des Aufbaus der Internetseite kostenfrei im Bereich „Veröffentlichungen“ auffindbar sei, da es sich hierbei nicht um Allgemeinwissen handele. Die Rechtsnachfolge sei ferner nicht gerichtskundig. Die Vorlage der öffentlichen bzw. öffentlich beglaubigten Urkunden könne auch nicht durch den Verweis auf das bei dem AG M elektronisch geführte Handelsregister ersetzt werden, da § 727 ZPO diese Nachweismöglichkeit im Gegensatz zu § 32 Abs. 2 GBO nicht vorsehe.

**12 bb)** Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung nicht stand.

**13** Zu Unrecht hat das Beschwerdegericht angenommen, die Veröffentlichung etwaiger Eintragungen zu einer Verschmelzung der Titelgläubigerin auf die Antragstellerin im Internetportal [www.handelsregister.de](http://www.handelsregister.de) vermöge die Offenkundigkeit der Rechtsnachfolge im Sinne von § 727 Abs. 1 und 2 ZPO nicht zu begründen.

**14 (1)** Der Begriff der Offenkundigkeit nach § 727 Abs. 1 und 2 ZPO entspricht demjenigen des § 291 ZPO. Offenkundigkeit ist anzunehmen, wenn die die Rechtsnachfolge begründenden Tatsachen bei Gericht allgemeinkundig oder gerichtskundig sind. Die Feststellung, ob eine Tatsache offenkundig in diesem Sinne ist, obliegt dem Tatrichter. Das Rechtsbe-

schwerdegericht kann ausgehend von dem Maßstab nach § 577 Abs. 2 Satz 4, § 559 Abs. 2 ZPO – von hier nicht geltend gemachten Verfahrensfehlern bei der Feststellung der maßgeblichen tatsächlichen Verhältnisse abgesehen – nur prüfen, ob die Beurteilung des Sachverhalts durch das Beschwerdegericht auf einer Verkennung der Rechtsätze über die Offenkundigkeit beruht (BGH, Beschluss vom 24.05.2023, VII ZB 69/21, NJW 2023, 2489 Rdnr. 12, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen; Beschluss vom 26.08.2020, VII ZB 39/19, BGHZ 227, 1 Rdnr. 21).

**15 (2)** Das ist hier der Fall. Wie der Senat nach Erlass der angefochtenen Entscheidungen mit Beschluss vom 24.05.2023 (VII ZB 69/21, NJW 2023, 2489, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen) entschieden und im Einzelnen begründet hat, handelt es sich – entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts – bei der im Internet über das gemeinsame Registerportal der Länder ([www.handelsregister.de](http://www.handelsregister.de)) aus dem elektronisch geführten Handelsregister ersichtlichen Eintragung der Verschmelzung zweier Rechtsträger um eine allgemeinkundige Tatsache im Sinne von § 727 Abs. 1 und 2 ZPO (BGH, Beschluss vom 24.05.2023, VII ZB 69/21, NJW 2023, 2489 Rdnr. 17 ff., zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

**16 b)** Die Entscheidung des Beschwerdegerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (vgl. § 577 Abs. 3 ZPO). Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Beschwerdegerichts kann die Offenkundigkeit der Rechtsnachfolge der Antragstellerin im Sinne von § 727 Abs. 1 und 2 ZPO aufgrund Veröffentlichung von Eintragungen im Internetportal [www.handelsregister.de](http://www.handelsregister.de) nicht verneint werden.

**17** Bei einer (Gesamt-)Rechtsnachfolge durch Verschmelzung ist diese zunächst im Register des Sitzes des übertragenden Rechtsträgers und sodann in das Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers einzutragen (§§ 2, 19 Abs. 1, § 20 Abs. 1 UmwG). Dazu, ob die hiernach erforderlichen Eintragungen sich aus dem Handelsregister betreffend die Titelgläubigerin sowie die Antragstellerin ergeben, haben die Vorinstanzen – von ihrem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig – keine Feststellungen getroffen. Für das Rechtsbeschwerdeverfahren ist dies daher zugunsten der Antragstellerin zu unterstellen.

**18** Die angefochtene Entscheidung ist hiernach aufzuheben (§ 577 Abs. 4 Satz 1 1. Hs. ZPO). Der Senat macht entsprechend § 572 Abs. 3 ZPO von der Möglichkeit Gebrauch, zugleich den erstinstanzlichen Beschluss aufzuheben und die Sache unmittelbar an das AG zur erneuten Entscheidung zurückzuverweisen (vgl. BGH, Beschluss vom 22.05.2019, VII ZB 87/17, WM 2019, 1225 Rdnr. 30).

**19** Eine eigene Sachentscheidung durch den Senat kommt im Streitfall nicht in Betracht. Die Feststellung, ob der von der Antragstellerin geltend gemachte Rechtsnachfolgebestand sich aus dem elektronisch geführten Handelsregister ergibt, muss den Tatsacheninstanzen überlassen bleiben (§ 577 Abs. 2 Satz 4, § 559 ZPO; vgl. BGH, Urteil vom 04.05.1990, V ZR 21/89, NJW 1990, 2620, juris Rdnr. 19 für das Revisionsverfahren).



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

## 20. Klauselerteilung an den Rechtsnachfolger einer gelöschten Personengesellschaft

OLG Brandenburg, Beschluss vom 31.01.2023, 7 W 12/23

ZPO § 727 Abs. 1

### LEITSATZ:

**Für den Nachweis der Gesamtrechtsnachfolge nach Ausscheiden aller anderen Gesellschafter reicht die Einsichtnahme in das Handelsregister über das Internetportal [www.handelsregister.de](http://www.handelsregister.de) nicht aus, weil die Registereinträge nicht mehr bestehender Gesellschaften nicht mehr einzusehen sind.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Beschwerde ist unbegründet.

2 Zur Klauselerteilung an sich als Rechtsnachfolgerin der Klägerin hat die Beschwerdeführerin durch einen öffentlich beglaubigten Auszug aus dem Handelsregister – oder durch eine andere öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde – nachzuweisen, dass sie nach Ausscheiden aller anderen Gesellschafter der Klägerin deren Gesamtrechtsnachfolgerin geworden ist (§ 727 Abs. 1 ZPO).

3 Der Nachweis durch Urkunden ist nicht entbehrlich, weil der Umstand der Gesamtrechtsnachfolge offenkundig oder gerichtskundig wäre. Die allgemeine oder dem Gericht mögliche Einsichtnahme in das Handelsregister über ein Internetportal ([www.handelsregister.de](http://www.handelsregister.de)), die dazu erörtert wird (vgl. BGHZ 227, 1, Rdnr. 20 ff. m. zahlr. N.), eignete sich dazu nur, wenn zur Zeit der Erteilung der Klausel die fraglichen Tatsachen auf diese Weise festgestellt werden könnten. Darüber könnte der Einblick in den für die Klägerin geführten Registereintrag Auskunft geben. Die Registereinträge nicht mehr bestehender Gesellschaften sind indes nicht mehr einzusehen. Eine Suche bleibt ohne Ergebnis, führt also nicht etwa zu einer Erkenntnis, die dem von der Beschwerdeführerin mit ihrer Antragschrift übersandten einfachen Ausdruck aus dem Handelsregister entspräche, einem ganzseitig durchgestrichenen Registerblatt, dem die liquidationslose Beendigung der Gesellschaft und die einzig verbliebene Kommanditistin noch entnommen werden kann.

4 Dass der von der Beschwerdeführerin per beA eingereichte einfache Ausdruck des Handelsregisterblattes der Klägerin der Anforderung nicht gerecht wird, einen Nachweis durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden zu führen (§ 727 Abs. 1 ZPO), bedarf keiner näheren Begründung.

5 Ob eine Übermittlung beglaubigter Daten (§ 9 Abs. 3 HGB) diese Anforderungen erfüllen könnte, braucht hier nicht entschieden zu werden, weil die Beschwerdeführerin solche Daten nicht übermittelt hat.

(...)

### ANMERKUNG:

Von Notar **Michael Volmer**, Aschaffenburg

Endlich die langersehnte Klarstellung durch den BGH:<sup>1</sup> Informationen aus dem bundesweiten Internetportal [www.handelsregister.de](http://www.handelsregister.de), in welchem die einzelnen elektronisch geführten Handelsregister aufgrund gesetzlicher Vorgabe zusammengeführt werden und dort für jedermann abrufbar zur Verfügung stehen, sind jedenfalls mit Einführung des kostenfreien und anmeldelosen Abrufs offenkundig im Sinne des § 727 ZPO. Soweit sich die Vorgänge damit aus dem Handelsregister erschließen lassen, bedarf es keiner weiteren Nachweise mehr. Es muss lediglich die Rechtsnachfolge in der qualifizierten Klausel als offenkundig bezeichnet werden (§ 727 Abs. 2 ZPO). Die Rechtsnachfolgeklausel ist gleichwohl zustellungspflichtig, allerdings dann ohne Registerauszug und erst recht ohne die dem Vorgang zugrunde liegenden Dokumente (§ 750 Abs. 1 ZPO), sodass deren womöglich umständliche Beibringung entfällt.<sup>2</sup> Die Gebühr nach GNotKG-KVNr. 23803 fällt bei notarieller Tätigkeit an. Bei gerichtlichen Titeln ist die Umschreibung generell gerichtskosten- und in der Regel auch anwaltskostenfrei.<sup>3</sup>

Bis hierhin war es ein langer Weg. Erst zwei Monate vorher hatte das OLG Brandenburg<sup>4</sup> die Annahme von Offenkundigkeit abgelehnt. Jenes Verfahren war kurios verlaufen. Noch die Vorinstanz LG Frankfurt (Oder)<sup>5</sup> hatte das Internetportal pauschal als nicht offenkundig eingestuft, im Gegensatz eben zu nun der Aussage des BGH. Das OLG Brandenburg hingegen verneint die Offenkundigkeit mit der (engeren) Begründung, im Internetportal seien nicht mehr bestehende Gesellschaften nicht einzusehen. Diese Begründung ist sicher falsch. Die Suchmaske unter [www.handelsregister.de](http://www.handelsregister.de) enthält ausdrücklich die Option, durch Klick zu setzen oder abzuwählen, auch gelöschte Gesellschaften in die Suche mit einzubeziehen. Nicht mehr bestehende Gesellschaften können also dem Grundsatz nach sehr wohl eingesehen werden. Und selbst wenn im Einzelfall eine gelöschte Gesellschaft nicht auffindbar sein sollte, ist es keine akzeptable Begründung, deswegen generell und pauschal die Registereinsicht zu entwerfen.

1 Beschluss vom 08.11.2023, VII ZB 20/20 (in diesem Heft S. 298) sowie bereits Beschluss vom 24.05.2023, VII ZB 69/21 = DNotZ 2023, 842 = NJW 2023, 2489 mit Anm. Herberger, zust. zuvor bereits OLG Hamburg, Beschluss vom 16.12.2020, 6 W 24/20, BeckRS 2020, 44159; LG Bonn, Beschluss vom 07.11.2014, 6 T 308/14, DNotl-Rep 2015, 134.

2 Zum Aufwand bei Verschmelzung von Großkonzernen vgl. OLG Jena, Beschluss vom 23.05.2012, 9 W 107/12, NZG 2012, 1350.

3 Zöller/Seibel, ZPO, 35. Aufl. 2024, § 727 Rdnr. 40.

4 OLG Brandenburg, Beschluss vom 31.01.2023, 7 W 12/23, Rpfleger 2023, 302 = NotBZ 2023, 431.

5 Beschluss vom 23.01.2023, 14 O 477/21, BeckRS 2023, 1811.



Man muss der bisher sehr restriktiven Linie der Instanzgerichte<sup>6</sup> natürlich zugutehalten, dass sie vom zivilprozessualen Beibringungsgrundsatz geprägt sind, jede Bejahung der Offenkundigkeit diese Tatsache von vornherein der Beweisaufnahme entzieht (§ 291 ZPO) und Einwände der Gegenpartei ausschließt.<sup>7</sup> Die Offenkundigkeit erweist sich in einem auf Konfrontation angelegten und vom Beibringungsgrundsatz geprägten Zivilprozess tendenziell als Fremdkörper.

Gleichwohl: Den Argumenten des BGH ist nichts hinzuzufügen.<sup>8</sup> Die Publikation soll gerade der allgemeinen Information dienen und die technisch sichergestellte unmittelbare Übernahme aus dem jeweiligen elektronischen Handelsregister sichert die Richtigkeit der Angaben ab.<sup>9</sup> Die Frage nach der für jedermann leicht einsichtigen Bedienbarkeit des Portals<sup>10</sup> stellt sich m. E. angesichts der übersichtlichen Suchmaske mit beliebigen Suchoptionen jedenfalls für dieses Portal nicht.

- 6 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15.12.2020, 10 W 6/20, NZG 2021, 565; OLG Naumburg, Beschluss vom 14.12.2011, 10 W 74/11, NJW-RR 2012, 538 = Rpfleger 2012, 398. Auch BGH, Beschluss vom 26.08.2020, VII ZB 39/19, DGVZ 2020, 252: Generalakt beim AG ist nicht offenkundig. OLG Jena, Beschluss vom 23.05.2012, 9 W 107/12, NZG 2012, 1350: Keine Offenkundigkeit durch Mitteilung eines Handelsregisterauszugs an den Gerichtsvorstand.
- 7 Zu den Wirkungen eines gegenteiligen Vortrags siehe Zöller/Greger, ZPO, § 291 Rdnr. 3, 4.
- 8 Zur Einordnung auch BeckOK-ZPO/Ulrici, Stand: 01.07.2023, § 726 Rdnr. 16.1.
- 9 Das mag bei nicht hoheitlich überwachten Informationsportalen (Wikipedia u. a.) anders in die Bewertung einfließen (BeckOK-ZPO/Ulrici, § 726 Rdnr. 16.1; Voß, ZZP 2022, 29), steht hier aber nicht zur Debatte.
- 10 Herberger, NJW 2023, 2492.

## STEUERRECHT

### 21. Erbschaftsteuerrechtliche Behandlung der Vor- und Nacherbschaft

BFH, Beschluss vom 28.06.2023, II B 79/22 (Vorinstanz: FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 18.08.2022, 4 K 1870/21)

AO § 34 Abs. 3, §§ 35, 69 Satz 1  
BGB §§ 2100, 2139  
ErbStG §§ 6, 31 Abs. 5, § 32 Abs. 1 Satz 2  
FGO § 48 Abs. 1 Nr. 4, § 60 Abs. 1 und 3  
GG Art. 14 Abs. 1 Satz 2

#### LEITSÄTZE:

1. Die erbschaftsteuerliche Behandlung der Vor- und Nacherbschaft weicht in zulässiger Weise von dem Zivilrecht ab.
2. Die Besteuerung sowohl des Vor- als auch des Nacherben ist verfassungsgemäß.

### 22. Übertragung des Zuwendungsnießbrauchs an minderjährige Kinder

BFH, Urteil vom 20.06.2023, IX R 8/22 (Vorinstanz: FG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21.03.2022, 16 K 4112/20)

AO § 42 Abs. 2 Satz 2

#### LEITSATZ:

**Die zeitlich befristete Übertragung der Einkunftsquelle Vermietung und Verpachtung durch unentgeltliche Bestellung eines befristeten Nießbrauchsrechts ist nicht missbräuchlich, wenn dem Zuwendenden, von der Verlagerung der Einkunftsquelle abgesehen, kein weiterer steuerlicher Vorteil entsteht.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) ist die aus den Beigeladenen bestehende Nießbrauchsgemeinschaft. Streitig ist, ob die unentgeltliche Zuwendung des Nießbrauchs an einem vermieteten Grundstück von den Eltern an die im Zeitpunkt der Genehmigung des Vertrags 14 und 10 Jahre alten Beigeladenen steuerrechtlich anzuerkennen ist, mit der Folge, dass die Vermietungseinkünfte den Beigeladenen persönlich zuzurechnen sind.

2 Im Jahr 2015 erwarben die Eltern der Beigeladenen ein bebautes Gewerbegrundstück zu hälftigem Miteigentum. Das Grundstück war zum Teil vermietet an die (...) GmbH (im Folgenden: GmbH), im Übrigen an einen weiteren Gewerbebetrieb. Alleingesellschafter und -geschäftsführer der GmbH war im Streitjahr 2016 der Vater der Beigeladenen und im Streitjahr 2017 deren Mutter.

3 Mit Vertrag vom 01.12.2015 vermieteten die Eltern das gesamte Grundstück an die GmbH, die es zu 75 % bis 80 % weitervermietete an den dort ansässigen Gewerbebetrieb. Die mit der GmbH vereinbarte Miete beträgt im Streitjahr 2016 (ohne Umsatzsteuer) 4.000 € pro Monat und ab 2017 4.200 € pro Monat. Durch die Untervermietung erzielte die GmbH Einnahmen von 3.000 € pro Monat. Die ordentliche Kündigung ist vertraglich bis zum 31.12.2023 ausgeschlossen. Dem Vermieter steht die außerordentliche Kündigung bei erheblicher Vertragsverletzung der Mieterin zu, insbesondere bei Zahlungsverzug mit mehr als einer Monatsmiete.

4 Mit notariellem Vertrag vom 29.07.2016 räumten die Eltern den Beigeladenen gemeinschaftlich für die Zeit vom 01.01.2016 bis zum 31.12.2023 den unentgeltlichen Nießbrauch an dem Grundstück ein. Die Vermieterstellung sollte für die Dauer des Nießbrauchs auf den Nießbraucher übergehen und danach an den Eigentümer zurückfallen. Der Vater stimmte für die Mieterin den Vermieterwechseln zu. Der vom AG bestellte Ergänzungspfleger genehmigte am 18.10.2016 die von den Eltern für die Kinder im Vertrag vom 29.07.2016 abgegebenen Erklärungen. Daraufhin wurde der Nießbrauch im Grundbuch eingetragen.

5 Die GmbH entrichtete die Miete für die Monate Januar bis Juni 2016 nachträglich am 30.06.2016 und im Übrigen weitgehend monatlich, seit April 2017 per Dauerauftrag.

**6** Der Beklagte und Revisionsbeklagte (FA) rechnete die Vermietungseinkünfte nicht den Beigeladenen, sondern deren Eltern persönlich zu und lehnte deshalb die einheitliche und gesonderte Feststellung der Einkünfte gegenüber der Klägerin ab (...).

**7** Das FG wies die Klage ab (EFG 2022, 1892) und führte zur Begründung unter anderem aus: Zwar sei der Nießbrauch wirksam begründet worden, die Nießbraucher hätten aber keinerlei Raum für eine eigene Verwaltung des Objekts gehabt. Der von ihnen übernommene Mietvertrag sei bis zum Ende des Nießbrauchs unkündbar gewesen. Die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung habe allenfalls theoretische Bedeutung. Den Kindern seien lediglich die zukünftigen Mieteinnahmen übertragen worden. Außerdem liege ein Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten (§ 42 AO) vor. Nach der Rechtsprechung des BFH sei ein Zuwendungsnießbrauch zwischen nahen Angehörigen nicht anzuerkennen, wenn er an einem Grundstück begründet werde, welches der Zuwendende selbst benötige und welches er deshalb zurückmieten müsse (BFH, Urteil vom 18.10.1990, IV R 36/90, BFHE 162, 321 = BStBl. II 1991, S. 205). Etwas anderes ergebe sich im Streitfall nicht daraus, dass die Eltern das Grundstück im Rechtssinne nicht für sich benötigten, sondern für eine GmbH, da sie die GmbH wirtschaftlich beherrschten. Dass die GmbH nicht als fremde Dritte angesehen werden könne, zeige sich auch darin, dass der Vater für die GmbH dem Vermieterwechsel „aufgrund der Personenidentität“ zugestimmt habe.

**8** Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter. Sie rügt die Verletzung von § 21 Abs. 1 EStG.

**9** Die Klägerin beantragt sinngemäß,

den Ablehnungsbescheid vom 30.07.2019 und die Einspruchsentscheidung vom 14.05.2020 aufzuheben und das FA zu verpflichten, Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung für das Jahr 2016 zeitanteilig i. H. v. 9.695 € und für 2017 i. H. v. 48.740 € einheitlich und gesondert festzustellen und den Beigeladenen jeweils zur Hälfte persönlich zuzurechnen.

**10** Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.

**11** Die Beteiligten haben übereinstimmend auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet.

**12** Die Revision ist begründet. Sie führt unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO). Die streitigen Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung sind den Beigeladenen persönlich zuzurechnen und gesondert und einheitlich festzustellen. Es fehlen aber noch Feststellungen zur Höhe der erklärten Einkünfte.

**13** 1. Den objektiven Tatbestand der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung verwirklicht, wer einem anderen eines der in § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG genannten Wirtschaftsgüter entgeltlich auf Zeit zum Gebrauch oder zur Nutzung überlässt; ihm müssen die Rechte und Pflichten aus einem

Miet- oder Pachtvertrag oder einem ähnlichen Vertrag über eine Nutzungsüberlassung – rechtlich oder tatsächlich – zurechenbar sein (vgl. Senatsurteile vom 19.11.2003, IX R 54/00, BFH/NV 2004, 1079 und vom 06.09.2006, IX R 13/05, BFH/NV 2007, 406 unter II. 1.).

**14** a) Der Nießbraucher der Sache erzielt die Einkünfte aus deren Vermietung, wenn er im Außenverhältnis selbst als Vermieter in Erscheinung tritt. Auch ein (befristetes) schuldrechtliches Nutzungsrecht kann zur Zurechnung der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung nach § 21 Abs. 1 EStG führen (vgl. Senatsurteil vom 24.10.2012, IX R 24/11).

**15** b) Bestellen Eltern ihren minderjährigen Kindern den Nießbrauch an einem bebauten Grundstück, können die Kinder nur dann Einkünfte aus Vermietung im Sinne des § 21 Abs. 1 Nr. 1 EStG erzielen, wenn zu ihren Gunsten ein bürgerlichrechtlich wirksames Nutzungsrecht begründet worden ist (BFH, Urteil vom 13.05.1980, VIII R 75/79, BFHE 131, 208 = BStBl. II 1981, S. 297).

**16** c) Nach diesen Grundsätzen haben die Beigeladenen den objektiven Tatbestand der Vermietung erfüllt.

**17** aa) Zwischen den Beteiligten ist zu Recht nicht streitig, dass der Nießbrauch bürgerlichrechtlich wirksam begründet worden ist. Der Senat sieht insofern von weiteren Ausführungen ab.

**18** bb) Es bedarf im Streitfall auch keiner Entscheidung, ob die Beigeladenen kraft Gesetzes mit der Begründung des Nießbrauchs in die Vermieterstellung eingerückt sind (§§ 565, 566 BGB) oder ob dafür die Zustimmung des Mieters erforderlich war. Jedenfalls hat die GmbH als Mieterin dem Wechsel des Vermieters wirksam zugestimmt. Auch darüber besteht zwischen den Beteiligten zu Recht kein Streit.

**19** cc) Gegen die steuerliche Anerkennung des Mietvertrags bestehen auch unter dem Gesichtspunkt des Fremdvergleichs keine durchgreifenden Bedenken.

**20** Ob zwischen den Eltern der Beigeladenen als Vermieter und der jeweils nur von einem Elternteil beherrschten GmbH überhaupt ein persönliches Näheverhältnis zu bejahen wäre, kann dahinstehen. Weder das FA noch das FG haben Anhaltspunkte dafür festgestellt, dass der Vertrag seinem Inhalt nach einem Fremdvergleich nicht standhält. Auch die Durchführung des Vertrags begegnet bis zur Begründung des Nießbrauchs keinen Bedenken.

**21** Für die Zeit nach Begründung des Nießbrauchs und Übergang der Vermieterstellung auf die Beigeladenen gilt nichts anderes. Zunächst besteht zwischen den Beigeladenen und der von einem Elternteil allein beherrschten GmbH vordergründig kein persönliches Näheverhältnis mehr. Die Nachzahlung der Miete für Januar bis Juni 2016 am 30.06.2016 in einem Betrag weicht zwar vom schriftlich Vereinbarten ab. Die Klägerin hat dagegen unwidersprochen vorgetragen, dies sei einvernehmlich geschehen. Das FG ist der Frage indes zu Recht nicht weiter nachgegangen, denn durchgreifende Bedenken gegen die Ernstlichkeit der Vereinbarung würden sich allein daraus nicht ergeben. Es ist nicht anzunehmen, dass die Beigeladenen der GmbH

etwas zuwenden wollten. Anders als das FA meint, besteht auch kein Erfahrungssatz, dass ein Mietvertrag bei Zahlungsrückstand des Mieters stets sofort gekündigt wird. Entsprechendes kann deshalb auch nicht als fremdüblich zugrunde gelegt werden. Wie die weitere (bekannte) Entwicklung zeigt, ist der Mietvertrag beiderseits vollständig erfüllt worden. Es kommt deshalb auch nicht darauf an, dass die Beigeladenen zivilrechtlich zwar seit dem 01.01.2016 Vermieter waren, die steuerliche Zurechnung aber nicht rückwirkend begründet werden kann und deshalb erst mit der Genehmigung des Vertrags durch den Ergänzungspfleger beginnt, sodass der Zahlungsrückstand und die Nachzahlung steuerlich auch nicht in den Zeitraum fallen, in dem die Einkünfte den Beigeladenen zuzurechnen sind.

**22 2.** Es liegt schließlich auch kein Gestaltungsmissbrauch vor.

**23 a)** Nach § 42 Abs. 1 Satz 1 AO kann durch den Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts das Steuergesetz nicht umgangen werden. Ist der Tatbestand der Regelung in einem Einzelsteuergesetz erfüllt, die der Verhinderung von Steuerumgehungen dient, so bestimmen sich die Rechtsfolgen nach jener Vorschrift (§ 42 Abs. 1 Satz 2 AO). Anderenfalls entsteht nach § 42 Abs. 1 Satz 3 AO der Steueranspruch beim Vorliegen eines Missbrauchs im Sinne des § 42 Abs. 2 AO so, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entsteht.

**24** Ein Missbrauch liegt nach § 42 Abs. 2 Satz 1 AO vor, wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt. Dies gilt nicht, wenn der Steuerpflichtige für die gewählte Gestaltung außersteuerliche Gründe nachweist, die nach dem Gesamtbild der Verhältnisse beachtlich sind (§ 42 Abs. 2 Satz 2 AO).

**25 b)** Bestellen Eltern (zivilrechtlich wirksam) ihrem (minderjährigen) Kind unentgeltlich einen zeitlich befristeten Nießbrauch an einem Grundstück, welches das Kind anschließend an die Eltern zurückvermietet, stellt eine solche Gestaltung regelmäßig einen Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten im Sinne des § 42 AO dar (vgl. BFH, Urteil vom 18.10.1990, IV R 36/90, BFHE 162, 321 = BStBl. II 1991, S. 205). Die Unangemessenheit ergibt sich zwar nicht schon aus dem Motiv, Steuern sparen zu wollen. Wer aber ein Gebäude für eigene Zwecke benötigt, bestellt nicht einem anderen ein unentgeltliches Nutzungsrecht daran, um es anschließend entgeltlich zurück zu mieten. Im dort zugrunde liegenden Fall hatte der Vater das Alleineigentum an der als Familienwohnung und Praxis genutzten Immobilie zunächst unentgeltlich auf seine Frau übertragen. Beide Eltern räumten in derselben Urkunde dem Sohn einen zeitlich befristeten Nießbrauch an dem Grundstück ein, und der Vater mietete das Haus von dem Sohn zurück. Dadurch wollte er den Abzug der Praxismiete als Werbungskosten erreichen; außerdem sollte die Nutzungswertbesteuerung der Wohnung entfallen.

**26 c)** Ein Gestaltungsmissbrauch liegt dagegen nicht vor, wenn das minderjährige Kind als Nießbraucher die ihm zur Nutzung überlassene Immobilie an fremde Dritte vermietet. Dann sind die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung dem Kind zuzurechnen. Es handelt sich nicht um einen Fall des Missbrauchs von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten (Senatsurteil vom 25.04.1995, IX R 41/92, BFH/NV 1996, 122 unter 1. c) m. w. N.). Nach dieser Rechtsprechung ist die auch nur befristete Übertragung der Einkunftsquelle nicht missbräuchlich, wenn sie beim Übertragenden nicht (zugleich) dazu dient, nicht abziehbare Unterhaltsleistungen in den Einkünftebereich zu verlagern. Unschädlich ist, wenn die Übertragung zugleich der Erfüllung einer Unterhaltspflicht dient. Die Entscheidung der Eltern, ob sie ihren Kindern Barunterhalt leisten oder ihnen (vorübergehend) eine Einkunftsquelle zuwenden, ist steuerlich grundsätzlich zu beachten (zutreffend FG Baden-Württemberg, Urteil vom 13.12.2016, 11 K 2951/15, EFG 2017, 965). Gleiches gilt, wenn Eltern ihren Kindern einen Vorteil zuwenden wollen, ohne zum Unterhalt in Geld verpflichtet zu sein.

**27 d)** Nach diesen Grundsätzen, an denen unter der Neufassung des § 42 AO festzuhalten ist, liegt ein Gestaltungsmissbrauch nicht vor.

**28 aa)** Die Begründung des Nießbrauchs bewirkt im Streitfall lediglich eine Übertragung der Einkunftsquelle. Die Vermietungseinkünfte werden nicht mehr vom Eigentümer (den Eltern), sondern von den Nießbrauchern, den Beigeladenen, erzielt. Ergibt sich daraus bei einer Gesamtbetrachtung ein steuerlicher Vorteil, so ist dies die Folge des steuerlich anzuerkennenden Sachverhalts und insofern gesetzlich „vorgesehen“ (vgl. auch Senatsurteil vom 23.04.2021, IX R 8/20, BFHE 272, 328 = BStBl. II 2021, S. 743 Rdnr. 27).

**29** Ein weiterer steuerlicher Vorteil entsteht nicht. Insbesondere werden nicht steuerlich unbeachtliche Unterhaltsaufwendungen in den Einkünftebereich verlagert. Die GmbH konnte die Geschäftsraummiete auch vor Begründung des Nießbrauchs als Betriebsausgabe abziehen. Durch die Zuwendung der Einkunftsquelle erwächst den Eltern der Beigeladenen, von der Verlagerung der Einkünfte abgesehen, gegenüber der Zuwendung von versteuertem Einkommen kein steuerlicher Vorteil.

**30 bb)** Vor diesem Hintergrund bedarf die vom FG aufgeworfene Frage keiner Vertiefung, ob die GmbH im Verhältnis zu den Beigeladenen oder den Eltern eine fremde Dritte war. Der Sachverhalt unterscheidet sich auch insoweit maßgeblich von dem im BFH, Urteil vom 18.10.1990, IV R 36/90 (BFHE 162, 321 = BStBl. II 1991, S. 205) zugrunde liegenden Sachverhalt, als die Beigeladenen keinen Mietvertrag abgeschlossen, sondern einen bestehenden Mietvertrag übernommen und erfüllt haben. Soll die Einkunftsquelle Mietvertrag zugewendet werden, ist die Einräumung eines zeitlich befristeten Nießbrauchs der vom Gesetz vorgesehene Weg.

**31 cc)** Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Beigeladenen, wie das FG meint, keine Möglichkeit hatten, das Grundstück aktiv zu verwalten. Darauf kommt es nicht an. Es kann offenbleiben, ob die vom FG zitierte ältere



Rechtsprechung (zum Beispiel BFH, Urteil vom 11.03.1976, IV R 119/72, BFHE 118, 356 = BStBl. II 1976, S. 421) im Hinblick auf das Kriterium der „Verwaltung“ des Grundstücks durch den Nießbraucher mehr oder anderes zum Ausdruck bringen wollte, als dass der Nießbraucher im Außenverhältnis als Vermieter in Erscheinung treten muss. Wie die Klägerin zu Recht einwendet, kann sich die Verwaltungstätigkeit nur in dem vorgegebenen rechtlichen Rahmen entfalten. Dass die ordentliche Kündigung des Mietvertrags für die Laufzeit des Nießbrauchs ausgeschlossen war, der Nießbraucher also nicht aktiv eine anderweitige Vermietung ins Werk setzen konnte, spricht nicht gegen die steuerliche Anerkennung des Nießbrauchs, sondern gehört zu den rechtlichen Gegebenheiten. Denn der Nießbraucher tritt in das bestehende Mietverhältnis ein und ist daran gebunden. Mehr ist ihm nicht zugewandt worden.

**32 3.** Das FG ist von anderen Rechtsgrundsätzen ausgegangen. Sein Urteil kann deshalb keinen Bestand haben. Die Sache ist nicht spruchreif. Obwohl die Klage dem Grunde nach begründet ist, kann der Senat die begehrte Verpflichtung des FA zum Erlass der Feststellungsbescheide nicht aussprechen. Von seinem Standpunkt aus zu Recht hat das FG bisher keine Feststellungen zur Höhe der erklärten Einkünfte getroffen. Dies wird es im zweiten Rechtsgang nachzuholen haben.

(...)

### 23. Fremdübliche Verzinsung einer Darlehensforderung

BFH, Urteil vom 22.02.2023, I R 27/20 (Vorinstanz: FG Schleswig-Holstein, Urteil vom 28.05.2020, 1 K 67/17)

AO § 162 Abs. 1

GmbHG § 42 Abs. 3

KStG § 8 Abs. 3 Satz 2, § 32a

#### LEITSÄTZE:

- 1. Der Verzicht auf eine angemessene Verzinsung einer auf einem Gesellschafterverrechnungskonto verbuchten Darlehensforderung einer GmbH kann zu einer vGA führen.**
- 2. Sind keine anderen Anhaltspunkte für die regelmäßig gebotene Schätzung der fremdüblichen Zinsen erkennbar, ist es nicht zu beanstanden, wenn von dem Erfahrungssatz ausgegangen wird, dass sich private Darlehensgeber und -nehmer die bankübliche Marge zwischen Soll- und Habenzinsen teilen (sog. Margenteilung; Festhaltung an den Senatsurteilen vom 28.02.1990, I R 83/87, BFHE 160, 192 = BStBl. II 1990, S. 649; vom 19.01.1994, I R 93/93, BFHE 174, 61 = BStBl. II 1994, S. 725; vom 22.10.2003, I R 36/03, BFHE 204, 106 = BStBl. II 2004, S. 307).**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** Die Beteiligten streiten über den einkommens- und gewerbeertragserhöhenden Ansatz von verdeckten Gewinnausschüttungen (vGA).

**2** Anteilshaber zu 60 % der Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin), einer GmbH, ist der auch als Geschäftsführer bestellte A. Nach § 14 des Gesellschaftsvertrags der Klägerin vom 04.02.1983 ist ein ausgeschlossener Gesellschafter zur Abtretung seines Geschäftsanteils gegen Entgelt verpflichtet.

**3** Die Beteiligten gehen übereinstimmend davon aus, dass zwischen dem Einzelunternehmen des A und der Klägerin bis zum 31.05.2012 sowohl eine Betriebsaufspaltung als auch eine umsatzsteuerrechtliche Organschaft (mit der Klägerin als Betriebsgesellschaft) bestand. Jedenfalls ab dem Jahr 2000 führte die Klägerin in ihrer Buchhaltung ein Konto, auf dem Zahlungsbewegungen im Verhältnis zu A gebucht und verrechnet wurden und dessen Saldo gemäß § 42 Abs. 3 GmbHG gesondert im Jahresabschluss ausgewiesen wurde. Dabei wurden dort auf dem Gehaltsverrechnungskonto nicht ausgeglichene Gehaltsabschläge umgebucht und – neben weiteren Geschäftsvorfällen – Zahlungsflüsse mit Bezug zur Betriebsaufspaltung und zur umsatzsteuerrechtlichen Organschaft erfasst. Soweit Zahlungen (um-)gebucht wurden, die die Klägerin an A oder für Rechnung des A geleistet hatte, gehen die Beteiligten für die in den Jahren 2000 bis 2012 erfolgten Buchungen übereinstimmend davon aus, dass A der Klägerin die Beträge (ggf. im Wege der Verrechnung) zu erstatten hatte; besondere Vereinbarungen dazu waren nicht getroffen worden.

**4** Seit dem Veranlagungszeitraum 2000 ergab sich aus dem Konto an den Bilanzstichtagen ein Saldo zugunsten der Klägerin, der in ihren Jahresabschlüssen in folgender Höhe ausgewiesen wurde:

(...)

**5** Eine Verzinsung erfolgte zunächst nicht. Der Beklagte und Revisionsbeklagte (FA) setzte daraufhin beginnend ab 2001 einkommens- und gewerbeertragserhöhend vGA („Nichtverzinsung der Forderung“) an (Zinssatz: 6 % p.a.). Nach erfolglosem Einspruch strengte die Klägerin für die Veranlagungszeiträume 2001 bis 2004 ein Klageverfahren an, das einvernehmlich auf der Grundlage einer tatsächlichen Verständigung – Einkommenserhöhung entsprechend einer Verzinsung in Höhe von 4,5 % p. a. – beendet wurde.

**6** Für die Veranlagungszeiträume 2005 bis 2013 erklärte die Klägerin entsprechende Zinserträge, die als Forderungen gegenüber A auf dem o. g. Konto erfasst wurden. Im Jahr 2012 beantragte das für A zuständige FA die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des A, nachdem dieser seinen steuerlichen Verpflichtungen in Höhe von ca. (...) € nicht nachgekommen war. Dem waren Pfändungen vorausgegangen, in deren Rahmen die dortigen Rückstände nicht vollständig beigetrieben werden konnten. Nach der Veräußerung des von der Klägerin genutzten und im Eigentum des A stehenden (Betriebs-)Grundstücks

beglich A im Jahr 2013 die Steuerforderung. Zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens kam es nicht.

**7** Für die vorliegend allein in Streit stehenden Jahre 2014 und 2015 (Streitjahre) unterblieb eine Verzinsung, sodass das FA wiederum eine vGA ansetzte. Deren Höhe [...] € hatte es für das Jahr 2014 wie folgt ermittelt:

Forderungsanfangsbestand 01.01.2014	(...) €
Forderungsendbestand 31.12.2014	(...) €
Summe	(...) €
davon ½ ergibt Bemessungsgrundlage	(...) €
darauf 4,5 % ergibt Zinsbetrag	(...) €

**8** Für den Veranlagungszeitraum 2015 wurde die vGA in entsprechender Weise ermittelt [...] €).

**9** In dem nach erfolglosem Einspruch eingeleiteten Klageverfahren beim Schleswig-Holsteinischen FG fand ein Erörterungstermin statt, in dessen Folge das FA die angefochtenen Bescheide für die Streitjahre änderte. Es ging nunmehr davon aus, dass ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter wegen der schlechten wirtschaftlichen Situation des A in 2014 keine weiteren Ausreichungen an diesen vorgenommen hätte. Tatsächlich habe aber die Klägerin weitere Zahlungen für Rechnung des A geleistet und die entsprechenden Beträge auf dem Verrechnungskonto verbucht. Insoweit müsse der Forderung ein Darlehenscharakter abgesprochen werden. Ein Teil des zum 31.12.2014 ermittelten Forderungsgesamtbetrags sei daher auszubuchen [...] €) und die damit verbundene bilanzielle Gewinnminderung durch Ansatz einer entsprechend hohen vGA zu neutralisieren. Im Übrigen sei die vGA (zinslose Überlassung des auf dem Verrechnungskonto ausgewiesenen – geminderten – Gesamtbetrags) unter Ansatz eines fremdüblichen Zinssatzes von 4,5 % zu bewerten. Die sich daraus ergebenden vGA-Beträge beliefen sich auf (...) € (2014) und (...) € (2015).

**10** Das FG wies die Klage gegen die Änderungsbescheide, die gemäß § 68 FGO zum Verfahrensgegenstand geworden waren, als unbegründet ab (Urteil vom 28.05.2020, 1 K 67/17, EFG 2021, 223).

**11** Dagegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Revision.

**12** Die Klägerin beantragt, unter Aufhebung des Urteils der Vorinstanz die Änderungsbescheide über Körperschaftsteuer und den Gewerbesteuermessbetrag für 2014 und 2015 vom 26.09.2018 dahin zu ändern, dass für 2014 die Ausbuchung der Forderung gegen A in Höhe von (...) € und der Ansatz einer vGA in Höhe von (...) € unterlassen wird und dass für 2015 der Ansatz einer vGA in Höhe von (...) € unterlassen wird und dass die Körperschaftsteuer sowie der Gewerbesteuermessbetrag entsprechend niedriger festgesetzt bzw. festgestellt werden.

**13** Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

**14** Nach Schluss der mündlichen Verhandlung hat die Klägerin in zwei Schriftsätzen noch weiter zur Sach- und Rechtslage vorgetragen.

**15** Die Revision der Klägerin ist unbegründet und daher gemäß § 126 Abs. 2 FGO zurückzuweisen. Das FG hat ohne durchgreifenden Rechtsfehler auf einen einkommens- und gewerbeertragserhöhenden Ansatz einer vGA „dem Grunde nach“ erkannt; auch gegen deren Bewertung ist aus revisionsrichterlicher Sicht nichts einzuwenden.

**16** 1. Nach § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG in der für die Streitjahre geltenden Fassung mindern vGA das Einkommen der Kapitalgesellschaft nicht. Unter einer vGA ist bei einer Kapitalgesellschaft eine Vermögensminderung (verhinderte Vermögensmehrung) zu verstehen, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, sich auf die Höhe des Unterschiedsbetrags gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 EStG in der für die Streitjahre geltenden Fassung (EStG) i. V. m. § 8 Abs. 1 KStG auswirkt und in keinem Zusammenhang zu einer offenen Ausschüttung steht. Für den größten Teil der entschiedenen Fälle hat der Senat die Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis angenommen, wenn die Kapitalgesellschaft ihrem Gesellschafter einen Vermögensvorteil zuwendet, den sie bei der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einem Nichtgesellschafter nicht gewährt hätte („Fremdvergleich“; st. Senatsrechtsprechung seit Urteil vom 16.03.1966, I 261/63, BFHE 89, 208 = BStBl. III 1967, S. 626). Außerdem muss der Vorgang geeignet sein, bei dem begünstigten Gesellschafter einen sonstigen Bezug i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG auszulösen (z. B. Senatsurteile vom 07.08.2002, I R 2/02, BFHE 200, 197 = BStBl. II 2004, S. 131; vom 08.09.2010, I R 6/09, BFHE 231, 75 = BStBl. II 2013, S. 186).

**17** 2. a) Ob und ggf. in welchem Umfang bei Geschäften zwischen einer Kapitalgesellschaft und deren beherrschendem Gesellschafter die tatsächlich vereinbarten Preise von denjenigen abweichen, die zwischen fremden Dritten vereinbart worden wären, ist eine „tatsächliche“ Frage, deren Beantwortung im gerichtlichen Verfahren in erster Linie dem FG obliegt.

**18** b) Das FG muss den maßgeblichen Fremdvergleichspreis unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Einzelfalls ermitteln, was im Regelfall eine Schätzung gemäß § 162 Abs. 1 AO notwendig macht. Die Entscheidung darüber, wie der Fremdvergleich im Einzelfall durchzuführen ist, obliegt dabei grundsätzlich dem FG. Dieses muss bei der Ermittlung des „fremdüblichen“ Preises allerdings beachten, dass es häufig für die betreffende Leistung nicht „den“ Fremdvergleichspreis, sondern eine Bandbreite von Preisen geben wird. In einem solchen Fall ist bei der Berechnung der vGA von dem für den Steuerpflichtigen günstigsten Vergleichspreis auszugehen. Davon abgesehen kann die vom FG angestellte Würdigung jedoch im Revisionsverfahren nur daraufhin überprüft werden, ob sie in verfahrensfehlerhafter Weise zustande gekommen ist und ob sie gegen Denkgesetze oder gegen allgemeine Erfahrungssätze verstößt. Ist dies nicht der Fall, so muss sie auch dann Bestand haben, wenn sich aus den vom FG vorgefundenen tatsächlichen Umständen gleichermaßen andere Beträge

hätten ableiten lassen (siehe Senatsurteil vom 18.05.2021, I R 4/17, BFHE 273, 440 m. w. N.).

**19 c)** Die Rechtsprechung hat diese allgemeinen Grundsätze bei der Beurteilung von Darlehensgeschäften zwischen der Kapitalgesellschaft und ihrem beherrschenden Gesellschafter wie folgt präzisiert:

**20 aa)** Gewährt die Kapitalgesellschaft ihrem Gesellschafter ein Darlehen, kommt der Ansatz einer vGA insoweit in Betracht, als der Kredit zinslos oder zu einem unangemessen niedrigen Zins gewährt wird. Davon kann insbesondere auszugehen sein, wenn die Gesellschaft für den bei ihr angestellten Gesellschafter ein unangemessen verzinstes Verrechnungskonto führt (§ 42 Abs. 3 GmbHG), das einen Saldo zugunsten der Gesellschaft ausweist (vgl. Urteil des BFH vom 23.06.1981, VIII R 102/80, BFHE 134, 541 = BStBl. II 1982, S. 245; Senatsbeschluss vom 16.12.1999, I B 115/97, BFH/NV 2000, 753; BFH-Beschluss vom 05.04.2004, X B 130/03, juris).

**21 bb)** Zur Bestimmung des angemessenen (fremdüblichen) Zinses ist vorrangig die Preisvergleichsmethode anzuwenden, weil diese Methode unmittelbar zur Feststellung des Vergleichspreises führt und sie daher als die Grundmethode zur Bestimmung angemessener (Verrechnungs-)Preise anzusehen ist; Fremdpreis ist der Zins, zu dem Fremde unter vergleichbaren Bedingungen den Kredit am Geld- oder Kapitalmarkt gewährt hätten (zu Einzelheiten vgl. Senatsurteil in BFHE 273, 440 m. w. N.).

**22 cc)** Der erkennende Senat hat für Fälle, in denen eine Gesellschaft für den bei ihr angestellten Gesellschafter ein unangemessen verzinstes Verrechnungskonto nach § 42 Abs. 3 GmbHG führt, zur Bemessung des angemessenen Zinssatzes den schlagwortartig als „Margenteilungsgrundsatz“ bezeichneten Erfahrungssatz als sachgerecht anerkannt, an dem sich das FG ohne Rechtsfehler orientiert hat.

**23 aaa)** Bei Kreditgeschäften zwischen einer Kapitalgesellschaft, die selbst keine Bankgeschäfte betreibt und als privater Darlehensgeber agiert, und ihrem Gesellschafter als privatem Darlehensnehmer berechnet sich die für den Ansatz einer vGA erforderliche verhinderte Vermögensmehrung nach den in Rechnung gestellten Sollzinsen, wenn und soweit davon ausgegangen werden kann, dass der dem Gesellschafter zinslos überlassene Darlehensbetrag anderenfalls zur Kreditrückzahlung verwendet worden wäre. Hat die Gesellschaft selbst keinen Kredit aufgenommen, so bilden die banküblichen Habenzinsen die Unter- und die banküblichen Sollzinsen die Obergrenze der verhinderten Vermögensmehrung. Der im Einzelfall maßgebliche Betrag innerhalb der genannten Marge ist durch Schätzung zu ermitteln, wobei dem Risiko, dass das Darlehen nicht zurückgezahlt werden kann, besondere Bedeutung zukommt. In der Regel ist der Ansatz der Sollzinsen jedenfalls dann nicht gerechtfertigt, wenn die Gesellschaft keine Bankgeschäfte betreibt und deshalb auch nicht den damit verbundenen Aufwand hat. Sind keine anderen Anhaltspunkte für die Schätzung erkennbar, ist es nicht zu beanstanden, wenn von dem Erfahrungssatz ausgegangen wird, dass sich private Darlehensgeber und -nehmer die bankübliche Marge

zwischen Soll- und Habenzinsen teilen (Senatsurteile vom 28.02.1990, I R 83/87, BFHE 160, 192 = BStBl. II 1990, S. 649; vom 19.01.1994, I R 93/93, BFHE 174, 61 = BStBl. II 1994, S. 725; vom 22.10.2003, I R 36/03, BFHE 204, 106 = BStBl. II 2004, S. 307).

**24 bbb)** Ungeachtet der zuweilen geäußerten Kritik ist an diesen Grundsätzen festzuhalten.

**25** Ein Widerspruch zur oben bereits näher beschriebenen sog. Bandbreitenrechtsprechung, wonach der „richtige“ Fremdvergleichspreis keinen Punktwert darstellt, sondern aus einer Bandbreite von – allesamt fremdüblichen – Preisen besteht, liegt nicht vor. Denn der sich aus der Margenteilung ergebende „Mittelwert“ ist aus Fremdvergleichen (bankübliche Haben- und Sollzinssätze) abgeleitet (vgl. Senatsurteil vom 17.10.2001, I R 103/00, BFHE 197, 68 = BStBl. II 2004, S. 171 Rdnr. 55; siehe auch *Wassermeyer/Baumhoff* in *Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld*, Außensteuerrecht, § 1 AStG Rdnr. 918) und überdies nur dann anzusetzen, wenn anderweitige tatsächliche Anhaltspunkte für die Schätzung fehlen („im Zweifel“; vgl. etwa Urteil des FG Baden-Württemberg vom 10.11.2005, 3 K 353/01, EFG 2006, 594 zu einer abweichenden Würdigung der Einzelfallumstände). Die Teilung der Marge selbst beruht auf einer Beobachtung des Wirtschaftslebens und damit auf einem Erfahrungssatz, den der Senat als fremdübliches Verhalten auch für das Verhältnis zwischen Kapitalgesellschaft und Gesellschafter annimmt (*Buciek*, JbFSt 2008/2009, 794; siehe auch *Baumhoff* in *FS Franz Wassermeyer*, 2005, S. 347, 353). Es besteht auch kein zwingender Grund, sich in der „Kreditvergabesituation“ allein an dem vom Kreditgeber alternativ erzielbaren Habenzins als Vergleichsmaßstab und in der „Kreditaufnahmesituation“ allein an dem vom Kreditnehmer alternativ hinzunehmenden Sollzins zu orientieren (gleicher Ansicht z. B. *Brandis/Heuermann/Rengers*, Ertragsteuerrecht, § 8 KStG Rdnr. 594; *Neumann* in *Rödler/Herlinghaus/Neumann*, KStG, § 8 Rdnr. 1234; vgl. auch *Lang* in *Dötsch/Pung/Möhlenbrock*, Die Körperschaftsteuer, § 8 KStG Abs. 3 Teil D Rdnr. 1067 ff.; a. A. *Gosch* in *Gosch*, KStG, 4. Aufl., § 8 Rdnr. 693; ablehnend auch *Nolden/Bonekamp*, ISR 2016, 348). Denn mit einem solchermaßen „gespaltenen“ Ansatz können bei der Beurteilung eines einheitlichen Rechtsverhältnisses unterschiedliche Fremdvergleichspreise hervorgehen, was in der Sache und aus Praktikabilitätsgründen nicht überzeugt.

**26** Es besteht schließlich auch kein Widerspruch zwischen dem Margenteilungsgrundsatz und neueren Entscheidungen des Senats zu Darlehensgewährungen im Konzern. Vorliegend geht es um die gänzlich anders gelagerte Situation einer privaten Gelegenheitskreditvergabe durch eine personalistisch strukturierte Gesellschaft an ihren beherrschenden Gesellschafter. Nur insoweit ist der Margenteilungsgrundsatz als praktikables Hilfsmittel für den Fall anzuerkennen, dass keine anderen Anhaltspunkte für die Schätzung erkennbar sind („im Zweifel“).

**27 3.** Die Vorinstanz hat ihrer Entscheidung die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Schätzung des fremdüblichen Zinses zugrunde gelegt und diese in revisionsrechtlich nicht zu beanstan-

dender Weise auf den Streitfall angewandt. Die hiergegen erhobenen Einwände der Klägerin sind unbegründet.

**28 a)** Das FG ist zu Recht davon ausgegangen, dass eine vGA vorlag. Das Verrechnungskonto, das einen Saldo zugunsten der Klägerin aufwies, war in den Streitjahren – im Unterschied zu den Vorjahren – unverzinst geblieben. Allerdings ist entgegen der Ansicht der Revision ungeachtet des Umstands, dass in den Streitjahren ein Niedrigzinsniveau herrschte und im Falle der Geldanlage bei Banken sogar „Strafzinsen“ (Verwahrentgelte) drohten, aus Sicht der darlehensgebenden Klägerin von einer verhinderten Vermögensmehrung auszugehen. Denn nach der Senatsrechtsprechung ist der bankübliche Habenzins, der tatsächlich in den Streitjahren nahezu bei Null lag, nicht der alleinige Maßstab für die Fremdvergleichsprüfung. Die Tatsache, dass die Klägerin keine Bankgeschäfte betreibt und deshalb auch nicht den damit verbundenen („einzupreisenden“ banküblichen) Aufwand hat, führt nicht dazu, dass der Sollzinssatz als Fremdvergleichsmaßstab ausschiede und sich die Schätzung allein am Habenzinssatz zu orientieren hätte. Vielmehr ist dann grundsätzlich nicht allein auf den banküblichen Sollzinssatz abzustellen, sondern ein darunter liegender – also ein sich zwischen Haben- und Sollzinssatz bewegender – Zinssatz heranzuziehen (vgl. Senatsurteil in BFHE 204, 106 = BStBl. II 2004, S. 307; *Buciek*, JbFSt 2008/2009, 794; *Neumann* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, a. a. O.).

**29** Im Übrigen spricht für das Vorliegen einer vGA auch der Umstand, dass der Senat in dem nicht vergüteten Entzug von Liquidität zu Lasten der Kapitalgesellschaft regelmäßig eine vGA angenommen hat (z. B. Senatsurteil vom 17.12.1997, I R 70/97, BFHE 185, 224 = BStBl. II 1998, S. 545). Denn es ist zwischen fremden Dritten grundsätzlich nicht vorstellbar, dass Kapital und die damit verbundene Nutzungsmöglichkeit (Ertragschance) unentgeltlich und – wie im Streitfall – ohne Sicherheiten zur Verfügung gestellt wird. Fremde Dritte pflegen sich nichts zu schenken; außerdem nimmt der Entzug von Liquidität der das Kapital überlassenden Gesellschaft zumindest die Möglichkeit, mit der eigenen Geschäftstätigkeit eine Eigenkapitalverzinsung herbeizuführen (zutreffend *Kohlhepp*, DB 2021, 2920, 2923). Schließlich scheidet eine starre Orientierung an den banküblichen Habenzinsen auch deshalb aus, weil im Streitfall das Kapital ohne hinreichende Besicherung an den Gesellschafter-Geschäftsführer ungeachtet dessen zweifelhafter Bonität überlassen wurde, während eine Geldanlage bei einer inländischen Geschäftsbank typischerweise (etwa aufgrund der staatlichen Bankenaufsicht sowie vielfältiger Auflagen und Sicherungsmechanismen im Einlagengeschäft der Banken) nicht mit einem finanziellen Risiko verbunden gewesen wäre (vgl. allgemein Senatsbeschluss vom 07.08.1985, I B 8/85, BFH/NV 1986, 767). Dem Umstand fehlender Besicherung kommt bei der Fremdvergleichsprüfung nach der Rechtsprechung zum Margenteilungsgrundsatz besondere Bedeutung zu (Senatsurteil in BFHE 160, 192 = BStBl. II 1990, S. 649).

**30 b)** Soweit die Klägerin das Vorliegen einer vGA wiederholt – auch schriftsätzlich nach dem Schluss der mündli-

chen Verhandlung, ohne dass damit eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung veranlasst gewesen wäre (siehe allgemein z. B. BFH-Urteil vom 31.05.2017, XI R 2/14, BFHE 258, 191 = BStBl. II 2017, S. 1024) – mit dem Hinweis auf den betrieblichen Charakter der im Verrechnungskonto erfassten Vorgänge bestreitet, wird dabei insbesondere nicht ausreichend gewürdigt, dass es wegen der vom Senat in ständiger Rechtsprechung vertretenen geschäftsvorfallbezogenen (isolierenden) Betrachtungsweise (vgl. z. B. Senatsurteil vom 28.04.2010, I R 78/08, BFHE 229, 234 = BStBl. II 2013, S. 41; Senatsbeschluss vom 27.07.2010, I B 61/10, BFH/NV 2010, 2119) allein auf den Geschäftsvorfall der unentgeltlichen Kreditgewährung an den beherrschenden Gesellschafter und die hierdurch bewirkte verhinderte Vermögensmehrung ankommt.

**31 c)** Die Voraussetzungen eines sog. Vorteilsausgleichs, der dem Ansatz einer vGA entgegenstehen könnte, sind im Streitfall nicht erfüllt.

**32 aa)** Eine verhinderte Vermögensmehrung aufseiten der Kapitalgesellschaft kann durch vermögenswerte Vorteile ausgeglichen werden, die der Gesellschaft von dem begünstigten Gesellschafter gewährt werden. Die gegenseitig gewährten Vermögensvorteile sind dann miteinander zu verrechnen. Soll der Vorteil zwischen der Kapitalgesellschaft und ihrem beherrschenden Gesellschafter ausgeglichen werden, muss regelmäßig der Ausgleich durch eine im Vorhinein abgeschlossene und tatsächlich vollzogene Vereinbarung, die klar und eindeutig ist, abgedeckt sein (st. Rspr., vgl. Senatsurteile vom 21.07.1976, I R 223/74, BFHE 119, 453 = BStBl. II 1976, S. 734; vom 07.12.1988, I R 25/82, BFHE 155, 349 = BStBl. II 1989, S. 248).

**33 bb)** Die Klägerin ist der Auffassung, dass ein solcher Vorteilsausgleich insoweit vorzunehmen sei, als in dem zu verzinsenden Saldo des Verrechnungskontos unberechtigte Forderungen der Kapitalgesellschaft enthalten seien. Denn auf dem Konto seien (frühere Zeiträume betreffende) Zinsforderungen verbucht worden, die tatsächlich nicht bestanden hätten.

**34 cc)** Im Streitfall besteht der „Nachteil“ aufseiten der Klägerin darin, dass sie keine Zinsen für die Überlassung des Kapitals zur Nutzung erhalten hat. Es ist weder vom FG festgestellt noch sonst ersichtlich, dass überhaupt eine Vereinbarung zwischen der Klägerin und ihrem beherrschenden Gesellschafter bestanden hat, die den Ausgleich dieses „Nachteils“ durch einen „Vorteil“ – insbesondere eine in den Vorjahren erfolgte „Überzahlung“ zugunsten der Klägerin – zum Gegenstand hatte. Bereits aus diesem Grunde scheidet der von der Revision begehrte Vorteilsausgleich.

**35 d)** Die Höhe des fremdüblichen Zinssatzes hat das FA gemäß § 162 AO auf 4,5 % geschätzt. Das FG hat die Grundlagen und das Ergebnis der Schätzung im Wesentlichen gebilligt. Revisionsrechtlich ist diese Schätzung als Teil der Tatsachenfeststellung des FG nur eingeschränkt überprüfbar. Revisible Schätzungsfehler liegen nicht vor.

**36 aa)** Das FA ist von einer (geringen) Bandbreite von banküblichen Habenzinssätzen ausgegangen, die nur wenig über der 0 %-Marke lagen. Des Weiteren hat es bankübli-

che Sollzinssätze für revolvingende Kredite und Überziehungskredite an Privathaushalte herangezogen, die sich bei etwas über 9 % bewegten. Ausgehend von einer Margenteilung hat es mangels anderweitiger Anhaltspunkte sodann 4,5 % angesetzt. In Ermangelung konkreter vergleichbarer Kreditgeschäfte hat das FA statistische Angaben der Deutschen Bundesbank verwendet (vgl. auch allgemein *Wassermeyer/Baumhoff* in *Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld*, a.a.O., § 1 AStG Rdnr. 2226). Gegen diese auf tatsächlichem Gebiet liegende Annahme hat die Klägerin keine begründeten sachlichen Einwendungen (dazu nachfolgend) oder Verfahrensrügen erhoben.

**37** Dass auf Überziehungskreditzinssätze für private Haushalte abgestellt wurde, ist sachlich nachvollziehbar, weil die streitige Darlehensgewährung ebenfalls den Charakter eines unbesicherten Privatkredits hat. Revolvingende Kredite stellen Kredite dar, die vom Kreditnehmer bis zur maximalen Höhe einer Kreditlinie innerhalb der Kreditlaufzeit in wechselnder Höhe wiederholt in Anspruch genommen werden können, auch wenn zwischenzeitlich (Teil-)Tilgungen erfolgt sind. Das im Streitfall geführte Verrechnungskonto ließ sich in einer ähnlichen Weise für die Kreditgewährung und -rückzahlung verwenden, weshalb der Zinssatz für solche revolvingenden Kredite als Anhaltspunkt für eine Schätzung geeignet ist.

**38 bb)** Wie bereits ausgeführt, ist der Einwand der Klägerin, der fremdübliche Zinssatz sei allein anhand der banküblichen Habenzinssätze zu bestimmen, unzutreffend.

**39 cc)** Dem Umstand fehlender Besicherung ist nach der Rechtsprechung bei der Feststellung des fremdüblichen Zinssatzes besondere Bedeutung beizumessen. Die Vorinstanz hat dieser Anforderung ausdrücklich Rechnung getragen und die nicht ausreichende Besicherung sowohl bei der Frage des Vorliegens einer vGA als auch bei der Schätzung des anzuwendenden Zinssatzes „zinserhöhend“ berücksichtigt bzw. als ein den Zinssatz von 4,5 % stützendes Argument bewertet.

**40** Das FG ist angesichts der Höhe der Ausleihungen von über 200.000 € und der wirtschaftlichen Situation des A zu Recht von einem besonderen Sicherheitsbedürfnis ausgegangen, dem ein gewissenhaft handelnder Geschäftsleiter durch die Anforderung einer Sicherheit oder dem Verlangen nach einer das Ausfallrisiko „kompensierenden“ Zinssatzerhöhung Rechnung getragen hätte (vgl. allgemein Senatsurteil vom 18.05.2021, I R 62/17, BFHE 273, 457; Senatsbeschluss in BFH/NV 1986, 767). Denn nach den tatsächlichen und den Senat im Revisionsverfahren bindenden Feststellungen des FG (§ 118 Abs. 2 FGO) musste A im Jahr 2013 ein Grundstück veräußern, nachdem das FA wegen rückständiger Steuern die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragt hatte. Diesem Antrag wiederum waren Pfändungsversuche vorausgegangen, die lediglich zu Teilzahlungen führten.

**41** Der Klägerin ist auch nicht darin zu folgen, dass der Zugriff auf pfändbare Teile der Gehaltsansprüche des A oder die Aufrechnung gegen dessen Abfindungsanspruch, der aus einem Abtretungsverlangen gemäß § 14 des Gesell-

schaftsvertrags resultieren würde, als „Sicherheiten“ zu werten seien. Denn die jedem Gläubiger einer Geldforderung offen stehende Möglichkeit, notfalls in das Vermögen (Grundstücke, Gehalts- oder sonstige Forderungen, bewegliche Sachen) seines Schuldners vollstrecken zu können, sichert den Rückzahlungsanspruch des Gläubigers nur unzureichend ab. Insbesondere kann das Vermögen im Zeitverlauf allmählich aufgezehrt werden oder durch Verfügungen des Schuldners zwischenzeitlich anderweitig abgetreten oder verpfändet worden sein (vgl. Senatsurteil in BFHE 273, 457 Rdnr. 16). Auch pfändbare Gehaltsansprüche entstehen nicht mehr, wenn der Arbeitnehmer das Beschäftigungsverhältnis beendet. Daher sieht die Rechtsprechung als „fremdübliche Sicherheiten“ ersichtlich nur solche Mittel an, die dem Gläubiger einen besonderen Zugriff auf bestimmte werthaltige Vermögensgegenstände seines Schuldners gewähren und ihm hierdurch einen Vorteil gegenüber anderen Gläubigern verschaffen (z. B. Grundpfandrechte, Bürgschaften, Sicherungsabtretungen, Sicherungsübereignungen, Eigentumsvorbehalte u. Ä.). Zudem zeichnen sich „fremdübliche Sicherheiten“ häufig dadurch aus, dass der Gläubiger gegen anderweitige Verfügungen des Schuldners geschützt wird.

**42 dd)** In den – fremdüblich zu verzinsenden – Forderungsbestand hat das FA Zinsansprüche eingerechnet, die in den Vorjahren aufgrund der damals vereinbarten Verzinsung des Verrechnungskontos entstanden, aber von A nicht befriedigt worden waren. Die Klägerin meint, dass das Zinseszinsverbot (§ 248 BGB) insoweit dem Ansatz einer vGA entgegenstehe. Denn die Voraussetzungen einer Umschaffung der (nicht verzinslichen) Zins- in eine (verzinsliche) Darlehensschuld (Novation) lägen im Streitfall nicht vor. Dem ist nicht zu folgen.

**43** Der Hinweis auf das „Zinseszinsverbot“ ist unbeachtlich. Denn dieses „Verbot“ betrifft nach dem Wortlaut des § 248 Abs. 1 BGB nur im Voraus getroffene Vereinbarungen, nach denen künftige Zinsen dem (verzinslichen) Kapital zugeschlagen werden sollen (*Erman/Martens*, BGB, 16. Aufl., § 248 Rdnr. 3). Die Klägerin hat selbst nicht vorgetragen und das FG hat auch nicht festgestellt, dass eine solche Vereinbarung im Streitfall zustande gekommen ist. Im Übrigen ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung in der Regel eine Darlehensgewährung der Kapitalgesellschaft anzunehmen, wenn sie Verrechnungskonten für ihre bei ihr angestellten Gesellschafter führt und in Höhe der die Gehälter übersteigenden Sollbuchungen Forderungen der Gesellschaft entstehen. Für den Darlehenscharakter dieser Forderungen spricht, dass sie von vornherein auf Verrechnungskonten festgehalten werden und damit die Rückzahlungsverpflichtung zum Ausdruck gebracht wird. Dass auf den Verrechnungskonten tatsächlich weder Löhne noch Gehälter eingebucht werden, steht insoweit nicht entgegen (BFH-Urteile in BFHE 134, 541 = BStBl. II 1982, S. 245; vom 08.10.1985, VIII R 284/83, BFHE 146, 108 = BStBl. II 1986, S. 481).

**44** Nach diesen Grundsätzen spricht die vom FG gemäß § 118 Abs. 2 FGO bindend festgestellte Verbuchung der errechneten Zinsbeträge in den Jahren 2005 bis 2013 auf

dem Verrechnungskonto für den Darlehenscharakter des zugunsten der Klägerin neu entstandenen Saldos (vgl. auch allgemein BFH-Urteil in BFHE 146, 108 = BStBl. II 1986, S. 481 zur Verbuchung nicht gezahlter Darlehenszinsen auf dem Verrechnungskonto; siehe auch *Gosch* in *Gosch*, a.a.O., § 8 Rdnr. 688; *Lang* in *Dötsch/Pung/Möhlenbrock*, a.a.O., § 8 KStG Abs. 3 Teil D Rdnr. 1134). Davon wäre nur dann abzusehen, wenn der beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer durch eine im Vorhinein getroffenen Abrede mit der Kapitalgesellschaft klar und eindeutig die fortbestehende Selbstständigkeit einer unverzinslichen Zinsforderung (hierzu allgemein Senatsurteile vom 11.11.2015, I R 5/14, BFHE 252, 353 = BStBl. II 2016, S. 491; vom 25.05.2016, I R 17/15, BFHE 254, 228 = BStBl. II 2016, S. 930) vereinbart hätte. Daran fehlt es im Streitfall.

**45 e)** Das FG hat mangels Entscheidungserheblichkeit keine Entscheidung darüber getroffen, ob die in den Änderungsbescheiden des Streitjahres 2014 angesetzte vGA zum Ausgleich der Ausbuchung eines Teils der Forderung rechtmäßig war. Auch die insoweit angebrachte Revisionsrüge ist unbegründet.

**46** Das FG hat zutreffend darauf hingewiesen, dass (entsprechend der Rechtsansicht des FA) in Höhe der weiteren Verfügungen der Klägerin im Jahr 2014 angesichts der wirtschaftlichen Notlage des Gesellschafters keine (aufstockende) Darlehensgewährung vorgelegen hat, was bei zutreffender Verbuchung den Unterschiedsbetrag i. S. d. § 4 Abs. 1 Satz 1 EStG berührt und eine (anteilige) Ausbuchung der Forderung in der Steuerbilanz zur Folge hat, die wiederum betragsgleich eine vGA (außerhalb der Bilanz) auslöst, sodass die Höhe des zu versteuernden Einkommens der Klägerin unverändert bleibt (siehe insoweit auch allgemein *Brandis/Heuermann/Rengers*, *Ertragsteuerrecht*, § 8 KStG Rz 571). Insoweit kann bei fehlender ernstlicher Vereinbarung eines Darlehens eine Verbuchung auf dem Darlehenskonto keine konstitutiven Wirkungen zeitigen und es geht auch nicht um eine (willensgetragene) Teilwertabschreibung auf den Bestand des Darlehenskontos (damit die Darlehensschuld) zum Abschlusszeitpunkt. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass auf der Grundlage des Rechtsstandpunkts der Klägerin, den diese in der mündlichen Verhandlung dargelegt sowie in den nachgereichten Schriftsätzen wiederholt hat, dem ausgebuchten Teil der Forderung zwar Darlehenscharakter zukäme. Dies würde allerdings die Bemessungsgrundlage für den Ansatz der vGA unter dem Gesichtspunkt der Nicht-Verzinsung der (gesamten) Darlehensforderung erhöhen. Der damit verbundenen Steuererhöhung stünde aber – mit dem FG – das im finanzgerichtlichen Verfahren zu beachtende Verböserungsverbot entgegen.

**47** Der höhere vGA-Ansatz in den Änderungsbescheiden kann auch nicht deswegen mit Erfolg angegriffen werden, weil er gemäß § 32a KStG zu einer Änderung der Einkommensteuerfestsetzung beim Gesellschafter A führen könnte. Die genannte Vorschrift will rein verfahrensrechtlich Folgeanpassungen bei der Besteuerung des Gesellschafters ermöglichen. Eine verfahrensrechtliche oder materiellrechtliche Bindung der vGA-Feststellung auf der Ebene der Körperschaft ergibt sich für den Gesellschafter nicht. Über den vGA-Ansatz auf Gesellschafterebene ist vielmehr ohne jede Bindungswirkung im Einkommensteuerbescheid des Gesellschafters zu entscheiden (z. B. BFH-Urteile vom 18.09.2012, VIII R 9/09, BFHE 238, 512 = BStBl. II 2013, S. 149; vom 16.12.2014, VIII R 30/12, BFHE 248, 325 = BStBl. II 2015, S. 858; siehe auch *Streck/Binnewies*, *KStG*, 10. Aufl., § 32a Rdnr. 5).

**48 4.** Der Senat hat die Verfahrensrügen geprüft, diese aber nicht für durchgreifend erachtet.

**49 a)** Die Klägerin hat nicht schlüssig dargelegt, dass i. S. d. § 119 Nr. 2 FGO bei der Entscheidung des FG ein Richter mitgewirkt hat, der wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war. Aus dem Revisionsvorbringen ergibt sich, dass das erstinstanzlich angebrachte Ablehnungsgesuch abgewiesen wurde. Soweit im Übrigen mit der Revision geltend gemacht wird, dass das FG unter Mitwirkung eines zuvor erfolglos wegen Befangenheit abgelehnten Richters entschieden hat, so kommt zwar ein Besetzungsmangel i. S. d. § 119 Nr. 1 FGO in Betracht (vgl. allgemein *Gräber/Ratschow*, *Finanzgerichtsordnung*, 9. Aufl., § 119 Rdnr. 12, m. w. N.). Ein solcher liegt indes nach ständiger BFH-Rechtsprechung nur vor, wenn die vom FG ausgesprochene Zurückweisung des Ablehnungsgesuchs willkürlich war (BFH-Beschlüsse vom 11.05.2010, X B 192, 193/08, BFH/NV 2010, 1645; vom 30.05.2012, III B 239/11, BFH/NV 2012, 1470). Die Voraussetzungen der Willkür hat die Klägerin vorliegend aber nicht i. S. d. § 120 Abs. 3 Nr. 2 lit. b FGO schlüssig dargetan (zu den Darlegungsanforderungen vgl. z. B. *Gräber/Ratschow*, a. a. O., § 120 Rdnr. 66 m. w. N.). Sie wiederholt im Kern lediglich ihr erstinstanzliches Vorbringen, wonach der Berichterstatter des FG im Erörterungstermin ein beleidigendes Verhalten gegenüber dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin gezeigt habe.

**50 b)** Soweit die Klägerin weitere Verfahrensverstöße gerügt hat, sieht der Senat gemäß § 126 Abs. 6 Satz 1 FGO von einer Begründung ab.

(...)





## Veranstungshinweise

### 23. Wissenschaftliches Symposium des Instituts für Notarrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg

#### Erbrecht 2024: Aktuelle Herausforderungen für die notarielle Gestaltungspraxis

Neubaukirche, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg  
am Freitag, 21.06.2024

#### Inhalt und Ablauf:

<p>9:15 Uhr</p> <p>9:30 Uhr</p> <p>10:00 Uhr</p> <p>10:30 Uhr</p> <p>11:15 Uhr</p> <p>11:45 Uhr</p> <p>12:15 Uhr</p> <p>13:30 Uhr</p> <p>14:00 Uhr</p> <p>14:30 Uhr</p> <p>15:15 Uhr</p>	<p><b>Begrüßung und Einführung</b> Dr. <i>Andreas Bernert</i>, Notar a. D., Geschäftsführer des DNotI, Würzburg</p> <p><b>Aktuelle Rechtsprechung des BGH in Erbsachen</b> Prof. Dr. <i>Christoph Karczewski</i>, Vorsitzender Richter am BGH, Karlsruhe</p> <p><b>Erbrecht und Grundbuch – aktuelle Fragestellungen</b> Prof. Dr. <i>Christopher Keim</i>, Notar, Ingelheim am Rhein</p> <p><b>Diskussion, anschließend Kaffeepause</b></p> <p><b>Anordnung der Testamentsvollstreckung – Ernennung, Vergütung, Kontrollinstanz</b> Prof. Dr. <i>Knut Lange</i>, Universität Bayreuth</p> <p><b>Schwarze Schafe im Erbrecht</b> Dr. <i>Gabriele Müller-Engels</i>, Referatsleiterin für Familien- u. Erbrecht am DNotI, Würzburg</p> <p><b>Diskussion, anschließend Mittagessen</b></p> <p><b>Die Nachfolge von Todes wegen in Personengesellschaften nach dem MoPeG</b> PD Dr. <i>Patrick Meier</i>, Notar, Bischofsheim in der Rhön</p> <p><b>Das neue Bundesstiftungsrecht</b> Prof. Dr. <i>Joachim Suerbaum</i>, Universität Würzburg</p> <p><b>Diskussion, anschließend Kaffeepause</b></p> <p><b>Aktuelles zum notariellen Nachlassverzeichnis</b> Dr. <i>Dietmar Weidlich</i>, Notar, Roth</p>	<p>15:45 Uhr</p> <p>16:15 Uhr</p> <p>16:30 Uhr</p>	<p><b>Aktuelles Erbschaftsteuerrecht für Notare</b> Dr. <i>Eckhard Wälzholz</i>, Notar, Füssen</p> <p><b>Diskussion und Schlusswort</b> Dr. <i>Andreas Bernert</i>, Notar a. D., Geschäftsführer des DNotI, Würzburg</p> <p><b>26. NotRV-Mitgliederversammlung</b></p> <p><b>Organisatorische Hinweise:</b></p> <p>Die Veranstaltung behandelt notarspezifische Themen. Die Teilnehmer erhalten nach dem Symposium eine Teilnahmebescheinigung sowie einen Tagungsband per Post. Eine Anerkennung der Fortbildungsveranstaltung nach § 6 Abs. 2 Nr. 4 BNotO ist vorab mit der jeweiligen Aufsichtsbehörde abzustimmen. Der Tagungsbeitrag ist vor Beginn der Tagung und nach Erhalt der Rechnung auf das Konto der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. mit Verwendungszweck „Symposium 2024“ wie folgt zu überweisen: HypoVereinsbank UniCredit AG Würzburg, IBAN: DE29 7902 0076 0006 6715 94. Rückerstattung des Tagungsbeitrages bei Nichtteilnahme erfolgt nur bei Abmeldung bis sieben Tage vor der Veranstaltung. Für zurückzuzahlende Teilnahmegebühren wird eine Stornogebühr in Höhe von 10 € berechnet.</p> <p><b>Anmeldungen richten Sie bitte an:</b></p> <p>Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Fax: 0931/35576225; E-Mail: notrv@dnoti.de; www.notrv.de. Teilnahmegebühren: frei für Notarassessoren mit NotRV-Mitgliedschaft; 80 € für Notare a. D. mit NotRV-Mitgliedschaft; 130 € für Notare a. D. und Notarassessoren ohne NotRV-Mitgliedschaft, Rechtsanwälte mit max. drei Jahren Zulassung, Notariatsangestellte; 240 € für NotRV-Mitglieder; 290 € für Nichtmitglieder.</p>
--	--	--	--

## Veranstaltungen des DAI

1. **1x1 der notariellen Gebührenrechnung**  
(Tondorf)  
17.05.2024, Heusenstamm und Live-Stream (6 Zeitstd.)  
Nr. 035184  
03.06.2024, Stuttgart (6 Zeitstd.)  
Nr. 035284  
14.06.2024, Kiel (6 Zeitstd.)  
Nr. 035285
2. **Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare einschließlich MoPeG**  
(Berkefeld)  
24.05.2024, Kassel (6 Zeitstd.)  
Nr. 035201  
04.06.2024, Berlin und Live-Stream (6 Zeitstd.)  
Nr. 035182  
05.06.2024, Braunschweig (6 Zeitstd.)  
Nr. 03245735  
29.06.2024, Mainz (6 Zeitstd.)  
Nr. 035298
3. **Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ab 01.01.2024 in der Notarstelle**  
(Tondorf)  
27.05.2024, Bochum und Live-Stream (6 Zeitstd.)  
Nr. 035169
4. **Update Vorsorgevollmacht und Betreuung**  
(Müller-Engels, Reetz)  
06.06.2024, Heusenstamm und Live-Stream (6 Zeitstd.)  
Nr. 03245734  
07.06.2024, Osnabrück (6 Zeitstd.)  
Nr. 035208
5. **Aktuelles Notarkostenrecht**  
(Stephan)  
12.06.2024, Bochum und Live-Stream (6 Zeitstd.)  
Nr. 035165
6. **Mitarbeiterlehrgang: (Wieder-)Einstieg in die Praxis des Notariats**  
(Tondorf)  
17.06. bis 21.06.2024, Bochum und Live-Stream  
(6 Zeitstd.)  
Nr. 035141
7. **Intensivkurs Grundstücksrecht**  
(Berkefeld, Forscher)  
04.07. bis 05.07.2024, Lübeck-Travemünde und  
Live-Stream (12 Zeitstd.)  
Nr. 035102

### Informationen und Anmeldungen:

Deutsches Anwaltsinstitut e. V.  
Gerard-Mortier-Platz 3, 44793 Bochum  
Tel.: 0234 970640; Fax 0234 703507  
E-Mail: [notare@anwaltsinstitut.de](mailto:notare@anwaltsinstitut.de)  
Web: [www.anwaltsinstitut.de](http://www.anwaltsinstitut.de)



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

## Neuerscheinungen

1. Andrae: Internationales Familienrecht. 5. Aufl., Nomos, 2024. 940 S., 99,00 €
2. Breyer/Najdecki: Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht. 2. Aufl., Beck, 2024. 1252 S., 159,00 €
3. Depré: ZVG. 3. Aufl., RWS, 2024. 1576 S., 168,00 €
4. Haritz/Menner/Bilitewski: Umwandlungssteuergesetz. 6. Aufl., Beck, 2024, 1269 S., 189,00 €
5. Hausmann: Internationales und Europäisches Familienrecht. 3. Aufl., Beck, 2024. 1994 S., 319,00 €
6. Henssler/Strohn: Gesellschaftsrecht. 6. Aufl., Beck, 2024. 3498 S., 309,00 €
7. Kirchhof/Seer: Einkommensteuergesetz. 23. Aufl., Otto Schmidt, 2024. 3256 S., 189,00 €
8. Koch: Aktiengesetz. 18. Aufl., Beck, 2024. 2832 S., 209,00 €
9. Koch: Personengesellschaftsrecht. 1. Aufl., Otto Schmidt, 2024. 1646 S., 199,00 €
10. Krafka: Registerrecht. 12. Aufl., Beck, 2024. 931 S., 119,00 €
11. Leesmeister/Ramm/Simon: Materielles Liegenschaftsrecht im Grundbuchverfahren. 5. Aufl., Giese-king, 2024. 387 S., 59,00 €
12. Lutz: Der Gesellschafterstreit. 8. Aufl., Beck, 2024. 667 S., 149,00 €
13. Opris/Krause: Steuergestaltung bei Schenkung und Erbschaft. 2. Aufl., Giese-king, 2024. 157 S., 59,00 €
14. Reinhardt/Kemper/Grünenwald: Adoptionsrecht. 5. Aufl., Nomos, 2024. 365 S., ca. 49,00 €
15. Rumstadt: Dinglichkeit im europäischen Kollisionsrecht. Mohr Siebeck, 2024. 337 S., 89,00 €
16. Sagasser/Bula: Umwandlungen. 6. Aufl., Beck, 2024. 1565 S., 199,00 €
17. Schmitt/Hörtnagl: Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz. 10. Aufl., Beck, 2024. 2549 S., 219,00 €
18. Stein/Jonas: Kommentar zur ZPO. Band 7: §§ 704-802. 23. Aufl., Mohr Siebeck, 2024. 1100 S., 344,00 €
19. Staudinger: Kommentar zum BGB. Artikel 7-12, 47, 48 EGBGB (Internationales Recht der natürlichen Personen und der Rechtsgeschäfte). Dr. Gruyter, Neub. 2024. 877 S., 329,00 €
20. Thierfeld: Stille Gesellschaft im Steuerrecht. 10. Aufl., Erich Fleischer Verlag, 2024. 215 S., 47,00 €
21. Thomas/Putzo: Zivilprozessordnung, FamFG, EGZPO, GVG, EGGVG, EU-Zivilverfahrensrecht. 45. Aufl., Beck, 2024. 2989 S., 72,00 €
22. Walkenhorst: Praktikerhandbuch Umsatzsteuer. 10. Aufl., NWB, 2024. 779 S., 89,00 €



# STANDESNACHRICHTEN

## Personaländerungen

### 1. Verstorben:

Notar a. D. Robert Ralph Probst  
verstorben am 01.02.2024

### 2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 30.04.2024:

Notar Bernhard Hille, Augsburg

Mit Wirkung zum 03.05.2024

Notar JR Dr. Robert Kiefer, Kandel/Pfalz

Mit Wirkung zum 31.05.2024:

Notar Dr. Georg von Zimmermann, Mellrichstadt

Notar Dr. Joachim Schervier, München

### 3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 01.04.2024:

Nürnberg (in Sozietät mit Notar Dr. Thomas Bernhard)	dem Notarassessor Konstantin Sauer (bisher in München)
--	--

Nürnberg (in Sozietät mit Notar Dr. Axel Adrian)	dem Notar Dr. Bernd Weiß (bisher in Schweinfurt)
--	--

Aschaffenburg (in Sozietät mit Notar Michael Volmer)	dem Notar Dr. Jens Neie (bisher in Würzburg)
--	--

Mit Wirkung zum 01.05.2024:

Augsburg	der Notarin a. D. Dr. Nora Ziegert (bisher in München)
----------	--

Mit Wirkung zum 04.05.2024:

Kandel/Pfalz (in Sozietät mit Notar Dr. Christian Pohl)	der Notarin Eva Christine Danne
---	------------------------------------

### 4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 01.03.2024:

Philipp Reiser  
(Notarstelle Dr. Hans Michael Malzer, Füssen)

Constantin Lotz  
(Notarstelle Prof. Dr. Peter Limmer, Würzburg)

Tobias Kratz  
(Notarstelle Ulrich Schnabel, Münchberg)

Dr. Michael Sihler  
(Notarstelle Margit Knab, Traunstein)

Mit Wirkung zum 01.04.2024:

Dr. Hans Trageser  
(Notarstelle Dr. Jürgen Müller, Coburg)

Manuel Dickersbach  
(Notarstelle Dr. Sebastian Bleifuß, Alzenau)

Sabrina Zinner  
(Notarstelle Dr. Franz Gärtner, Lauingen/Donau)

Dr. Judith Kraus  
(Notarstelle Marion Strümpell, Mindelheim)

Veronika Wetlitzky  
(Notarstelle Dr. Katja Rödiger, Sulzbach-Rosenberg)



### Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Notar Markus Müller  
Kindinger Straße 32  
91171 Greding

Notarin Dr. Claudia Greipl  
Theatinerstraße 38/III  
80333 München



Aufsätze



Buchbesprechungen



Rechtsprechung



Sonstiges



Standesnachrichten





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

