

MittBayNot

Begründet 1864

5 | 2021

September/Oktober 2021

Mitteilungen des
Bayerischen Notarvereins,
der Notarkasse und der
Landesnotarkammer
Bayern

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

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

Schriftleitung:

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

AUFSÄTZE

- **Loose:** Schenkungsteuer beim Erwerb eines Geschäftsanteils bei sog. Managermodellen – zugleich Anmerkung zu BFH 423
- **Spornath:** Die Stärkung der Stellung des Vorsorgebevollmächtigten de lege lata et de lege ferenda 425
- **B. Strauß:** Praxisupdate IPR 440

RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

- **Keim** zu **BGH:** Beschwerdeberechtigung eines Dritten, der gegen die Ablehnung der Betreuung für einen krankheitsbedingt geschäftsunfähigen Betroffenen geltend macht, diesem gegenüber eine materiellrechtliche Willenserklärung abgeben zu wollen. 464
- **Weidlich** zu **OLG Zweibrücken:** Kriterien für das Vorliegen einer Leistung zur Auslösung des Beginns der Zehnjahresfrist des Pflichtteilsergänzungsanspruchs 495
- **Bremer** zu **LG Deggendorf:** Nichtbestehen eines Pflichtteilsergänzungsanspruches bei Zustimmung des Pflichtteilsberechtigten zur Schenkung. 503
- **Krafka** zu **OLG Nürnberg:** Unwirksamkeit der gleichzeitig angemeldeten Amtsniederlegungen der beiden einzigen Geschäftsführer einer GmbH 510
- **Widmann** zu **OLG Stuttgart:** Keine analoge Anwendung von § 30 Abs. 1 HGB auf Eintragungen im Vereinsregister 514
- **Vilgertshofer** zu **BGH:** Voraussetzungen für die Entgegennahme von Geld zur Verwahrung durch einen Notar. 521
- **Grziwotz** zu **BVerwG:** Beginn der Zweimonatsfrist des § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB für die Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts . . . 527

Impressum

MittBayNot

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

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München
Telefon: (089) 551660
Telefax: (089) 55166234
E-Mail: info@mittbaynot.de
Internet: <https://www.notare.bayern.de/mittbaynot.html>

Herausgeberbeirat:

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

Schriftleitung:

Notarassessorin Ann-Kathrin Schmelter,
Notarassessorin Julia Lindner

Druck:

Universal Medien GmbH
Geretsrieder Straße 10
81379 München

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 5 | 2021

AUFSÄTZE 423

Loose: Schenkungsteuer beim Erwerb eines Geschäftsanteils bei sog. Managermodellen – zugleich Anmerkung zu BFH 423

Spernath: Die Stärkung der Stellung des Vorsorgebevollmächtigten de lege lata et de lege ferenda 425

B. Strauß: Praxisupdate IPR 440

BUCHBESPRECHUNGEN 452

Gottwald/Behrens: Grunderwerbsteuer (**Wälzholz**) 452

Püls/Gerlach: NotAktVV und elektronisches Urkundenarchiv (**Vilgertshofer**) 454

Rein: Altrechtliche Dienstbarkeiten (**Holzer**) 455

Scholz: Zusammengesetzte Verträge im Sinne von § 311b BGB (**Volmer**) 457

RECHTSPRECHUNG 460

Bürgerliches Recht

ALLGEMEINES

1. Beschwerdeberechtigung eines Dritten, der gegen die Ablehnung der Betreuung für einen krankheitsbedingt geschäftsunfähigen Betroffenen geltend macht, diesem gegenüber eine materiellrechtliche Willenserklärung abgeben zu wollen (BGH, Beschluss vom 27.1.2021, XII ZB 450/20) 460
mit Anmerkung **Keim** 464

2. Eintritt des Erwerbers eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück in das Mietverhältnis (KG, Beschluss vom 15.12.2020, 1 W 1461/20) 465

3. Täuschung über Krisenanzeichen beim Unternehmenskauf (OLG München, Urteil vom 3.12.2020, 23 U 5742/19) 468

SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

4. Kein Nachweis der Erbfolge im Grundbuchverfahren mit eingezogenem Erbschein (BGH, Beschluss vom 17.9.2020, V ZB 8/20) 479

5. Nachhaftung eines Gesellschafters einer GbR für Hausgeldschulden (BGH, Urteil vom 3.7.2020, V ZR 250/19) 481

6. Vertragliche Vereinbarung über die Auferlegung von Kosten als dinglicher Inhalt eines Wohnungsrechts (OLG Nürnberg, Beschluss vom 6.10.2020, 15 W 2130/20 – Ls.) 485

7. Wohnungsrecht bei Teilung in Wohnungseigentum (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.4.2020, 3 Wx 251/19) 485

FAMILIENRECHT

8. Ersetzung der Zustimmung im Sinne des 1365 BGB gemäß § 261 Abs. 2 FamFG (OLG Jena, Beschluss vom 5.12.2019, 1 UF 328/19 – Ls.) 487

ERBRECHT

9. Keine Wechselbezüglichkeit der Einsetzung der „gesetzlichen Erben“ als Schlusserven (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.1.2021, 3 Wx 245/19) 488

10. Begründete Anfechtung einer Erbausschlagung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.11.2020, 3 Wx 166/20) 490

11. Kriterien für das Vorliegen einer Leistung zur Auslösung des Beginns der Zehnjahresfrist des Pflichtteilergänzungsanspruchs (OLG Zweibrücken, Urteil vom 1.9.2020, 5 U 50/19) 493
mit Anmerkung **Weidlich** 495

12. Erbrecht des überlebenden Ehegatten gemäß § 1933 BGB (hier: fehlende Voraussetzungen der Scheidung) (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.10.2019, I-3 Wx 182/19) 498

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 5 | 2021

13. Nichtbestehen eines Pflichtteilergänzungsanspruches bei Zustimmung des Pflichtteilsberechtigten zur Schenkung
(LG Deggendorf, Urteil vom 19.9.2019, 32 O 779/18) 499
mit Anmerkung **Bremer** 503

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

14. Anfechtung eines Gesellschafterbeschlusses durch nicht mehr in GmbH-Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafter
(BGH, Urteil vom 26.1.2021, II ZR 391/18 – Ls.) 506
15. Unwirksamkeit der gleichzeitig angemeldeten Amtsniederlegungen der beiden einzigen Geschäftsführer einer GmbH
(OLG Nürnberg, Beschluss vom 12.5.2021, 12 W 502/21) 506
mit Anmerkung **Krafka** 510
16. Antrag auf Eintragung der Beendigung der Liquidation einer Gesellschaft trotz laufenden Besteuerungsverfahrens
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.8.2020, I-3 Wx 117/20) 511
17. Keine analoge Anwendung von § 30 Abs. 1 HGB auf Eintragungen im Vereinsregister
(OLG Stuttgart, Beschluss vom 12.5.2020, 8 W 146/20) 512
mit Anmerkung **Widmann** 514

Beurkundungs- und Notarrecht

18. Voraussetzungen für die Entgegennahme von Geld zur Verwahrung durch einen Notar
(BGH, Urteil vom 16.11.2020, NotSt(Brfg) 2/19) 515
mit Anmerkung **Vilgertshofer** 521
19. Berechtigtes Interesse eines Wohnungseigentümers an der Einsicht in das Wohnungsgrundbuch eines anderen Wohnungseigentümers jedenfalls bei Vereinbarung über die Auflösung der Wohnungseigentümergeinschaft
(OLG Bremen, Beschluss vom 7.2.2020, 3 W 1/20) 525

Öffentliches Recht

20. Beginn der Zweimonatsfrist des § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB für die Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts
(BVerwG, Beschluss vom 28.8.2020, 4 B 3/20) 526
mit Anmerkung **Grziwotz** 527

Steuerrecht

21. Grundstückserwerb durch Treuhänder
(BFH, Beschluss vom 30.11.2020, II B 41/20 – Ls.) 529
22. Erwerb eines Geschäftsanteils durch Pooltreuhänder – Schenkungsteuer im Managermodell
(BFH, Urteil vom 6.5.2020, II R 34/17) 529

SONSTIGES 532

Hinweise für die Praxis 532

B. Strauß: Auslandsberührung in der notariellen Praxis – Hinweise für Einsteiger

Veranstaltungshinweise 540

Ausschreibung 541

Neuerscheinungen 545

STANDESNACHRICHTEN 546

AUFsätze

Schenkungssteuer beim Erwerb eines Geschäftsanteils bei sog. Managermodellen

Zugleich Anmerkung zum Urteil des BFH vom 6.5.2020, II R 34/17*

Von Richter am BFH Prof. Dr. **Matthias Loose**, München

Bei sog. Managermodellen wird Mitarbeitern „auf Zeit“ ein Geschäftsanteil übertragen. Üblicherweise wird der Geschäftsanteil dabei zu einem festen Kaufpreis erworben und zu einem späteren Zeitpunkt, z. B. beim Erreichen einer Altersgrenze, zu demselben Preis wieder zurückübertragen. Der Gesellschafter ist für die Zeit seiner Beteiligung zwar am Gewinn beteiligt. Von Wertsteigerungen bezogen auf seinen Geschäftsanteil kann er jedoch nicht profitieren. Der BFH hat klargestellt, dass die Rückübertragung des Geschäftsanteils keinen steuerbaren Erwerb zugunsten der übrigen Gesellschafter begründet.

I. Einleitung

Der Schenkungssteuer unterliegen nicht nur (klassische) freigebige Zuwendungen i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Vielmehr erfasst der Tatbestand auch eine Reihe von Rechtsvorgängen, die weder zivilrechtlich als Schenkungen zu beurteilen sind noch in der Praxis als Schenkungen wahrgenommen werden. Dazu gehört auch § 7 Abs. 7 ErbStG. Nach dieser Norm gilt als Schenkung unter Lebenden auch der auf dem Ausscheiden eines Gesellschafters beruhende Übergang des Anteils eines Gesellschafters auf andere Gesellschafter oder die Gesellschaft, soweit der Wert des Anteils den Abfindungsanspruch übersteigt. Der Gesetzgeber will damit die Bereicherung der verbleibenden Gesellschafter durch das Ausscheiden eines Gesellschafters „unter Wert“ steuerlich erfassen. Eine Bereicherungsabsicht des Ausscheidenden ist dafür ausdrücklich nicht erforderlich.

In Steuerberatungs- oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften oder auch anderen „Dienstleistungsgesellschaften“ verkörpert der Geschäftsanteil zwar – wie üblich – die Chance auf den entsprechenden Gewinnanteil. Zugleich ist der Gewinn häufig unmittelbar mit der persönlichen Leistung des Gesellschafters verbunden. Der Geschäftsanteil stellt daher häufig nur die „Eintrittskarte“ in die Gesellschaft dar, die nach dem Ausscheiden wieder zurückzugeben ist. Gleichzeitig sehen viele dieser Gesellschaften vor, dass die jeweiligen Gesellschafter zu einem bestimmten Zeitpunkt, zum Beispiel beim Erreichen einer Altersgrenze, aus der Gesellschaft ausscheiden. Die Gesellschaftsverträge sind nach einem in der Praxis üblichen Modell so gestaltet, dass ein eintretender Partner den Geschäftsanteil – ungeachtet seines tatsächlichen Werts – zu einem bestimmten Kauf-

preis erwirbt und bei seinem Ausscheiden auch wieder zu demselben Preis – wiederum ungeachtet seines tatsächlichen Werts – an die übrigen Gesellschafter, die Gesellschaft selbst oder einen Treuhänder – veräußert. Da der Nominalwert des Geschäftsanteils üblicherweise nicht an dessen tatsächlichen Wert herankommt, stellt sich in diesen Fällen die Frage, ob das Ausscheiden eines Gesellschafters nach § 7 Abs. 7 ErbStG der Schenkungssteuer unterliegt.

II. Regelungsinhalt des § 7 Abs. 7 ErbStG

§ 7 Abs. 7 ErbStG erfasst im Wege einer Fiktion als schenkungssteuerbaren Vorgang den auf dem Ausscheiden eines Gesellschafters beruhenden Übergang des (Teil-)Anteils eines Gesellschafters einer Personen- oder Kapitalgesellschaft auf die anderen Gesellschafter oder die Gesellschaft, soweit der Wert, der sich für seinen Anteil zur Zeit des Ausscheidens nach § 12 ErbStG ergibt, den Abfindungsanspruch übersteigt. § 7 Abs. 7 ErbStG ergänzt § 3 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG, der denselben Erwerb aufgrund des Ausscheidens des Gesellschafters durch Tod erfasst. Bis zum ErbStRG 2009 kamen die beiden Vorschriften selten zum Tragen, denn bis dahin lag der Steuerwert des Geschäftsanteils regelmäßig deutlich unter dem Verkehrswert. Durch die seit dem 1.1.2009 geltende Ausrichtung der Bewertung am Verkehrswert hat sich das grundlegend geändert. Die am Verkehrswert ausgerichteten Werte liegen nämlich häufig über den gesellschaftsvertraglich bedungenen Abfindungen, sodass die Bewertungsdifferenz gemäß § 7 Abs. 7 ErbStG der Schenkungssteuer unterliegt.¹ § 7 Abs. 7 ErbStG gilt sowohl für Personengesellschaften als auch für Kapitalgesellschaften. Die Norm erfasst gleichermaßen das freiwillige und das zwangsweise Ausscheiden eines Gesellschafters,² nicht jedoch – wie darzulegen ist – die rechtsgeschäftliche Übertragung des Geschäftsanteils.³

* MittBayNot 2021, 529 (in diesem Heft).

1 Kapp/Ebeling/Geck, ErbStG, Stand: März 2021, § 7 Rdnr. 191 (10.2019).

2 Kapp/Ebeling/Geck, ErbStG, § 7 Rdnr. 193 (10.2019).

3 Nunmehr ausdrücklich BFH, Urteil vom 6.5.2020, II R 34/17, BStBl. II 2020, S. 744 = MittBayNot 2021, 529 (in diesem Heft); siehe unten unter IV.

III. Befassung des BFH mit der Problematik

Die Anwendung des § 7 Abs. 7 ErbStG hat den BFH gleich in zwei Revisionsverfahren beschäftigt. In beiden Fällen ging es um dieselbe Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine GmbH. Nach deren Gesellschaftsvertrag halten die Gesellschafter jeweils einen Geschäftsanteil im Nennbetrag von 50.000 €. Bei Vollendung des 63. Lebensjahrs scheidet sie automatisch aus der Gesellschaft aus. Ein ausscheidender Gesellschafter ist vertraglich verpflichtet, seinen Geschäftsanteil zum Nennbetrag an einen sog. Pooltreuhänder zu verkaufen. Dieser Pooltreuhänder hält den Anteil treuhänderisch für die verbliebenen Gesellschafter bis zum Eintritt eines neuen Gesellschafters. Ein Anspruch auf Abfindung stiller Reserven oder eines Goodwills besteht nicht.

Als ein Gesellschafter aus Altersgründen ausschied, nahm das zuständige FA zunächst die GmbH unter Berufung auf § 7 Abs. 7 ErbStG auf Schenkungsteuer in Anspruch. Die Klage vor dem FG war erfolgreich,⁴ die Revision des FA erfolglos. Der BFH hat jedoch die eigentliche Rechtsfrage, ob § 7 Abs. 7 ErbStG in derartigen Fällen überhaupt Anwendung findet, zunächst dahinstehen lassen. Seiner Auffassung nach hätte das FA jedenfalls nicht die Gesellschaft selbst als Steuerschuldnerin in Anspruch nehmen dürfen.⁵ Das FA nahm daraufhin das Ausscheiden eines weiteren Gesellschafters aus der GmbH zum Anlass, die Rechtsfrage klären zu lassen. Diesmal nahm es nicht die Gesellschaft, sondern einen Gesellschafter in Anspruch. Die Klage vor dem FG hatte wiederum Erfolg,⁶ die Revision des FA blieb wiederum erfolglos. Diesmal befasste sich der BFH inhaltlich mit § 7 Abs. 7 ErbStG und grenzte den Tatbestand entsprechend ein.⁷

IV. § 7 Abs. 7 ErbStG beim rechtsgeschäftlichen Erwerb eines Geschäftsanteils

§ 7 Abs. 7 ErbStG erfasst nach seinem klaren Wortlaut nur den Übergang des Anteils eines Gesellschafters auf die Gesellschaft oder die übrigen Gesellschafter. Ob und auf wen ein Geschäftsanteil übergeht, ist nach dem Zivilrecht zu beurteilen. Die Erbschaft- und Schenkungsteuer knüpft nämlich als Rechtsverkehrsteuer grundsätzlich an bürgerlichrechtliche Vorgänge an. Für Treuhandverhältnisse gilt nichts anderes. Folglich ist für Erbschaft- und Schenkungsteuerzwecke dem Treuhänder und nicht dem Treugeber der treuhänderisch überlassene Vermögensgegenstand zuzurechnen. Nichts anderes gilt für § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG. Die Formulierung „Übergang des Anteils“ ist eine zivilrechtliche. Eine den Prinzipien der Erbschaft- und Schenkungsteuer zuwiderlaufende rein wirtschaftliche Betrachtung, die die bei allen Vertragsbeteiligten eintretenden wirtschaftlichen Vor- und Nachteile beleuchtet, hätte einer besonderen gesetzlichen Anordnung bedurft.⁸ An der Stelle scheiterte bereits die Anwendung des

§ 7 Abs. 7 ErbStG auf die Fälle, in denen ein Treuhänder den Anteil des ausscheidenden Gesellschafters (für die übrigen Gesellschafter) erwirbt. Von dem fiktiven Erwerb ist nämlich ausdrücklich nur der Übergang des Anteils auf die Gesellschaft oder die verbleibenden Gesellschafter erfasst.

Damit wäre die entscheidende Rechtsfrage, ob § 7 Abs. 7 ErbStG überhaupt auf Fälle des rechtsgeschäftlichen Erwerbs des Anteils von dem ausscheidenden Gesellschafter Anwendung findet, noch immer nicht geklärt. Nach seinem Wortlaut erfasst § 7 Abs. 7 ErbStG nur den Übergang des Anteils eines Gesellschafters auf die Gesellschaft oder die übrigen Gesellschafter, wenn er auf dem Ausscheiden eines anderen Gesellschafters beruht und der Wert des Anteils den Abfindungsanspruch übersteigt. Der BFH hat glücklicherweise auch zu diesem Punkt Stellung bezogen und sein Urteil damit doppelt begründet. Danach fehlt es an einem „Ausscheiden eines Gesellschafters“ sowie einer „Abfindung“, wenn der Geschäftsanteil unter Lebenden veräußert und dafür ein Kaufpreis entrichtet wird.⁹ Die Norm kann daher nicht über ihren Wortlaut hinaus auf Fälle des rechtsgeschäftlichen Erwerbs angewendet werden

Der BFH hat erkannt, dass in diesem Zusammenhang Fälle denkbar sind, bei denen das Ausscheiden eines Gesellschafters gegen Abfindung allein der äußeren Form nach in das Rechtskleid eines Kaufvertrags gehüllt wird, ohne dass dieser inhaltlich von einem Ausscheiden gegen Abfindung zu unterscheiden wäre. In einem solchen Fall handelt es sich um einen sog. Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten i. S. d. § 42 AO, sodass der Kauf des Geschäftsanteils ungeachtet seines zivilrechtlichen Kleids wie eine Abfindung gewertet werden kann. In Fällen wie dem vom BFH entschiedenen ist dies aber regelmäßig nicht der Fall, denn der Geschäftsanteil musste zu demselben Preis veräußert werden, zu dem er zuvor erworben wurde. Eine Bereicherung der verbliebenen Gesellschafter ist damit in der Regel weder beabsichtigt noch erkennbar.

V. Zusammenfassung

Die in der Praxis beliebten Managermodelle, bei denen ein Geschäftsanteil lediglich als Eintritt in die Gesellschaft dient und nicht zu seinem tatsächlichen Wert frei veräußerbar ist, unterliegen nach der Klarstellung durch den BFH nun nicht mehr der Gefahr der Besteuerung mit Schenkungsteuer. Fälle des Missbrauchs werden kaum vorkommen. Die Vereinbarungen beruhen auf vertraglichen Regelungen, denen sich alle Gesellschafter unterworfen haben. Eine Bereicherung Einzelner auf Kosten zum Beispiel des Ausscheidenden ist dabei kaum möglich. Natürlich können die verbleibenden Gesellschafter nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters die gesellschaftsvertraglichen Regelungen aufheben und völlig neu regeln. Sollten dadurch die Anteile einen Wertzuwachs erfahren, beruht dies jedenfalls nicht auf dem Ausscheiden des Gesellschafters.

4 FG Düsseldorf, Urteil vom 13.11.2013, 4 K 834/13 Erb, EFG 2014, 220.

5 BFH, Urteil vom 4.3.2015, II R 51/13, BStBl. II 2015, S. 672.

6 FG Düsseldorf, Urteil vom 14.4.2017, 4 K 2596/16 Erb, EFG 2017, 1388.

7 BFH, Urteil vom 6.5.2020, II R 34/17, BStBl. II 2020, S. 744.

8 BFH, Urteil vom 6.5.2020, II R 34/17, BStBl. II 2020, S. 744.

9 BFH, Urteil vom 6.5.2020, II R 34/17, BStBl. II 2020, S. 744, unter Bezugnahme auf BFH, Urteil vom 20.1.2016, II R 40/14, BStBl. II 2016, S. 284.

Die Stärkung der Stellung des Vorsorgebevollmächtigten de lege lata et de lege ferenda –

unter Berücksichtigung des Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts

Von Notar Dr. **Valentin Spernath**, M. A., Rosenheim

Mit der Errichtung jedenfalls einer notariellen Vorsorgevollmacht möchten die Beteiligten ihre Angelegenheiten ausschließlich in die Hände ihrer Angehörigen oder sonstiger Vertrauenspersonen legen und die Bestellung eines Berufsbetreuers vermeiden. Der Errichtung einer solchen Vollmacht geht eine zunehmend aufwendige Beratung und Belehrung voraus und sie ist mit Kosten und Mühen (Aufsuchen der Notarstelle) für die Beteiligten verbunden.

Dennoch ist die Stellung des solcherart Bevollmächtigten bei Eintritt des Vorsorgefalls jedenfalls nach derzeit geltendem Recht nicht so gesichert, wie dies angesichts des Prozederes der Errichtung und der Vorstellung, damit ein für alle Mal den Vorsorgefall geregelt zu haben, zumindest in den meisten Fällen angebracht erschiene.

Die Stellung eines Vorsorgebevollmächtigten wird durch die Möglichkeit, dass ein Betreuer bestellt wird und dieser ihm die Vollmacht entzieht, gefährdet, wobei er hiergegen regelmäßig nicht einmal im eigenen Namen Rechtsmittel einlegen kann.¹ Dass es sich bei dem Widerruf der Vollmacht durch einen nachträglich bestellten Betreuer um ein echtes praktisches Risiko handelt, zeigen die zahlreichen hierzu ergehenden Entscheidungen des BGH.² Trotz der vollmachtsfreundlichen Rechtsprechung des BGH neigen die unteren Instanzen offensichtlich nach wie vor dazu, das Handeln von familienangehörigen Bevollmächtigten mit den für Betreuer geltenden Maßstäben (Schenkungsverbot, Rechenschaftspflicht etc.) zu messen, da sonst die Flut an BGH-Entscheidungen nicht notwendig wäre. Das zum 1.1.2023 in Kraft tretende Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts³ bringt in diesem Bereich Verbesserungen, macht vorsorgliche Regelungen in der Vollmachtsurkunde aber nicht überflüssig (nachfolgend I.).

Weiterhin besteht das Risiko des Verlusts der Ausfertigung der Vollmachtsurkunde. In Zeiten der Digitalisierung ist es gerade jüngeren Beteiligten, etwa frisch vermählten Ehegatten, die sich wechselseitig bevollmächtigen, zunehmend schwer zu vermitteln, dass bei Eintritt der Geschäftsunfähigkeit bei einem von ihnen zum Beispiel in fünfzig Jahren trotz der elektronischen Registrierung die Ausfertigung der Vollmachtsurkunde aufgefunden und vorgelegt werden muss, um tatsächlich handeln zu können. In der notariellen Praxis hat man täglich damit zu kämpfen, dass die Beteiligten anstelle der auf ihren Namen ausgestellten Ausfertigungen Abschriften oder Ausfertigungen anderer Bevollmächtigter vorlegen. Hierzu ist zu überlegen, ob nicht de lege ferenda eine praktikablere Handhabung möglich wäre; das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts beinhaltet insoweit keine Änderung (nachfolgend II.).

Auch soweit Existenz und Nachweis der Vollmacht gewährleistet sind, ist der Umfang der Vollmacht nicht immer klar. Hierzu sollten Klarstellungen in der Urkunde aufgenommen werden, auch wenn manche Fragen zum Umfang der Vollmacht der höchstgerichtlichen Klärung bedürfen (nachfolgend III.).

I. Kontrollbetreuung und Widerruf der Vollmacht

1. Bestandsaufnahme

a) Voraussetzungen des Vollmachtswiderrufs

Nach der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des BGH⁴ ist der Widerruf der Vorsorgevollmacht durch einen gerichtlich bestellten Kontrollbetreuer unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit stets ultima ratio. Sollten Anzeichen für die Ungeeignetheit eines Bevollmächtigten zur Besorgung der Angelegenheiten des Vollmachtgebers bestehen, sei zunächst auf diesen einzuwirken. Erst wenn sich dieses Mittel als unzureichend erweise, sei ein Kontrollbetreuer zu bestellen, insbesondere wenn zu befürchten sei, dass die Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen durch den Bevollmächtigten eine konkrete Gefahr erheblicher Schäden für das Wohl des Be-

1 BGH, Beschluss vom 11.12.2019, XII ZB 357/19, NJW-RR 2020, 257; Beschluss vom 12.12.2018, XII ZB 387/18, DNotZ 2019, 362.

2 Vgl. allein aus dem Jahr 2020 BGH, Beschluss vom 8.1.2020, XII ZB 368/19, NJW-RR 2020, 449; Beschluss vom 13.5.2020, XII ZB 61/20, NJW-RR 2020, 1073; Beschluss vom 8.7.2020, XII ZB 68/20, NJW-RR 2020, 1075; aus den Vorjahren Beschluss vom 11.12.2019, XII ZB 357/19, NJW-RR 2020, 257; Beschluss vom 12.12.2018, XII ZB 387/18, DNotZ 2019, 362; Beschluss vom 9.5.2018, XII ZB 413/17, NJW-RR 2018, 1025.

3 Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 4.5.2021, BGBl. I, S. 882.

4 BGH, Beschluss vom 13.5.2020, XII ZB 61/20, NJW-RR 2020, 1073; Beschluss vom 8.1.2020, XII ZB 368/19, ZEV 2020, 495; Beschluss vom 9.5.2018, XII ZB 413/17, MittBayNot 2018, 532; Beschluss vom 23.9.2015, XII ZB 624/14, NJW 2015, 3657; Beschluss vom 28.7.2015, XII ZB 674/14, NJW 2015, 3572; st. Rspr.

troffenen begründe.⁵ Der Betreuer dürfe allerdings nur dann die Vollmacht entziehen, wenn ihm diese Befugnis ausdrücklich zugewiesen sei,⁶ und dies auch nur dann, wenn kein anderes Mittel mehr zur Verfügung stehe.⁷ Die Einräumung der Befugnis zum Vollmachtentzug durch das Gericht setzt wiederum „tragfähige Feststellungen“ durch das Gericht „voraus, dass das Festhalten an der erteilten Vorsorgevollmacht eine künftige Verletzung des Wohls des Betroffenen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit und in erheblicher Schwere befürchten lässt“.⁸ Denn „bereits die Zuweisung des Aufgabenkreises des Vollmachtswiderrufs stellt (...) einen gewichtigen staatlichen Eingriff in das von Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG garantierte Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen dar, dessen Ausfluss die erteilten Vorsorgevollmachten sind, weshalb sich der Eingriff am Grundrechtsschutz messen lassen muss“.⁹ Führt ein Bevollmächtigter lediglich eine Praxis des Vollmachtgebers fort, dem Bevollmächtigten oder dessen Kinder regelmäßig Geld zuzuwenden, ist dies kein Grund für einen Widerruf der Vollmacht.¹⁰ Allerdings ist ein Missbrauch der Vollmacht durch den Bevollmächtigten ausdrücklich nicht Voraussetzung für deren Widerruf durch einen Kontrollbetreuer, sondern es genügen begründete Bedenken gegen die Redlichkeit und Tauglichkeit des Bevollmächtigten.¹¹

Im Einzelfall ist der BGH allerdings durchaus großzügig hinsichtlich der Voraussetzungen eines Widerrufs durch einen Kontrollbevollmächtigten. So hat er es für einen Widerruf genügen lassen, dass der Bevollmächtigte die Vollmacht „treuwidrig“ nicht ausgeübt habe und sich anlässlich der Anordnung der Kontrollbetreuung als „querulatorisch“ erwiesen habe.¹² Hier stellt sich schon die Frage, welche Gefahr von einer nicht ausgeübten Vollmacht für den Vollmachtgeber ausgehen soll. Auch die querulatorische Veranlagung kann wohl nicht wirklich zum Widerruf durch einen Kontrollbevollmächtigten berechtigen, denn es könnte doch sein, dass der Bevollmächtigte insofern auf der Linie des Vollmachtgebers liegt.

Anders ausgedrückt: Berechtigt nur ein Verstoß gegen die mutmaßlichen subjektiven Weisungen und Interessen des Vollmachtgebers, so unvernünftig sie auch sein mögen, zum Widerruf der Vollmacht oder reicht es nach Meinung der

Rechtsprechung schon, dass man gegen die aus Sicht eines Gerichts nach objektiven Maßstäben festgestellten mutmaßlichen „vernünftigen“ Interessen des Vollmachtgebers verstößt? Geht man von Letzterem aus, kann man durch die Hintertür Betreuungsrecht auf Bevollmächtigte anwenden. Demnach wäre jedem Bevollmächtigten, der Schenkungen vornimmt, keine Rechenschaft ablegen kann oder sich mit dem Betreuungsgericht anlegt, die Vollmacht zu entziehen, so wie man in vergleichbaren Fällen einen Betreuer abberufen würde. Der Gedanke, dass ein Vollmachtgeber vielleicht lieber durch einen Vertrauten vertreten werden möchte, auch wenn er aus betreuungsrechtlicher Sicht seine Angelegenheiten nicht perfekt wahrnimmt, als durch einen noch so vollkommenen ihm unbekanntem Betreuer, käme bei einer solchen Auslegung zu kurz. Für ein solches Verständnis spräche freilich der Wortlaut des § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB, wonach die Betreuung nur insoweit nicht erforderlich sei, als „die Angelegenheiten des Volljährigen durch einen Bevollmächtigten (...) *ebenso gut* wie durch einen Betreuer besorgt werden können.“ Nähme man diesen Wortlaut ernst, müsste sich der Bevollmächtigte an den Maßstäben des Betreuungsrechts messen lassen. Gegen eine solche Auslegung spricht aber die gesetzgeberische Intention und der verfassungsrechtliche Hintergrund dieser Norm, das Selbstbestimmungsrecht des geschäftsunfähigen Volljährigen zu stärken.¹³ Auch im Hinblick auf die UN-Behindertenrechtskonvention ist „dem Willen des Vollmachtgebers soweit nur immer möglich Rechnung zu tragen“.¹⁴ Daher ist die Formulierung „ebenso gut wie durch einen Betreuer“ keinesfalls dahin gehend zu verstehen, dass ein Bevollmächtigter die auf einen Betreuer anzuwendenden Grundsätze und Einschränkungen einhalten müsste. Vielmehr ist die Norm im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht des „Betreuungsbedürftigen“ als Ausdruck des Grundsatzes der Subsidiarität des Betreuungsrechts zu verstehen und wird vom BGH ersichtlich auch so gelesen, wie die grundsätzlich hohen Hürden für die Abberufung eines Bevollmächtigten durch einen Betreuer zeigen:

„Beurteilungsmaßstab für ein berechtigtes Vertreterhandeln ist deshalb, ob es sich im Rahmen [der] (...) Zweckbindung hält. Der Bevollmächtigte muss im wohlverstandenen Interesse des Vollmachtgebers handeln. (...) Die erteilten Weisungen und das wohlverstandene Interesse des Betroffenen können auch Zuwendungen an Personen aus dem Umfeld des Bevollmächtigten einschließen, namentlich, wenn dies in Kontinuität zu der vom Vollmachtgeber in gesunden Zeiten geübten Praxis steht und keinen selbstschädigenden Umfang einnimmt (...). Die Vollmacht ist deshalb nicht stets schon dann zweckwidrig verwendet, wenn der Bevollmächtigte Maßnahmen ergreift, die auch ihm selbst oder seinen Angehörigen einen Vorteil verschaffen.“¹⁵

5 BGH, Beschluss vom 9.5.2018, XII ZB 413/17, MittBayNot 2018, 532 Rdnr. 16; Beschluss vom 23.9.2015, XII ZB 624/14, NJW 2015, 3657 Rdnr. 17.

6 BGH, Beschluss vom 28.7.2015, XII ZB 674/14, NJW 2015, 3572 Leitsatz 1.

7 BGH, Beschluss vom 28.7.2015, XII ZB 674/14, NJW 2015, 3572 Rdnr. 36.

8 BGH, Beschluss vom 9.5.2018, XII ZB 413/17, MittBayNot 2018 Rdnr. 32; Beschluss vom 23.9.2015, XII ZB 624/14, NJW 2015, 3657 Rdnr. 17; Beschluss vom 28.7.2015, XII ZB 674/14, NJW 2015, 3572 Leitsatz 2.

9 BGH, Beschluss vom 28.7.2015, XII ZB 674/14, NJW 2015, 3572 Rdnr. 11; grundlegend BVerfG, Beschluss vom 10.10.2008, 1 BvR 1415/08, FamRZ 2008, 2260 Rdnr. 22.

10 BGH, Beschluss vom 9.5.2018, XII ZB 413/17, NJW-RR 2018, 1025 Rdnr. 20 ff.

11 BGH, Beschluss vom 23.9.2015, XII ZB 624/14, NJW 2015, 3657 Rdnr. 16.

12 BGH, Beschluss vom 13.5.2020, XII ZB 61/20, NJW-RR 2020, 1073.

13 BT-Drucks. 11/4528, S. 122; BVerfG, Beschluss vom 10.10.2008, 1 BvR 1415/08, FamRZ 2008, 2260; BGH, Beschluss vom 28.7.2015, XII ZB 674/14, NJW 2015, 3572 Rdnr. 11 ff.

14 MünchKomm-BGB/Schneider, 8. Aufl. 2020, § 1896 Rdnr. 68.

15 BGH, Beschluss vom 9.5.2018, XII ZB 413/17, NJW-RR 2018, 1025 Rdnr. 20.

Während die Rechtsprechung des BGH grundsätzlich vollmachtsfreundlich ist, scheinen manche Instanzgerichte sehr schnell den Widerruf der Vollmacht zu befürworten. Ansonsten wäre die Flut an Entscheidungen des BGH allein in den letzten Jahren nicht erklärbar. So hat es das LG Bremen¹⁶ für die Anordnung einer Kontrollbetreuung genügen lassen, dass die Vollmachtgeberin mit ihrem Zimmer im Heim unzufrieden war und der Bevollmächtigte das frühere Wohnhaus der Vollmachtgeberin nicht sofort nach ihrer Einweisung ins Heim vermietet hat. Das LG Aachen hat die Gewährung eines Taschengeldes durch die bevollmächtigte Tochter an die Betroffene selbst als Grund für die Bestellung eines Kontrollbetreuers angesehen, weil von diesem Geld die Bevollmächtigte wiederum zum Essen eingeladen worden sei.¹⁷

b) Fehlender effektiver Rechtsschutz

Besonders prekär ist die Situation der durch Instanzgerichte bzw. durch die von diesen eingesetzten Betreuer abgesetzten Bevollmächtigten wegen der eingeschränkten Rechtsschutzmöglichkeiten. Erst seit einer Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2008¹⁸ ist anerkannt, dass der Bevollmächtigte trotz des Widerrufs seiner Vollmacht zur Einlegung von Rechtsmitteln gegen die Einsetzung eines Betreuers bzw. die Zuweisung des Aufgabenkreises Vollmachtswiderruf im Namen des Vollmachtgebers berechtigt bleibt; seine Vollmacht ist insoweit als fortbestehend anzusehen, um dem Selbstbestimmungsrecht des Vollmachtgebers Rechnung zu tragen und effektiven Rechtsschutz gegen den schwerwiegenden Grundrechtseingriff zu ermöglichen.¹⁹ Demgegenüber war die Vorinstanz, das OLG Stuttgart, der Auffassung, dass kein Rechtsschutzbedürfnis bestehe, da ja die Anordnung der Kontrollbetreuung und die Entziehung der Vollmacht keinen schwerwiegenden

Grundrechtseingriff darstellten.²⁰ Nach wie vor gibt es aber keine Rechtsschutzmöglichkeit des Bevollmächtigten im eigenen Namen, außer in den Fällen des § 303 Abs. 2 FamFG. Rechtsmittel scheitern daher regelmäßig schon an ihrer Unzulässigkeit, da ja die bevollmächtigten Angehörigen in der Regel nicht anwaltlich vertreten sind und daher nicht wissen können, in wessen Namen sie Rechtsmittel einlegen müssen.²¹

Zudem ist der Rechtsschutz nach einem Widerruf der Vollmacht durch einen Kontrollbetreuer nach wie vor keineswegs effektiv im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG. Denn nach dem Widerruf der Vollmacht hat sich nach Auffassung der ordentlichen Gerichtsbarkeit²² die Beschwerde erledigt. Rechtsmittel gegen die Anordnung der Kontrollbetreuung oder die Zuweisung der Befugnis zum Vollmachtswiderruf sind dann nur noch auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Maßnahme gerichtet, ohne dass im Falle des Obsiegens die Vollmacht wieder aufleben würde.²³ Noch fragwürdiger erscheint dies im Hinblick darauf, dass es nicht einmal Richter, sondern Rechtspfleger sind, die gemäß § 3 Nr. 2 b) RpflG i. V. m. § 271 FamFG eine Kontrollbetreuung anordnen und somit letztlich die Vollmacht gänzlich und für immer beseitigen können.²⁴

Im Ergebnis kann der Ausgang eines Rechtsmittelverfahrens dem nach Erlöschen der Vollmacht aufgrund Widerrufs durch den Kontrollbetreuer bestellten (meist personengleichen) Vollbetreuer gleichgültig sein, denn die Vollmacht ist nach dieser Rechtsprechung für alle Zeit hinfällig, sodass unabhängig vom

16 LG Bremen, Beschluss vom 21.10.2014, 5 T 391/14.

17 Vgl. die Feststellungen in BGH, Beschluss vom 8.1.2020, XII ZB 368/19, NJW-RR 2020, 449 Rdnr. 7. Die zugrunde liegende Entscheidung des LG zeigt besonders drastisch, wie manche Instanzgerichte in Umkehrung des Subsidiaritätsgrundsatzes familienangehörige Generalbevollmächtigte zu „Ersatzbetreuern“ degradieren. Ein Umdenken der instanzgerichtlichen Rechtsprechung in Richtung der BGH-Rechtsprechung zeigt sich beim LG München II, wenn man den Beschluss vom 18.9.2017, 6 T 175/17, openJur 2018, 9187 (Widerruf der Vollmacht wegen zu hoher Tankrechnung) und den drei Jahre später ergangenen Beschluss vom 4.2.2020, 6 T 4199/19, openJur 2020, 71284 (Widerruf ist auf diejenigen Bereiche zu beschränken, in denen der Bevollmächtigte „eindeutig“ gegen die Interessen des Vollmachtgebers gehandelt hat – dieser Beschluss wurde dennoch vom BGH mit seinem Beschluss vom 8.7.2020, XII ZB 68/20, NJW-RR 2020, 1075 als immer noch zu weitgehend aufgehoben) vergleicht.

18 BVerfG, Beschluss vom 10.10.2008, 1 BvR 1415/08, FamRZ 2008, 2260.

19 BGH, Beschluss vom 12.12.2018, XII ZB 387/18, DNotZ 2019, 362.

20 So die Wiedergabe der Entscheidung des OLG Stuttgart, Beschluss vom 18.4.2008, 8 W 147/08, in der Entscheidung des BVerfG; im zugrunde liegenden Fall war übrigens die Vollmacht in Vermögensangelegenheiten dem langjährigen Rechtsanwalt des Vollmachtgebers, die Vollmacht in persönlichen Angelegenheiten dem Hausarzt des Vollmachtgebers erteilt. Wie ein Gericht zu der Auffassung gelangen konnte, die Interessen des Vollmachtgebers würden durch einen in der Regel weder medizinisch noch juristisch ausgebildeten Betreuer besser gewahrt als durch diese Idealkombination, bleibt der höheren Weisheit des AG überlassen, war aber ausdrücklich nicht Gegenstand der Entscheidung des BVerfG, das dennoch obiter dictum verlauten ließ, die Bestellung des Kontrollbetreuers begegne „erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken“. Interessant war auch, dass der Kontrollbetreuer den Bevollmächtigten gar nicht erst „kontrollierte“, sondern zwei Tage nach seiner eigenen Bestellung ohne Weiteres abberief.

21 Vgl. etwa den Fall in BGH, Beschluss vom 12.12.2018, XII ZB 387/18, DNotZ 2019, 362, wo die Beschwerde wegen Einlegung im eigenen Namen des Bevollmächtigten zurückgewiesen wurde, sowie Beschluss vom 5.11.2014, XII ZB 117/14, NJW 2015, 407; siehe aber auch Beschluss vom 11.12.2019, XII ZB 357/19, NJW-RR 2020, 257: Möglichkeit einer Beschwerdeberechtigung im eigenen Namen im Einzelfall nach § 303 Abs. 2 Nr. 2 FamFG.

22 BGH, Beschluss vom 28.7.2015, XII ZB 674/14, NJW 2015, 3572 Rdnr. 13.

23 BGH, Beschluss vom 28.7.2015, XII ZB 674/14, NJW 2015, 3572 Rdnr. 14; a. A. die h. L., wonach bei Obsiegen im Rechtsmittelverfahren die Vollmacht durch einen hierzu bestellten Betreuer (!) wieder zu errichten sei, Prütting/Helms/Frösche, FamFG, 5. Aufl. 2020, § 303 Rdnr. 57, oder (m. E. überzeugender) der Vollmachtswiderruf nachträglich als unwirksam einzustufen sei, Keidel/Budde, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 303 Rdnr. 12b. Nur die Auffassung der Literatur führt zu einem effektiven Rechtsschutz.

24 Zur Kritik hieran siehe *Mensch*, BWNNotZ 2016, 102, 103.

Ausgang des Gerichtsverfahrens der Betreuungsbedarf uneingeschränkt fortbesteht. Ob das mit der Intention des BVerfG, „effektiven“ Rechtsschutz gegen die Bestellung eines Kontrollbetreuers mit der Befugnis zum Vollmachtswiderruf zu gewährleisten, in Einklang steht, ist äußerst fragwürdig, zumal die Einlegung von Rechtsmitteln gegen die Bestellung eines solchen Betreuers keine aufschiebende Wirkung hat.

c) Zwischenergebnis

Im Ergebnis bleibt festzuhalten: Die Gefahr des Widerrufs einer Vorsorgevollmacht entgegen dem ausdrücklichen Wunsch des Vollmachtgebers ist real, und die Rechtsschutzmöglichkeiten hiergegen sind defizitär.

2. Verbesserungen de lege lata durch Urkundsgestaltung

Wie kann der Notar auf die dargestellten Risiken für den Vorsorgebevollmächtigten reagieren? Zunächst ist natürlich klarzustellen, dass es nicht darum gehen kann, einen späteren Missbrauch der Vollmacht durch den Bevollmächtigten zu erleichtern. Allerdings ist es durchaus gerade im Interesse des Vollmachtgebers, dass ein Bevollmächtigter von einem Betreuungsgericht später nicht als „Ersatzbetreuer“ behandelt wird, mit Schenkungsverbot, Rechenschaftspflicht gegenüber dem Gericht und ähnlichen Beschränkungen. Gerade der Fall des LG Aachen, bei dem vom Betreuungsgericht beanstandet wurde, dass sich die bevollmächtigte Tochter von der geschäftsunfähig gewordenen Vollmachtgeberin zum Essen einladen ließ, deutet auf eine völlige Verkennung der Beziehungen zwischen engen Angehörigen, wie sie der typischen Vorsorgevollmacht zugrunde liegen, hin.

Einer derartig missverständlichen Auslegung des der Vollmacht zugrunde liegenden Grundverhältnisses kann durch entsprechende Klarstellungen in der Vollmachtsurkunde durchaus begegnet werden, nachdem der BGH entschieden hat, dass es bei der Frage, ob die Vollmacht bestimmungsgemäß ausgeübt wurde, auf die Weisungen und das „wohlverstandene“ Interesse des Vollmachtgebers ankomme²⁵ (siehe nachfolgend a)). Zudem kann die Bestellung eines Kontrollbetreuers durch die Bestimmung eines Kontrollbevollmächtigten abgewendet werden (siehe nachfolgend b)).

a) Regelungen zu Umfang und Grundverhältnis der Vollmacht

Werden dem Bevollmächtigten ausdrücklich Befugnisse eingeräumt und Anweisungen erteilt, die im Widerspruch zum wirtschaftlichen Eigeninteresse des Vollmachtgebers und zu den für einen Betreuer geltenden Bestimmungen stehen, kann die Ausübung dieser Befugnisse und Umsetzung dieser Anweisungen nicht per se Anlass für den Widerruf der Vollmacht durch einen Kontrollbetreuer sein.

Die bekannteste und allgemein übliche Befreiung von gesetzlichen Einschränkungen ist die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB. Diese Befreiung besagt allerdings nur,

dass die Vollmacht dazu berechtigt, zugleich für den Vollmachtgeber und für Dritte oder im eigenen Namen aufzutreten, sagt aber nichts zu der Frage aus, ob die Vollmacht auch gegen das wirtschaftliche Eigeninteresse des Vollmachtgebers ausgeübt werden darf oder ob darin dennoch ein potentieller Missbrauch der Vollmacht läge.

Soll der Bevollmächtigte nicht ausschließlich die Interessen des Vollmachtgebers wahren, sondern, wie in den meisten Fällen familieninterner Vollmachten, die Angelegenheiten der Familie in der Familie regeln, ohne Einmischung durch fremde Dritte wie Betreuer oder Betreuungsgericht, kann dieser Zweck dadurch offenbar werden, dass der Bevollmächtigte ausdrücklich zur Vornahme von Schenkungen an sich oder sonstige Angehörige ermächtigt wird.²⁶ Darüber hinaus kann klargestellt werden, dass die Bestimmungen des Betreuungsrechts ausdrücklich nicht gelten sollen. Soll beispielsweise aufgrund der Vollmacht die Übergabe eines Betriebes auf die nächste Generation durchgeführt werden, ist die ausdrückliche Befreiung vom betreuungsrechtlichen Schenkungsverbot sehr hilfreich. Auch der BGH hat die Möglichkeit der Fortführung der Praxis regelmäßiger finanzieller Zuwendungen des Vollmachtgebers an seine Angehörigen durch den Bevollmächtigten maßgeblich im Hinblick auf eine in der Vollmachtsurkunde erteilte Schenkungserlaubnis bejaht.²⁷

Die in manchen Notariaten vorzufindenden Muster, wonach Schenkungen „in dem einem Betreuer erlaubten Umfang“ zulässig sein sollen, schränken hingegen die Vollmacht derart ein, dass eine Übergabe aufgrund der Vollmacht nicht möglich wäre, sondern nur ein vollentgeltlicher Verkauf. Da ja auch einem Betreuer die teil- oder unentgeltliche Übergabe nicht möglich wäre, ist sie bei Eintritt des Vorsorgefalls wegen einer solchen Bestimmung in der Vollmacht nach Eintritt der Altersdemenz oder dauernden Komas für immer gänzlich unmöglich; es bleibt dann nur der Verkauf. Dies den Beteiligten erklären zu müssen, die mit solchen Vollmachten im Amt des Verfassers auftauchen, stärkt das Vertrauen in notarielle Vorsorgevollmachten jedes Mal nicht unbedingt. Aus Sicht des Verfassers kann eine solche Beschränkung der Vollmacht nur angehen, wenn entweder kein Vermögen mehr lebzeitig zu übertragen ist, also nach erfolgter Übergabe allen Grundbesitzes, oder wenn die Vollmacht wirklich im ausschließlichen Eigeninteresse des Vollmachtgebers erteilt wird und im Prinzip einer bloßen Betreuungsverfügung angenähert ist. Durch die anstehende Neuregelung, wonach Betreuer für Schenkungen einer gerichtlichen Genehmigung bedürfen, schränkt der Verweis auf das Betreuungsrecht die Möglichkeiten des Bevollmächtigten noch zusätzlich ein.²⁸

Neben der Schenkungserlaubnis sollte das Grundverhältnis klargestellt werden. Soweit, wie in den meisten Vollmachten, hierzu nichts verlaubar ist, obliegt es im Zweifel der Rechtsprechung, durch Auslegung festzustellen, ob der Vollmacht ein Gefälligkeitsverhältnis oder ein Auftragsverhältnis zugrunde liegt. Die Annahme eines Auftragsverhältnisses führt zur Rechenschaftspflicht nach § 666 BGB sowie zur Haftung für

²⁵ BGH, Beschluss vom 9.5.2018, XII ZB 413/17, NJW-RR 2018, 1025 Rdnr. 20.

²⁶ So auch *Müller-Engels*, DNotZ 2021, 84, 85 f.

²⁷ BGH, Beschluss vom 8.1.2020, XII ZB 368/19, ZEV 2020, 495.

²⁸ *Müller-Engels*, DNotZ 2021, 84, 88.

jede Fahrlässigkeit, die jeweils nach dem Tod des Vollmachtgebers von den (weiteren) Erben oder zu dessen Lebzeiten von einem Kontrollbetreuer durchgesetzt werden könnten. Könnte dann beispielsweise der Bevollmächtigte, etwa der Ehegatte des Vollmachtgebers, der schon immer die Finanzangelegenheiten für beide erledigt hat, ohne je darüber Rechenschaft abzulegen, dieser Rechenschaftspflicht für vergangene Jahre nicht nachkommen, wäre das im Fall angeordneter Kontrollbetreuung wieder ein möglicher Grund für den Widerruf der Vollmacht. Die Klarstellung in der Urkunde, dass der Vollmacht kein Auftragsverhältnis zugrunde liegt, kann dem Bevollmächtigten viele Unannehmlichkeiten ersparen.²⁹

Schließlich könnte man noch allgemein als Handlungsanweisung aufnehmen, dass die Vollmacht im wohlverstandenen Interesse der Familie des Vollmachtgebers ausgeübt werden soll, also nicht, wie das im Betreuungsrecht der Fall wäre, nur das wirtschaftliche Eigeninteresse des Vollmachtgebers maßgeblich ist:

Der Bevollmächtigte ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Er ist zu Schenkungen an sich oder sonstige Angehörige des Vollmachtgebers im Sinne des § 15 AO (alt. „oder Dritte“) berechtigt. Auftragsrecht findet ausdrücklich ebenso wenig Anwendung wie die im Bereich der Vermögenssorge für Betreuer geltenden Bestimmungen. Der Vollmachtgeber wünscht, dass bei Ausübung der Vollmacht nicht nur das persönliche Wohl des Vollmachtgebers, sondern auch das Wohl der Familie des Vollmachtgebers ebenso bestmöglich gewahrt wird, wie wenn er seine Angelegenheiten weiterhin selbst wahrnähme.

Durch eine solche Formulierung wird klargestellt, dass ein Bevollmächtigter kein „Ersatzbetreuer“ ist und die Vollmacht zwar nicht missbräuchlich, aber auch nicht strikt nach dem wirtschaftlichen Eigeninteresse des Vollmachtgebers ausüben soll. Das, wovon die Beteiligten unter Anwendung des gesunden Menschenverstands ausgehen, wird also ausdrücklich zur Grundlage der Vollmacht. So muss etwa ein zugunsten minderjähriger Kinder des Vollmachtgebers angelegter Sparplan bei Eintritt des Vorsorgefalls nicht sofort eingestellt werden, nur weil ein Betreuer keine derartigen Zahlungen mehr leisten dürfte. In Fällen, in denen der Betreuungsbedarf in naher Zukunft absehbar ist, etwa bei beginnender Demenz oder diagnostiziertem Hirntumor, könnte sich sogar abweichend von der allgemeinen Praxis eine detaillierte Anweisung an den Bevollmächtigten zur weiteren Verwendung des Vermögens empfehlen, etwa wie folgt:

Ich wünsche, dass meine monatliche Unterstützungszahlung für das Studium meiner Enkelkinder (...) und (...) in Höhe von monatlich je (...) auch nach Eintritt des Vorsorgefalls fortgeführt wird und mein arbeitsloser Sohn (...) weiterhin die zum Erhalt seiner Familie erforderliche Unterstützung erfährt. Solange meine eigene angemessene Versorgung nicht gefährdet ist, darf hierfür auch der Stamm meines Vermögens ver-

wertet werden. Meine bevollmächtigte Lebensgefährtin soll frei über meine derzeit von uns gemeinsam bewohnte Wohnung (...) verfügen dürfen, also auch diese an sich übertragen oder für den eigenen Lebensunterhalt verkaufen dürfen, wenn ich selbst nicht mehr zu Hause versorgt werden kann.

Durch eine „Standard-Vorsorgevollmacht“ wären alle diese Handlungen nämlich nicht zweifelsfrei und gerichtsfest abgedeckt. So wie man üblicherweise seitenlange Patientenverfügungen in die Urkunde aufnimmt, spricht viel dafür, in Fällen, in denen das ausnahmsweise konkret und absehbar angezeigt ist, auch Weisungen zur Verwendung des Vermögens zu beurkunden.

b) Kontrollvollmacht

Die Kontrollvollmacht wird relativ selten diskutiert³⁰ und noch weniger verwendet. Ihre rechtliche Einordnung ist wenig geklärt. Sie ist in Anlehnung an § 1896 Abs. 3 BGB als eine Vollmacht zur Geltendmachung von Rechten des Vollmachtgebers gegenüber dem Bevollmächtigten zu sehen.³¹ Häufig wird vertreten, dass bei Vorhandensein mehrerer Bevollmächtigter ohnehin eine gegenseitige Überwachung stattfindet und dass die Einrichtung einer Kontrollvollmacht als Beweis des Misstrauens gegenüber dem Bevollmächtigten gewertet werde.³²

Allerdings kann die Anordnung einer Kontrollvollmacht gerade bei vermögenden Vollmachtgebern durchaus für alle Beteiligten vorteilhaft sein: Der vielleicht nicht in gleichem Maße wie der Vollmachtgeber geschäftsgewandte familienangehörige Bevollmächtigte wird ein Stück weit entlastet, wenn er bei wichtigen Entscheidungen die Meinung des Kontrollbevollmächtigten einholen soll. Auch kann er sich später etwa gegenüber dritten (Mit-)Erben des Vollmachtgebers auf die Zustimmung des neutralen Kontrollbevollmächtigten zu umstrittenen Maßnahmen berufen. Ist der Kontrollbevollmächtigte unabhängig von den Interessen des Bevollmächtigten und mit den geschäftlichen Angelegenheiten des Vollmachtgebers vertraut, zum Beispiel dessen Steuerberater, Rechtsanwalt oder auch leitender Angestellter, dürfte das Erfordernis für die Anordnung einer Kontrollbetreuung auch dann entfallen, wenn der Generalbevollmächtigte Fehler macht, es sei denn, auch der Kontrollbevollmächtigte kommt seiner Aufgabe nicht nach.³³ Schließlich entfaltet die Existenz eines Kontrollbevollmächtigten eine disziplinierende Wirkung auf den Bevollmächtigten, selbst wenn die Befugnisse des Kontrollbevollmächtigten schonend ausgeübt werden.

Demgegenüber erscheint die wechselseitige Kontrolle mehrerer Bevollmächtigter nicht in gleicher Weise geeignet.³⁴ Zum einen widerspräche sie einer etwa angeordneten Rangfolge der Bevollmächtigten: Wäre es Aufgabe eines nachrangig Be-

³⁰ Vgl. Beck'sches Notarhandbuch/Reetz, 7. Aufl. 2019, Rdnr. 24 f. m. w. N.

³¹ Münch/Renner, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2020, § 16 Rdnr. 58 f.

³² Münch/Renner, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 16 Rdnr. 58 f.

³³ MünchKomm-BGB/Schwab, § 1896 Rdnr. 268.

³⁴ So aber weite Teile der Literatur, siehe z. B. Stascheit, RNotZ 2020, 61, 79.

²⁹ Zu Folgen und Ausgestaltung des Auftragsverhältnisses siehe Stascheit, RNotZ 2020, 61, 65 ff. Stascheit geht aber nicht auf die Möglichkeit ein, überhaupt ein Gefälligkeitsverhältnis zu vereinbaren und Auftragsrecht auszuschließen.

vollmächtigten, den vorrangig Bevollmächtigten zu kontrollieren, müsste sich in Umkehrung des durch eine solche Rangfolge Gewollten der vorrangig Bevollmächtigte gegenüber dem nachrangig Bevollmächtigten rechtfertigen. Zudem müssten zur konsequenten Ausübung einer solchen Kontrollbefugnis mehrere Bevollmächtigte wechselseitig zum Entzug der Vollmacht befugt sein, um Verstöße ahnden zu können. Eine solche Anordnung wird mit guten Gründen regelmäßig gerade nicht getroffen. Sie würde die Zusammenarbeit der Bevollmächtigten behindern und möglicherweise bei Uneinigkeit einen „Einzehungswettlauf“ verursachen. Somit ist eine Kontrollvollmacht nicht durch eine wechselseitige Kontrolle der Bevollmächtigten ersetzbar. Ein Kontrollbevollmächtigter ist anders als ein weiterer Generalbevollmächtigter von Interessenkonflikten bei der Ausübung der Kontrollbefugnis frei, da er „nichts davon hat“, wenn er die Hauptvollmacht widerruft: Seine eigene Kontrollvollmacht endet logischerweise mit der Hauptvollmacht, sodass für ihn der Widerruf einer Hauptvollmacht oder, falls ihm diese Befugnis nicht zugewiesen wird, die Einschaltung des Betreuungsgerichts zu diesem Zweck auch ohne nähere Ausgestaltung der Voraussetzungen in der Vollmachtsurkunde ultima ratio sein wird.

Die konkrete Ausgestaltung ist dabei wichtig, insbesondere die Klarstellung, dass nach außen allein der Generalbevollmächtigte vertretungsberechtigt bleibt, zu welchen Maßnahmen rein intern eine Zustimmung des Kontrollbevollmächtigten erforderlich sein soll und wie die Rechenschaftspflicht gegenüber dem Kontrollbevollmächtigten ausgestaltet ist:

Zum Kontrollbevollmächtigten bestelle ich Frau Rechtsanwältin (...)/Herrn Steuerberater (...), ersatzweise für den Fall, dass diese/r die Kontrollvollmacht nicht ausüben kann oder will,³⁵ (...). Aufgabe des Kontrollbevollmächtigten ist die Unterstützung und Überwachung meiner Bevollmächtigten in vermögensrechtlichen Angelegenheiten. Er soll meine Bevollmächtigten bei grundlegenden Entscheidungen beraten; die Bevollmächtigten haben ihm jährlich in groben Zügen über die wesentlichen Einnahmen und Ausgaben sowie Umschichtungen meines Vermögens Rechenschaft abzulegen. Laufende Ausgaben der Haushaltsführung und für meine Pflege sowie etwaige monatliche Taschengelder bis zur Höhe von (...) monatlich müssen nicht im Einzelnen dargelegt werden. Soweit meinen Bevollmächtigten Schenkungen erlaubt sind und von den Bevollmächtigten vorgenommene Schenkungen sich mit meinen dem Kontrollbevollmächtigten bekannten Wünschen decken, sind solche Schenkungen kein Grund für Beanstandungen, soweit sie dem Kontrollbevollmächtigten offengelegt wurden. Ergeben sich für ihn ernsthafte Zweifel hinsichtlich der Eignung oder Redlichkeit eines Bevollmächtigten, hat er diesen zunächst anzuhören und bei kleineren Verstößen abzumahnern. Erachtet er mein Wohl aufgrund von Verfehlungen eines Bevollmächtigten für ernsthaft gefährdet, hat er das Betreuungsgericht einzuschalten und seine Ernennung zum Kontrollbetreuer zu beantragen. Das Betreuungsgericht wird ersucht, ihn zum Kontrollbetreuer zu ernennen und bei Vorliegen der gesetzlichen

35 Da die Vollmacht des Kontrollbevollmächtigten nicht im Außenverhältnis nachgewiesen werden muss, ist hier die Ersatzbevollmächtigung kein Problem.

Voraussetzungen ihm den Widerruf der Vollmacht des betreffenden Bevollmächtigten zu ermöglichen. In keinem Fall soll jedoch ein hierin benannter Kontrollbevollmächtigter zum Vollbetreuer ernannt werden, um einen Interessenkonflikt des Kontrollbevollmächtigten auszuschließen. Der Kontrollbetreuer ist nach einem Widerruf der Vollmacht als Kontrollbetreuer wieder abzurufen. Bestehen noch Vollmachten anderer Bevollmächtigter, übt er hinsichtlich dieser weiterhin die Kontrollvollmacht aus.

Der mit der Formulierung einer Kontrollvollmacht verbundene Aufwand zeigt allerdings, dass diese nur in geeigneten Fällen angezeigt ist, etwa bei größeren Vermögen oder bei Spannungen in der Familie, die ein Vorgehen anderer Familienmitglieder gegen die einem Familienmitglied erteilte Vollmacht erwarten lassen. Andererseits sollte man diesen Aufwand dann auch nicht scheuen, da ansonsten die erteilte Generalvollmacht möglicherweise am seidenen Faden hängt.

3. Verbesserungen durch das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts

a) Normierung der materiellen Voraussetzungen

Während bisher die Voraussetzungen für einen Vollmachtswiderruf durch einen Betreuer erst von der Rechtsprechung entwickelt – und nach und nach durch die unteren Instanzen implementiert – werden mussten, sind sie künftig in § 1820 Abs. 5 BGB n. F. geregelt; insbesondere das Verhältnismäßigkeitsprinzip („mildere Maßnahmen nicht zur Abwehr eines Schadens für den Betreuten geeignet“) findet seinen Niederschlag.

b) Genehmigungspflicht

Der Widerruf der Vollmacht durch einen Betreuer setzt künftig die Genehmigung des Betreuungsgerichts voraus, § 1820 Abs. 5 Satz 2 BGB. Hierbei ist natürlich zu lesen die „rechtskräftige“ Genehmigung, sodass nun namens des Betreuten die Überprüfung der Entscheidung durch höhere Instanzen möglich sein sollte, bevor Tatsachen geschaffen werden. Das ist eine echte Verbesserung, da bisher die Überprüfung des Vollmachtswiderrufs durch höhere Instanzen lediglich der Feststellung der Rechtswidrigkeit diene. Auch bleibt die Genehmigung zum Vollmachtswiderruf dem Richter vorbehalten, § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RPfIG n. F.

c) Probleme der vorläufigen Vollmachtentziehung, § 1820 Abs. 4 BGB

Weniger gelungen ist die im Gesetz in § 1820 Abs. 4 BGB n. F. vorgesehene Befugnis zur vorläufigen Vollmachtentziehung.³⁶ Tatbestandlich reicht nach § 1820 Abs. 4 Nr. 2 BGB n. F. schon die „Behinderung“ des Betreuers durch den Bevollmächtigten. Vor einer entsprechenden Eingrenzung dieses Tatbestandsmerkmals durch den BGH und das BVerfG in etwa zehn Jahren ist mit einem Wildwuchs an vorläufigen Voll-

36 Vorsichtig kritisch wohl auch *Müller-Engels*, DNotZ 2021, 84, 98: „(...) zeigt, dass das Instrument auch zur Klärung von Handlungskompetenzen (zulasten des Bevollmächtigten) eingesetzt werden kann.“

machtsentziehungen zu rechnen, ähnlich dem bisherigen endgültigen Widerruf der Vollmacht.

Zudem ist bei einer vorläufigen Vollmachtsentziehung die Vollmachtsurkunde nicht etwa an das Betreuungsgericht, sondern an den Betreuer herauszugeben. Verliert dieser die Vollmachtsurkunde, sind anschließend die Voraussetzungen für die Vollbetreuung gegeben.

Aus meiner Sicht wäre es völlig ausreichend gewesen, die vorläufige Herausgabe der Vollmachtsurkunde als Annex zur Regelung des Verfahrens über den endgültigen Vollmachtswiderruf vorzusehen: Nur wenn der endgültige Vollmachtswiderruf aufgrund der strengen Voraussetzungen des § 1820 Abs. 5 BGB n. F. im Raum steht, sollte als Mittel der Verfahrenssicherung, quasi als dinglicher Arrest, die Herausgabe der Vollmachtsurkunde an das Gericht (!) angeordnet werden können. Durch die nun Gesetz gewordene Regelung können die Voraussetzungen des endgültigen Vollmachtswiderrufs schlichtweg durch wiederholten „vorläufigen“ Vollmachtsentzug unter sehr weichen Voraussetzungen umgangen sowie durch den Verlust der Vollmachtsurkunde seitens des Betreuers die Voraussetzungen der Vollbetreuung geschaffen werden. Die Regelung des § 1820 Abs. 4 BGB n. F. konterkariert also die Intention des § 1820 Abs. 5 BGB. Es bleibt zu hoffen, dass Gerichte von der Möglichkeit der vorläufigen Vollmachtsentziehung wegen „Behinderung“ des Betreuers sparsam Gebrauch machen; die bisherige Handhabung des endgültigen Vollmachtswiderrufs durch manche Instanzgerichte gibt allerdings wenig Anlass zu dieser Hoffnung.

Auch bleibt abzuwarten, wie sich der Vollzug von durch den Bevollmächtigten begonnenen Geschäften gestaltet. Wird die Vollmacht nach Abschluss eines Kaufvertrages vorläufig entzogen, müsste ja an sich etwa zur Erklärung der Messungserkennung oder Abgabe von Grundbucherklärungen im Nachgang ein Betreuer bestellt bzw. die Befugnis des Betreuers um den Bereich „Grundstücksgeschäfte“ erweitert werden – oder ist dann wegen Verhinderung des Bevollmächtigten „nur“ ein Ergänzungspfleger notwendig? Kann zu einem genehmigungsfrei durch den Bevollmächtigten geschlossenen Kaufvertrag genehmigungsfrei ein Nachtrag erfolgen? Der vorläufige Vollmachtsentzug wird zu vielen spannenden Fragen, um nicht zu sagen, zu Rechtsunsicherheit führen, da der wenig durchdachte § 1820 Abs. 4 BGB n. F. hierzu schweigt.

4. Verbesserungen de lege ferenda

Trotz der grundsätzlichen Verbesserungen zumindest im Bereich des endgültigen Vollmachtswiderrufs durch das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts bleiben zwei Forderungen an den Gesetzgeber bestehen:

a) Rechtsmittelbefugnis des Bevollmächtigten im eigenen Namen

Rechtsmittel gegen die Bestellung eines Kontrollbevollmächtigten müssen dem Bevollmächtigten im eigenen Namen zustehen. Wie verschiedene Entscheidungen zeigen,³⁷ werden

³⁷ BGH, Beschluss vom 12.12.2018, XII ZB 387/18, DNotZ 2019, 362; Beschluss vom 5.11.2014, XII ZB 117/14, FGPrax 2015, 72.

Rechtsmittel der regelmäßig nicht juristisch gebildeten Bevollmächtigten schon als unzulässig verworfen, weil sie fälschlich im eigenen Namen eingelegt werden. Zudem besteht bei einer transmortalen Vollmacht auch nach dem Tod des Vollmachtgebers ein Interesse am Fortbestand der Vollmacht. Gerade bei dem Tode nahen Vollmachtgebern kann es daher notwendig sein, das Rechtsmittel im eigenen Namen des Bevollmächtigten einlegen zu können. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass einem Betreuer Rechtsmittel gegen seine eigene Abberufung im eigenen Namen zustehen.³⁸ Wer den Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Vollmachtgebers ernst meint, muss dieselbe Befugnis erst recht dem immerhin vom Vollmachtgeber in gesunden Tagen ausgewählten Bevollmächtigten zugestehen.

b) Aufhebung des § 1820 Abs. 4 BGB n. F.

Die Möglichkeit des vorläufigen Vollmachtswiderrufs sollte auf die Fälle beschränkt werden, in denen ein endgültiger Vollmachtsentzug im Raume steht. Die eigene Befugnis zum vorläufigen Vollmachtswiderruf unter weichen Voraussetzungen ist wieder aufzuheben. Zudem ist die Herausgabe der Vollmachtsurkunde an das Gericht und nicht an den Betreuer vorzusehen, solange der Nachweis der Vollmacht nur über die Urkunde erbracht werden kann (vgl. dazu II.).

5. Fazit

Soweit keine anderweitige Weisung oder kein anderer sich aus den Umständen ergebender mutmaßlicher Wille des Vollmachtgebers erkennbar ist, dürfte nach bisheriger wie nach künftiger Rechtslage ein Gebrauch der Vollmacht, der nicht (ausschließlich) den wirtschaftlichen Interessen des Vollmachtgebers dient, zum Verdacht eines Vollmachtmissbrauchs führen. Dieser Verdacht wiederum zieht die Anordnung der Kontrollbetreuung und möglicherweise den Widerruf oder künftig zumindest die Suspendierung der Vollmacht nach sich. Trotz der gesetzgeberischen Änderungen bleiben die beiden vorgestellten notariellen Maßnahmen zur Sicherung des Bestands der Vollmacht wichtig: Einerseits sollte das Innenverhältnis hinsichtlich Schenkungen und Zweck der Vollmacht geregelt werden, um dem Willen des Vollmachtgebers insofern auch nach Eintritt seiner Geschäftsunfähigkeit Geltung zu verschaffen, und andererseits sollte in geeigneten Fällen ein Kontrollbevollmächtigter ernannt werden, der gerade bei komplexeren Vermögen die Aufsicht über die Bevollmächtigten führt.

II. Nachweis der Vollmacht

Ein weiteres Problem, das die Stellung des Vorsorgebevollmächtigten ebenso fundamental betrifft wie das Risiko eines Widerrufs, ist das Risiko des Verlustes der Vollmachtsurkunde. Erteilt sich ein junges Paar im Jahr 2021 wechselseitig Vorsorgevollmacht und tritt im Jahr 2071 der Vorsorgefall bei einem der Beteiligten ein, ist es keineswegs selbstverständlich, dass die im Jahr 2021 erteilte Ausfertigung aufgefunden wird. Zwischen der Erteilung der Ausfertigung und ihrer Verwendung dürften dann typischerweise mehrere Umzüge und mehrere

³⁸ BGH, Beschluss vom 25.3.2015, XII ZB 621/14, NJW-RR 2015, 833.

Vernichtungen „nicht mehr benötigter“ Unterlagen liegen, so dass sich dasselbe Problem stellt wie bei einem jahrzehntelange in Privatbesitz befindlichen Grundschuldbrief.

Wird dem Notar bzw. dessen Amtsnachfolgern nun die Befugnis erteilt, bei Eintritt des Vorsorgefalls ohne Anweisung des Vollmachtgebers die Ausfertigung neu zu erteilen,³⁹ besteht das Risiko, dass ein zwischenzeitlich erfolgter Widerruf der Vollmacht folgenlos bleibt. Dies gilt auch dann, wenn die Neuerteilung an die Vorlage eines ärztlichen Attests geknüpft wird, demzufolge der Vollmachtgeber nicht mehr geschäftsfähig ist. Auch hier würde nach Eintritt der Geschäftsunfähigkeit ein früher erfolgter Widerruf durch die Neuerteilung der Ausfertigung faktisch konterkariert. Wird dem Notar diese Befugnis aber nicht erteilt, kann die Vollmacht ausgerechnet bei Eintritt des Vorsorgefalls unheilbar nie wieder ausgeübt werden, wenn die Ausfertigung unauffindbar ist.

Beide Lösungen sind also unbefriedigend.

Im Hinblick darauf, dass Vorsorgevollmachten heutzutage regelmäßig nicht erst kurz vor dem wahrscheinlichen Eintritt des Vorsorgefalls erteilt werden,⁴⁰ sondern schon in jungen Jahren, und angesichts dessen, dass in jüngeren digital denkenden Generationen die Vorstellung mindestens antiquiert erscheint, dass eine Rechtswirkung an ein bestimmtes, nicht reproduzierbares Dokument in Papierform geknüpft ist, dessen Verlust die gewollte Rechtswirkung zerstört, muss daher de lege ferenda eine andere Lösung gefunden werden.

Diese Lösung besteht in der Anknüpfung an das Zentrale Vorsorgeregister.⁴¹

Um das Problem des Verlusts der Ausfertigung zu umgehen, müsste der Inhalt des Vorsorgeregisters präziser gefasst werden und sodann de lege ferenda eine Rechtsscheinwirkung an diesen Inhalt geknüpft werden.

Hinsichtlich des Inhalts des Registers müssten Inhalt, Art und Beschränkungen der Ausübung der Vollmacht präzisiert werden. Mit dem Inhalt ist hier der sachliche Umfang gemeint, also die Angabe, welche Bereiche (Gesundheit, Vermögen allgemein, Banken, Behörden, Grundstücksgeschäfte) abge-

deckt werden, vergleichbar mit dem Kreuzchen-System nach dem Vollmachtmuster des BMJ. Idealerweise gäbe es die Möglichkeit, im Regelfall, nämlich wenn alle Angelegenheiten abgedeckt sein sollen, einfach „General- und Vorsorgevollmacht“ anzukreuzen, mit der Folge, dass hinsichtlich des Inhalts alle Kästchen als ausgefüllt gelten.

Bei der Art der Ausübung geht es um solche Fragen wie die Befreiung von § 181 BGB, Einzel- oder Gesamtvertretung, Befugnis zur Erteilung von Untervollmachten, Geltung über den Tod hinaus, Befugnis zu Schenkungen.

Bei Beschränkungen handelt es sich um individuelle Sonderregelungen etwa dergestalt, dass für bestimmte Geschäfte mehrere Bevollmächtigte zusammenwirken müssen, Vollmachten nur unter bestimmten Voraussetzungen Gültigkeit erlangen, einzelne Arten von Geschäften (zum Beispiel Gründung von Unternehmen) untersagt werden o. Ä. Dieses Feld müsste frei ausfüllbar sein.

Hinsichtlich der an ein präziser gefasstes Register anknüpfenden Rechtsscheinwirkung müsste nur § 171 BGB in Abs. 1 um einen Satz ergänzt werden: „Öffentliche Bekanntmachung im Sinne des Satzes 1 ist insbesondere die Registrierung eines Bevollmächtigten im Zentralen Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer.“

Die Folge einer solchen überaus einfachen Gesetzesänderung wäre, dass, wer einmal als Bevollmächtigter im Zentralen Vorsorgeregister registriert ist, solange gegenüber Dritten als Bevollmächtigter gilt, bis der Bevollmächtigte aus dem Zentralen Vorsorgeregister wieder entfernt wird. Der Verlust der Ausfertigung wäre nicht weiter schlimm, solange eine solche Registrierung besteht. Zusätzlich müsste in § 21 Abs. 3 Satz 2 BNotO durch die Ergänzung des Satzteils „wenn er sich zuvor durch Einsichtnahme in eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Vollmachtsurkunde“ um die Worte „oder durch Einsichtnahme in das Zentrale Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer“ die Ausstellung einer notariellen Bescheinigung über die Registrierung im Zentralen Vorsorgeregister ermöglicht werden, um auch gegenüber Dritten, die keine Einsicht in das Register nehmen dürfen, das Bestehen der Vollmacht nachweisen zu können. Bevollmächtigte, die mit irgendwelchen Kopien der Vollmacht zum Notartermin erscheinen, wären nach einer solchen Gesetzesänderung für die Praxis kein Problem mehr. Zusätzlich könnte darüber nachgedacht werden, die Daten der registrierten Bevollmächtigten auf der ZVR-Card, die Vollmachtgeber zugesandt bekommen, elektronisch zu speichern. Mit der Einwilligung der Bevollmächtigten müsste dies auch datenschutzrechtlich möglich sein. Wird dann etwa ein Vollmachtgeber nach einem Unfall bewusstlos ins Krankenhaus eingeliefert, könnte die ZVR-Card direkt im Krankenhaus ausgelesen werden und die Bevollmächtigten ohne Umweg über das Betreuungsgericht verständigt werden. Bei Zweifelsfragen über die Reichweite der Vollmacht wird man weiterhin den Text der Vollmacht einsehen müssen, nur eben nicht unbedingt in Ausfertigung, so wie man dies ja auch etwa im Rahmen der Überprüfung des genauen Inhalts von Grundbuchrechten kennt. Denkbare, aber sicher nicht notwendigerweise würde sogar ein Scan der Vollmacht selbst im Register abrufbar hinterlegt, wobei das freilich die Regis-

39 So der Vorschlag von *Stascheit*, RNotZ 2020, 61, 82, der auch ausführlich auf Für und Wider der weiteren Gestaltungsmöglichkeiten eingeht.

40 Ausfertigungen werden nach der Erfahrung des Verfassers teils schon wenige Wochen nach Erteilung nicht mehr gefunden, selbst wenn die Bevollmächtigung gerade im Hinblick auf eine bevorstehende gefährliche Operation erfolgte, der Bevollmächtigte bei der Beurkundung anwesend war und über die Bedeutung der Ausfertigung ausführlich im Gespräch belehrt wurde.

41 Das Zentrale Vorsorgeregister in seiner heutigen Form ist ein typisches Beispiel dafür, wie man in Deutschland bei der Digitalisierung auf halbem Wege stehen bleibt. Man hat ein Register in elektronischer Form geschaffen, dessen Inhalt aber erstens ungenau ist, weil nur die Tatsache und die Person des Bevollmächtigten, nicht aber die genaue Reichweite der erteilten Vollmacht (Befreiung von § 181 BGB? Schenkungen? Einzel- oder Gesamtvertretung? etc.) erfasst werden, und dass vor allen Dingen zweitens keine Rechtswirkungen erzeugt. Zur Bestätigung der Registrierung werden Karten im Kreditkartenformat versandt, auf denen aber keinerlei Daten der Bevollmächtigten erfasst sind.

trierung nicht derart aufwendig machen darf wie derzeit die Einreichung einer Handelsregisteranmeldung.⁴²

Auch im Behördenverkehr wäre eine Gutgläubenswirkung der Registrierung sehr hilfreich, und zwar selbst bei Vorhandensein der Ausfertigung.

Der Verfasser dieses Beitrags ist bei der Ausübung einer notariellen Generalvollmacht bei Behörden auf die verschiedensten Hindernisse gestoßen. Teilweise wird verlangt, dass die Vertretung gegenüber Behörden ausdrücklich in der Vollmacht geregelt ist, die Stadt Rosenheim fordert neben der Vorlage der Vollmacht noch die Vorlage eines gültigen Personalausweises des Vollmachtgebers, was in einem Fall dazu führte, dass sich der Vollmachtgeber dann doch selbst bei der Behörde einfinden musste – die behördlichen Möglichkeiten, den Einsatz von Generalvollmachten mit Hürden zu versehen, sind unbegrenzt.

Hier wäre zum einen eine Regelung und Vereinheitlichung der Verwaltungspraxis, die sich an geltendem Recht orientiert, wünschenswert. Wesentlich effektiver dürfte aber auch insoweit die Aufwertung des Zentralen Vorsorgeregisters sein. Wäre dort etwa die Bevollmächtigung in einer mit Rechtscheinwirkung versehenen Weise hinterlegt und dieses Register – zumindest nach entsprechender Freigabe durch den Bevollmächtigten – für Behörden einsehbar, könnte sich ein Behördenmitarbeiter allein durch die Einsicht in das Vorsorgeregister von der Befugnis des Bevollmächtigten zur Vertretung in Behördenangelegenheiten überzeugen, ohne (womit einfache Sachbearbeiter wohl überfordert sein dürften, weshalb sie Vollmachten im Zweifel generell ablehnen) die Vollmachtsurkunde inhaltlich überprüfen zu müssen. Soweit Behördengänge in ferner Zukunft digitalisiert werden, könnte ein Bevollmächtigter von zu Hause aus Behördengänge für den Vollmachtgeber erledigen, ohne jedes Mal seine Vollmachtsurkunde übermitteln zu müssen, wenn er in abrufbarer Weise als Bevollmächtigter auch in Behördenangelegenheiten registriert wäre.

Gerichtliche Entscheidungen über vorläufigen oder endgültigen Vollmachtswiderruf nach § 1820 Abs. 4 und 5 BGB n. F. könnten unmittelbar Eingang in das Register finden.

Klarzustellen ist, dass eine solche Gesetzesänderung die klassische Vollmachtsurkunde keineswegs verdrängen sollte. Der klassische Nachweis der Bevollmächtigung über die Vollmachtsurkunde muss selbstverständlich weiterhin möglich bleiben. Ein Zwang zu einer Registrierung sollte nach wie vor nicht bestehen.

Bis eine solche an sich einfache Gesetzesänderung erfolgt, muss man sich weiter mit Lösungen behelfen, die die Neuteilung der Vollmachtenausfertigungen entweder ohne den Willen des Vollmachtgebers möglich oder nach Eintritt von dessen Geschäftsunfähigkeit für immer unmöglich machen.

42 Ob auch an privatschriftlich erteilte registrierte Vollmachten eine Rechtsscheinwirkung angeknüpft werden sollte, wäre ggf. zu diskutieren. Dagegen spräche die fehlende Belehrung im Vorfeld sowie die Schwierigkeit, den Inhalt und Umfang solcher Vollmachten richtig zu erfassen.

III. Reichweite der Vollmacht

Auch in den Fällen, in denen die Vollmacht nicht widerrufen ist und der Bevollmächtigte sich durch Vorlage der Ausfertigung legitimieren kann, stößt er bisweilen an Grenzen, weil die Reichweite der Vollmacht unklar ist.

1. Vor- und Nacherbschaft bei transmortalen Vollmachten

Die Frage, ob und in welchem Umfang ein transmortal Bevollmächtigter auch für die Nacherben eines Vollmachtgebers handeln kann, ist umstritten. Nach einer Ansicht⁴³ berechtigt die Vollmacht ausschließlich zum Handeln namens der Vorerben; da die Nacherben nämlich noch nicht Erben des Vollmachtgebers seien und damit etwa auch die durch den Vollmachtgeber erteilte Vollmacht nicht widerrufen könnten, wäre es nach dieser strengsten Ansicht unbillig, die Stellung der Nacherben durch die Erteilung einer Vollmacht zum Beispiel an den Vorerben möglicherweise auszuhöhlen.⁴⁴ Die Wahrnehmung der Rechte der Nacherben durch Dritte sei abschließend in § 2222 BGB geregelt.⁴⁵

Dieser strengsten Ansicht ist entgegenzuhalten: Eine Absicht des Gesetzgebers, durch die Regelung der Nacherbenvollstreckung transmortale Vollmachten insoweit verdrängen zu wollen, ist nicht belegbar; folgte man dieser Argumentation, müsste auch die transmortale Vollmacht als solche neben einer etwa angeordneten Testamentsvollstreckung entfallen, was aber nicht der Fall ist.⁴⁶ Die These einer abschließenden Regelung durch andere Rechtsinstitute ist bei Generalvollmachten generell kritisch zu sehen, da die heutige Bedeutung solcher Vollmachten bei Abfassung des BGB nicht ansatzweise erkennbar war und eine Verdrängung der Vollmacht daher kaum beabsichtigt worden sein kann. Darüber hinaus ist nicht nachvollziehbar, warum Nacherben eine Vollmacht, soweit sie ihren Rechtskreis betrifft, nicht widerrufen können sollen; logischer erscheint es, dass die Vollmacht hinsichtlich der Wahrnehmung der Rechte des Vorerben von diesem, hinsichtlich der Wahrnehmung der Rechte des Nacherben von letzterem widerrufen werden kann. Insofern richtet sich die Frage der Widerruflichkeit nach der Reichweite der Vollmacht und nicht umgekehrt: Soweit eine Vollmacht zur Ausübung von Rechten der Nacherben berechtigt, muss sie von diesem widerrufen werden können.⁴⁷

43 OLG München, Beschluss vom 14.6.2019, 34 Wx 237/18, ZEV 2019, 533; Müller-Engels, DNotZ 2021, 84, 94; MünchKomm-BGB/Lieder, § 2112 Rdnr. 18.

44 MünchKomm-BGB/Lieder, § 2112 Rdnr. 19.

45 Staudinger/Avenarius, Neub. 2019, § 2112 Rdnr. 34.

46 V. Schwander, RNotZ 2019, 57, 63 m. w. N.; Keim, DNotZ 2008, 175, 180: „Niemand kommt auf die Idee, von einer Spezialität der Testamentsvollstreckung gegenüber der Vollmacht über den Tod hinaus zu sprechen. Dies kann für die Nacherbenvollstreckung nicht anders sein.“

47 So auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 29.5.2019, 8 W 160/19, ZEV 2019, 530 Rdnr. 10: „Der Nacherbe kann eine solche isolierte Vollmacht auch frei widerrufen.“ Ebenso Keim, DNotZ 2008, 175, 179, mit dem Versuch, die etwas abwegig wirkende These von der Unwiderruflichkeit der Vollmacht historisch zu erklären.

Nach einer vermittelnden Ansicht kann ein transmortal Bevollmächtigter zwar namens des gesamten Nachlasses handeln und damit auch die Zustimmung der Nacherben zu einem vom Vorerben getätigten Geschäft abgeben, nicht aber das Verhältnis zwischen Vor- und Nacherben regeln, insbesondere nicht die Löschung eines Nacherbenvermerks bewilligen.⁴⁸

Nach einer neuerdings im Vordringen befindlichen Ansicht,⁴⁹ die aber ihre Wurzeln bis in die Frühzeit des BGB hat,⁵⁰ kann ein transmortal Bevollmächtigter umfassend sowohl für die Vor- als auch für die Nacherben handeln.

Die Entscheidung dieser Frage ist, wie das OLG Stuttgart⁵¹ richtigerweise betont, zugleich eine Entscheidung darüber, ob eine transmortale Vollmacht überhaupt ohne Weiteres einsetzbar ist; folgte man der strengsten Auffassung, müsste ein transmortal Bevollmächtigter möglicherweise gegenüber dem Grundbuchamt nachweisen, dass keine Vor- und Nacherbschaft besteht, wenn er grundbuchmäßige Erklärungen betreffend den Nachlass abgibt. Damit wäre eine transmortale Vollmacht an den Nachweis der Erbfolge in grundbuchmäßiger Form geknüpft und somit jedenfalls im Grundbuchverkehr faktisch wertlos.

Letztlich sind es zwei grundlegende Feststellungen, die zur Einordnung zunächst getroffen werden müssen. Erstens kann der Bevollmächtigte grundsätzlich im gleichen Umfang wie der Erblasser selbst handeln. Es kann also nicht richtig sein, dass, wie die strengste Ansicht meint, ein transmortal Bevollmächtigter vor Eintritt des Erbfalls unproblematisch aufgrund der Vollmacht Grundbesitz veräußern könnte, nach Eintritt desselben aber nicht mehr. Diese Ansicht hätte, wie erwähnt, zur Folge, dass bei jeder Verfügung über Grundbesitz bewiesen werden müsste, dass entweder der Vollmachtgeber noch lebt oder dass keine Vor- und Nacherbfolge besteht. Würde sich diese Ansicht durchsetzen, könnte man die Beurkundung von Vollmachten unmittelbar einstellen.

Zweitens besteht aber im Erbrecht der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit. Ein Stellvertreter kann also die Erbeinsetzung nicht abändern. Aus dieser Feststellung folgt, dass es dem Bevollmächtigten nicht gegeben sein kann, die Anordnung der Vor- und Nacherbfolge als solche materiell aufzuheben. Die Rechtsstellung der Nacherben im Einzelnen hat aber ihre Wurzeln in der vom Erblasser ausgeübten Testierfreiheit, sie leitet sich also vom Erblasser ab und kann nicht als eigene Rechtsstellung auch gegenüber dem Bevollmächtigten des Erblassers verstanden werden. In den jüngeren Entscheidungen geht es regelmäßig um die Frage, ob der Bevollmächtigte die Löschung des lediglich deklaratorischen Nacherbenvermerks im Grundbuch bewilligen kann oder nicht. Diese Bewilligung der Löschung des Nacherbenvermerks führt nicht dazu, dass die Vor- und Nacherbfolge als solche beendet wäre, ja nicht

einmal zum Ausscheiden des betroffenen Grundstücks aus derselben. Insofern stellt sie keinen Eingriff in die Höchstpersönlichkeit des Testierens dar.

Gegen die Möglichkeit, als Bevollmächtigter des Erblassers die Löschung des Nacherbenvermerks zu bewilligen, könnte dann allenfalls noch ins Feld geführt werden, dass ja auch der Erblasser selbst nicht einerseits die Vor- und Nacherbfolge anordnen und andererseits bestimmen könnte, dass kein Nacherbenvermerk eingetragen werde. Nach dem Tod des Erblassers handelt aber der Bevollmächtigte nicht mehr für diesen, sondern für dessen Erben, und zwar Vor- und Nacherben. Da die Nacherben die Löschung des Nacherbenvermerks bewilligen könnten, kann dies auch ein vom Erblasser selbst transmortal Bevollmächtigter, wenn die Vollmacht nach dem Willen des Erblassers auch diese Befugnis umfassen soll. Ein Missbrauch einer solchen Vollmacht, die etwa dem Vorerben erteilt wurde, führt zum einen zu dessen Haftung, zum anderen zur Möglichkeit der Entziehung der Verwaltung nach § 2129 BGB;⁵² richtigerweise kann auch jeder Nacherbe bzw. ein für die ungeborenen Nacherben bestellter Pfleger die Vollmacht insoweit widerrufen, als sie zu Erklärungen namens der Nacherben berechtigt.⁵³

Generell ist zu beachten, dass ein Erblasser, der etwa einem Vorerben Generalvollmacht über den Tod hinaus erteilt hat, die Vor- und Nacherbfolge offensichtlich nicht deswegen angeordnet hat, um den Vorerben in seiner Verfügungsmacht zu beschränken, sondern um den Nachlass etwa vor Ansprüchen weiterer Pflichtteilsberechtigter des Vorerben (neue Ehegatten oder Kinder aus früherer Beziehung) zu schützen. Die damit verbundenen Einschränkungen des Vorerben in seiner Verfügungsbefugnis sind in solchen Fällen kein Selbstzweck, sondern werden nur in Kauf genommen. Dies gilt beispielsweise, wenn ein Ehegatte den anderen zum Vorerben und die gemeinsamen Kinder, ersatzweise deren Abkömmlinge, zu Nacherben einsetzt, weil der andere Ehegatte ein weiteres Kind aus einer vorehelichen Beziehung hat, zu dem er keinerlei Kontakt hat. Es ist hier nicht Sinn, sondern ungewünschte Nebenwirkung der Anordnung der Vor- und Nacherbschaft, dass der überlebende Ehegatte zu Verfügungen die Zustimmung von Pflegern für die minderjährigen oder ungeborenen Enkelkinder samt gerichtlicher Genehmigung benötigt. Nichts spricht dagegen, diese Nachteile der Vor- und Nacherbschaft etwa durch Erteilung einer transmortalen Vollmacht für den Ehegatten zu minimieren. Käme es dem vorverstorbenen Ehegatten hingegen auf die Beschränkung der Verfügungsmacht des überlebenden Ehegatten an, hätte er nicht diesem transmortale Generalvollmacht erteilt, sondern im Gegenteil vielmehr über den Nachlass Testamentsvollstreckung durch einen Dritten oder durch den Nacherben angeordnet, wie dies bei Testamenten zugunsten Behinderter oder Überschuldeter üblich ist. Leider herrscht in weiten Teilen der Literatur⁵⁴ noch das Verständnis vor, dass die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft vor allem der Kontrolle des Vorerben durch die Nacherben diene, obwohl die eingeschränkte Verfügungsbefugnis des Vorerben häufig eben nur der unerwünschte Neben-

48 Angedeutet in OLG München, Beschluss vom 14.6.2019, 34 Wx 237/18, ZEV 2019, 533 Rdnr. 23.

49 OLG Stuttgart, Beschluss vom 29.5.2019, 8 W 160/19, ZEV 2019, 530; MünchKomm-BGB/Schubert, § 168 Rdnr. 52; v. Schwander, RNotZ 2019, 57, 67; Keim, DNotZ 2008, 175.

50 KG, Beschluss vom 30.3.1908, OLGE 18, 338.

51 OLG Stuttgart, Beschluss vom 29.5.2019, 8 W 160/19, ZEV 2019, 530 Rdnr. 10 a. E.

52 V. Schwander, RNotZ 2019, 57, 67.

53 Vgl. Fn. 47.

54 Vgl. statt aller Müller-Engels, DNotZ 2021, 84, 94.

effekt und gerade nicht der Zweck der Vor- und Nacherbfolge ist.⁵⁵

Dass ein Verbrauch des etwa nach Bewilligung der Löschung des Nacherbenvermerks bei anschließender Veräußerung oder Belastung erzielten Erlöses – vorbehaltlich etwaiger „Super-Vermächtnisse“ zugunsten des Bevollmächtigten – einen Missbrauch der Vollmacht bzw. der Verwaltungsbefugnisse des Vorerben darstellen würde, wird hierdurch nicht berührt. Aber allein die Löschung des Nacherbenvermerks, die schlicht der einfacheren Handhabung, zum Beispiel der Vermeidung der Notwendigkeit eines Pflegers für die ungeborenen oder minderjährigen Nacherben und einer gerichtlichen Genehmigung bei Veräußerung oder Belastung, dienen mag und nicht per se in der Absicht erfolgt, sich als Vorerbe auf Kosten der Nacherben zu bereichern, ist entgegen zahlreicher Stimmen kein Missbrauch der Vertretungsmacht, der ins Außenverhältnis durchschlägt.⁵⁶ Ein Familienvater, der wegen eines vorehelichen Kindes von der Mutter der gemeinsamen Kinder nur zum Vorerben bestellt wurde und nun das geerbte Hausgrundstück, in dem er mit den Kindern lebt, ohne unüberschaubaren juristischen (und damit verbundenen finanziellen!) Aufwand für eine Renovierung mit Grundschulden belasten möchte, handelt in keiner Weise gegenüber den als Nacherben eingesetzten gemeinsamen Kindern missbräuchlich, wenn er in Ausübung einer Vorsorgevollmacht zunächst den Nacherbenvermerk löschen lässt, um Pfleger und Genehmigung für die Bestellung der Grundschuld zu vermeiden.

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass ein Bevollmächtigter des Erblassers, selbst wenn es sich um den Vorerben handelt, durchaus auch die Löschung des Nacherbenvermerks bewilligen kann, wenn dieser Umfang der Vollmacht vom Willen des Vollmachtgebers bei Erteilung der Vollmacht gedeckt ist. Zur Klarstellung empfiehlt sich folgende Formulierung:

Die hierin erteilten Vollmachten werden durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung oder den Eintritt einer etwa angeordneten Vor- und Nacherbfolge nach dem Tod des Erblassers nicht berührt und berechtigen ausdrücklich auch zur Vertretung der Nacherben hinsichtlich des Nachlasses. Auf die Ansicht des OLG München, wonach dies nur eingeschränkt möglich sein soll, wurde hingewiesen.

2. Vertretung in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten

Teilweise wurde in der Rechtsprechung angezweifelt, ob eine Generalvollmacht auch zur Ausübung von Gesellschafterrechten, also zur Vertretung in Gesellschafterversammlungen oder zur Vertretung der Gesellschaft namens des Vollmachtgebers berechtigt.⁵⁷ Dieser Streit dürfte mittlerweile obsolet sein: Wer Generalvollmacht besitzt, ist grundsätzlich auch zur Vertretung

in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten einschließlich der Vertretung einer Personengesellschaft selbst namens des vertretenen Gesellschafters berechtigt.⁵⁸ Bei einer GmbH könnte ein Bevollmächtigter eines Gesellschafter-Geschäftsführers sich selbst zum Geschäftsführer bestellen und sodann die Stellung des handlungsunfähig gewordenen Vollmachtgebers übernehmen. Auch die Gründung von Gesellschaften namens des Vollmachtgebers ist möglich, wobei sie sich im Einzelfall als offenkundig missbräuchlich erweisen kann, wenn etwa ein Bevollmächtigter namens seiner 91-jährigen Mutter eine GmbH gründet, über die er seine eigenen Geschäfte abwickelt.⁵⁹

Zur Klarstellung könnte in die Urkunde folgende Formulierung aufgenommen werden:

Der Bevollmächtigte kann Stimmrechte und sonstige Gesellschafterrechte des Vollmachtgebers wahrnehmen, Gesellschaften jeder Art gründen und sich an Gesellschaften und Genossenschaften beteiligen.

Soweit es sich bei dem Vollmachtgeber erkennbar um keinen Unternehmer handelt, könnte man folgende Anweisung im Innenverhältnis aufnehmen, um einem Missbrauch der Vollmacht vorzubeugen:

Dem Bevollmächtigten wird folgende Anweisung im Innenverhältnis erteilt:

Die Gründung von oder Beteiligung an Gesellschaften und Genossenschaften soll nur erfolgen, soweit dies entweder der Vermögensverwaltung dient oder die Beteiligung eine Kapitalanlage darstellt, bei der keine Mitunternehmerschaft besteht.

Damit ein Bevollmächtigter bei Eintritt des Vorsorgefalls sofort zumindest in den laufenden Angelegenheiten handlungsfähig ist, empfiehlt sich bei Kaufleuten zusätzlich zur Vorsorgevollmacht die Erteilung einer (im Handelsregister eingetragenen) Prokura. Ob daneben noch eine eigene „Unternehmersvollmacht“⁶⁰ notwendig ist, mag dahinstehen.

3. Abgeleitete Befugnisse des Vollmachtgebers

Soweit ein Vollmachtgeber selbst als gesetzlicher oder gewillkürter Vertreter auftritt, stellt sich die Frage, inwieweit derartige Befugnisse dem Bevollmächtigten miteingeräumt sind.

a) Sorgerechtsvollmachten

Erteilen sich Eltern minderjähriger Kinder wechselseitig Generalvollmacht, dürften sie davon ausgehen, dass jeder auch Vollmacht zur Vertretung in Sorgerechtsangelegenheiten betreffend die gemeinsamen Kinder erhält. Das ist jedoch nicht automatisch der Fall, da die Vollmacht auch dahin gehend ausgelegt werden könnte, dass sie nur in eigenen Angelegenheiten des Vollmachtgebers gelten soll. Es empfiehlt sich daher bei gemeinsam sorgeberechtigten Eltern folgende Klarstellung:

55 Zum vergleichbaren Problemkreis, wenn der Vorerbe zugleich Nacherbenvollstrecker sein soll, siehe bereits *Spernath*, ZERB 2016, 1.

56 So aber *Müller-Engels*, DNotZ 2021, 84, 94. Die Differenzierung zwischen materieller Rechtsstellung der Nacherben und formaler Absicherung dieses Schutzes durch den Nacherbenvermerk wird generell kaum vorgenommen.

57 KG, Beschluss vom 14.9.2010, 1 W 380/10, NZG 2010, 1423.

58 BGH, Beschluss vom 20.1.2011, V ZB 266/10, DNotZ 2011, 361; OLG München, Beschluss vom 15.6.2015, 34 Wx 513/13, MittBayNot 2016, 134.

59 OLG Zweibrücken, Beschluss vom 12.4.1990, 3 W 9/90, NJW-RR 1990, 931.

60 *Langenfeld*, ZEV 2005, 52.

Meinem hierin bevollmächtigten Ehegatten erteile ich weiterhin die umfassende Vollmacht zur Vertretung in Sorgerechtsangelegenheiten, die unsere gemeinsamen Kinder betreffen, insbesondere in allen Fragen der Aufenthaltsbestimmung, in vermögensrechtlichen Angelegenheiten sowie in allen medizinischen und schulischen Fragen sowie in Angelegenheiten der Betreuung in Kindertagesstätten und ähnlichen Einrichtungen.⁶¹

Da sich die Befugnisse eines Stiefelternteils bereits aus dem Gesetz (§ 1687b BGB) ergeben, wäre hingegen eine Bevollmächtigung insoweit wohl entbehrlich. Inwieweit Sorgerechtsvollmachten an Dritte möglich sind und die Bestellung eines Vormunds entbehrlich machen, ist allerdings strittig.⁶² Aus Sicht des Verfassers besteht hier anders als in eigenen Angelegenheiten des Vollmachtgebers kein automatischer Vorrang der Vollmacht, da das Kindeswohl dem Bestimmungsrecht der Eltern vorgeht. Von der Generalbevollmächtigung Dritter in Sorgerechtsangelegenheiten sollte daher eher abgesehen werden.

b) Weitergabe erteilter Vollmachten und Befugnisse

Nach dem mutmaßlichen Willen des Vollmachtgebers und des ihn bevollmächtigenden „Oberherrn“ ist zu beurteilen, inwieweit der Generalbevollmächtigte des Vollmachtgebers auch aus den diesem erteilten Vollmachten abgeleitete Befugnisse wahrnehmen kann.⁶³

Zunächst muss der Oberherr dem Vollmachtgeber die Befugnis zur Erteilung von Untervollmachten eingeräumt haben. Soweit dies nicht ausdrücklich erfolgt ist, ist eine Befugnis zur Erteilung von Untervollmachten dann anzunehmen, wenn aus Sicht des Oberherrn erkennbar kein Interesse an der persönlichen Ausübung besteht.⁶⁴ So kann der Bevollmächtigte sicherlich die dem Vollmachtgeber in einem Kaufvertrag als Vertragspartei erteilte Vollmacht zur Messungsanerkennung ausüben.

Neben der (mutmaßlichen) Zustimmung zur Erteilung von Untervollmachten durch den Oberherrn ist auch erforderlich, dass die Generalvollmacht selbst die Wahrnehmung abgeleiteter Befugnisse des Vollmachtgebers abdeckt. Auch dies ist grundsätzlich Auslegungssache, wobei im Zweifel nicht davon auszugehen sein soll, dass die Generalvollmacht auch die Wahrnehmung abgeleiteter Befugnisse abdeckt.⁶⁵ Anders hat dies aber das

KG für die Ausübung von Befugnissen eines Testamentsvollstreckers durch einen Generalbevollmächtigten beurteilt.⁶⁶ Nach dieser Entscheidung gehen abgeleitete Befugnisse des Generalvollmachtgebers grundsätzlich auf den Bevollmächtigten über, wenn dies nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist.

Grundsätzlich führt die Entscheidung des KG zu Regelungsbedarf. Denn einerseits ist die Klarstellung, dass auch abgeleitete Befugnisse des Vollmachtgebers über die Generalvollmacht weitergegeben werden können, erfreulich. Andererseits geht die Entscheidung im konkreten Fall wohl zu weit. Wer einen Testamentsvollstrecker bestellt, geht davon aus, dass bei Eintritt von dessen Geschäftsunfähigkeit ein neuer Testamentsvollstrecker bestellt wird, nicht aber, dass die der ausgewählten Person übertragenen Befugnisse ohne Weiteres auf Dritte übergehen. Der Vollmachtgeber selbst wird nicht auf die Idee gekommen sein, dass er über die Generalvollmacht auch seine Befugnisse als Testamentsvollstrecker weitergibt. Beide anerkannten Voraussetzungen für die Weitergabe der Vollmacht waren also eher nicht erfüllt.⁶⁷ Ebenfalls regelmäßig nicht gewollt sein dürfte die Ausübung einer dem Vollmachtgeber erteilten Generalvollmacht durch dessen Generalbevollmächtigten, zum Beispiel die Ausübung einer dem eigenen Kind erteilten Generalvollmacht durch dessen wiederum von diesem Kind generalbevollmächtigten Partner.

Andererseits wäre es misslich, wenn etwa eine dem Vollmachtgeber erteilte Vollmacht zur Vertretung einer großen Erbengemeinschaft bei Vollzug eines Kaufvertrages (Messungsanerkennung, Bestätigung des Kaufpreiseingangs etc.) mit Eintritt von dessen Geschäftsunfähigkeit trotz Generalvollmacht untergehen würde. Die notariell errichtete Generalvollmacht sollte also in sinnvollem Rahmen die Weitergabe von Vollmachten vorsehen, zum Beispiel wie folgt:

Die erteilten Vollmachten berechtigen nicht zur Wahrnehmung solcher Angelegenheiten, zu denen der Vollmachtgeber selbst durch Dritte bevollmächtigt oder anderweitig ermächtigt ist, es sei denn, die Bevollmächtigung bzw. Ernennung des Vollmachtgebers erfolgte auch in seinem eigenen Interesse.

Dass sich hier Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben können, ist dem Verfasser freilich bewusst.

4. Widerruf sonstiger Vollmachten

Grundsätzlich sprechen gewichtige Gründe gegen eine Befugnis der Generalbevollmächtigten, sich gegenseitig die Vollmacht zu entziehen,⁶⁸ weshalb von der Rechtsprechung eine solche Befugnis generell auch nicht hineingelesen wird.⁶⁹ Selbst die vereinzelt von Mandanten gewünschte Befugnis des intern vorrangig bevollmächtigten Ehegatten zum Widerruf der den Kinder erteilten Vollmachten ist problematisch. Steht ein bevollmächtigter Ehegatte selbst an der Schwelle der Geschäfts-

61 Die Möglichkeit einer solchen Bevollmächtigung hat BGH, Beschluss vom 29.4.2020, XII ZB 112/19, NJW 2020, 2182 bejaht.

62 Vgl. DNotI-Report 2010, 203.

63 Davon zu trennen ist die Frage, inwieweit der Generalbevollmächtigte seinerseits Untervollmacht erteilen kann. Hier hat sich wohl die Regelung eingebürgert, wonach er zur Erteilung von Untervollmachten in einzelnen Angelegenheiten, nicht aber zur Weitergabe der Generalvollmacht insgesamt bevollmächtigt ist, vgl. bspw. Beck'sche Online-Formulare Vertrag/Kohser, 55. Ed. 2021, Muster 24.2. Dass dort Unterbevollmächtigte nicht von § 181 BGB befreit werden können, würde die Abwicklung notarieller Kaufverträge hingegen wieder unnötig erschweren und zum Beispiel die persönliche Anwesenheit des Generalbevollmächtigten zwar nicht beim Kaufvertragsschluss, wohl aber bei der Messungsanerkennung hierzu erfordern.

64 OLG München, Beschluss vom 7.11.2012, 34 Wx 208/12, RNotZ 2013, 122; MünchKomm-BGB/Schubert, § 167 Rdnr. 81.

65 Vgl. ausführlich DNotI-Report 2018, 185 m. w. N.

66 KG, Beschluss vom 13.11.2018, 1 W 323/18, RNotZ 2019, 274 Rdnr. 22.

67 Kritisch auch Müller-Engels, ZEV 2019, 251.

68 Siehe oben unter den Ausführungen zur Kontrollvollmacht.

69 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 3.2.2010, 19 U 124/09, FamRZ 2010, 1762.

unfähigkeit und widerruft dann noch die Vollmachten der geschäftsfähigen Kinder, ist dem Vollmachtgeber schwerlich geholfen. Allerdings ist eine notarielle Generalvollmacht wohl dahin gehend auszulegen, dass sie zum Widerruf untergeordneter Vollmachten berechtigen soll. Nachdem allerdings durchaus auch die Meinung vertreten wird, dass ein wechselseitiger Widerruf der Vollmachten vom Umfang einer Generalvollmacht umfasst sei,⁷⁰ sollte der Notar den Vollmachtgeber vor diesem Risiko schützen. Dies könnte klarstellend wie folgt aufgenommen werden:

Die hierin erteilten Vollmachten berechtigen zum Widerruf privatschriftlich oder mündlich erteilter Vollmachten, jedoch nicht zum wechselseitigen Widerruf der hierin oder anderweitig zu notarieller Urkunde vom Vollmachtgeber erteilten Generalvollmachten.

5. Unüberwindliche Grenzen des Umfangs der Generalvollmacht?

Soweit eine gewillkürte Vertretung aus gesetzlichen Gründen ausscheidet, eine gesetzliche Vertretung aber möglich ist, kann nur ein Betreuer für den geschäftsunfähig gewordenen Vollmachtgeber handeln.

Deshalb ist trotz Generalvollmacht auch die Betreuungsverfügung relevant. Wegen des Subsidiaritätsgrundsatzes in § 1896 Abs. 2 BGB ist aber der Aufgabenkreis des Betreuers jeweils auf denjenigen Bereich zu beschränken, in dem die rechtsgeschäftliche Vertretung nicht möglich ist, und die Betreuung nach Erledigung der betreffenden Angelegenheit wieder aufzuheben, weil dann kein Betreuungsbedarf mehr besteht.⁷¹

Allerdings wird der Kreis der Angelegenheiten, die nur durch einen Betreuer, nicht aber durch einen Vorsorgebevollmächtigten bestellt werden könnten, nach der aktuellen Tendenz der Rechtsprechung immer kleiner. Dies lässt sich zum einen an der Rechtsprechung zur eidesstattlichen Versicherung beim Erbscheinsantrag⁷² aufzeigen, zum anderen an einem allerdings bisher vereinzelt gebliebenen Beschluss des LG Leipzig⁷³ zur Entgegennahme des Widerrufs wechselbezüglicher Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament bzw. des Rücktritts von einem Erbvertrag.

a) Erbscheinsantrag

Hinsichtlich der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung im Erbscheinsantrag galt lange Zeit, dass im Fall der Geschäftsunfähigkeit des Erben sein gesetzlicher Vertreter im eigenen Namen eine eidesstattliche Versicherung abzugeben habe. Bei Geschäftsunfähigkeit eines Vollmachtgebers, der einen Erbscheinsantrag zu stellen hatte, ließ man dann dessen Bevollmächtigte zu Betreuern mit dem Aufgabenkreis „Abgabe einer

eidesstattlichen Versicherung“ bestellen und sodann als Betreuer den Erbscheinsantrag stellen.⁷⁴

Das Gesetz selbst sah weder in § 2356 Abs. BGB a. F. noch in § 352 Abs. 3 Satz 3 FamFG n. F. vor, wer für den geschäftsunfähigen Erben zu handeln habe.

Nach den Entscheidungen des OLG Düsseldorf und des OLG Celle⁷⁵ kann die eidesstattliche Versicherung und sogar die Erklärung über die Annahme der Erbschaft ebenso durch einen Vorsorgebevollmächtigten abgegeben werden. Das OLG Celle argumentiert, dass § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB die Betreuung ausschließt, soweit die Angelegenheiten des Betroffenen durch einen Bevollmächtigten wahrgenommen werden können.⁷⁶ An sich handelt es sich um einen Zirkelschluss,⁷⁷ denn ob die Angelegenheit durch einen Bevollmächtigten wahrgenommen werden kann, ist ja die zu klärende Frage. Allerdings wird offenbar § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB ein allgemeiner Rechtsgedanke entnommen, wonach der Vollmacht grundlegend der Vorrang eingeräumt und die Betreuung bei bestehender Vollmacht vermieden werden soll. Das würde also bedeuten, dass man immer dann das Handeln eines Bevollmächtigten ausreichen lässt, wenn die Anordnung einer Betreuung für den Betroffenen keinen Vorteil bedeutet. Das ist bei der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung im Erbscheinsantrag offensichtlich der Fall. Ob dieselbe Person die eidesstattliche Versicherung als Bevollmächtigter oder als Betreuer abgibt, spielt keine Rolle. Es besteht auch im Fall einer Betreuung keine Genehmigungspflicht. Der Beweiswert der Versicherung ändert sich ebenfalls nicht; wenn ein außenstehender „Fremdbetreuer“ die Versicherung abgibt, dürfte der Beweiswert sogar geringer sein, da er die Verhältnisse schlechter kennt als die meist mit den Angelegenheiten des Betroffenen besser vertrauten Bevollmächtigten.⁷⁸ Insofern wäre die Bestellung eines Betreuers für diese Angelegenheit bloße Förmerei – und deshalb spricht § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB gegen die Notwendigkeit einer Betreuerbestellung.

Nach aktueller obergerichtlicher Rechtsprechung entfällt dieses Erfordernis daher und die eidesstattliche Versicherung kann durch den Vorsorgebevollmächtigten abgegeben werden. Interessant ist dabei, dass die Gerichte hierbei jeweils den Wortlaut der erteilten Vollmachten analysiert haben, sodass jede einschränkende Tendenz in der Vollmacht Probleme verursachen könnte. Weiterhin ist die Feststellung des OLG Düsseldorf bemerkenswert, wonach der Vorsorgebevollmächtigte zur Vertretung im Erbscheinsverfahren nicht dem in § 10 FamFG genannten Personenkreis entstammen muss;⁷⁹ § 10 gilt nach diesem Verständnis nur für Spezialvollmachten.

⁷⁴ Zimmer, ZEV 2013, 307, 310.

⁷⁵ OLG Celle, Beschluss vom 20.6.2018, 6 W 78/18, NJW-RR 2018, 1031; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.4.2018, 25 Wx 68/17, ZEV 2019, 422.

⁷⁶ OLG Celle, Beschluss vom 20.6.2018, 6 W 78/18, NJW-RR 2018, 1031 Rdnr. 7.

⁷⁷ So betreffend die Entgegennahme eines Rücktritts vom Erbvertrag Keim, ZEV 2010, 358, 359, der aber i. E. die Möglichkeit des Zugangs beim Bevollmächtigten bejaht.

⁷⁸ Bumiller/Harders, FamFG, 12. Aufl. 2019, § 352 Rdnr. 23.

⁷⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.4.2018, 25 Wx 68/17, ZEV 2019, 422.

⁷⁰ Kurze, Vorsorgerecht, § 168 Rdnr. 25.

⁷¹ BeckOK-BGB/Müller-Engels, Stand: 1.5.2021, § 1896 Rdnr. 22.

⁷² OLG Celle, Beschluss vom 20.6.2018, 6 W 78/18, NJW-RR 2018, 1031; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.4.2018, 25 Wx 68/17, ZEV 2019, 422.

⁷³ LG Leipzig, Beschluss vom 1.10.2009, 4 T 549/08, ZErB 2009, 360.

b) Entgegennahme von Widerruf bzw. Rücktritt von bindenden erbrechtlichen Verfügungen

Bis zur jüngst ergangenen Entscheidung des BGH⁸⁰ umstritten war die Frage, ob aufgrund Vollmacht auch die Entgegennahme eines Rücktritts vom Erbvertrag bzw. eines Widerrufs wechselbezüglicher Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments möglich ist. Im Gegensatz zu den Regelungen zur eidesstattlichen Versicherung im Erbscheinsantrag bestimmt § 131 Abs. 1 BGB für den Empfang von Willenserklärungen ausdrücklich, dass diese bei Geschäftsunfähigen gegenüber deren „gesetzlichen“ Vertretern abgegeben werden müsse. Dies schließt aber nicht aus, dass entgegen diesem an sich eindeutigen Wortlaut auch der Zugang beim Vorsorgebevollmächtigten ausreichend sein kann.⁸¹ Denn bei Abfassung des § 131 BGB waren Vorsorgevollmachten in heutigem Sinne nicht bekannt. Zudem kann man nach dem „lex posterior“-Grundsatz den Regelungsgehalt des § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB, wie er hier und offenbar auch von der Rechtsprechung verstanden wird, dahin gehend auf die ältere Vorschrift des § 131 BGB anwenden, dass ein Vorsorgebevollmächtigter anstelle eines gesetzlichen Vertreters Erklärungen entgegennehmen kann; immerhin ist dies für andere zugangsbedürftige Erklärungen wie Kündigungen etc. unstreitig.

Wesentlich gewichtiger waren die materiellen Einwände gegen eine Entgegennahme von Rücktritt oder Widerruf durch einen Bevollmächtigten. Denn der bevollmächtigte Ehegatte könnte seinen Rücktritt vom gemeinsam mit dem Vollmachtgeber errichteten Erbvertrag dann ja nur selbst bekanntgeben und so den Sinn und Zweck des § 2296 Abs. 2 Satz 1 BGB aushöhlen.⁸² Sinn und Zweck der Mitteilung des Rücktritts bzw. Widerrufs ist allerdings, dass der Erklärungsempfänger die Möglichkeit erhält, auf das Unwirksamwerden des Erbvertrags bzw. der wechselbezüglichen Verfügungen des gemeinschaftlichen Testaments durch eine neue Verfügung von Todes wegen zu reagieren. Dieser Zweck entfällt offensichtlich nach Eintritt der dauernden Geschäftsunfähigkeit beim Vollmachtgeber: Ob nun der Rücktritt ihm, seinem gesetzlichen Vertreter oder einem Bevollmächtigten mitgeteilt wird, ändert nichts daran, dass die getroffenen Verfügungen entfallen, er aber nicht mehr neu testieren kann.⁸³ Wenn nun früher auf diesen Befund etwa das AG München⁸⁴ in der Weise reagierte, dass es eine Betreuerbestellung mit dem Aufgabenkreis „Entgegennahme des Rücktritts“ nur dann bejahte, wenn dies den Interessen des Geschäftsunfähigen entsprach, zeigte dies ein erbrechtliches Missverständnis: Der Rücktrittsvorbehalt im Erbvertrag bedeutet nun einmal, dass jeder Vertragsschließende bis zum Tod eines der Vertragsschließenden mit dem Rücktritt rechnen muss, ob er nun in sei-

nem Interesse ist oder nicht, ob er darauf noch reagieren kann oder nicht.⁸⁵ Der Verfasser sieht gerade wegen solcher immer häufigeren Fälle, in denen ein Ehegatte bis zum Tod geschäftsfähig ist, aber körperlich schwer krank wird, der andere hingegen körperlich gesund bleibt, jedoch dement und pflegebedürftig wird, Rücktrittsrechte standardmäßig vor.⁸⁶ Diese nun vereiteln zu wollen, indem man zum einen einen Zugang beim Betreuer verlangt und zum anderen die Betreuerbestellung an Bedingungen knüpft, führt die genau für diese Fälle gedachten Rücktrittsrechte ad absurdum. Vielmehr ist anzuerkennen, dass in einem solchen Fall der dement gewordene Ehegatte nicht mehr auf den erklärten Rücktritt des anderen Ehegatten reagieren kann. Dann spricht aber auch nichts dagegen, dass ein Bevollmächtigter, möglicherweise der Erklärende selbst,⁸⁷ die Erklärung auch entgegennimmt.

Problematisch wäre es einzig, wenn ein gegenüber einem noch geschäftsfähigen Ehegatten zu erklärender Rücktritt nicht ihm, sondern dessen Bevollmächtigten zugestellt würde, um den Vertragspartner bewusst in Unkenntnis zu belassen. Statt aber deswegen pauschal den Zugang beim Betreuer zu fordern, was den Rücktritt wegen des mit der Betreuerbestellung verbundenen Zeitverlusts faktisch vereiteln kann, bieten sich für diese Problematik zwei andere Lösungsansätze:

Zum einen kommt in Frage, § 2296 Abs. 2 BGB so auszulegen, dass gegenüber einem noch geschäftsfähigen Vertragsschließenden der Zugang der Erklärung stets an diesen selbst zu erfolgen habe. Diesen Weg lehnt der BGH aber offensichtlich ab, da er für die Entgegennahme des Rücktritts ausdrücklich nicht den Grundsatz der Höchstpersönlichkeit gelten lässt.⁸⁸ Damit kann nicht angenommen werden, dass während der Dauer der Geschäftsfähigkeit des anderen Vertragsteils der Rücktritt diesem persönlich zuzustellen wäre, es sei denn, die Vorsorgevollmacht wird ausdrücklich in diesem Sinne beschränkt.

Zum anderen kann man in diesen Fällen einen Missbrauch der Vertretungsmacht bejahen, der auf die Wirksamkeit der Entgegennahme durchschlagen würde.⁸⁹ Vorteil dieses letzteren Ansatzes ist es, dass man in Grenzfällen zwischen Geschäftsfähigkeit und Geschäftsunfähigkeit, bei denen sich ein Beteiligter für die Zustellung an einen Bevollmächtigten entscheidet, wohl nicht von einem Missbrauch der Vertretungsmacht ausgehen muss, nur weil sich im Nachhinein herausstellt, dass der andere

80 BGH, Beschluss vom 27.1.2021, XII ZB 450/20, NJW 2021, 1455.

81 BGH, Beschluss vom 27.1.2021, XII ZB 450/20, NJW 2021, 1455 Rdnr. 25.

82 Eickelberg, ZEV 2019, 557, 563.

83 BGH, Beschluss vom 27.1.2021, XII ZB 450/20, NJW 2021, 1455 Rdnr. 30.

84 AG München, Beschluss vom 13.10.2010, 705 XVII 1559/08, NJW 2011, 816; noch weitergehend Damrau/Bittler, ZErB 2004, 77, die deshalb konsequenterweise die Möglichkeit des Rücktritts bzw. Widerrufs gegen den Wortlaut des Gesetzes bereits ab Eintritt der Geschäftsunfähigkeit generell ablehnen.

85 BGH, Beschluss vom 27.1.2021, XII ZB 450/20, NJW 2021, 1455 Rdnr. 18 ff.

86 Vgl. Zimmer, ZEV 2013, 307, 308: „Das Bedürfnis, eine bindende Verfügung etwa durch Widerruf beim gemeinschaftlichen Testament zu beseitigen oder von einem eingeräumten Abänderungsvorbehalt Gebrauch zu machen, besteht auch und oft gerade bei Testierunfähigkeit des anderen Vertragsschließenden oder des Ehepartners.“

87 Die Frage, ob ein Bevollmächtigter auch gegenüber sich selbst als Bevollmächtigtem des Rücktrittsgegners den Rücktritt erklären kann, hat BGH, Beschluss vom 27.1.2021, XII ZB 450/20, NJW 2021, 1455 Rdnr. 31 allerdings offen gelassen.

88 BGH, Beschluss vom 27.1.2021, XII ZB 450/20, NJW 2021, 1455 Rdnr. 28: „Mangels Höchstpersönlichkeit ist daher im Rahmen des § 2296 Abs. 2 Satz 1 BGB nach allgemeinen Grundsätzen eine Vertretung zulässig.“

89 DNotI-Report 2015, 105; angedeutet in BGH, Beschluss vom 27.1.2021, XII ZB 450/20, NJW 2021, 1455 Rdnr. 31.

Vertragsteil bei Erklärung des Rücktritts doch gerade noch geschäftsfähig war.

Demgegenüber bietet die Betreuerbestellung dem geschäftsunfähigen Rücktrittsempfänger keinen Vorteil. Er kann nicht mehr auf den Rücktritt oder Widerruf reagieren, egal ob die Zustellung an einen Bevollmächtigten oder einen Betreuer erfolgte. Einen Betreuer zu bestellen, nur um den Rücktritt entgegenzunehmen, wäre bloße Förmerei und verstieße daher gegen den Regelungsgehalt des § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB.⁹⁰

Ein Bevollmächtigter ist also zur Entgegennahme der Rücktrittserklärung berechtigt, und zwar, soweit dies keinen Missbrauch der Vertretungsmacht darstellt, auch der den Rücktritt Erklärende selbst.⁹¹ Wer dies nicht wünscht, kann die Befugnis zur Entgegennahme des Rücktritts bzw. Widerrufs in der Vollmacht ausdrücklich für alle oder einzelne Bevollmächtigte ausschließen oder nur aufschiebend bedingt durch den Eintritt der dauernden Geschäftsunfähigkeit gewähren.

c) Zwischenfazit

Die Fälle, in denen trotz Vorsorgevollmacht für spezielle Angelegenheiten die Bestellung eines Betreuers erforderlich ist, sind im Hinblick auf die aktuelle Rechtsprechung zu § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB im Schwinden begriffen. Es ist davon auszugehen, dass auf mittlere Sicht ein Vorsorgebevollmächtigter – neben

⁹⁰ BGH, Beschluss vom 27.1.2021, XII ZB 450/20, NJW 2021, 1455 Rdnr. 32.

⁹¹ So auch *Keim*, ZEV 2010, 358, 360 m. w. N.

den ausschließlich Vorsorgebevollmächtigten zustehenden Befugnissen wie Schenkungen, postmortales Handeln etc. – auch alle Befugnisse wahrnehmen kann, die einem Betreuer erteilt werden könnten, sodass die Bestellung eines Betreuers bei bestehender Vorsorgevollmacht ausscheiden wird. Es ist sinnvoll, den gewünschten Umfang und die gewünschten Grenzen der Vollmacht im Hinblick auf die angesprochenen Streitfragen in der Urkunde zu regeln, und zwar auch soweit – wie bei der Frage der Vor- und Nacherbschaft – die Reichweite der Vollmacht von der Entwicklung der Rechtsprechung abhängt. So können absehbare künftige Entwicklungen bereits jetzt durch die Formulierung der Vollmacht abgesichert werden.

IV. Zusammenfassung

Vorsorgevollmachten bieten gerade, aber nicht nur bei Eintritt des Vorsorgefalls erhebliche Erleichterungen für die Abwicklung der Angelegenheiten des Vollmachtgebers. Wegen des Risikos des Widerrufs durch einen Kontrollbetreuer kann eine ausführlichere Gestaltung des Innenverhältnisses sowie die Anordnung einer Kontrollvollmacht in der Urkunde hilfreich sein. Eine Aufwertung des Zentralen Vorsorgeregisters, insbesondere dessen Ausstattung mit Rechtsscheinwirkung nach § 171 BGB, wäre de lege ferenda sehr wünschenswert. Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung zur Ausübung von Vollmachten bei angeordneter Vor- und Nacherbschaft bleibt spannend. Insgesamt ist die Tendenz zur Aufwertung und Ausdehnung von Vorsorgevollmachten nicht zu übersehen; sie erhöht aber auch die Komplexität von Vollmachtsmustern.

Praxisupdate IPR

Von Notarassessor Dr. **Benedikt Strauß**, Berlin

Sachverhalte mit Auslandsberührung in der notariellen Praxis haben in den letzten Jahren aufgrund der Internationalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft stark zugenommen. Das IPR dürfte nicht zur beliebtesten Rechtsmaterie unter Notaren¹ gehören. Wichtig ist es gleichwohl. Als Querschnittsmaterie erstreckt es sich auf alle Rechtsgebiete.

Der nachfolgende Beitrag gibt einen Überblick über ausgewählte notarrelevante Entwicklungen² auf dem Gebiet des IPR. Aufgrund der zahlreichen auf diesem Gebiet ergangenen Entscheidungen weist er einen gewissen Schwerpunkt auf dem Erbrecht auf.

I. Erbrecht

Die EuErbVO stellt im siebten Jahr ihres Inkrafttretens³ nunmehr das zentrale Regelwerk auf dem Gebiet des Internationalen Erbrechts dar. Es sind hierzu bereits maßgebliche Entscheidungen durch den EuGH ergangen. Trotz ihrer großen Bekanntheit sollen hier auch die sehr maßgeblichen praktischen Auswirkungen der drei Leitentscheidungen „*Mahnkopf*“, „*Oberle*“ und „*Kubicka*“ dargestellt werden.

1. Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB (Mahnkopf-Entscheidung des EuGH)

a) Einführung

In der Rechtssache *Mahnkopf* entschied der EuGH, dass der in § 1371 Abs. 1 BGB vorgesehene pauschale Zugewinnausgleich durch Erhöhung des gesetzlichen Erbteils erbrechtlich zu qualifizieren ist und daher unter die EuErbVO fällt.⁴ Damit ist die bisherige Rechtsprechung des BGH zum autonomen deutschen internationalen Erbrecht, die 1371 Abs. 1 BGB güterrechtlich qualifiziert hatte,⁵ hinfällig.

Die vom EuGH vorgenommene erbrechtliche Einordnung erscheint aus deutscher Sicht bei einer funktionell-teleologi-

schen Qualifikation⁶ zunächst verwunderlich,⁷ erfüllt § 1371 Abs. 1 BGB doch ersichtlich güterrechtliche Funktionen und bedient sich nur bei der Rechtsfolge rechtstechnisch des Erbrechts. Vor dem Hintergrund des konkreten Entscheidungssachverhalts ist die Auslegung des EuGH allerdings sinnvoll: Im Sachverhalt war sowohl das Güterrechts- als auch das Erbstatut deutsch. Fragen der Anknüpfung von Rechtsnormen standen gar nicht im Raum. Es ging stattdessen um die Frage, ob ein Europäisches Nachlasszeugnis ausgestellt werden darf, das auch den nach § 1371 Abs. 1 BGB erhöhten Erbteil ausweist. Der EuGH bejahte dies und ermöglichte damit, im Europäischen Nachlasszeugnis dieselbe Erbquote auszuweisen wie im nationalen Erbschein.

Diese im Ergebnis richtige Entscheidung des EuGH hat nun aber nun als Reflex zur Folge, dass § 1371 Abs. 1 BGB erbrechtlich zu qualifizieren ist. Die Zwischenlösung, dass der Anwendungsbereich der EuErbVO nur für das Europäische Nachlasszeugnis, nicht aber für die anwendbare Kollisionsnorm eröffnet ist, wäre zwar denkbar gewesen.⁸ Hierfür hat sich der EuGH jedoch im Ergebnis nicht entschieden.

b) Folgen für die notarielle Praxis

Mit der erbrechtlichen Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB sind einige Schwierigkeiten für die notarielle Praxis verbunden, insbesondere weil dies bei Auseinanderfallen des anwendbaren Erb- und Güterrechts zu Normenmangel (keine Rechtsfolge der pauschalen Erbteilerhöhung) und zu Normenhäufung (pauschale Erbteilerhöhung und gleichzeitig noch rechnerischer Zugewinnausgleich) führen kann.

Der gestalterische Königsweg ist, ein Auseinanderfallen zwischen anwendbarem Güter- und Erbrecht bereits auf kollisionsrechtlicher Ebene zu verhindern. Da die EuErbVO in Art. 21 Abs. 1 an den gewöhnlichen Aufenthaltsort zum Zeitpunkt des Erbfalls und die EuGüVO in Art. 26 Abs. 1 lit. a primär an den geheimsamen gewöhnlichen Aufenthaltsort der Ehegatten nach der Eheschließung anknüpft, besteht oft ohnehin ein Gleichlauf, sodass – bis auf entsprechende Belehrungen über die Wandelbarkeit des Erbstatuts⁹ – nichts weiter zu veranlassen ist. Anderenfalls kann dieses Ziel in der Regel

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

2 Ein Beitrag desselben Autors mit grundlegenden Hinweisen zum IPR für Einsteiger findet sich in MittBayNot 2021, 532 (in diesem Heft).

3 Strenggenommen müsste von „Geltung“ gesprochen werden, vgl. Art. 84 UAbs. 2 EuErbVO.

4 EuGH, Urteil vom 1.3.2018, *Mahnkopf*, C-558/16, MittBayNot 2018, 375 (m. Anm. *Sakka*).

5 BGH, Beschluss vom 13.5.2015, IV ZB 30/14, MittBayNot 2015, 507 (m. Anm. *Süß*).

6 Vgl. MünchKomm-BGB/v. *Hein*, 8. Aufl. 2020, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rdnr. 134. *Süß*, DNotZ 2018, 742, 745 verweist aber richtigerweise darauf, dass es sich aus europäischer Sicht durchaus dennoch um eine funktionelle Qualifikation handeln kann. Ähnlich *Weber*, NJW 2018, 1356 („andere[s] Funktionsverständnis [...] als der BGH“).

7 *Dörner*, ZEV 2018, 305, 306. Sehr kritisch *Hertel* in FS 25 Jahre DNotl, 2018, S. 775, 790 f.

8 Vgl. etwa *Süß*, DNotZ 2018, 742, 745; *Hertel* in FS 25 Jahre DNotl, 2018, S. 775, 791; *Rentsch*, NZFam 2018, 372. Vgl. auch den Vorlagebeschluss KG, Beschluss vom 25.10.2016, 6 W 80/16, MittBayNot 2017, 626.

9 Vgl. hierzu etwa *Weber*, notar 2015, 296, 298.

durch Rechtswahl erreicht werden. Besondere Aufmerksamkeit ist bei bis zum 29.1.2019 geschlossenen „Altehen“ geboten, weil sich das anwendbare Güterrecht insoweit noch nach Art. 14, 15 EGBGB richtet (vgl. Art. 69 Abs. 3 EuGüVO), das primär an die gemeinsame Staatsangehörigkeit anknüpft. Die Rechtswahl richtet sich allerdings auch bei Altehen nach der EuGüVO, vgl. Art. 69 Abs. 3 EuGüVO.

Es sind aber natürlich auch Fälle denkbar, in denen sich kein Gleichlauf herstellen lässt, etwa wenn sich die Ehegatten ganz bewusst für ein Auseinanderfallen der Statute entscheiden oder wenn ein Ehegatte die Mitwirkung an einer (güterrechtlichen) Rechtswahl verweigert, weil ihm die Anwendung des ohne Rechtswahl berufenen Güterrechts günstiger erscheint.

Sind deutsches Güterrecht und ausländisches Erbrecht anwendbar, wird die pauschale Erhöhung des Erbteils in der Regel nicht durchführbar sein, weil § 1371 Abs. 1 BGB als Rechtsfolgennorm nicht zur Anwendung gelangt. Stattdessen dürfte an eine Durchführung des rechnerischen Zugewinnausgleichs aufgrund § 1371 Abs. 2 BGB zu denken sein, wobei die Notwendigkeit einer Erbschaftsausschlagung im Wege der teleologischen Reduktion entfällt. Dies gilt allerdings nur dann, wenn nicht bereits das ausländische Erbrecht ein vergleichbares Ergebnis erreicht.¹⁰

Sind hingegen deutsches Erbrecht und ausländisches Güterrecht anwendbar, kommt die Rechtsfolgennorm des § 1371 Abs. 1 BGB in der Regel nicht zur Anwendung, weil – soweit ersichtlich¹¹ – kein zweites materielles Güterrecht die Erhöhung des Erbteils aus güterrechtlichen Gründen kennt. Dies wurde mittlerweile vom OLG Hamm zum türkischen Güterrecht entschieden.¹² Dennoch kann es im Rahmen der Substitution des Tatbestandsmerkmals der Zugewinnngemeinschaft¹³ zur Anwendung des § 1371 Abs. 1 BGB kommen, wenn ein ausländisches Güterrecht, das zwar eine pauschale Erhöhung des Erbteils nicht kennt, einen güterrechtlichen Ausgleich ausschließt, weil das Erbrecht desselben Rechtssystems bereits eine entsprechende erhöhte Beteiligung des

überlebenden Ehegatten vorsieht.¹⁴ Alternativ lässt sich diese Frage auch im Wege der Anpassung lösen.¹⁵ Auch hier ist letztlich vieles unklar.

Aufgrund dieser Unsicherheiten empfiehlt es sich, bei einem Auseinanderfallen der Statute eine Gestaltung auf materiell-rechtlicher Ebene vorzunehmen. Zu denken ist hier etwa an eine bewusste Vereinbarung der Gütertrennung und eine testamentarische Kompensation der dadurch ausgelösten Nachteile für den überlebenden Ehegatten.¹⁶ Alternativ dürfte auch an güterrechtliche Modifikationen zu denken sein.¹⁷ Schließlich kann auch ganz bewusst die analoge Anwendung des § 1371 Abs. 2 BGB bei Anwendbarkeit deutschen Güterrechts und ausländischen Erbrechts in Betracht gezogen werden, was u. a. steuerliche Vorteile bringen kann.¹⁸

Soweit ausländisches materielles Recht gestalterisch einbezogen werden muss, empfiehlt sich eine nach § 17 Abs. 3 BeurkG zulässige eingeschränkte Belehrung, die zugleich zu einer entsprechenden Haftungsbeschränkung führt,¹⁹ und ggf. auch die Hinzuziehung eines ausländischen Juristen. Bereits dass bei einer derartigen Gestaltung die vertiefte Beschäftigung mit ausländischem materiellem Recht notwendig ist, zeigt jedoch, dass im Zweifel der Lösung des Gleichlaufs zwischen Güter- und Erbstatut der Vorrang zu geben ist.²⁰

2. Notariell ausgestelltes Nachlasszeugnis (EE-Entscheidung des EuGH)

Der EuGH entschied, dass Notare, wenn sie im Rahmen der Ausstellung eines nationalen Nachlasszeugnisses als „Gericht“ handeln, hinsichtlich ihrer Zuständigkeit unter die EuErbVO fallen können.²¹ Dies hat zwar keine unmittelbaren Auswirkungen auf die notarielle Praxis in Deutschland, da deutsche Notare keine Erbscheine oder Nachlasszeugnisse ausstellen. Mittelbare Bedeutung kann die Entscheidung jedoch dadurch erlangen, dass über die EuErbVO neue internationale Zuständigkeiten ausländischer Notare eröffnet sein können, wenn diese für die Ausstellung eines Erbnachweises zuständig sind (so etwa französische Notare für einen acte de notoriété). In diesem Fall können sich insbesondere kostenmäßige Vorteile ergeben, wenn lediglich in Bezug auf das im Ausland belegene Vermögen ein Nachweis erforderlich ist, während im Inland etwa bereits ein öffentliches Testament vorliegt, das nach deutschem Grundbuchrecht den Erbschein zu

10 Vgl. dazu näher *Süß*, DNotZ 2018, 742, 746 ff. Ähnlich *Andrae*, IPRax 2018, 221, 225 f.; *Dörner*, ZEV 2018, 305, 309; *Fornasier*, FamRZ 2018, 634, 635; *Weber*, NJW 2018, 1358; *Ring*, ZErB 2018, 297, 301 (eher de lege ferenda). Vgl. auch Deutscher Notarverein, Stellungnahme vom 6.7.2018 zum Entwurf eines Gesetzes zum Internationalen Güterrecht und zur Änderung von Vorschriften des Internationalen Privatrechts, abrufbar unter <https://www.dnotv.de/stellungnahmen/entwurf-eines-gesetzes-zum-internationalen-gueterrech-und-zur-aenderung-von-vorschriften-des-internationalen-privatrechts/> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021). A. A. etwa *Sakka*, MittBayNot 2018, 4, 8 (kein Zugewinnausgleich, sondern nur Ausgleich krasser Einzelfälle über ordre-public-Vorbehalt und Eingriffsnormen); *Bandel*, ZEV 2018, 205, 208 (Anpassung durch Gewährung eines schuldrechtlichen Anspruchs).

11 *Süß*, DNotZ 2018, 742, 751. Ebenso wohl *Ring*, ZErB 2018, 297, 301.

12 OLG Hamm, Beschluss vom 21.3.2019, 10 W 31/17, ZErB 2019, 178. Vgl. dazu auch *Süß*, ZErB 2019, 249.

13 Eine Substitution wurde etwa für die Errungenschaftsgemeinschaft nach dem Recht der Volksrepublik China abgelehnt, vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 14.9.2020, 21 W 59/20, BeckRS 2020, 27072. Auch beim gesetzlichen Güterstand österreichischen Rechts dürfte dies nicht möglich sein, vgl. DNotl-Redaktion, DNotl-Report 2018, 50 f.

14 Vgl. dazu näher *Süß*, DNotZ 2018, 742, 749 ff. A. A. etwa *Dörner*, ZEV 2018, 305, 307 f. (nicht substituierbar), ähnlich auch *Weber*, NJW 2018, 1356, 1357 f. (nur wenn ausländische Rechtsordnung eine Erbteilerhöhung vorsieht). Das Kriterium für die Substitution offenlassend DNotl-Redaktion, DNotl-Report 2018, 54, 55.

15 *Weber*, NJW 2018, 1356, 1358.

16 *Dörner*, ZEV 2018, 305, 308.

17 Ähnlich *Dörner*, ZEV 2018, 305, 309 f. Vgl. dazu aus dem Blick des deutschen Rechts etwa Würzburger Notarhandbuch/*Mayer/Reetz*, 5. Aufl. 2018, Teil 3 Rdnr. 138.

18 Vgl. dazu näher *Süß*, DNotZ 2018, 742, 755 f.

19 Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 7 Rdnr. 59 f.

20 Im Ergebnis ebenso *Dörner*, ZEV 2018, 305, 308.

21 EuGH, Urteil vom 16.7.2020, EE ua, C-80/19, NJW 2020, 2947.

ersetzen geeignet ist. In diesem Fall ist ein ausländischer Erbnachweis ggf. kostengünstiger als ein Europäisches Nachlasszeugnis.²²

3. Verwendung eines Formblatts bei Antrag auf ein Europäisches Nachlasszeugnis (Brisch-Entscheidung des EuGH)

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die Verwendung des Formblatts für den Antrag auf Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses nicht verpflichtend, sondern fakultativ.²³ Der EuGH stellt hierbei entscheidend auf den Wortlaut von Art. 65 Abs. 2 EuErbVO („kann“) ab. Für die notarielle Praxis bedeutet dies erfreulicherweise, dass Notare nunmehr rechtlich gesichert auch ihr eigenes Muster für den Antrag auf ein Europäisches Nachlasszeugnis verwenden können.²⁴ Allerdings sollten alle im Formblatt geforderten Informationen im Antrag enthalten sein.

4. Internationale Zuständigkeit zur Ausstellung eines nationalen Nachlasszeugnisses (Oberle-Entscheidung des EuGH)

a) Einführung

Die internationale Zuständigkeit der Nachlassgerichte zur Erteilung von Erbscheinen hat in den letzten Jahrzehnten mehrere Wendungen erfahren.

Vor Inkrafttreten des FamFG galt für die internationale Zuständigkeit der Nachlassgerichte der sog. Gleichlaufgrundsatz, d. h. die Nachlassgerichte waren nur zuständig, soweit auf den Erbfall deutsches Erbrecht anwendbar war.²⁵ Bei Anwendbarkeit ausländischen Erbrechts konnte für in Deutschland belegene Nachlassgegenstände jedoch ein gegenständlich beschränkter Erbschein nach § 2369 BGB a. F. erteilt werden.

Mit der Einführung von § 105 FamFG wurde der Gleichlaufgrundsatz sodann durch die sog. Doppelfunktionalitätstheorie ersetzt, wonach eine internationale Zuständigkeit an die örtliche Zuständigkeit anknüpft. Auf das anwendbare Recht kam es nicht mehr an. Indes kann nach § 352c FamFG der Erbscheinsantrag weiterhin auf die im Inland befindlichen Gegenstände beschränkt werden.

Nunmehr entschied der EuGH, dass sich die internationale Zuständigkeit auch für die Erteilung von nationalen Erbscheinen (und nicht nur von Europäischen Nachlasszeugnissen) nach der EuErbVO richtet.²⁶ Dies begründet er insbesondere damit, dass der Begriff der Entscheidung in Art. 4 EuErbVO kein kontradiktorisches Verfahren und keine Rechtskraft erfordert, wie ein Blick in Art. 13 EuErbVO und in Erwägungsgrund

59 zeige.²⁷ Weiter weist der EuGH darauf hin, dass durch die vorgenommene Auslegung auch ein Widerspruch zwischen einem Europäischen Nachlasszeugnis und einem nationalen Nachlasszeugnis vermieden wird.²⁸

Aufgrund dieser Rechtsprechung sind also die Zuständigkeitsvorschriften der EuErbVO auch auf die Erteilung eines Erbscheins anzuwenden. Diese gehen bereits nach der allgemeinen Regel des Anwendungsvorrangs,²⁹ darüber hinaus aber auch ganz ausdrücklich nach § 97 Abs. 1 Satz 2 FamFG der Zuständigkeitsvorschrift des § 105 FamFG vor. Somit ist die Erteilung eines Erbscheins für im Inland belegene Nachlassgegenstände nicht mehr auf Grundlage von § 105 i. V. m. § 343 Abs. 3 Satz 1 FamFG möglich, sondern nur noch auf Grundlage der Zuständigkeitsvorschriften der EuErbVO.

b) Folgen für die notarielle Praxis

Die *Oberle*-Entscheidung des EuGH führt in der Praxis dazu, dass die Beantragung von Erbnachweisen unflexibler wird. Die Möglichkeiten zur Begründung einer internationalen Zuständigkeit nach dem FamFG waren nämlich zahlreicher als diejenigen nach der EuErbVO (vgl. etwa die nach § 343 Abs. 3 Satz 1 FamFG mögliche Zuständigkeit bei Belegenheit von Nachlassgegenständen im Inland).

Für die Abwicklung von im Inland befindlichen Nachlassgegenständen, insbesondere Immobilien und Gesellschaftsanteilen, ist es weitaus öfter als vor *Oberle* notwendig, vor ausländischen Gerichten ein Europäisches Nachlasszeugnis zu beantragen, zumal nationale Erbscheine anderer Mitgliedstaaten im deutschen Grundbuchverfahren nicht anerkannt werden.³⁰ Die Beantragung eines Europäischen Nachlasszeugnisses im Ausland ist nicht nur verfahrensmäßig aufwendiger und schwerfälliger,³¹ sondern hat auch rechtlich handfeste Nachteile: Die Gültigkeit von Abschriften des Europäischen Nachlasszeugnisses ist nach Art. 70 Abs. 3 EuErbVO auf sechs Monate beschränkt, der Antrag benötigt wesentlich detailliertere Angaben und Nachweise, und schließlich sind für die Beantragung eines Erbscheins auch Nachlassgläubiger nach § 792 ZPO antragsbefugt, während dies für das Europäische Nachlasszeugnis strittig ist.³²

22 Vgl. dazu DNotl-Redaktion, DNotl-Report 2020, 166, 167 f., ähnlich *Rentsch*, LMK 2021, 437104.

23 EuGH, Urteil vom 17.1.2019, C-102/18, DNotZ 2019, 460.

24 Vgl. DNotl-Redaktion, DNotl-Report 2019, 58 f.

25 Vgl. etwa BayObLG, Beschluss vom 10.5.2004, 1 Z BR 110/03, NJW-RR 2004, 1522.

26 EuGH, Urteil vom 21.6.2018, *Oberle*, C-20/17, NJW 2018, 2309.

27 EuGH, Urteil vom 21.6.2018, *Oberle*, C-20/17, NJW 2018, 2309, 2310 (Rdnr. 40 ff.). Ähnlich *Zimmermann*, ZEV 2018, 465, 468 und *Mankowski*, FamRZ 2017, 566, 566, die einen Vergleich der Sprachfassungen durchführen.

28 EuGH, Urteil vom 21.6.2018, *Oberle*, C-20/17, NJW 2018, 2309, 2311 (Rdnr. 57 f.).

29 Vgl. dazu etwa *Leitzen*, ZEV 2018, 630, 632.

30 KG, Beschluss vom 25.9.2012, 1 W 270-271/12, DNotZ 2013, 135; Beschluss vom 25.3.1997, 1 W 6538/96, NJW-RR 1997, 1094; OLG Bremen, Beschluss vom 19.5.2011, 3 W 6/11, DNotZ 2012, 687; *Weber*, RNotZ 2018, 454; BeckOK-GBO/*Wilsch*, Stand: 1.5.2021, § 35 Rdnr. 167 f. Das dürfte auch unter Zugrundelegung der *Oberle*-Rechtsprechung des EuGH noch möglich sein, vgl. dazu *Mankowski*, FamRZ 2017, 566, 568.

31 *Hertel* in FS 25 Jahre DNotl, 2018, S. 775, 792; *Odersky*, notar 2018, 331, 331 f.

32 *Leitzen*, ZEV 2018, 630, 635.

Beispiel:³³ Der deutsche Erblasser verlegt im Ruhestand seinen gewöhnlichen Aufenthalt nach Spanien und verstirbt sodann. Seine Kinder (= Erben) leben in Deutschland, der Nachlass besteht nahezu ausschließlich aus Vermögen in Deutschland. Die Erben können die Berichtigung öffentlicher Register nur noch durch ein in Spanien ausgestelltes Europäisches Nachlasszeugnis erwirken.

In der Gestaltungspraxis empfiehlt es sich in der Regel, nach Möglichkeit eine Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte nach der EuErbVO zu begründen. Dem sind nach der EuErbVO jedoch enge Grenzen gesetzt. Die Regelzuständigkeit ist nach Art. 4 EuErbVO der letzte gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers. Wurde stattdessen eine Rechtswahl vorgenommen, können die Betroffenen eine Gerichtsstandsvereinbarung treffen, was unbedingt zu empfehlen ist.³⁴ Allerdings kann der Erblasser nicht vorab eine einseitige Gerichtsstandsbestimmung treffen, sondern die Betroffenen müssen nach dem Erbfall zusammenwirken.³⁵ Eine Gestaltung im Voraus scheidet damit aus. Auch im Übrigen eröffnet die EuErbVO keine Möglichkeiten zur Gestaltung.³⁶ Nur falls nach der EuErbVO die Gerichte eines Drittstaats zuständig wären, besteht nach Maßgabe von Art. 10 EuErbVO eine subsidiäre Zuständigkeit mitgliedstaatlicher Gerichte.

Nicht von der Zuständigkeit nach der EuErbVO dürfte die Zuständigkeit der nationalen Gerichte zur Eröffnung eines dort lagernden Testaments oder Erbvertrags sein; insoweit ist weiterhin § 105 FamFG einschlägig. Denn bei der bloßen Eröffnung handelt es sich nicht um eine irgendwie geartete Entscheidung, sondern um den „Schlusspunkt der Verwahrung“.³⁷ Daher ist insbesondere der Nachweis der Erbenstellung durch eine öffentliche Verfügung von Todes wegen samt Eröffnungsniederschrift gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO ohne Anrufung des nach der EuErbVO zuständigen ausländischen Gerichts möglich.³⁸

Insgesamt stellt sich die Rechtslage nach der *Oberle*-Entscheidung für den Rechtsgestalter als unbefriedigend dar. Ein Ausweg aus deutscher Sicht dürfte darin bestehen, eine öffentliche Verfügung von Todes wegen zu errichten, die nach § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO erbscheinersetzende Funktion im Grundbuchverfahren hat, sodass ein Europäisches Nachlasszeugnis insoweit überflüssig ist. Die *Oberle*-Entscheidung führt daher mittelbar zu einer Aufwertung der notariell errichteten Verfügung von Todes wegen.³⁹ Alternativ kann auch über eine Gestaltung durch trans- oder postmortale Vollmachten nachgedacht werden.⁴⁰ Denkbar sind überdies natürlich Gestaltungen der lebzeitigen Überlassung.

33 Nach *Leitzen*, ZEV 2018, 630, 632.

34 Ebenso *Leitzen*, ZEV 2018, 630, 636; *Wagner*, NJW 2018, 3284, 3286.

35 Zum Betroffenenbegriff vgl. *Weber*, RNotZ 2018, 454, 458; BeckOGK-EuErbVO/J. *Schmidt*, Stand: 1.5.2021, Art. 5 Rdnr. 8.

36 Hierzu kritisch *Hertel* in FS 25 Jahre DNotI, 2018, S. 775, 786.

37 *Leitzen*, ZEV 2018, 630, 634.

38 *Leitzen*, ZEV 2018, 630, 634; *Weber*, RNotZ 2018, 454, 461 f.

39 *Leitzen*, ZEV 2018, 630, 634.

40 *Leitzen*, ZEV 2018, 630, 635.

Soweit ein völkerrechtliches Übereinkommen besteht, überlagert dies nach § 75 Abs. 1 die EuErbVO. Dies betrifft etwa das deutsch-persische Niederlassungsabkommen, das deutsch-türkische Nachlassabkommen und den deutsch-sowjetischen Konsularvertrag.⁴¹ Dies gilt auch für die Zuständigkeitsfrage, sodass – soweit das Übereinkommen keine spezielleren Regelungen enthält – § 105 FamFG Anwendung findet.⁴²

5. Behandlung eines Vindikationslegats (*Kubicka*-Entscheidung des EuGH)

a) Einführung

In der Rechtssache *Kubicka* nahm der EuGH eine Abgrenzung zwischen Erb- und Sachenrechtsstatut vor. Er qualifizierte die Frage, ob einem Vermächtnis schuldrechtliche oder dingliche Wirkung zugeordnet ist, als erbrechtlich. Ein nach dem Erbstatut dinglich wirkendes (Vindikations-)Vermächtnis ist also anzuerkennen, unabhängig ob das anwendbare Sachenrechtsstatut eine Singularsukzession aufgrund Todes kennt oder nicht.⁴³ Der EuGH argumentiert u. a. damit, dass nach Art. 23 Abs. 2 EuErbVO auch der Übergang der zum Nachlass gehörenden Vermögenswerte auf die Erben oder Vermächtnisnehmer vom Erbstatut regiert werde. Die Ausnahmen des Art. 1 Abs. 2 lit. k EuErbVO (Art der dinglichen Rechte) und des Art. 1 Abs. 2 lit. l EuErbVO (Eintragung eines dinglichen Rechts in ein Register) seien hingegen nicht betroffen.⁴⁴

Diese Rechtsprechung führt zu einer Abkehr von der bisherigen Handhabung in Deutschland, ein ausländisches Vindikationslegat hinsichtlich im Inland befindlicher Sachen in ein Damnationislegat umzudeuten.⁴⁵ Eine Umdeutung entspräche zwar wesentlich besser den Grundsätzen des deutschen Rechts, weshalb die EuGH-Rechtsprechung Kritik herausgefordert hat.⁴⁶ Jedoch ist nicht zu verleugnen, dass auch dem deutschen Erbrecht im Einzelfall eine Singularsukzession im Todesfall bekannt ist.⁴⁷ Dennoch führt die Rechtsprechung des EuGH – insbesondere was Immobilien betrifft – zu Herausforderungen in der notariellen Praxis.

b) Folgen für die notarielle Praxis

Liegt nach dem anwendbaren Erbrecht ein Vindikationslegat vor, ist der Eigentumsübergang also auch für in Deutschland belegene Grundstücke ipso iure eingetreten. Das anwendbare Erbrecht setzt sich hierbei also gegenüber dem sich nach der Belegenheit richtenden Sachenrecht durch. Eine Auffassung

41 *Weber*, RNotZ 2018, 454, 462.

42 *Leitzen*, ZEV 2018, 630, 632 f. Im Ergebnis ebenso *Weber*, RNotZ 2018, 454, 462.

43 EuGH, Urteil vom 12.10.2017, *Kubicka*, C-218/16, MittBayNot 2018, 177.

44 EuGH, Urteil vom 12.10.2017, *Kubicka*, C-218/16, MittBayNot 2018, 178 Rdnr. 46 ff.

45 BGH, Urteil vom 28.9.1994, IV ZR 95/93, DNotZ 1995, 704; BeckOK-BGB/*Spickhoff*, Stand: 1.11.2020, Art. 43 EGBGB Rdnr. 13.

46 *Hertel* in FS 25 Jahre DNotI, 2018, S. 775, 789 f.; *Weber*, DNotZ 2018, 16, 19 f.

47 Etwa im Höferecht, im Personengesellschaftsrecht und auch in § 2110 Abs. 2 BGB.

ist nicht nötig und auch nicht möglich. Eine Umschreibung im Grundbuch erfolgt aufgrund Unrichtigkeitsnachweises.⁴⁸ Dies geschieht typischerweise anhand eines Erbscheins oder eines Europäischen Nachlasszeugnisses. Darin ist aufzunehmen, dass es sich um ein dinglich wirkendes Vermächtnis handelt.⁴⁹ Beim Europäischen Nachlasszeugnis ist dies jedenfalls möglich.⁵⁰ Mit Blick auf den deutschen Erbschein ist dies bislang nicht geklärt. In Anlehnung an die bei § 2110 Abs. 2 BGB übliche Verfahrensweise dürfte dies aber zulässig sein; ist ein Nachweis nicht auf andere Weise (etwa durch ein Europäisches Nachlasszeugnis) möglich, scheint eine Ausweisung im Erbschein sogar zwingend, es sei denn, man will auf die Bewilligungslösung durch die Erben ausweichen.⁵¹

Wenn die Anordnung des Vindikationslegats nicht den Anforderungen des deutschen Sachenrechts an die Bestimmtheit genügt, kann ein direkter Eigentumsübergang jedoch nicht erfolgen. Die Frage der Bestimmtheit dürfte nämlich sachenrechtlich zu qualifizieren sein; daher setzt sich das sachenrechtliche Erfordernis der Bestimmtheit gegenüber dem Erbrecht durch.⁵² Dies betrifft insbesondere die Zuwendung unvermessener Teilflächen. In diesen Fällen wird das Vindikationslegat weiterhin in ein Damnationslegat umzudeuten sein.⁵³

Ebenso ist nach Art. 1 Abs. 2 lit. k EuErbVO die Art der dinglichen Rechte nicht Bestandteil des Erbstatuts, sondern dürfte sich weiterhin nach dem anwendbaren Sachenrecht richten. Wenn also durch Vindikationslegat ein dingliches Recht zugewandt wird, das dem deutschen Belegenheitsrecht nicht bekannt ist, verstößt dies gegen den *numerus clausus* des Sachenrechts. Dieser Fall dürfte wie bisher dadurch zu lösen sein, dass das Vermächtnis in ein Damnationslegat umgedeutet und das zugewandte dingliche Recht im Wege der Transposition in ein dem deutschen Sachenrecht bekanntes, möglichst funktionsäquivalentes dingliches Recht überführt wird.⁵⁴

6. Ausweisung von Grundstücksdaten im Europäischen Nachlasszeugnis

In Entscheidungen des OLG Nürnberg und des OLG München stellte sich nunmehr die Frage, ob trotz Anwendbarkeit deutschen Erbrechts im Europäischen Nachlasszeugnis detaillierte Angaben zu den vom Erblasser gehaltenen Immobilien aufzunehmen sind, um eine entsprechende Umschreibung auf die Erben im Ausland zu erleichtern. Namentlich nach tschechischem und nach österreichischem Grundbuchrecht ist es bei einer Umschreibung auf Erben üblich, dass im vorzulegenden Erbnachweis die einzelnen Grundstücke, die in den Nachlass fallen, konkret aufgeführt sind.

48 *Bandel*, MittBayNot 2018, 99, 102; *Weber*, DNotZ 2018, 16, 23 f.

49 *Bandel*, MittBayNot 2018, 99, 104 f.; *Weber*, DNotZ 2018, 16, 24.

50 Vgl. Fn. 15 zum Anhang 5 (Formblatt V) der EuErbVO. Ggf. hat erst noch ein Zwischenschritt zu erfolgen (z. B. Aushändigung im französischen Recht), vgl. *Weber*, DNotZ 2018, 16, 25.

51 Vgl. dazu näher *Weber*, DNotZ 2018, 16, 28 f.

52 *Bandel*, MittBayNot 2018, 99, 102.

53 *Weber*, DNotZ 2018, 16, 31 f.

54 *Bandel*, MittBayNot 2018, 99, 103.

Beide Gerichte entschieden, dass eine (ggf. auch unverbindliche) Aufnahme dieser Detailangaben im Europäischen Nachlasszeugnis nicht möglich ist.⁵⁵ Denn das deutsche Erbrecht folgt dem Grundsatz der Universalsukzession und des Vonselbstanfalls. Es werden keine Einzelgegenstände im Sinne des Art. 63 Abs. 2 lit. b EuErbVO zugewiesen, sondern die Gesamtheit eines Nachlasses. Zudem erstreckt sich die Vermutungswirkung des Europäischen Nachlasszeugnisses nur auf die Erbenstellung und nicht auf die Zugehörigkeit eines bestimmten Gegenstands zum Nachlass, wie bereits Erwägungsgrund 71 Satz 3 zur EuErbVO klarstellt.⁵⁶

Mittlerweile hat der österreichische OGH ohnehin entschieden, dass in diesem Fall eine Umschreibung ohne Ausweisung des Grundstücks im Erbnachweis möglich sein muss.⁵⁷

7. Gültigkeit und Wirkungen des Europäischen Nachlasszeugnisses (Vorarlberger-Landes- und-Hypothekenbank-Urteil des EuGH)

Jüngst beantwortete der EuGH in einem weiteren Urteil einige Detailfragen zum Europäischen Nachlasszeugnis.

a) Gültigkeitsdauer

Nach Art. 70 Abs. 1 EuErbVO wird die Urschrift des Europäischen Nachlasszeugnisses in der Ausstellungsbehörde aufbewahrt; für den Rechtsverkehr werden „beglaubigte Abschriften“⁵⁸ erteilt. Die jeweilige beglaubigte Abschrift hat nach Art. 70 Abs. 3 EuErbVO eine begrenzte Gültigkeit von sechs Monaten, wobei das Ablaufdatum auf der Abschrift anzugeben ist. Der EuGH entschied nun, dass eine beglaubigte Abschrift, die kein Ablaufdatum (bzw. die Aufschrift „unbefristet“) enthält, dennoch nur für die Dauer von sechs Monaten ab Ausstellung gültig ist.⁵⁹

b) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Gültigkeit

Weiter entschied der EuGH, dass es für die Frage der Gültigkeit eines Europäischen Nachlasszeugnisses auf den Zeitpunkt der Vorlage bei der entsprechenden Behörde ankommt. Es ist also ausreichend, wenn das Europäische Nachlasszeugnis zum Zeitpunkt der Antragstellung beim Grundbuchamt noch gültig ist, aber vor der Vornahme der Eintragung durch das Grundbuchamt ungültig wird.⁶⁰ Dies ähnelt dem in

55 OLG Nürnberg, Beschluss vom 5.4.2017, 15 W 299/17, ZEV 2017, 579; OLG München, Beschluss vom 12.9.2017, 31 Wx 275/17, NJW-RR 2017, 1288.

56 *Weinbeck*, ZEV 2017, 579, 580; *Buschbaum/Simon*, ZEV 2012, 525, 528; MünchKomm-BGB/Dutta, Art. 63 EuErbVO Rdnr. 18.

57 OGH, Beschluss vom 15.5.2018, 5 Ob 35/18 k, ZEV 2019, 353; vgl. dazu bereits näher *Schmitz*, notar 2018, 147, 148.

58 Dies ist nach deutschem Verständnis im Sinne von „Ausfertigungen“ zu verstehen, mit der Folge, dass eine von einer „beglaubigten Abschrift“ der Ausstellungsbehörde gefertigte weitere („echte“) beglaubigte Abschrift keine entsprechende Wirkung entfaltet, vgl. *Schmitz*, RNotZ 2017, 269, 283.

59 EuGH, Urteil vom 1.7.2020, C-301/20, BeckRS 2020, 16513. Vgl. dazu auch *Schmitz*, RNotZ 2017, 269, 283, der sich für die Gültigkeit eines solchen Zeugnisses ausspricht (allerdings wohl ohne zeitlichen Ablauf).

60 EuGH, Urteil vom 1.7.2020, C-301/20, BeckRS 2020, 16513.

§ 878 BGB zum Ausdruck gebrachten Rechtsgedanken. Das KG hatte noch vertreten, dass es stattdessen auf den Zeitpunkt der Eintragung durch das Grundbuchamt ankomme.⁶¹ Diese Rechtsprechung ist nunmehr überholt.

c) Absolute Wirkung des Europäischen Nachlasszeugnisses

Schließlich stellte der EuGH klar, dass ein Europäisches Nachlasszeugnis nicht nur gegenüber dem jeweiligen Antragsteller, sondern gegenüber sämtlichen darin namentlich genannten Personen Wirkung entfaltet.⁶²

8. Ausländische Erbnachweise (WB-Urteil des EuGH)

Der EuGH entschied über die Wirkung eines polnischen nationalen Erbnachweises, der von einem polnischen Notar ausgestellt wurde. Bei diesem Erbnachweis nach polnischem Recht handelt es sich um eine notarielle Bestätigung der Erbenstellung, die nur auf einstimmigen Antrag der Erben ausgestellt werden kann. Der EuGH kam zum Ergebnis, dass es sich nicht um eine gerichtliche Entscheidung im Sinne des Art. 39 EuErbVO handelt, die in den Mitgliedstaaten anzuerkennen ist und daher unmittelbare Wirkungserstreckung bietet. Stattdessen handelt es sich um eine öffentliche Urkunde im Sinne des Art. 59 EuErbVO, die in den Mitgliedstaaten „anzunehmen“ ist.⁶³ Dies hat zur Folge, dass dieser Erbnachweis in den übrigen Mitgliedstaaten dieselbe formelle Beweiskraft entfaltet wie im Ursprungsmitgliedstaat.⁶⁴ Die besondere Beweiskraft dieses Erbnachweises erstreckt sich aber lediglich auf den Aussteller der Urkunde und auf die Abgabe der entsprechenden Erklärungen. Dies dürfte für den Nachweis etwa gegenüber dem deutschen Grundbuchamt nicht ausreichen; stattdessen wird ein Europäisches Nachlasszeugnis zu beantragen sein.⁶⁵

Was sonstige nationale Erbnachweise anbelangt, die auf Grundlage eigener Entscheidung der Ausstellungsbehörde (typischerweise die freiwillige Gerichtsbarkeit, jedoch teilweise auch Notare) ergehen, ist umstritten, ob es sich um Entscheidungen handelt, die aufgrund der Wirkungserstreckung nach Art. 39 EuErbVO auch im Grundbuchverfahren anzuerkennen sind.⁶⁶ Die Existenz des Europäischen Nachlasszeugnisses spricht jedenfalls dagegen. Daher ist es ratsam, zur Grundbuchberichtigung im Zweifel auf ein Europäisches Nachlasszeugnis zurückzugreifen und nicht auf einen nationalen ausländischen Erbnachweis zu vertrauen.⁶⁷

61 KG, Beschluss vom 3.9.2019, 1 W 161/19, NJW-RR 2019, 1413.

62 EuGH, Urteil vom 1.7.2020, C-301/20, BeckRS 2020, 16513.

63 EuGH, Urteil vom 23.5.2019, W. B., C-658/17, DNotZ 2019, 695, 701 (Rdnr. 55 ff.).

64 Vgl. dazu im Einzelnen *Dörner*, DNotZ 2018, 661, 666 f.

65 *Raff*, DNotZ 2019, 643, 647.

66 Für den Charakter als Entscheidung etwa MünchKomm-BGB/*Dutta*, Art. 3 EuErbVO Rdnr. 17, dagegen etwa *Raff*, DNotZ 2019, 643, 647 f.; *Dörner*, DNotZ 2018, 661, 669 f.

67 KG, Beschluss vom 25.9.2012, 1 W 270-271/12, DNotZ 2013, 135; Beschluss vom 25.3.1997, 1 W 6538/96, NJW-RR 1997, 1094; OLG Bremen, Beschluss vom 19.5.2011, 3 W 6/11, DNotZ 2012, 687; *Weber*, RNotZ 2018, 454; BeckOK-GBO/*Wilsch*, § 35 GBO Rdnr. 167 f.

II. Familienrecht

1. Morgengabe des islamischen Rechtskreises

Die Qualifikation der sog. Morgengabe des islamischen Rechtskreises ist ein Klassiker des IPR. Im notariellen Zusammenhang begegnet die Morgengabe insbesondere bei entsprechenden Beurkundungswünschen Beteiligten im Rahmen eines Ehevertrags. Ein derartiger Wunsch geht insbesondere darauf zurück, dass Beteiligte sich aus Gründen der Familientradition dem Rechtsinstitut der Morgengabe verbunden fühlen, auch wenn die internationalprivatrechtliche Anknüpfung auf deutsches Recht verweist.

Bei einer Morgengabe handelt es sich um eine auf Vereinbarung beruhende Zuwendungspflicht des Ehemanns gegenüber der Ehefrau anlässlich der Eheschließung, die der Versorgung der Ehefrau nach einer Scheidung dienen können.⁶⁸ Dieses Rechtsinstitut kann güterrechtlich, unterhaltsrechtlich oder auch allgemein ehewirkungsrechtlich angeknüpft werden. Der BGH hat sich nach früherer Rechtslage für eine Anknüpfung an die allgemeinen Ehwirkungen entschieden.⁶⁹

In einer nunmehr vorliegenden Entscheidung hat der BGH die Anknüpfung der Morgengabe wieder offengelassen, wobei er feststellte, dass sie in der Regel nicht als unterhaltsrechtlich im Sinne des EuUntVO zu qualifizieren sei.⁷⁰ Hinsichtlich der Form stellte der BGH fest, dass unter Geltung deutschen Formrechts jedenfalls § 518 Abs. 1 BGB entsprechend anwendbar sei, sodass es einer notariellen Beurkundung bedürfe.⁷¹ Die Entscheidung erging noch nicht unter Geltung der EuGüVO, die im zu entscheidenden Fall noch nicht zeitlich anwendbar war. Das OLG Celle hat in einer Entscheidung zu einem ähnlichen Sachverhalt auch offengelassen, ob eine Morgengabe in den Anwendungsbereich der EuGüVO fällt oder nicht.⁷²

Aufgrund der internationalprivatrechtlich unsicheren Handhabung dürfte es sich empfehlen, einem derartigen Beurkundungswunsch dadurch zu begegnen, möglichst funktionsäquivalente Regelungen zur „Morgengabe“ zu treffen, die internationalprivatrechtlich aber eindeutig zuzuordnen ist und inhaltlich aus Sicht des anwendbaren materiellen Rechts hinreichend verständlich sind. So kann etwa – innerhalb des gesetzlich Zulässigen – eine zusätzliche Pauschalzahlung im Rahmen des naheheulichen Unterhalts vereinbart werden oder auch Regelungen zum Güterstand entsprechend modifiziert werden (im deutschen Ehegüterrecht etwa durch eine Anpassung der Berechnungsmethoden des Zugewinnausgleichs).

Wenn davon auszugehen ist, dass ein Ehevertrag in einem islamischen Land durchgesetzt werden muss, empfiehlt es sich

68 Schriftleitung der RNotZ, RNotZ 2020, 462; *Obermann*, NZFam 2015, 894, 894 f.

69 BGH, Urteil vom 9.12.2009, XII ZR 107/08, DNotZ 2011, 29, 29 f.

70 BGH, Beschluss vom 18.3.2020, XII ZB 380/19, RNotZ 2020, 462, 464.

71 BGH, Beschluss vom 18.3.2020, XII ZB 380/19, RNotZ 2020, 462, 467 f.

72 OLG Celle, Beschluss vom 25.9.2020, 10 WF 107/20, NJOZ 2020, 1415.

allerdings, tatsächlich eine Morgengabe zu vereinbaren, auch wenn aus deutscher Sicht deutsches Recht anwendbar ist. Denn das Versprechen einer Morgengabe ist im islamischen Recht ggf. Wirksamkeitsvoraussetzung für einen Ehevertrag.⁷³ Auch in diesem Fall empfiehlt es sich jedoch, die entsprechende Regelung zwar als „Morgengabe“ zu bezeichnen, sie dennoch an dem aus deutscher Sicht anwendbaren Recht zu orientieren und mit Blick darauf klare Regelungen zu treffen. Jedenfalls ist die bloße Vereinbarung einer Morgengabe noch nicht als Rechtswahl aufzufassen.⁷⁴ Alternativ ist es auch möglich, als Morgengabe nur eine symbolische Zuwendung (zum Beispiel einen Koran) vorzusehen.⁷⁵

Abzuraten ist davon, eine Morgengabe nach islamischem materiellem Recht zu vereinbaren, wenn keine Sonderkenntnisse hierzu bestehen. Zwar kann der Notar nach § 17 Abs. 3 BeurkG seine Haftung insoweit ausschließen, jedoch dürfte eine derartige Gestaltung den Beteiligten nicht unbedingt dienlich sein.

2. Privatscheidungen

Die Frage, ob eine Ehe rechtswirksam geschieden ist, wird für den Notar vor allem im Rahmen von Erbscheinsanträgen relevant,⁷⁶ wenn die Anwendung der gesetzlichen Erbfolge in Rede steht und der Erblasser nach einem „ungewöhnlichen“ ausländischen Scheidungsverfahren geschieden wurde.

In letzter Zeit sind immer wieder sog. Privatscheidungen in den Fokus gerückt, also Scheidungen, die außergerichtlich stattfinden. Immer mehr Staaten sehen derartige „unbürokratische“ Scheidungsformen vor.⁷⁷

Die Anerkennung einer Scheidung bestimmt sich für Scheidungen in Mitgliedstaaten der Brüssel-IIa-Verordnung nach Art. 21 Brüssel-IIa-VO. Nach dieser Vorschrift wird jede Scheidung in einem anderen Mitgliedstaat ohne weiteres Verfahren anerkannt. Allerdings ist es möglich, vom Ursprungsmitgliedstaat eine Bescheinigung nach Art. 39 Brüssel-IIa-Verordnung ausstellen zu lassen.

In anderen Staaten vorgenommene Scheidungen werden hingegen nach §§ 107 ff. FamFG anerkannt. Im Grundsatz ist nach § 107 Abs. 1 Satz 2 FamFG eine Feststellung der Anerkennungsfähigkeit durch die Landesjustizverwaltung erforderlich. Diese ist jedoch nach § 107 Abs. 1 Satz 2 FamFG dann entbehrlich, wenn ein Gericht oder eine Behörde des Staates entschieden hat, dem beide Ehegatten zur Zeit der Entscheidung angehört haben. In diesem Fall richtet sich die Anerkennung der Ehescheidung nach § 108 FamFG, d. h. die Ehescheidung ist ohne weiteres Verfahren inzident anzuerkennen, es sei denn, es besteht ein Anerkennungshindernis nach § 109 FamFG.

Nur wenn eine öffentliche Stelle die Scheidung mit konstitutiver Wirkung ausspricht, ist eine direkte Anerkennung nach

Art. 21 Brüssel-IIa-VO oder nach §§ 107 ff. FamFG überhaupt möglich. Anderenfalls ist eine *révision au fond* durchzuführen, also eine Subsumtion aller Scheidungsvoraussetzungen unter das anwendbare Scheidungsstatut.

In diesem Zusammenhang hat das KG entschieden, dass eine durch ein italienisches Standesamt durchgeführte Privatscheidung der Brüssel-IIa-VO unterfällt und daher nach Art. 21 Abs. 1 Brüssel-IIa-VO anerkennungsfähig ist.⁷⁸ Hierbei sah es das Gericht als maßgeblich an, dass an dem italienischen Scheidungsverfahren zwar kein Gericht beteiligt war, jedoch der Standesbeamte in seiner behördlichen Funktion. Die Mitwirkung eines Amtsträgers war für die Scheidung konstitutiv, was den Anwendungsbereich der Brüssel-IIa-VO eröffnet.

Im Fall einer gänzlich privat durchgeführten Scheidung im islamischen Rechtskreis durch Verstoßung („*talaq*“) ist hingegen der Anwendungsbereich der Brüssel-IIa-VO nicht eröffnet, weil es sich nicht um eine gerichtliche und behördliche Entscheidung handelt. Vielmehr ist hierbei eine *révision au fond* durchzuführen, also eine Subsumtion unter die maßgeblichen materiellrechtlichen Normen. Allerdings hielt der EuGH den Anwendungsbereich der Rom-III-VO, die Kollisionsnormen für das Recht der Ehescheidung enthält, nicht für eröffnet.⁷⁹ Hier hat mittlerweile der deutsche Gesetzgeber reagiert und die Kollisionsnorm des Art. 17 Abs. 2 EGBGB n. F. geschaffen, die eine entsprechende Anwendung der Rom-III-VO anordnet. Soweit deutsches Sachrecht anwendbar ist, kommt eine Ehescheidung ohne gerichtliches Verfahren wegen Widerspruchs zu § 1564 BGB nicht in Betracht.⁸⁰ Ohnehin dürfte eine ohne jegliche behördliche Beteiligung ausgesprochene Scheidung regelmäßig, wenngleich nicht ausnahmslos,⁸¹ dem *ordre public* widersprechen und daher weder anerkennungsfähig noch im Rahmen einer *révision au fond* materiell gültig sein.⁸²

Ähnlich entschied das KG im Falle einer vor einem Notar in Nicaragua durchgeführten Privatscheidung. Die Amtsträgerfunktion des Notars war in diesem Fall ohne Bedeutung, weil nach nicaraguanischem Scheidungsrecht die Scheidung nicht durch Ausspruch des Notars, sondern alleine aufgrund der beurkundeten Erklärungen der Ehegatten erfolgt. Daher handelt es sich auch insoweit um eine „echte“ Privatscheidung. Diese erfordert – wie bereits dargelegt – im Grundsatz eine Subsumtion unter die zugrunde liegenden materiellrechtlichen Normen. Da im konkreten Fall aus deutscher Sicht in Anwendung des § 17 Abs. 2 EGBGB ohnehin deutsches Scheidungsrecht anwendbar war, stand der Wirksamkeit der Scheidung bereits § 1564 Satz 1 BGB entgegen, der nicht nur eine formelle Vorschrift ist, sondern auch einen materiellrechtlichen Gehalt dahin gehend besitzt, dass eine Ehe nur durch richterliche Entscheidung geschieden werden kann.⁸³

78 KG, Beschluss vom 30.3.2020, 1 W 236/19, BeckRS 2020, 6463, zust. *Mankowski*, NZFam 2020, 453.

79 EuGH, Urteil vom 20.12.2017, *Sahyouni/Mamisch*, C-372/16, NJW 2018, 447.

80 BGH, Beschluss vom 26.8.2020, XII ZB 158/18, NJW 2020, 3592, 3598.

81 MünchKomm-FamFG/*Rauscher*, 3. Aufl. 2018, § 107 Rdnr. 26.

82 Vgl. etwa BeckOGK-BGB/*Stürmer*, Art. 6 EGBGB Rdnr. 373.

83 KG, Beschluss vom 1.12.2020, 1 VA 1001/20, BeckRS 2020, 34305.

73 Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 7 Kapitel Rdnr. 71.

74 KG, Beschluss vom 3.1.2013, 1 VA 9/12, BeckRS 2013, 1485.

75 Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 7 Kapitel 2 Rdnr. 71.

76 Vgl. dazu etwa *Raude*, notar 2020, 317, 321.

77 Vgl. dazu *Johanson*, NOZ 2020, 353.

Aus notarieller Sicht empfiehlt es sich in jedem Fall, bei Unsicherheiten hinsichtlich der Wirksamkeit einer Scheidung ein Zeugnis nach Art. 39 Brüssel-IIa-VO oder nach § 107 Abs. 1 FamFG zu erwirken. Auch im Falle des Ausnahmetatbestands der gemeinsamen Staatsangehörigkeit ist es möglich, fakultativ ein Zeugnis nach § 107 Abs. 1 FamFG zu beantragen.⁸⁴ Ein Anerkennungsverfahren nach § 107 Abs. 1 FamFG ist nach einer jüngsten BGH-Entscheidung, die auf die zitierte EuGH-Entscheidung hin erging, auch im Falle reiner Privatscheidungen möglich.⁸⁵

3. Favor creditoris im Unterhaltsrecht (KP-LO-Entscheidung des EuGH)

Auch wenn sich Notare bei unterhaltsrechtlichen Gestaltungen gerne zurückhalten, ist das Unterhaltsrecht ein fester Bestandteil der Kautelarpraxis. Im Falle der Auslandsberührung ist hierbei das anwendbare Recht besonders genau zu beleuchten, wie eine Entscheidung des EuGH zeigt. Bei Fällen mit Auslandsberührung ist wichtig zu wissen, dass das Kollisionsrecht teilweise kumulativ an mehrere Rechte anknüpft, um den Unterhaltsberechtigten zu begünstigen (sog. favor creditoris). Dies kann einer Gestaltung, die – soweit rechtlich überhaupt zulässig – Unterhaltsansprüche ausschließen möchte, entgegenlaufen.

Das Kollisionsrecht des (Erwachsenen-)Unterhalts bestimmt sich über die Verweisung in Art. 15 EuUntVO nach dem HUP. Dieses beruft in Art. 3 Abs. 1 grundsätzlich das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt der berechtigten Person zur Anwendung, wobei das Unterhaltsstatut wandelbar ist, wie Art. 3 Abs. 2 HUP zeigt. Gleichzeitig ordnet Art. 4 Abs. 2 HUP jedoch die Anwendung des Forumsrechts an, wenn die berechtigte Person nach dem gemäß Art. 3 HUP berufenen Recht keinen Unterhalt erhält.

Der EuGH entschied in diesem Zusammenhang, dass die Regel des Art. 4 Abs. 2 HUP nicht nur dann gilt, wenn nach dem gemäß Art. 3 HUP berufenen Recht überhaupt keine Unterhaltspflichten für die entsprechenden Verwandtschaftsbeziehungen bestehen.⁸⁶ Vielmehr greife Art. 4 Abs. 2 HUP auch dann, wenn das nach Art. 3 HUP berufene Recht zwar grundsätzlich eine entsprechende Unterhaltspflicht vorsehe, jedoch im konkreten Fall kein Anspruch bestehe.⁸⁷ Im Sachverhalt ging es darum, dass das nach Art. 3 HUP berufene deutsche Unterhaltsrecht keinen Unterhalt für die Vergangenheit gewährt, während ein derartiger Anspruch nach dem durch Art. 4 Abs. 2 HUP berufenen österreichischen Unterhaltsrecht bestand. Neben Art. 4 Abs. 2 HUP ist auch Art. 4 Abs. 3 HUP

zu beachten, der ebenfalls das Ziel der favor creditoris umsetzt.⁸⁸

Im Rahmen der Kautelargestaltung ist in entsprechenden Fällen zumindest daran zu denken, einen entsprechenden Risikohinweis aufzunehmen.

III. Liegenschaftsrecht

1. Auflassung vor ausländischem Notar

Der BGH entschied im Einklang mit der überwiegenden Literaturmeinung und untergerichtlichen Rechtsprechung nunmehr höchstrichterlich, dass eine Auflassung nach § 925 BGB nur vor einem deutschen Notar erfolgen kann.⁸⁹ § 925 BGB ist somit einer Substitution von vornherein nicht zugänglich. Es kommt nicht auf eine ggf. bestehende Gleichwertigkeit einer vor einem ausländischen Notar vorgenommenen Auflassung an, weil bereits die Möglichkeit der Gleichwertigkeitsprüfung nicht eröffnet ist. Dies stützt der BGH auf den Wortlaut, eine historische Auslegung und insbesondere auf die teleologische Auslegung von § 925 BGB. Nur in Deutschland bestellte Notare unterliegen den Pflichten nach §§ 925a BGB, §§ 17 und 21 BeurkG, weisen eine spezifische inländische Expertise auf, sind der inländischen Notaraufsicht unterstellt und können die Bindungswirkung nach § 873 Abs. 2 BGB herbeiführen.

In kollisionsrechtlicher Hinsicht ist ferner darauf hinzuweisen, dass für dingliche Rechtsgeschäfte in Bezug auf in Deutschland belegene Grundstücke nach Art. 11 Abs. 4 i. V. m. Art. 43 Abs. 1 EGBGB alleine das deutsche Formstatut und somit § 925 BGB anwendbar ist.⁹⁰ Eine Heranziehung ausländischer Formvorschriften ist insoweit nicht möglich.

2. Vertretungsnachweise bei Grundbucheintragung einer ausländischen Gesellschaft (hier: Limited der British Virgin Islands)

Das deutsche Grundbuchverfahrensrecht ist aus guten Gründen sehr streng, was den Nachweis von Eintragungsvoraussetzungen durch öffentliche Urkunden nach § 29 GBO betrifft. Nur auf diese Weise kann auf Dauer die Zuverlässigkeit und Wahrheit des Gutgläubensschutz vermittelnden Grundbuchs aufrechterhalten bleiben.

Zu begrüßen ist daher, dass das OLG München⁹¹ in Fortführung einer Entscheidung des OLG Jena⁹² bestätigt hat, dass diese strengen Maßstäbe auch für den Nachweis von Existenz und Vertretungsberechtigung ausländischer Gesellschaften gelten, die in das Grundbuch eingetragen werden sollen. Wenn die Anforderungen des § 29 GBO aufgrund der auslän-

84 BGH, Beschluss vom 11.7.1990, XII ZB 113/87, NJW 1990, 3081; Beschluss vom 26.8.2020, XII ZB 158/18, NJW 2020, 3592, 3593 f.; Beschluss vom 3.4.2019, XII ZB 311/17, NZFam 2019, 510.

85 BGH, Beschluss vom 11.7.1990, XII ZB 113/87, NJW 1990, 3081; Beschluss vom 26.8.2020, XII ZB 158/18, NJW 2020, 3592, 3593 f.

86 Vgl. dazu EuGH, Urteil vom 7.6.2018, C-83/17, BeckRS 2018, 10469.

87 EuGH, Urteil vom 7.6.2018, C-83/17, BeckRS 2018, 10469; zust. Arnold/Zwirlein-Forschner, GPR 2019, 262, 270.

88 Vgl. dazu EuGH, Urteil vom 20.9.2018, *Mölk/Mölk*, C-214/17, NJW 2018, 3433.

89 BGH, Beschluss vom 13.2.2020, V ZB 3/16, MittBayNot 2021, 65.

90 Dies dürfte die richtige Rechtsgrundlage für die Anknüpfung sein, vgl. Strauß, MittBayNot 2021, 65, 69 f.

91 OLG München, Beschluss vom 9.11.2020, 34 Wx 235/20, NJW-RR 2021, 42.

92 OLG Jena, Beschluss vom 22.1.2018, 3 W 322/17, BeckRS 2018, 8363.

dischen Rechtsordnung nicht vollständig erfüllt werden können, müssen zumindest alle nach dem ausländischen Recht bestehenden Möglichkeiten erschöpft werden. Dies mag für die notarielle Praxis einen gewissen Aufwand bedeuten, ist aber notwendig.

Im konkreten Fall ging es um den Nachweis der Existenz einer Limited der British Virgin Islands und der Vertretungsberechtigung ihres director, wiederum eine Limited, sowie den entsprechenden Nachweis der Existenz dieser Limited und der Vertretungsberechtigung einer hierfür handelnden natürlichen Person. Über einen Zeitraum von fünf Jahren wurden dem Grundbuchamt vom Notar zahlreiche Unterlagen vorgelegt (u. a. certificate of good standing, certificate of incumbency sowie eine „Unterschriftsbeglaubigung“ eines ortsansässigen notary public samt Apostille, sodann auch eine Bestätigung des registrar of Corporate Affairs und die Einsichtnahme des deutschen Notars in diese Bestätigung, schließlich auch alle Dokumente in deutscher Übersetzung).

Das OLG München entschied richtigerweise, dass durch diese Nachweise Existenz und (Einzel-)Vertretungsberechtigung nicht hinreichend nachgewiesen seien. Den vorgelegten Dokumenten sei gemein, dass sie hinsichtlich der maßgeblichen Nachweise nur auf einer Einsichtnahme in das Register beruhen. Dies reiche nach dem Rechtsgedanken des § 32 GBO aber nur dann aus, wenn das entsprechende Register mit dem deutschen vergleichbar sei, also ebenfalls eine inhaltliche Prüfungspflicht des Registers vorsehe und auch einen Nachweis der der Eintragung zugrundeliegenden Tatsachen verlange. Dies sei beim Register der British Virgin Islands nicht der Fall; überdies sei die Übermittlung an das Register nur fakultativ.

Das Gericht führt sodann detailliert aus, auf welche Art im konkreten Fall der Nachweis zu führen gewesen wäre. Hierfür werden zwei Alternativen aufgezeigt:

Zum einen kann der Nachweis durch Nachweis der hierzu vorhandenen Unterlagen selbst geführt werden. Dies sind hier

- eine mit einer besonderen Versicherung der Richtigkeit versehene Bescheinigung des registered agent der Gesellschaft, dass die handelnde Person director ist, im Original mit Unterschriftsbeglaubigung, Apostille und deutscher Übersetzung,
- eine Bescheinigung des von der British Virgin Islands Services Commission eingesetzten Registrar of Corporate Affairs, dass der Aussteller der oben genannten Bescheinigung tatsächlich der registered agent der Gesellschaft ist, im Original, mit Apostille und in beglaubigter deutscher Übersetzung,
- für die als director handelnde Limited dieselben Nachweise.

Alternativ ist es auch möglich, eine Bestätigung eines auf den British Virgin Islands bestellten notary public beizubringen. Diese darf sich nicht auf Abschrifts- oder Unterschriftsbeglaubigungen beschränken. Vielmehr muss sie in Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 21 BNotO ein materiellrechtliches Rechtsgutachten des notary public enthalten, welches die Vertretungsbefugnis begutachtet und auch auf die dem Gutachten zugrunde liegenden Unterlagen und Tatsachen ein-

geht. In der Regel dürfte ein derartiges Gutachten des notary public praktikabler sein.⁹³ Eine reine Registereinsicht durch den notary public reicht nicht aus.

3. Ausländisches Güterrecht im Grundbuchverfahren

Ehegatten, die aus deutscher Sicht einem ausländischen Güterrecht unterstehen, führen in der notariellen Praxis oftmals zu Schwierigkeiten, die auch spontan auftreten können. Dies betrifft insbesondere Fragen der Eintragung dieser Personen im Grundbuch. Dementsprechend zahlreich sind die hierzu ergehenden Entscheidungen.

Eine pauschale Lösung ist hierbei selten zielführend, wenngleich die „Faustformel“, dass bei Unsicherheiten in der Regel eine Eintragung zum Bruchteilseigentum unter Mitwirkung beider Ehegatten erfolgen sollte,⁹⁴ zweifellos richtig ist. Dennoch ist anzuraten, das nach dem Einzelfall anwendbare materielle ausländische Güterrecht näher zu beleuchten und die notarielle Gestaltung bzw. die Antragstellung gegenüber dem Grundbuchamt danach auszurichten. Diesen Grundsatz bringen zwei Entscheidungen des OLG München und des OLG Oldenburg abermals zum Ausdruck. Die Entscheidung des OLG München betraf Ehegatten, die als Eigentümer in Gütergemeinschaft dänischen Rechts im Grundbuch eingetragen waren. Dennoch betrachtete das Gericht die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek an dem Eigentumsanteil eines der Ehegatten für zulässig. Denn die Gütergemeinschaft dänischen Rechts ist funktionell eine Gütertrennung mit auf die Beendigung der Ehe aufgeschobener Gütergemeinschaft. Entgegen der insoweit irreführenden Benennung ist nach dänischem Güterrecht also durchaus eine eigenständige Vermögenszuordnung an den jeweiligen Ehegatten möglich.⁹⁵ Das OLG Oldenburg hatte darüber zu befinden, ob und wie ein (ohne seine Ehegattin handelnder) Grundstückserwerber, der nach gesetzlichem Güterstand niederländischen Rechts lebt, ins Grundbuch einzutragen ist. Bisher wurde vertreten, dass hier nur eine Auflassung an beide Ehegatten und eine Eintragung beider Ehegatten in Gütergemeinschaft möglich sei, weil es sich beim niederländischen gesetzlichen Güterstand um eine Gütergemeinschaft handle. Das OLG Oldenburg unterzieht nun aber das niederländische materielle Güterrecht einer näheren Betrachtung und kommt zu dem Ergebnis, dass das niederländische Recht durchaus eine dingliche Zuordnung an einen Ehegatten erlaubt, weil es den Erwerb eines Grundstücks durch einen Ehegatten zulässt. In das Gesamtgut der Ehegatten gelangt das Grundstück sodann durch gesetzliche Anordnung, nicht aber durch Auflassung an beide Ehepartner und Eintragung derselben im Grundbuch. Daher ist es nunmehr ausreichend, den Erwerber alleine einzutragen und die Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses im Grundbuch lediglich nach § 47 GBO zu vermerken.⁹⁶ Diese Entscheidung ist zu

⁹³ Reichard, GWR 2021, 102.

⁹⁴ Weber, MittBayNot 2017, 22, 28.

⁹⁵ OLG München, Beschluss vom 27.10.2020, 34 Wx 568/19, BeckRS 2020, 31522 Rdnr. 20 ff.

⁹⁶ OLG Oldenburg, Beschluss vom 11.2.2019, 12 W 143/17, MittBayNot 2019, 386.

begrüßen; das OLG Oldenburg folgt damit einer in der notariellen Fachliteratur schon länger bestehenden Meinung.⁹⁷

Die bereits erwähnte „Faustformel“ der Eintragung nach Bruchteilen wird durch eine Entscheidung des OLG Düsseldorf bestätigt. Es sollte an Ehegatten, die in Errungenschaftsgemeinschaft weißrussischen Rechts lebten, ein Grundstück aufgelassen und im Vorfeld eine Auflassungsvormerkung eingetragen werden. Mit Blick auf die Vormerkung entschied das Gericht so kurz wie richtig, dass insoweit der Güterstand keine Rolle spielt, weil die Vormerkung nur eine spätere Eintragung vorbereitet.⁹⁸ Dies wird durch die Kontrollüberlegung gestützt, dass die Ehegatten bis zur Eigentumseintragung ja noch in die Gütertrennung wechseln könnten. Lediglich wenn der Güterstand bereits die Begründung eines entsprechenden Anspruchs auf Verschaffung von Bruchteilseigentum ausschliesse, wäre dies für die Vormerkung von Bedeutung. Das dürfte aber fernliegend sein. Obiter dictum bringt das Gericht zum Ausdruck, dass auch die Auflassung an die Ehegatten als Bruchteilseigentümer unschädlich sei, weil auch diese Auflassung einen gesamthänderischen Erwerb durch die Ehegatten ermögliche. Zudem war gegenüber dem Grundbuchamt ohnehin der Antrag auf Eintragung in Errungenschaftsgemeinschaft beabsichtigt.⁹⁹

Zwei weitere interessante Entscheidungen in diesem Zusammenhang betreffen Nischenthemen, weshalb sie nur kurz skizziert werden sollen. Das OLG Düsseldorf entschied, dass ein Nachlassgericht ein Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft nach § 1507 BGB auch in Bezug auf ein dem deutschen Rechtszustand vergleichbares ausländisches (in diesem Fall: dänisches) Güterrecht erteilen darf.¹⁰⁰ Dogmatisch dürfte dies dahin gehend einzuordnen sein, dass in § 1507 BGB eine verfahrensrechtliche Vorschrift gesehen wird, die nach dem lex-foi-Grundsatz auch dann anzuwenden ist, wenn das Güterrechtsstatut ausländisch ist. In der Entscheidung ging das Gericht noch von einer internationalen Zuständigkeit des Nachlassgerichts nach § 343 Abs. 3 FamFG aus; ob dies sub specie der oben beschriebenen *Oberle*-Entscheidung des EuGH weitergilt, erscheint zumindest zweifelhaft. Schließlich hatte sich der BGH mit der Konstellation zu befassen, dass ein texanisches Gericht im Rahmen eines Scheidungsverfahrens den Anteil eines Ehegatten an der Besitz-GbR für ein in Deutschland belegenes Grundstück mit dinglicher Wirkung auf den anderen Ehegatten übertragen hatte. Die dogmatisch sehr tiefgründige Entscheidung, die an dieser Stelle nur angerissen werden soll, geht richtigerweise davon aus, dass ein Exequatur-Urteil nicht erforderlich sei. Aufgrund der aufgrund des Urteils dinglich, nicht nur schuldrechtlich wirksamen Übertragung des Anteils sei nämlich keine Vollstreckung notwendig; es komme lediglich darauf an, ob die Entscheidung inzident anzuerkennen ist. Die Anerkennung

richtet sich hierbei nach §§ 108, 109 FamFG. Der BGH bejahte im Ergebnis eine Anerkennungsfähigkeit und verneinte insbesondere das Anerkennungshindernis der fehlenden spiegelbildlichen Zuständigkeit nach § 109 Abs. 1 Nr. 1 FamFG.¹⁰¹

IV. Gesellschaftsrecht

Um das internationale Gesellschaftsrecht ist es in jüngster Zeit etwas ruhiger geworden. Dies wird allerdings nicht so bleiben, steht doch in absehbarer Zeit die Umsetzung der europäischen Umwandlungsrichtlinie an.¹⁰²

1. Substitution

Nicht unerwähnt bleiben sollen an dieser Stelle jedoch zwei Entscheidungen des KG zur Substitutionsfähigkeit von Beurkundungen durch Schweizer Notare im Gesellschaftsrecht. Bekanntlich ist Art. 11 EGBGB auf Formvorschriften des Gesellschaftsrechts nicht anwendbar.¹⁰³ Vielmehr werden Formvorschriften im Zusammenhang mit Gesellschaften unter das Personalstatut der Gesellschaft gefasst. Bei einer deutschen Gesellschaft sind also immer die Formvorschriften des deutschen Gesellschaftsrechts anzuwenden; die nach Art. 11 Abs. 1 EGBGB mögliche Ortsform reicht also nicht aus.

Dies führt dazu, dass eine Beurkundung im Ausland allenfalls im Wege der Substitution das Beurkundungserfordernis des deutschen Rechts erfüllen kann. Das KG sah die Voraussetzungen der Substitution, also Substituierbarkeit und Gleichwertigkeit, in zwei Fällen als gegeben an, nämlich bei der Beurkundung der Gründung einer deutschen GmbH durch einen Notar in Bern¹⁰⁴ sowie bei der Beurkundung einer Verschmelzung zweier deutscher GmbH durch einen Notar in Basel.¹⁰⁵ Diese Entscheidungen haben zu Recht Kritik herausgefordert.¹⁰⁶ Insbesondere ist die Gleichwertigkeitsprüfung des KG dogmatisch zweifelhaft, da das Gericht eine konkrete Betrachtung des Einzelfalls vornimmt und etwa darauf abstellt, dass die Schweizer Notare im Einzelfall die deutsche Beurkundung, insbesondere das Verlesen, nachgestellt haben. Richtig ist aber eine abstrakt-typisierte Gleichwertigkeitsprüfung. Alles andere würde zu divergierenden Einzelfallentscheidungen führen, die Registergerichte überlasten sowie Sinn und Zweck der funktionellen Gleichwertigkeitsprüfung untergraben.¹⁰⁷ Die

¹⁰¹ BGH, Beschluss vom 16.5.2019, V ZB 101/18, NJW 2019, 3575.

¹⁰² Siehe dazu statt vieler *Stelmaszczyk*, notar 2021, 107 und 147.

¹⁰³ KG, Beschluss vom 24.1.2018, 22 W 25/16, DNotZ 2019, 134, 136 m. w. N.

¹⁰⁴ KG, Beschluss vom 24.1.2018, 22 W 25/16, DNotZ 2019, 134.

¹⁰⁵ KG, Beschluss vom 24.1.2018, 22 W 25/16, DNotZ 2019, 141.

¹⁰⁶ *Cramer*, DStR 2018, 746; *Cziupka*, EWIR 2018, 137; *Diehn*, DNotZ 2019, 146; *Heckschen*, DB 2018, 685; *Hermanns*, RNotZ 2018, 271; *Herrler*, NJW 2018, 1787; *Lieder*, ZIP 2018, 805; *Mayer/Barth*, IWRZ 2018, 128; *Pogorzelski*, notar 2018, 403; *Stelmaszczyk*, GWR 2018, 103; *Stelmaszczyk*, RNotZ 2019, 177; *Strauß*, MittBayNot 2021, 65, 72; *Szalai*, GWR 2018, 137; *J. Weber*, MittBayNot 2018, 215; *Wicke*, GmbH 2018, 380.

¹⁰⁷ Vgl. dazu etwa *Diehn*, DNotZ 2019, 146, 147; *Herrler*, NJW 2018, 1787, 1788; *Stelmaszczyk*, GWR 2018, 103, 105; *Strauß*, MittBayNot 2021, 65, 72; MünchKomm-BGB/von Hein, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rdnr. 257.

⁹⁷ *Weber*, MittBayNot 2017, 22; *Süß*, Rpfleger 2003, 53, 60; Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 7 Kapitel 4 Rdnr. 325 f.

⁹⁸ OLG Nürnberg, Beschluss vom 2.7.2020, 15 W 985/20, BeckRS 2020, 15424 Rdnr. 15.

⁹⁹ OLG Nürnberg, Beschluss vom 2.7.2020, 15 W 985/20, BeckRS 2020, 15424 Rdnr. 17 f.

¹⁰⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.12.2019, 3 Wx 86/19, ZEV 2020, 225.

oben bereits zitierte Entscheidung des BGH zur Auflassung vor einem ausländischen Notar äußert sich obiter dictum auch zur Frage der Substitution und bezeichnet diese im Gesellschaftsrecht als „anerkannt“.¹⁰⁸ Hierbei lässt der BGH jedoch eine Differenzierung zwischen gesellschaftsrechtlichen Strukturmaßnahmen und sonstigen gesellschaftsrechtlichen Vorgängen vermissen. Zudem handelt es sich um eine nicht entscheidungserhebliche Randäußerung des für Gesellschaftsrecht nicht zuständigen V. Zivilsenats. Es ist daher weiterhin davon auszugehen, dass das Beurkundungserfordernis zumindest bei Strukturmaßnahmen hinsichtlich deutscher Gesellschaften nur durch einen deutschen Notar rechtsicher erfüllt werden kann.

2. Auswirkungen des Brexit

Der Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union und der Ablauf der Übergangsphase zum 31.12.2020 haben zur Folge, dass das Vereinigte Königreich nunmehr als Drittstaat gilt und nicht mehr als EU-Mitgliedstaat behandelt wird. Mit Blick auf das Gesellschaftsrecht bedeutet dies insbesondere, dass die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49, 54 AEUV auf britische Gesellschaften keine Anwendung mehr findet. Das Handels- und Kooperationsabkommen zwischen der EU und Großbritannien dürfte diese Niederlassungsfreiheit nicht mehr gewähren.¹⁰⁹ Infolgedessen dürfte aus deutscher Sicht auf britische Gesellschaften nicht mehr die Gründungs-, sondern die Sitztheorie anzuwenden sein.¹¹⁰ Dies bedeutet, dass für das Gesellschaftsstatus nach britischem Recht gegründeter Gesellschaften nunmehr an den tatsächlichen Verwaltungssitz anzuknüpfen ist. Derlei Gesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland dürften ab 1.1.2021 nunmehr in aller Regel als deutsche OHG, GbR oder als Einzelkaufmann zu qualifizieren sein.¹¹¹ Die anlässlich des Brexit gewährten erweiterten Verschmelzungsmöglichkeiten¹¹² haben aufgrund des Ablaufs der Brexit-Übergangsphase weitgehend ihre praktische Bedeutung verloren, weshalb hierauf an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden soll.

V. Berufs- und Beurkundungsrecht

Auch aus dem Berufs- und Beurkundungsrecht sollen kurz einige aktuelle Fragestellungen skizziert werden, die bei Fällen mit Auslandsberührung von Bedeutung sein können.

1. Elektronische Apostille

Mittlerweile sind zahlreiche Staaten dazu übergegangen, ihre Apostille zumindest optional in elektronischer Form anzubieten.¹¹³ Dies erscheint angesichts der zunehmenden Etablierung des elektronischen Rechtsverkehrs folgerichtig und sinnvoll. Auch das Haager Apostillenübereinkommen dürfte einer elektronischen Apostille zumindest im Grundsatz nicht entgegenstehen.¹¹⁴ Allerdings ergeben sich praktische Schwierigkeiten dadurch, dass keine einheitlichen technischen Standards für derartige Apostillen existieren. Die Ausgestaltung der Sicherheitsanforderungen divergiert stark. Dies führt insbesondere beim deutschen Grundbuch- und Registerverkehr zu Schwierigkeiten, soweit ein entsprechendes Dokument in öffentlicher Form vorzulegen ist.¹¹⁵ Es ist anzuraten, soweit möglich die Apostille in Papierform beizubringen. Mit Blick auf Staaten, in denen keine papierförmige Apostille mehr zu erlangen ist, wird man sich mit der elektronischen Apostille begnügen müssen. Für die Zukunft ist zu wünschen, dass sich die Mitgliedstaaten des Übereinkommens auf einheitliche technische Standards einigen, die ein hohes Sicherheitsniveau aufweisen und dennoch eine einfache Echtheitsüberprüfung ermöglichen.¹¹⁶

2. Verwendung notariell beglaubigter Dokumente im Ausland

Hingewiesen werden soll außerdem auf das Rundschreiben Nr. 2/2019 der BNotK,¹¹⁷ das sich mit der Verwendung notariell beglaubigter Dokumente im Ausland beschäftigt. Die Prüfpflicht des Notars bei einer Abschrifts- und Unterschriftsbeglaubigung ist eingeschränkt und beschränkt sich im Wesentlichen auf die Übereinstimmungs- bzw. Identitätsprüfung. Aufgrund der nicht zuletzt durch das notarielle Siegel zum Ausdruck gebrachten öffentlichen Amtsträgerstellung können bei der Verwendung beglaubigter Dokumente im Ausland Fehlvorstellungen hinsichtlich des Prüfungsumfangs des Notars hervorgerufen werden. Dem sollte möglichst durch einen entsprechend deutlich gestalteten Belehrungshinweis begegnet werden. Eine besondere Missbrauchsanfälligkeit besteht auch bei einer Abschriftsbeglaubigung ausländischer öffentlicher Urkunden. Hier kann ggf. das eigentlich notwendige Legalisations- oder Apostillierungsverfahren umgangen werden. Auch insoweit ist ein Hinweis des Notars ratsam, dass er die Amtsbefugnis des Urhebers der öffentlichen Urkunde nicht geprüft hat.

¹⁰⁸ BGH, Beschluss vom 13.2.2020, V ZB 3/16, MittBayNot 2021, 65, 65 f.

¹⁰⁹ BGH, Beschluss vom 16.2.2021, II ZB 25/17, NZG 2021, 702; Schollmeyer, NZG 2021, 692, 694 f.; Knaier, GmbHR 2021, 488, 489; a. A. wohl Fischer, NZG 2021, 483.

¹¹⁰ Vgl. dazu etwa BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, NZG 2009, 68, 70; Beschluss vom 8.10.2009, IX ZR 227/06, BeckRS 2009, 28205; Urteil vom 29.1.2003, VIII ZR 155/02, NZG 2003, 531; Teichmann/Knaier, EuZW-Sonderausgabe 1/2020, 14, 18; Zwirlein/Großrichter/Gätsch, NZG 20 817, 1041, 1042.

¹¹¹ Schollmeyer, NZG 2021, 692, 693.

¹¹² Vgl. dazu etwa Luy, DNotZ 2019, 484, 485 ff.

¹¹³ Vgl. dazu näher Kienzle/Forschner, DNotZ 2020, 724, 726.

¹¹⁴ Haager Konferenz für Internationales Privatrecht, Handbuch über die praktische Durchführung des Apostille-Übereinkommens Rdnr. 170 ff., Rdnr. 323, <https://www.hcch.net/de/publications-and-studies/details/4/?pid=5888> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021); Kienzle, NJW 2020, 1712, 1715; Kienzle/Forschner, DNotZ 2020, 724, 728; Fuchs, IPRax 2020, 302, 303.

¹¹⁵ Kienzle/Forschner, DNotZ 2020, 724, 729 f.; ähnlich Bormann/Stelmaszczyk, NZG 2019, 601, 608.

¹¹⁶ Kienzle/Forschner, DNotZ 2020, 724, 731 f. Unkritisch Fuchs, IPRax 2020, 302, 304.

¹¹⁷ BNotK, Rundschreiben Nr. 2/2019 vom 13.5.2019, abrufbar unter https://www.bnotk.de/fileadmin/user_upload_bnotk/Rundschreiben/2019/BNotKRS_2019_02.pdf (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

3. Missbräuchliche Vaterschaftsanerkennungen und Mutterzustimmungen

Schließlich soll in diesem Zusammenhang auch für die Vorschrift des § 1597a BGB sensibilisiert werden. Diese – rechtstechnisch verunglückte¹¹⁸ – Vorschrift soll missbräuchliche Vaterschaftsanerkennungen und Mutterzustimmungen verhindern, die zu dem Zweck erfolgen, einen Aufenthaltsstatus zu erlangen. Die Vorschrift greift nunmehr im Vorfeld und nimmt – im Nachgang zu einer Entscheidung des BVerfG, die einen nachträglichen Wegfall des Aufenthaltsstatus für unzulässig erklärt¹¹⁹ – die Urkundsperson selbst in die Pflicht. Im Falle von Anhaltspunkten für eine Missbräuchlichkeit ist die Beurkundung auszusetzen und dies der Ausländerbehörde mitzuteilen, § 1597a Abs. 2 Satz 1 BGB. Trotz der berechtigten Kritik an § 1597a BGB müssen Notare diese Vorschrift bei der Beurkundung von Vaterschaftsanerkennungen und Mutterzustimmungen immer im Blick behalten.

¹¹⁸ *Dörig*, NVwZ 2020, 106; *Bouhatta*, NVwZ 2018, 1103; *Balzer*, NZFam 2018, 5; *Stern*, NZFam 2017, 740.

¹¹⁹ BVerfG, Beschluss vom 17.12.2013, 1 BvL 6/10, NJW 2014, 1364.

BUCHBESPRECHUNGEN

Stefan Gottwald/Stefan Behrens:

Grunderwerbsteuer, Handbuch für die Beratungs- und Gestaltungspraxis

6. Aufl., Wolters Kluwer, 2021. 640 S., 89 €

Von Notar Dr. **Eckhard Wälzholz**, Füssen

Das von Dr. *Stefan Gottwald*, Notar a. D. in Bayreuth, begründete Handbuch für die Gestaltungs- und Beratungspraxis Grunderwerbsteuer ist weiterhin dem Notariat verpflichtet, auch wenn seit dem Ausscheiden von Dr. *Stefan Gottwald* aus der Bearbeitung kein Notar mehr zur Autorenschaft gehört. Dennoch setzen die Autoren das praxisorientierte Grunderwerbsteuerhandbuch im Sinne des Begründers Dr. *Stefan Gottwald* fort. Wissenschaftlicher Ballast, der für die praktische Anwendung des GrEStG nicht erforderlich ist, wird vermieden. Das Buch hat stets die Sichtweise und Belange der Praxis vor Augen.

Die nunmehr sechste Auflage des Handbuches Grunderwerbsteuer von *Gottwald/Behrens* erscheint sechs Jahre nach der fünften Auflage. Zwischenzeitlich hat sich im Grunderwerbsteuerrecht viel getan. Das Jahr 2018 hat zahlreiche Neufassungen der gleichlautenden Ländererlasse¹ im Bereich der besonders komplizierten Normen des § 1 Abs. 2 a, § 1 Abs. 3, § 1 Abs. 3a GrEStG mit sich gebracht. Die Frage der bisher stets vom BFH propagierten Pro-Kopf-Betrachtung im Rahmen des § 1 Abs. 3 GrEStG bei grundbesitzenden Personengesellschaften wurde durch die BFH-Entscheidung vom 27.5.2020, II R 45/17² infrage gestellt und insoweit grundlegend im neu erschienenen Handbuch kommentiert. Bahnbrechend sind die zahlreichen BFH-Urteile zur Konzernumwandlung nach § 6a GrEStG vom 21./22.8.2020 einschließlich des

dazu ergangenen gleichlautenden Ländererlasses.³ Wer sich selbst gelegentlich bei dem Gedanken erwischen sollten, dass es ja auch ausreichend sei, sich jede zweite Auflage eines lieb gewonnenen Buches zu gönnen, dem kann im vorliegenden Fall nur dringend geraten werden, diesen Gedanken für diese Neuauflage schnell wieder ad acta zu legen und diese Auflage nicht zu überspringen.

Das Handbuch Grunderwerbsteuer befindet sich auf dem Rechtsstand von Februar 2021. Aufgrund dessen konnte leider noch nicht die zwischenzeitlich verabschiedete Reform der Grunderwerbsteuer zu Share-Deals, insbesondere § 1 Abs. 2b GrEStG berücksichtigt werden. Das Gesetzgebungsverfahren befand sich bei Abschluss der Manuskriptarbeiten noch im Schlummerzustand und konnte erst nach Erscheinen des neuen Werkes zum Abschluss gebracht werden.⁴ Gleiches gilt für die beiden weiteren GrESt-Reformen von Mitte 2021 (Gesetz zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts – KöMoG⁵ und Gesetz zur Abwehr von Steuervermeidung und unfairem Steuerwettbewerb⁶ StAbwG).

Inhaltlich ist hervorzuheben:

- Wird für einen Grundstückskauf zur Umsatzsteuer optiert, so führt dies nicht mehr zu einer Erhöhung der Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer, Kapitel 1 Rdnr. 21 ff.
- In Kapitel 2 Rdnr. 37 zeigt sich die Aktualität des Handbuchs Grunderwerbsteuer: Dort ist bereits die BFH-Entscheidung vom 16.9.2020, II R 49/17, BB 2021, 213 berücksichtigt, wonach die mitverkaufte Instandhaltungsrücklage beim Verkauf einer Eigentumswohnung ebenfalls in die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer einzubeziehen ist. Diese

1 Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 12.11.2018, S 4501, BStBl. I 2018, S. 1314 = DB 2018, 3091 zu § 1 Abs. 2a GrEStG; gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 12.11.2018, S 4514, BStBl. I 2018, S. 1334 zu § 5, 6 GrEStG; gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 19.9.2018, S 4501, BStBl. I 2018, S. 1056 = DB 2018, 2721 zur Organschaft i. S. d. § 1 Abs. 4 GrEStG; gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 19.9.2018, S 4501, BStBl. I 2018, S. 1074 = DB 2018, 2602 zu Treuhandverhältnissen; gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 19.9.2018, S 4505, BStBl. I 2018, S. 1069 = DStR 2018, 2211 = DB 2018, 2605 zu § 1 Abs. 3 GrEStG; gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 19.9.2018, S 4501, BStBl. I 2018, S. 1078 = DB 2018, 2538 = DStR 2018, 2213.

2 ZIP 2020, 2517.

3 BFH, Urteil vom 22.8.2019, II R 17/19 (II R 58/14), BStBl. II 2020, S. 348; Urteil vom 22.8.2019, II R 18/19 (II R 62/14), BStBl. II 2020, S. 352; Urteil vom 21.8.2019, II R 15/19 (II R 50/13), BStBl. II 2020, S. 329; Urteil vom 21.8.2019, II R 16/19 (II R 36/14), BStBl. II 2020, S. 333; Urteil vom 21.8.2019, II R 19/19 (II R 63/14), BStBl. II 2020, S. 337; Urteil vom 21.8.2019, II R 20/19 (II R 53/15), BStBl. II 2020, S. 341; Urteil vom 21.8.2019, II R 21/19 (II R 56/15), BStBl. II 2020, S. 344; gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 22.9.2020, o. Az., BStBl. I 2020, S. 960.

4 BGBl. 2021 I, S. 986 vom 17.5.2021.

5 Gesetz vom 25.6.2021, BGBl. I 2021, 2050 ff.

6 Gesetz zur Abwehr von Steuervermeidung und unfairem Steuerwettbewerb und zur Änderung weiterer Gesetze vom 25.6.2021, BGBl. I 2021, 2056 ff.

Entscheidung wird inzwischen auch von der Finanzverwaltung angewandt und ist im BStBl. veröffentlicht.

- Zutreffend weisen *Gottwald/Behrens* in Kapitel 2 Rdnr. 38 darauf hin, dass Dauerwohnrechte und Dauernutzungsrechte dazu genutzt werden können, das wirtschaftliche Eigentum an Gebäuden zu übertragen, ohne dabei Grunderwerbsteuer auszulösen, da ein Dauerwohn- und Dauernutzungsrecht kein Grundstück im Sinne des Grunderwerbsteuerrechtes darstellt und auch keine wirtschaftliche Verwertungsbefugnis des belasteten Grundstücks gemäß § 1 Abs. 2 GrEStG eintritt.
- Im Kapitel 2 Rdnr. 76 a ist bereits die Neufassung des § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG durch das JStG 2020 in Fällen der Flurbereinigung berücksichtigt.
- Im Kapitel 2 Rdnr. 103 ff. wird sehr praxisnah die Einschränkung der sog. Zwischenhandelstatbestände nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 ff. GrEStG durch die Verfolgung eigener wirtschaftlicher Interessen geschildert.
- Nach Kapitel 2 Rdnr. 141 ist die Einbringung *quoad sortem* grunderwerbsteuerpflichtig nach § 1 Abs. 2 GrEStG. Diese Gesetzesauslegung ist meines Erachtens keineswegs zwingend.⁷
- Zutreffend kritisieren die Autoren des Handbuches Grunderwerbsteuer in Kapitel 2 Rdnr. 276, dass im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2a GrEStG mittelbare Gesellschafterwechsel auch außerhalb der gesetzlich eigentlich geregelten Fünfjahresfrist zu einem Grunderwerbsteuertatbestand führen können sollen. Die Auffassung der Finanzverwaltung in den gleichlautenden Ländererlassen der obersten Finanzbehörden der Länder vom 12.11.2018⁸ ist abzulehnen. Es ist

zu hoffen, dass der BFH zeitnah Gelegenheit findet, zu dieser Frage Stellung zu nehmen.

- Die wirtschaftliche Übertragung bzw. Zuordnung von Gesellschaftsanteilen kann zu einem mittelbaren Anteilsübergang im Rahmen des § 1 Abs. 3 GrEStG führen.⁹
- Zutreffend differenziert das Handbuch Grunderwerbsteuer in Kapitel 2 Rdnr. 400 zur Anwendung der Steuerbefreiung nach § 5 GrEStG bei Einbringung von Gesellschaftsanteilen in eine Personengesellschaft wie folgt: Werden bereits vereinigte Anteile an einer grundstückshaltenden GmbH in eine Personengesellschaft eingebracht, so ist der Vorgang nach § 5 Abs. 1 GrEStG ggf. grunderwerbsteuerbefreit. Sofern hingegen durch die Anteilsabtretung an die Personengesellschaft erstmalig eine Anteilsvereinigung nach § 1 Abs. 3 Nr. 1, 2 GrEStG eintritt, findet die Begünstigung nach § 5 GrEStG hingegen keine Anwendung.¹⁰

Eines der großen Glanzstücke des Handbuches Grunderwerbsteuer ist die Kommentierung zu § 6a GrEStG in Kapitel 4 Rdnr. 77 ff. Charakterisieren lässt sich dieses Kapitel nur knapp wie folgt: Hochreck, Präzision und Verständlichkeit! Die Erläuterungen hierzu lassen keine Fragen unbeantwortet.

Nach alledem ist das Handbuch Grunderwerbsteuer in seiner aktuellen, sechsten Auflage jedem steuerrechtlich interessierten Notar uneingeschränkt zur Anschaffung zu empfehlen. Es ist aktuell, umfassend, gut verständlich, praxisbezogen, gestaltungs- und leserfreundlich. Es wird sogar Notare, die das Steuerrecht scheuen, überzeugen und vielleicht sogar begeistern können.

⁷ Siehe *Jacobsen*, UVR 2009, 150 ff.

⁸ BStBl. I 2018, S. 1314 Tz. 6.

⁹ Siehe Kapitel 2 Rdnr. 327 unter Hinweis auf BFH, Beschluss vom 22.1.2019, II B 98/17, BFH/NV, 2019, 412.

¹⁰ BFH, Urteil vom 2.4.2008, II R 53/06, BStBl. II 2009, S. 544.

Joachim Püls, Christian Gerlach:

NotAktV und Elektronisches Urkundenarchiv

Deutscher Notarverlag, 2021. 170 S., 59 €

Von Notar Dr. **Fabian Vilgertshofer**, Neukirchen b. Hl. Blut

Die Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse (NotAktVV) wurde am 28.10.2020 im BGBl. verkündet und ist in Teilen bereits am 29.10.2020 in Kraft getreten.¹ Der weit überwiegende Teil der Vorschriften gilt erst ab dem 1.1.2022, zeitgleich mit Inbetriebnahme des Elektronischen Urkundenarchivs. Die NotAktVV beruht auf § 36 BNotO und § 59 BeurkG, die mit dem Urkundenarchivgesetz² eingeführt wurden und bereits am 9.6.2017 in Kraft getreten sind. Zusammen mit einer Reihe weiterer, mit dem Urkundenarchivgesetz zeitlich gestaffelt eingeführter Vorschriften bildet die NotAktVV künftig die rechtliche Grundlage für die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und löst damit die DONot in diesem bedeutenden Teilbereich ab. Für die DONot wird künftig nur noch ein entsprechend reduzierter Anwendungsbereich verbleiben, der eine Überarbeitung erforderlich macht.

Die Autoren des besprochenen Werks verfügen über langjährige Expertise im Bereich des elektronischen Rechtsverkehrs und haben die Entstehung der NotAktVV eng begleitet. Diese Expertise spiegelt sich in dem innovativen Werk wider, das – passend zum Inhalt – ausschließlich als vollverlinkte, elektronische Broschüre verfügbar ist. Das 170 Seiten umfassende, kompakte Werk gliedert sich in sieben Abschnitte, die jeweils intelligent durch Links miteinander verknüpft sind. Auf diese Weise wird es dem Leser ermöglicht, das komplexe Normengeflecht der NotAktVV im Zusammenspiel mit den auf dem Urkundenarchivgesetz beruhenden Vorschriften und deren unterschiedlichen Einsatzzeitpunkten zu durchdringen und einen schnellen, praxisgerechten Zugriff auf die Regelungsmaterie zu erhalten.

Bereits die Einführung enthält wichtige Hintergrundinformationen zur Verordnungsgeschichte. Die Autoren setzen sich darin unter anderem kritisch mit der Vorschrift des § 16 Abs. 1 NotAktVV auseinander, der aufgrund von Beschlussempfehlungen im abschließenden Bundesratsverfahren ergänzt wurde und von diesen als systemwidrig eingestuft wird. Die Vorschrift verpflichtet dazu, im Urkundenverzeichnis zu vermerken, wann eine Verfügung von Todes wegen dem AG gemäß § 34 Abs. 1 und 2 BeurkG zur besonderen amtlichen Verwahrung abgeliefert wurde. Wie sich aus der Begründung des Zustimmungsbeschlusses des Bundesrats vom 18.9.2020 ergibt, sollte mit der Ergänzung des § 16 Abs. 1 NotAktVV die aufsichtliche Prüfung der Einhaltung der Ablieferungspflicht aus § 34 Abs. 1 Satz 4 BeurkG erleichtert werden.³ Erwähnenswert erscheint in diesem Zusammenhang auch die eben-

falls erst im Bundesratsverfahren eingefügte, dem bisherigen § 20 Abs. 2 DONot entlehnte Vorschrift des § 31 Abs. 1 Nr. 1 b) NotAktVV, wonach in der Urkundensammlung ein Ausdruck der Bestätigung oder der Bestätigungen über die Registrierung im Zentralen Testamentsregister (ZTR) zu verwahren ist. Dieser Ausdruck muss anschließend wegen § 34 Abs. 1 NotAktVV wieder in die elektronische Form überführt werden, damit der Inhalt von Urkundensammlung und elektronischer Urkundensammlung übereinstimmt, was aufgrund des Automatismus zu einem zwingenden und eigentlich zu vermeidenden Medienbruch führt.

Nach der Einführung legen die Autoren sodann den Rahmen für die weiteren Ausführungen, indem sie die Verordnungsermächtigung der NotAktVV in § 36 BNotO und § 59 BeurkG kurz kommentieren. Dabei wird konsequenterweise auch auf § 35 Abs. 1 und 2 BNotO eingegangen, die zum Verständnis der Verordnungsermächtigung unerlässlich sind und den formellgesetzlichen Ausgangspunkt für die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse bilden. Bevor in den Abschnitten vier und fünf der Verordnungstext und die Verordnungsbegründung wiedergegeben werden, erfolgen in Abschnitt drei wichtige Hinweise zum Aufbau der NotAktVV. Darin sind neben einer hilfreichen tabellarischen Übersicht der Zeitpunkte des Inkrafttretens auch nützliche Schaubilder enthalten, in denen die bisherige Rechtslage der neuen Rechtslage gegenübergestellt wird. Die Wiedergabe des Verordnungstexts und der Verordnungsbegründung, die für sich genommen schon eine gute Kommentierung der neuen Vorschriften darstellt, ist angereichert mit hilfreichen Erläuterungen und Verlinkungen zu korrespondierenden Inhalten des Werks.

Das Herzstück bildet der sich anschließende sechste Abschnitt mit seinen zahlreichen Übersichten und Vertiefungen, die als Nachschlagewerk, auch für die Mitarbeitenden der Notarstelle, in der täglichen Praxis dienen können. Es finden sich tabellarische Übersichten über die jeweils maßgeblichen Eintragungs- und Aufbewahrungsfristen, vertiefende Hinweise zum Verwahrungsverzeichnis und zur elektronischen Nebenakte sowie – für den ersten Zugriff besonders hilfreich – eine Synopse aus den Vorschriften der NotAktVV, der DONot in der derzeit gültigen Fassung und des Referentenentwurfs zur NotAktVV.

Abschließend werden dem Leser die wesentlichen Rechtsquellen, der Praktikabilität halber nochmal im Überblick dargestellt. Das Werk von Püls/Gerlach bietet insgesamt einen optimalen Einstieg in die neuen, für die tägliche notarielle Praxis unerlässlichen Vorschriften zur Führung der Akten und Verzeichnisse und ist uneingeschränkt zu empfehlen.

1 Vgl. BGBl. 2020 I, S. 2246.

2 Vgl. Gesetz zur Neuordnung der Aufbewahrung von Notariatsunterlagen und zur Einrichtung des Elektronischen Urkundenarchivs bei der BNotK sowie zur Änderung weiterer Gesetze vom 1.6.2017, BGBl. 2017 I, S. 1396.

3 Vgl. BR-Drucks. 420/20 (Beschluss), S. 2.

Dennis Julien Rein:

Altrechtliche Grunddienstbarkeiten

Duncker & Humblot, Berlin 2021. 218 S., 69,90 €

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

Dissertationen auf dem Gebiet des Liegenschaftsrechts sind selten, zumal dann, wenn sie sich mit dem vor Inkrafttreten des BGB geltenden Recht befassen. Auch wenn dem Autor bewusst war, dass mehr Literatur zu nicht eingetragenen Dienstbarkeiten veröffentlicht sein dürfte als zu eingetragenen (S. 128 Fn. 1), ist die in fünf Teile gegliederte Tübinger Dissertation wegen ihres praktischen Bezugs (S. 19) zur notariellen Tätigkeit eine nähere Betrachtung wert.

Die Arbeit ist in fünf Teile gegliedert. In einem historischen Teil (S. 24 ff.) geht der Autor vor dem Hintergrund von gemeinem Recht und Partikularrecht auf Entstehung, Anpassung und Erlöschen altrechtlicher Dienstbarkeiten ein. Ob diese Einteilung Sinn macht, ist zumindest für Bayern fraglich, weil sowohl Gemeines Recht als auch kodifiziertes Recht nur partikular galten.¹ Auch wenn die Frage der Partikularität des Rechts nicht mit seiner Kodifizierung zusammenhängt, stellen die Ausführungen zu Entstehung und Erlöschen altrechtlicher Dienstbarkeiten eine wertvolle Zusammenfassung des in Bayern in der Regel subsidiär geltenden Gemeinen Rechts dar. In welchen Teilen Bayerns dieses und/oder kodifiziertes Recht galt – beispielsweise das PrALR (dazu S. 55 ff.) im ehemaligen Fürstentum Ansbach, das ABGB in einigen Gebieten der Oberpfalz und der Code civil in der bayerischen Pfalz – ergibt sich im Einzelnen aus dem vorstehend erwähnten Werk, das auch heute noch von der Rechtsprechung bei der Beurteilung altrechtlicher Dienstbarkeiten herangezogen wird. Abgeschlossen wird der erste Teil der Arbeit durch eine Darstellung der Entstehungsgeschichte von BGB und EGBGB (S. 53 ff.), die gemeinsame Entwicklungslinien von materiellem und formellem Grundstücksrecht aufzeigt und auch die wichtigen Vorarbeiten von *Johow* berücksichtigt (S. 58 ff.).

Der zweite Teil der Arbeit befasst sich mit der Behandlung nicht eingetragener altrechtlicher Dienstbarkeiten im Rahmen der Art. 184 ff. EGBGB (S. 70 ff.). Nicht zu unterschätzen ist dabei die „Zwischenzeit“ bis zur vollständigen Anlegung des Grundbuchs,² weil für die in dieser Zeit und die vor dem 1.1.1900 begründeten Dienstbarkeiten nach Art. 184 Satz 2 EGBGB noch gewisse Änderungen möglich waren (S. 96 f.). Soweit sich der Autor mit der Beseitigung von Störungen nach den §§ 1004, 1027 BGB (S. 101 ff.) sowie mit dem Besitzschutz befasst (S. 106 ff.), sind diese für die notarielle Praxis nur von geringem Interesse. Es möge daher dem Verfasser nachgesehen werden, dass auf diese Ausführungen nicht weiter eingegangen wird.

Von Interesse für die Grundbuchpraxis ist hingegen der dritte

Teil der Arbeit. Der Autor befasst sich darin mit dem auf Art. 187 Abs. 1 Satz 2 EGBGB gegründeten Anspruch auf Eintragung altrechtlicher Dienstbarkeiten in das Grundbuch (S. 129 ff.) – freilich nur, soweit er nicht durch auf Art. 187 Abs. 2 EGBGB basierendes Landesrecht ausgeschlossen ist (dazu der vierte Teil, S. 168 ff.). Zutreffend geht der Autor von der Anwendung der Vorschriften der GBO aus (S. 132) und sieht für die Eintragung altrechtlicher Dienstbarkeiten zwei mögliche und alternative Wege, nämlich die Berichtigungsbewilligung (§ 19 GBO) und den Unrichtigkeitsnachweis (§ 22 Abs. 1 GBO). Zu ersterer vermisst der Verfasser auf S. 133 die Feststellung, dass es sich um eine Variante der Eintragungsbewilligung handelt. Dennoch wird richtig erkannt, dass in der Berichtigungsbewilligung die Unrichtigkeit des Grundbuchs schlüssig darzulegen ist, weil diese den Nachweis der Unrichtigkeit ersetzt und dem Grundbuchamt auf andere Weise nicht in Form des § 29 GBO dargelegt werden kann. Die Arbeit berücksichtigt bereits die neue und zutreffende Rechtsprechung des OLG München³ zu diesem Problem, in der die schlüssige Darlegung der Unrichtigkeit in der Berichtigungsbewilligung jedenfalls für altrechtliche Rechte gefordert wird.

Nicht gefolgt werden kann hingegen den Ausführungen zur Berichtigung des Grundbuchs nach § 22 Abs. 1 GBO (S. 134 f.). Der Autor meint in diesem Zusammenhang, dass das Grundbuch nur dann nach § 894 BGB und damit auch im Sinne des § 22 Abs. 1 GBO unrichtig sein könne, wenn die altrechtliche Dienstbarkeit mit einem falschen Inhalt eingetragen worden sei oder sich ihr Inhalt außerhalb des Grundbuchs geändert habe. Dies berücksichtigt nicht, dass das Grundbuch hinsichtlich der nicht eingetragenen altrechtlichen Dienstbarkeit unvollständig und daher materiell unrichtig ist. Ihre fehlende Eintragung ist daher durch direkte, nicht analoge Anwendung des § 894 BGB zu korrigieren. Dies schlägt wegen des Gleichlaufs von materiellem und formellem Recht im Bereich der Unrichtigkeit auf § 22 Abs. 1 GBO durch, der ebenfalls direkt anwendbar ist.⁴ Dem steht nicht entgegen, dass für nicht eingetragene altrechtliche Dienstbarkeiten nach Art. 187 Abs. 1 Satz 1 EGBGB nicht der öffentliche Glaube des Grundbuchs gilt; käme es nämlich darauf an, dass bereits das nicht eingetragene Recht dem guten Glauben der §§ 891, 892 BGB unterliegt, wären alle nachträglich entstandenen Unrichtigkeiten nicht nach § 22 Abs. 1 GBO korrigierbar. Entscheidend in diesem Zusammenhang ist daher nur, ob die Gutgläubensvorschriften für die im Wege der Berichtigung entstehende Eintragung anwendbar sind, was bei der Eintragung altrechtlicher Dienstbarkeiten zweifellos der Fall ist. Dies ist aber nur ein akademischer Streit; für die Praxis kommt es

1 *Peißl*, Zivilgesetzstatistik des Königreichs Bayern nach der Organisation der Gerichte vom 1.7.1862, 1863, S. 161.

2 Für Bayern vgl. *Hammer*, Die Geschichte des Grundbuchs in Bayern, 1960, S. 133 ff.

3 OLG München, Beschluss vom 9.7.2020, 34 Wx 444/18, ZfR 2021, 181.

4 *Hügel/Holzer*, GBO, 4. Aufl. 2020, § 22 Rdnr. 45.

vor allem darauf an, dass der Autor den verfahrensrechtlichen Weg für eine Berichtigung des Grundbuchs gewiesen hat, den der Notar durch entsprechende Formulierung des Berichtigungsantrags mit Erfolg beschreiten kann. Dass die im Wege der Berichtigung erfolgte Eintragung im Grundbuch wegen der durch Art. 184 EGBGB ausgeschlossenen Geltung des § 879 BGB den bei ihrer Bestellung entstandenen Rang erhält, wird zutreffend auf S. 153 ff. erläutert.

Im vierten Teil der Arbeit (S. 168 ff.) befasst sich der Autor mit der Landesgesetzgebung. Für den Leserkreis der MittBayNot werden vor allem die Ausführungen zu Bayern von Interesse sein, sodass von der Besprechung der in anderen Ländern bestehenden Vorschriften abgesehen wird. Hier wird zunächst das Übergangsrecht bis 1982 dargestellt (S. 171 ff.), sodann auf S. 173 ff. das BayAGBGB, nach dessen Art. 5, 58 ff. altrechtliche Dienstbarkeiten nach zehnjähriger Nichtausübung erlöschen. Die vorgenannten Regelungen machen eine Berichtigung im Rahmen des § 22 Abs. 1 GBO schwierig, sodass in der Praxis oft auf den Zivilprozess ausgewichen werden muss. Der Autor stellt daher zutreffend fest (S. 175), dass altrechtliche Dienstbarkeiten in Bayern zwar immer seltener werden, aus dem Rechtsverkehr aber noch nicht vollständig verschwunden sind. Im fünften Teil der Arbeit (S. 194 ff.) werden schließlich die Ergebnisse präsentiert.

Zum Schluss ist noch ein kleiner „Schönheitsfehler“ bei der Zitierung anzumerken: Abweichend von der in Deutschland ganz herrschenden juristischen Zitierweise werden Aufsätze nicht mit Angabe von Zeitschrift und Jahrgang, sondern lediglich mit der Seitenzahl und – bei mehreren Aufsätzen eines Autors – mit einem Kurztitel zitiert. Dies ist für den Leser nicht nur ungewöhnlich, sondern erschwert auch den Lesefluss, weil sich das volle Zitat der Fundstelle nur durch Blättern im Literaturverzeichnis erschließen lässt. Die damit verbundene Erschwernis mag dem Autor nachgesehen werden und ist in erster Linie als Hinweis an den Verlag zu verstehen, die Zitierweise bei den „Schriften zum Bürgerlichen Recht“ und anderen Reihen zu überprüfen.

Zusammenfassend kommt der Autor – abgesehen von einigen Verfahrensfragen – stets zu zutreffenden und für die notarielle Praxis wertvollen Ergebnissen. Notare und Gerichte, die sich mit der Eintragung altrechtlicher Dienstbarkeiten befassen, werden daher um die Lektüre der Arbeit kaum herumkommen. Auch wenn der Verfasser persönlich das Printexemplar bevorzugt, soll nicht unerwähnt bleiben, dass das Werk auch als E-Book angeboten wird. In beiden Formen ist dem Buch eine möglichst weite Verbreitung zu wünschen.

Sophie Scholz:

Zusammengesetzte Verträge im Sinne von § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB

Duncker & Humblot, 2020. 193 S., 69,90 €

Von Notar **Michael Volmer**, Starnberg**1. Einführende Fälle**

Drehen wir den Spieß der Argumentation doch einmal um: Hauseigentümer E beauftragt den Dachdecker D mit der Erneuerung seines Daches einschließlich zeitgemäßer Isolierung; Investitionsaufwand: 40.000 €. Den Auftrag erteilt E in Textform (§ 650i Abs. 2 BGB). Wäre der Auftrag beurkundungspflichtig, wenn E den Dachdecker nur deswegen beauftragt, weil er sich einem Kaufinteressenten K gegenüber entsprechend verpflichtet hat oder verpflichten will (beispielsweise, weil K sonst den Kaufpreis um 50.000 € drücken würde und E damit noch einen Gewinn einstreicht)? Ändert sich an der Beurteilung etwas, wenn E die Umstände der Auftragsvergabe dem D gegenüber bei Auswahl der Schindeln beiläufig erwähnt, was D achselzuckend zur Kenntnis nimmt? Oder wenn E einen Hinweis auf die Umstände in seine Auftragsbestätigung hineinschiebt, etwa weil er den D schon auf die zu erwartende Abtretung der Gewährleistungsansprüche hinweisen will?

Umgekehrter Fall: K kauft vom Betreuer, möchte aber die Zwischenzeit nutzen und beauftragt seinerseits den D schon vor Eigentumsumschreibung. Wider Erwarten verweigert das Gericht die Genehmigung, weswegen K nur unter Entschädigungsverpflichtung (§ 648 BGB) sofort kündigen kann. Kann K sich gegenüber D auf eine Formnichtigkeit des Werkvertrages gemäß §§ 125, 311 b BGB berufen?

Und noch eine Variante: Beim Verlesen der vertraglichen Regelung zum Besitzübergang gegen Zahlung erläutert der Notar den zeitlichen Ablauf, wann in etwa das Geld fließt, und fragt den Verkäufer, ob ein Auszug bis zu diesem Termin realistisch sei. Zu seinem Erstaunen erklärt der Verkäufer, gar nicht ausziehen zu wollen. Er bleibe dort wohnen; die vertragliche Einigung diesbezüglich sei noch nicht fix, er sei sich aber sicher, dass auf beiden Seiten genügend Einigungsbereitschaft vorhanden sei, um einen Mietvertrag in den kommenden Tagen perfekt zu machen. Was tun?

2. Die Argumentation von Scholz

Die Beurkundungspflicht zusammengesetzter oder miteinander gekoppelter Verträge – Scholz spricht hier durchgehend von Drittgeschäften¹ – ist eines der meist behandelten,² der

zugleich am wenigsten überzeugend gelösten, dann aber eines der (wegen der drohenden Formnichtigkeit) haftungsträchtigsten Probleme notarieller Tätigkeit. Rechtsprechung und Literatur scheinen über blumige Formeln wie „alles, was miteinander stehen und fallen soll,³“ oder „das eine Geschäft soll nicht ohne das andere durchgeführt werden“ (umfassende Nachweise bei Scholz, S. 43) nicht hinausgekommen zu sein. Die literarischen Stellungnahmen sind sich einig fast nur in der Beschreibung dieser richterrechtlich gefundenen Obersätze als „Leerformel“ (Scholz, S. 108), sind in den alternativen Vorschlägen dann aber ihrerseits nur schwer auf einen Nenner zu bringen. Übrigens würde ich mich dieser Kennzeichnung als Leerformel nur eingeschränkt anschließen: Sicher taugt sie nicht im Sinne eines Obersatzes für eine juristische Subsumtion des jeweiligen Vertrages unter die Frage der Beurkundungspflicht; sie ist aber hilfreich für die Suche nach dem „wahren Willen der Beteiligten“ im Sinne des § 17 BeurkG insofern, als sie die Fragestellung und die Zielrichtung vorgibt.

Diesem Thema widmet sich also Sophie Scholz in ihrer 2020 von der Juristischen Fakultät der Universität zu Köln angenommenen Dissertation. Über eine Darstellung des § 311b BGB, seiner Ziele und der Umsetzung dieser Form durch die notarielle Beurkundung (S. 23-38) geht sie dann auf den Sonderfall des zusammengesetzten Vertrages – in ihrer Diktion also des Drittgeschäfts – ein und referiert die aktuelle Rechtsprechung hierzu (S. 41-50). Besonderes Augenmerk widmet sie dabei – und auch im Folgenden durchgängig – nicht nur der Frage, ob das Drittgeschäft notariell beurkundet werden muss, sondern ob auch der Verknüpfungswille, d. h. der rechtsgeschäftliche gewollte Zusammenhang zwischen beiden Rechtsgeschäften, seinerseits beurkundet werden muss (S. 114-126).

Die Reichweite der Beurkundungspflicht entnimmt sie dem § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB durch Auslegung, vorrangig dem Normzweck nach, und Abwägung der gefundenen Formzwecke mit gegenläufigen Argumenten. Für maßgeblich hält sie weder wirtschaftliche noch andere objektive Beziehungen,⁴ sondern allein den willensgetragenen Zusammenhang. Sie unterscheidet dabei zunächst die drei Möglichkeiten der Abhängigkeit: Grundstücksgeschäft und Drittgeschäft sind wechselseitig voneinander abhängig; das Grundstücksgeschäft ist vom Drittgeschäft abhängig, aber nicht umgekehrt; das Drittgeschäft ist vom Grundstücksgeschäft abhängig, aber nicht umgekehrt (S. 103 ff.). Außerdem arbeitet sie sehr sorgfältig

1 Eine bei ihrem sonst guten Gespür für passende Begrifflichkeit etwas gewöhnungsbedürftige Wortwahl: Es geht ihr nicht um die Beteiligung eines Dritten am Vertrag (das erst auf S. 126-152), sondern um die Regelung eines dritten (an sich dann: eines zweiten, denn der erste ist der Grundstückskäufer) Rechtsinhalts im Vertrag unter denselben Vertragsbeteiligten.

2 Innerhalb von drei (!) Monaten auf der Homepage des DNotI: BGH, Urteil vom 29.1.2021, V ZR 139/19; KG, Urteil vom 9.2.2021, 21 U 126/19; diese Aussagen in das Umwandlungsrecht übernehmend BGH, Urteil vom 23.2.2021, II ZR 65/19. Und dann auch noch die Steuer: BFH, Urteil vom 27.5.2020, II R 25/17.

3 Etwa BGH, Urteil vom 10.10.1986, V ZR 247/85, MittBayNot 1987, 21.

4 Teils anders in der Betonung nun BFH, Urteil vom 27.5.2020, II R 25/17, DStR 2021, 29.

die Möglichkeiten der Abhängigkeit heraus – *Scholz* nennt dies vier verschiedene „Bezugsebenen“ (S. 128 ff.). Damit meint sie eine Unterscheidung nach Abschlussabhängigkeit/Durchführungsabhängigkeit/Wirksamkeitsabhängigkeit/Rückabwicklungsabhängigkeit. Nach Diskussion der verschiedenen Möglichkeiten kommt *Scholz* für sich zu dem Ergebnis, dass nicht jede Art der Abhängigkeit auf jeder Bezugsebene zu einer umfassenden Beurkundungspflicht führt, sondern im Einzelnen nach dem Normzweck des § 311b BGB abgestuft entschieden werden müsse (S. 139).

Schließlich geht *Scholz* auf die Beteiligung Dritter am „Drittgeschäft“ ein (S. 166 ff.). Sie lehnt die Aussage der Rechtsprechung ab, wonach es für eine Beurkundungspflicht genüge, wenn der Dritte den Zusammenhang erkannt und hingenommen habe. Vielmehr müsse auch der Dritte das Grundstücksgeschäft und den Zusammenhang mit seinem Geschäft in seinen rechtsgeschäftlich gebildeten Willen aufgenommen haben. Außerdem schützt *Scholz* den Dritten durch eine Beschränkung der Formnichtigkeit (S. 179): Seien das Drittgeschäft und/oder der Verknüpfungswille nicht beurkundet, so falle nur das Grundstücksgeschäft der Formnichtigkeit anheim; das Drittgeschäft bleibe aber bestehen.

3. Das Dilemma des Notars in der Beurkundung

Scholz' Überlegungen zur Beteiligung Dritter an der Beurkundungspflicht zusammengesetzter Verträge sind überzeugend und in der Lösung des Problems ein erheblicher Schritt voran, insbesondere im Hinblick auf die Beschränkung der Formnichtigkeit. Die Wirkung der Formnichtigkeit nur inter partes des Grundstückskaufvertrages wirft den Spielball nämlich an die Verantwortlichen zurück: Verkäufer und Käufer des Grundstücksvertrages. Diese haben, wenn sie es denn überhaupt jemals schaffen sollten, die Obliegenheit, vielleicht sogar Verpflichtung, den Dritten zur Beurkundung mitzubringen: nicht der Dritte (Handwerker, Mieter, Fertighausvertreiber) muss sich darum kümmern. Auch räumt *Scholz* zu Recht auf mit der Aussage des BGH, der Dritte müsse sich gegen den erkannten Zusammenhang wehren. Das ist nicht der Fall. Der Dritte unterliegt nur dann der Beurkundungspflicht, wenn er den Zusammenhang mit dem Grundstückskauf in seinen Willen aufgenommen hat. Das ist allerdings nicht allgemeine notarielle Überzeugung; der Notar denkt typischerweise vom Grundstückskauf und dessen Gestaltungs- und Belehrungsmöglichkeiten her ausgreifend. Aber wie rechtfertigen wir es, den Dritten, der für sich alles Erforderliche eingehalten hat, der Formnichtigkeit zu unterwerfen? Es gilt eben das Vertragsprinzip: Mit Recht erkennen wir Einreden aus Verträgen mit Dritten nur in selten gelagerten Ausnahmefällen an. Jeder muss, allein schon um die Bestandskraft seiner Verträge sichern zu können, eben nur seinen eigenen Vertrag abschließen und nicht zusätzlich noch darauf achten, in welchen Gesamtzusammenhang sich dies bei seinem Vertragspartner darstellt. Wer einen solchen Gesamtzusammenhang will, möge einen dreiseitigen Vertrag aushandeln oder eben nicht kontrahieren. Kenntnis und bloßes achselzuckendes Hinnehmen können auch Ausdruck sein der (nach der Aussage der Rechtsprechung womöglich irrtümlichen) Sicherheit, dass einen das alles nichts angehe.

Der weitere Vorschlag von *Scholz*, nach verschiedenen Stufen der Abhängigkeit zu unterscheiden, verschiedene Bezugsebenen einzuführen, dürfte zu diskutieren sein. Für den Notar ist wahrscheinlich problematisch, dass die Abschlussabhängigkeit der bei weitem wichtigste Fall sein dürfte, sodass eine echte Fallgruppenbildung nicht stattfindet.

Im Übrigen ist es eine gelungene Arbeit, die die aktuelle Literatur wiedergibt, aufarbeitet und in der Bildung juristischer Obersätze bzw. in der Auslegung des § 311b BGB souverän argumentiert. Gleichwohl dürfte auch diese Arbeit nicht alle Probleme lösen – was auch *Scholz* in ihrem Schlusswort (S. 185) selbst sieht, wenn sie zu weiterer Diskussion auffordert. Für eine vollständige Problemdurchdringung ist mir die Arbeit nämlich – mit Verlaub – zu theoretisch insofern, als dass überhaupt nur zwei Sachverhalte aus der Rechtsprechung dargestellt und nur zwei Zitate daraus aufgenommen wurden.

Ich möchte das näher ausführen: Wenn in ca. 100 Jahren juristischer Diskussion⁵ trotz intensiver Suche nach einem gelungenen juristischen Obersatz keine überzeugende Lösung gefunden wurde und die Rechtsprechung sich in blumigen Beschreibungen ergeht, spricht manches dafür, dass die Obersatzfindung gar nicht das Problem darstellt. Es geht um die Subsumtion des Einzelfalles.

Da wir eine auf Privatautonomie gebaute Rechtsordnung haben, bin ich mit *Scholz* (S. 83) der Überzeugung, dass sich die Beurkundungspflicht von Drittgeschäften nach dem Willen der Beteiligten, nicht nach dem objektiven Sinn entscheidet. Anders als *Scholz*, die sich gegen eine objektive Sichtweise auch wegen vermeintlich fehlender Ermittlungsmöglichkeiten (S. 83) ausspricht, sehe ich darin aber nicht Lösung, sondern Ursache des Problems. Abgrenzungsprobleme hätten wir nämlich keine, wenn der Umfang der Beurkundungspflicht rein objektiv – objektiv hier verstanden als: nach menschlicher Erfahrung und empirisch untermauert wirtschaftlich angemessen – entschieden würde (dazu *Scholz*, S. 83 bei Fn. 113). Stattdessen stehen wir vor dem Dilemma, dass einerseits der von den Beteiligten gebildete Wille den Umfang der Beurkundung bestimmt (keine willkürliche Aufspaltung, *Scholz*, S. 39 Fn. 3), die Beteiligten aber andererseits überhaupt keiner Pflicht unterliegen, sich einen umfassenden Willen zu bilden.⁶ Das ganze dispositive Gesetzesrecht beruht im Kern genau darauf. Ich muss also im Rahmen der Willensaufklärung, die § 17 BeurkG von mir verlangt, aufklären, ob die Beteiligten sich einen Willen gebildet haben und nur nicht beurkunden wollen oder ob sie einen Willen noch nicht gebildet haben und dann auch nicht beurkunden müssen. Dabei stehe ich auch noch Beteiligten gegenüber, die sehr häufig beiderseits nicht beurkunden wollen.⁷ Und ich habe als Aufklärungsmittel auch nur das Gespräch ohne Rückgriffsmöglichkeit auf sonstige objektive Grundlagen. Ich darf die Beurkundung ablehnen mit der Begründung, ein Wille sei gebildet, aber nicht geäußert;

5 *Scholz* nennt (S. 43 Fn. 17) eine erste Äußerung des RG aus dem Jahre 1921 zu Drittgeschäften.

6 BGH, Urteil vom 23.11.2001, V ZR 282/00, DNotI-Rep 2002, 29 = NJW-RR 2002, 415; *Scholz*, S. 35 Fn. 64, 65.

7 Die Mitbeurkundung des Pachtvertrages akzeptierten die Vertragsparteien letztens erst dann klaglos, als das Vorkaufsrecht nach RSiedlG ins Spiel kam.

ich darf nicht ablehnen mit der Begründung, die Beteiligten mögen sich gefälligst einen Willen bilden. Das ist der feine Unterschied, an dem ich scheitere, wenn ich einer Phalanx halsstarrer Mandanten gegenüberstehe.

Hinzu kommen einzelne Nebenaspekte wie derjenige, dass ich als Notar womöglich gar nicht geneigt bin, das Drittgeschäft auch zu beurkunden. Immerhin geht es typischerweise um Inhalte, deren Materie dem Notar nicht eben geläufig ist. Die Belehrungspflicht und die Haftung des Notars sind zwar gewiss normativ zu sehen in dem Sinne, dass der Notar sich dann entsprechend kundig machen muss.⁸ Aber ein empirisches Beispiel: Von den bahnbrechenden Entscheidungen des BGH zur Neuorientierung der Schönheitsreparaturfristen in der Wohnraummiete wurde keine einzige in einer notarspezifischen Zeitschrift veröffentlicht.⁹ Woher das Wissen neh-

8 Zu Belehrungen in Steuerrecht klare Auffassung; Haug/Zimmermann, Die Amtshaftung des Notars, 4. Aufl. 2018, Rdnr. 521.

9 Zuletzt dazu BGH, Urteile vom 18.3.2015, VIII ZR 185/14, VIII ZR 242/13, VIII ZR 21/13, NJW 2015, 1594; Urteil vom 23.6.2004, VIII ZR 361/03, NJW 2004, 2586; Urteil vom 5.4.2006, VIII ZR 152/05, NJW 2006, 2115.

men? Da fühlt man sich als Notar gelegentlich besser, die Beteiligten sagen nichts, man selbst zieht sich mit einem umfassenden Belehrungsvermerk aus der Affäre (dazu der Vorschlag von Scholz, S. 158) und spielt den Ball an die Beteiligten zurück.

Es wäre vielleicht einen Versuch wert, auch das in den Griff zu bekommen.¹⁰ Dieses Projekt bedürfte aber einer sehr sorgfältigen Sachverhaltsanalyse, um aus ihr auf die Willensbildung der Beteiligten zurückzuschließen und dann zu sehen, was Obergericht oder BGH daraus gemacht haben. Das fehlt leider in der – gleichwohl lesenswerten, beherzigenswerten und diskussionswürdigen – Arbeit von Scholz.

10 Es kann ja schwerlich primäres Ziel dieser 100-jährigen Diskussion sein, einen passablen Belehrungsvermerk zur Haftungsvermeidung zu finden.

RECHTSPRECHUNG

BÜRGERLICHES RECHT – ALLGEMEINES

1. Beschwerdeberechtigung eines Dritten, der gegen die Ablehnung der Betreuung für einen krankheitsbedingt geschäftsunfähigen Betroffenen geltend macht, diesem gegenüber eine materiellrechtliche Willenserklärung abgeben zu wollen

BGH, Beschluss vom 27.1.2021, XII ZB 450/20 (Vorinstanz: LG Karlsruhe, Beschluss vom 28.9.2020, 11 T 222/20)

BGB §§ 131 Abs. 1, 164 Abs. 3, 1896 Abs. 2 Satz 2, 2296 Abs. 2 FamFG § 59 Abs. 1
ZPO § 51 Abs. 3

LEITSÄTZE:

- 1. Zur Beschwerdeberechtigung eines Dritten gegen die Ablehnung einer Betreuung, der geltend macht, zur Ausübung eines materiellen Rechts gegenüber dem Betroffenen auf die Betreuerbestellung angewiesen zu sein (Fortführung des Senatsbeschlusses vom 19.1.2011, XII ZB 326/10 FamRZ 2011, 465).**
- 2. Dass der andere Vertragschließende geschäftsunfähig geworden ist, schließt den vertraglich vorbehaltenen Rücktritt vom Erbvertrag ihm gegenüber nicht aus.**
- 3. Der Rücktritt vom Erbvertrag kann bei Geschäftsunfähigkeit des anderen Vertragschließenden jedenfalls grundsätzlich wirksam gegenüber dessen Vorsorgebevollmächtigtem erfolgen.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 A. Vor ihrer Heirat schlossen die im Jahre 1940 geborene Betroffene und der Beteiligte zu 3 im Jahre 2006 einen notariellen Erbvertrag, in dem sie sich durch vertraglich angeordnete Verfügungen jeweils mit Vermächtnissen bedachten und den notariell zu beurkundenden Rücktritt vorbehielten. Anfang 2015 erteilte die Betroffene ihren beiden Kindern, den Beteiligten zu 1 und 2, eine umfassende Vorsorgevollmacht. In notarieller Urkunde vom 15.4.2020 erklärte der Beteiligte zu 3 den Rücktritt vom Erbvertrag. Die Urkunde wurde der Betroffenen und der Beteiligten zu 1 zugestellt.

2 Wegen Bedenken hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit der Betroffenen hat der Beteiligte zu 3 beim AG die Bestellung eines Betreuers für die Betroffene zur Entgegennahme der Rücktrittserklärung angeregt. Das AG hat die Einrichtung einer Betreuung abgelehnt, weil diese mit Blick auf die Vorsorgevollmacht nicht erforderlich sei. Das LG hat die Beschwerde des Beteiligten zu 3 zurückgewiesen.

3 Hiergegen wendet er sich mit der Rechtsbeschwerde.

4 B. Die Rechtsbeschwerde bleibt ohne Erfolg.

5 I. Das LG hat ausgeführt, die Beschwerde des Beteiligten zu 3 sei zwar zulässig; es fehle ihm insbesondere nicht an der Beschwerdeberechtigung. Das Rechtsmittel sei jedoch mangels Erforderlichkeit der Betreuung unbegründet. Sei die Betroffene geschäftsfähig, so sei die ihr zugestellte Rücktrittserklärung mit Zugang wirksam. Sei sie dagegen geschäftsunfähig, so entfalte der Rücktritt seine Wirksamkeit in entsprechender Anwendung von § 131 Abs. 1 BGB mit Zugang an die Beteiligte zu 1. Nach richtiger Auffassung genüge nämlich der Zugang der Rücktrittserklärung an einen bevollmächtigten Vertreter. Eines gesetzlichen Vertreters und damit einer Betreuerbestellung bedürfe es hierfür nicht.

6 II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand.

7 1. Das LG hat den Beteiligten zu 3 mit Recht als beschwerdeberechtigt angesehen. Die Beschwerdeberechtigung des Ehemanns der Betroffenen folgt hier unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 303 Abs. 2 Nr. 1 FamFG jedenfalls aus § 59 Abs. 1 FamFG.

8 a) Der Senat hat bereits entschieden, dass der Kläger eines Rechtsstreits hinsichtlich der Entscheidung, mit der das Betreuungsgericht die von ihm angeregte Bestellung eines Betreuers für den prozessunfähigen Beklagten ablehnt, grundsätzlich beschwerdebefugt ist. Denn der Grundsatz effektiven Rechtsschutzes gebietet es, der klagenden Partei die Möglichkeit einzuräumen, ihre Forderung auch gegen eine prozessunfähige Partei durchzusetzen. Um die ordnungsgemäße Vertretung der prozessunfähigen Partei im Prozess zu gewährleisten, bedarf es dann grundsätzlich der Bestellung eines Betreuers. Hat der Kläger mithin ein rechtlich geschütztes Interesse an der Bestellung eines Betreuers, geht damit im Falle einer abschlägigen Entscheidung des Betreuungsgerichts seine Beschwerdebefugnis einher (Senatsbeschluss vom 19.1.2011, XII ZB 326/10, FamRZ 2011, 465 Rdnr. 10 ff. m. w. N.).

9 b) Nicht anders verhält es sich im Ergebnis dann, wenn ein Dritter geltend macht, dem Betroffenen gegenüber eine materiellrechtliche Willenserklärung abgeben zu wollen und für die Wirksamkeit dieser Erklärung wegen der krankheitsbedingten Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen auf die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters angewiesen zu sein. Diese rechtliche Wertung als richtig unterstellt wäre der Dritte bei Verweigerung einer Betreuerbestellung ggf. dauerhaft an der Rechtsausübung gegenüber dem Betroffenen gehindert, sodass er trotz Dritt betroffenheit ausnahmsweise in der von § 59 Abs. 1 FamFG geforderten Weise in seinen Rechten beeinträchtigt ist.

10 c) Der Beteiligte zu 3 beruft sich demnach hier mit Erfolg auf eine solche Beschwerdeberechtigung. Ob er mit Blick auf die Ausübung eines Rücktrittsrechts tatsächlich der Bestellung eines Betreuers für die Betroffene bedarf, ist eine Frage der Begründetheit seines Rechtsmittels.

11 2. Ebenfalls rechtlich nicht zu beanstanden ist, dass das LG die Einrichtung einer Betreuung mit Blick auf die den Kindern der Betroffenen erteilte umfassende Vorsorgevollmacht

wegen Fehlens der Erforderlichkeit im Sinne des § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB abgelehnt hat.

12 a) Gemäß § 2296 Abs. 2 Satz 1 BGB erfolgt der – nach § 2296 Abs. 1 BGB nur höchstpersönlich mögliche – Rücktritt vom Erbvertrag, den sich die Vertragschließenden vorliegend gemäß § 2293 BGB vorbehalten haben, durch Erklärung gegenüber dem anderen Vertragschließenden. Sind in dem Erbvertrag – wie hier – von beiden Teilen vertragsmäßige Verfügungen getroffen, so wird durch den Rücktritt eines Vertragsschließenden der ganze Vertrag aufgehoben; das Rücktrittsrecht erlischt mit dem Tode des anderen Vertragschließenden (§ 2298 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB), wenn nicht ein anderer Wille der Vertragschließenden anzunehmen ist (§ 2298 Abs. 3 BGB). Als empfangsbedürftige Willenserklärung bedarf der Rücktritt bei Abgabe in Abwesenheit des Erklärungsgegners gemäß § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB des Zugangs bei diesem, um wirksam zu werden.

13 b) Dass der andere Vertragschließende geschäftsunfähig geworden ist, schließt den vertraglich vorbehaltenen Rücktritt vom Erbvertrag ihm gegenüber – und damit auch die Erforderlichkeit einer Betreuerbestellung zur Entgegennahme der Rücktrittserklärung – nicht aus.

14 aa) Jedenfalls für den Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen gemäß § 2271 Abs. 1 Satz 1, § 2296 BGB wird in der Literatur allerdings vereinzelt vertreten, er sei gegenüber einem Geschäftsunfähigen nicht möglich. Begründet wird dies zum einen damit, der testierunfähige Widerrufsgegner habe dann keine Möglichkeit, auf den Widerruf mit einer neuen Verfügung von Todes wegen zu reagieren, sodass seine Situation insoweit der in § 2271 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 BGB entspreche, wonach das Recht zum Widerruf mit dem Tode des anderen Ehegatten erlischt. Zum anderen komme die Bestellung eines Betreuers zur Entgegennahme des Widerrufs für den Testierunfähigen regelmäßig nicht in Betracht, sodass dem Geschäftsunfähigen der Widerruf nicht zugehen könne (vgl. *Damrau/Bittler*, ZErB 2004, 77, 80; *Grunsky*, ErbR 2013, 98, 100 ff. und 2014, 120 f.; wohl auch *Damrau/Tanck/Klessinger*, Praxiskommentar Erbrecht, 4. Aufl., § 2271 BGB Rdnr. 11; *NK-BGB/Horn*, 5. Aufl., § 2296 Rdnr. 8a).

15 bb) Demgegenüber sind die Rechtsprechung und der weit überwiegende Teil der Literatur der Meinung, dass die Geschäftsunfähigkeit bzw. Testierunfähigkeit des anderen Ehegatten bzw. Vertragschließenden weder einem Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen noch dem Rücktritt vom Erbvertrag entgegenstehen. Dies ergebe sich vor allem aus dem Rechtsunsicherheiten vermeidenden Gesetzeswortlaut und dem Gesetzeszweck, sich zu Lebzeiten des anderen von der erbrechtlichen Bindung lösen und die Testierfreiheit so zurückerlangen zu können. Außerdem werde diese Bindung erst durch den mit dem Tod des anderen eintretenden erbrechtlichen Erwerb gerechtfertigt. Jeder Testierende müsse von vorneherein mit einem Widerruf und damit rechnen, dass dadurch seine eigenen wechselbezüglichen Verfügungen unwirksam werden. Das Fehlen einer Möglichkeit, erneut von Todes wegen zu verfügen, sei schlicht Ausdruck des allgemeinen Risikos der Testierunfähigkeit (vgl. *OLG Hamm*, FamRZ 2014, 1484, 1485; *OLG Nürnberg*, FamRZ 2013, 1842, 1843 f. m. w. N.; *LG Leipzig*, FamRZ 2010, 403, 404;

LG Hamburg, Beschluss vom 17.2.2000, 301 T 264/99, juris Rdnr. 20; *BeckOK-BGB/Litzenburger*, Stand: 1.11.2020, § 2271 Rdnr. 17; *BeckOGK-BGB/Braun*, Stand: 15.7.2020, § 2271 Rdnr. 45; *Burandt/Rojahn/Braun*, Erbrecht, 2. Aufl., § 2271 BGB Rdnr. 17, 19; *Erman/S. Kappler/T. Kappler*, BGB, 16. Aufl., § 2296 Rdnr. 3; *jurisPK-BGB/Reymann*, Stand: 3.4.2020, § 2271 Rdnr. 22; *MünchKomm-BGB/Musielak*, 8. Aufl., § 2296 Rdnr. 5; *Jauernig/Stürmer*, BGB, 18. Aufl., § 2271 Rdnr. 2; *NK-BGB/Müssig*, 5. Aufl., § 2271 Rdnr. 15; *Reimann/Bengel/Dietz/J. Mayer/Sammet*, Testament und Erbvertrag, 7. Aufl., § 2271 BGB Rdnr. 18 ff.; *Reimann/Bengel/Dietz/J. Mayer/Röhl*, Testament und Erbvertrag, 7. Aufl., § 2296 BGB Rdnr. 6; *Staudinger/Kanzleiter*, Neub. 2019, § 2271 Rdnr. 14; *Müller/Renner*, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 3. Aufl., Rdnr. 187; *Nieder/Kössinger/R. Kössinger/Zintl*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 6. Aufl., § 11 Rdnr. 34b; *Hausmann*, Notar 2014, 58, 59; *Keim*, ErbR 2014, 118 f. und ZEV 2010, 358 f.; *Helms*, DNotZ 2003, 104, 105 f.; *Lange*, jurisPRFamR 12/2010 Anm. 2; *Palandt/Weidlich*, 80. Aufl., § 2271 Rdnr. 6; *Vollmer*, ZErB 2007, 235, 236; *Zimmer*, ZEV 2013, 307, 309 und 2007, 159, 160).

16 cc) Jedenfalls für die hier maßgebliche Frage, ob das in einem Erbvertrag vorbehaltene Rücktrittsrecht schon mit Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des anderen Vertragschließenden erlischt, ist die letztgenannte Auffassung zutreffend.

17 (1) Der Gesetzgeber hat in § 2298 Abs. 2 Satz 2 BGB den Tod des anderen Vertragschließenden als eindeutige und un schwer zu bestimmende zeitliche Zäsur festgelegt, bis zu der das Rücktrittsrecht auszuüben ist (vgl. etwa *OLG Nürnberg*, FamRZ 2013, 1842, 1844; *Hausmann*, Notar 2014, 58, 60; *Zimmer*, ZEV 2007, 159, 160). Tatsächliche Unsicherheiten, wie sie bei der Anknüpfung etwa an die Testier- oder Geschäftsunfähigkeit unvermeidbar wären, sind auf diese Weise ausgeschlossen.

18 (2) Es ist zwar zutreffend, dass dem testierunfähig gewordenen anderen Vertragschließenden wegen § 2229 Abs. 4 BGB die Möglichkeit genommen ist, auf die mit dem Rücktritt veränderte erbrechtliche Lage mittels letztwilliger Verfügungen zu reagieren, obwohl ihm diese Möglichkeit eröffnet sein soll (vgl. dazu etwa *BGHZ* 48, 374 = *NJW* 1968, 496, 498 f. m. w. N.). Diese Konsequenz ist dem Gesetz andererseits aber auch nicht fremd, wie § 2298 Abs. 2 Satz 3 BGB belegt, wonach der Überlebende selbst nach dem Tod des anderen Vertragschließenden seine Verfügung durch Testament aufheben kann, wenn er das ihm durch den Erbvertrag Zugewendete ausschlägt. Auch dann geht die erbvertragliche Regelung vollständig ins Leere, ohne dass derjenige Vertragsschließende, der an ihr festgehalten hat, diesem Umstand noch Rechnung tragen kann.

19 (3) Zudem ist bei Testierunfähigkeit des anderen Vertragsschließenden – anders als bei dessen Tod – der Erbfall noch nicht eingetreten. Der erbrechtliche Erwerb des jeweils Bedachten aufgrund der im Erbvertrag getroffenen vertragsmäßigen Verfügungen ist jedoch ein wesentlicher Grund dafür, dass das Rücktrittsrecht mit dem Tod des anderen Vertragschließenden erlischt und der Überlebende gebunden ist (vgl. *Keim*, ErbR 2014, 118, 119). Letztlich verwirklicht sich für den Rück-

trittsgegner das allgemeine Risiko, einer veränderten Situation aufgrund zwischenzeitlich eingetretener Testierunfähigkeit erbrechtlich nicht mehr Rechnung tragen zu können (vgl. jurisPK-BGB/*Reymann*, § 2271 Rdnr. 22). Ist der Rücktritt im Erbvertrag – wie hier – vorbehalten, ist er auf die Gefahr, dass sich sein Vertragspartner durch einseitige Erklärung von den getroffenen Regelungen lösen kann, zudem ausdrücklich hingewiesen worden; jener wiederum darf darauf vertrauen, dass diese Rücktrittsmöglichkeit – der gesetzlichen Regelung entsprechend – bis zum Tod des anderen besteht.

20 (4) Nichts Abweichendes ergibt sich schließlich aus verfahrensrechtlichen Erwägungen (a. A. *Damrau/Bittler*, ZErB 2004, 77, 80). Insbesondere kommt – wie bereits zur Zulässigkeit der Beschwerde des Beteiligten zu 3 dargelegt – die Bestellung eines Betreuers in Betracht, dem gegenüber die Rücktrittserklärung abgegeben werden kann, obwohl dies ggf. nicht im rechtlichen Interesse des Betroffenen liegt.

21 c) Der Rücktritt des Beteiligten zu 3 vom Erbvertrag kann vorliegend – wie das LG zutreffend annimmt – wirksam gegenüber der Beteiligten zu 1 als Vorsorgebevollmächtigter erklärt werden, sodass es keiner Betreuerbestellung bedarf.

22 aa) Ob und inwieweit der Rücktritt vom Erbvertrag bei Geschäftsunfähigkeit des Erklärungsgegners auch einem von diesem wirksam rechtsgeschäftlich Bevollmächtigten zugehen kann, ist allerdings höchstrichterlich noch nicht entschieden.

23 Vereinzelt wird die Möglichkeit einer Bevollmächtigung für die insoweit parallele Fragestellung des Widerrufs von wechselbezüglichen Verfügungen, für dessen Vornahme § 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB auf § 2296 BGB verweist, abgelehnt (vgl. *Eickelberg*, ZEV 2019, 557, 562 f.; *Zimmer*, ZEV 2013, 307, 309 f. und 2007, 159, 162).

24 Die weit überwiegende Auffassung nimmt hingegen an, dass der Rücktritt vom Erbvertrag – bzw. der Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen – bei Geschäftsunfähigkeit des anderen Vertragschließenden – bzw. anderen Ehegatten – gegenüber einem von diesem wirksam Bevollmächtigten erfolgen kann (vgl. LG Leipzig, FamRZ 2010, 403, 405; BeckOK-BGB/*Litzenburger*, § 2271 Rdnr. 19 i. V. m. § 2296 Rdnr. 5; BeckOGK-BGB/*Braun*, § 2271 Rdnr. 50; BeckOGK-BGB/*Müller-Engels*, Stand: 1.1.2021, § 2296 Rdnr. 10; Burandt/*Rojahn/Braun*, Erbrecht, § 2271 BGB Rdnr. 17; Erman/*S. Kappler*, BGB, § 2296 Rdnr. 3; Jauernig/*Stürmer*, BGB, § 2271 Rdnr. 2 und § 2296 Rdnr. 1; jurisPK-BGB/*Reymann*, § 2271 Rdnr. 27 f.; jurisPK-BGB/*B. Hamdan/R. Hamdan*, § 2296 Rdnr. 9; MünchKomm-BGB/*Musielak*, § 2296 Rdnr. 5 i. V. m. § 2271 Rdnr. 8; Palandt/*Weidlich*, 80. Aufl., § 2296 Rdnr. 3 i. V. m. § 2271 Rdnr. 6; Reimann/*Bengel/Dietz/J. Mayer/Sammet*, Testament und Erbvertrag, § 2271 BGB Rdnr. 20; Reimann/*Bengel/Dietz/J. Mayer/Röhl*, Testament und Erbvertrag, § 2296 BGB Rdnr. 6; Staudinger/*Kanzleiter*, § 2271 Rdnr. 14; *Müller/Renner*, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, Rdnr. 194; *Nieder/Kössinger/R. Kössinger/Zintl*, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 11 Rdnr. 34a; *Hausmann*, Notar 2014, 58, 61 f.; *Keim*, ZEV 2010, 358, 360; *Lange*, jurisPR-FamR 12/2010 Anm. 2; wohl auch *Soergel/Wolf*, BGB, 13. Aufl., § 2296 Rdnr. 3; *Keim*, ErbR 2014, 118, 120).

25 bb) Nach richtiger Ansicht kann der Rücktritt vom Erbvertrag gemäß § 2296 Abs. 2 Satz 1 BGB bei Geschäftsunfähigkeit des anderen Vertragschließenden jedenfalls grundsätzlich wirksam gegenüber dessen Vorsorgebevollmächtigtem erfolgen.

26 (1) Gesetzliche Vorgaben stehen einer wirksamen Entgegennahme des Rücktritts vom Erbvertrag durch einen rechtsgeschäftlich bevollmächtigten Vertreter des anderen, zwischenzeitlich geschäftsunfähig gewordenen Vertragschließenden nicht entgegen (vgl. BeckOGK-BGB/*Braun*, § 2271 Rdnr. 50).

27 Ein entsprechender Ausschluss folgt zum einen nicht aus § 131 Abs. 1 BGB. Zwar wird nach dieser Bestimmung eine Willenserklärung, die einem Geschäftsunfähigen gegenüber abgegeben wird, nicht wirksam, bevor sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht. Mit dieser Regelung ist jedoch nicht die gesetzgeberische Anordnung verbunden, dass Willenserklärungen, die rechtlich einem Geschäftsunfähigen gelten, nicht auch an dessen rechtsgeschäftlichen Vertreter gerichtet werden können. Vielmehr gilt insoweit § 164 Abs. 3 BGB, wonach eine gegenüber einem anderen abzugebende Willenserklärung, die dessen Vertreter gegenüber erfolgt, unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirkt (vgl. BeckOK-BGB/*Litzenburger*, § 2271 Rdnr. 19 i. V. m. § 2296 Rdnr. 5; jurisPK-BGB/*Reymann*, § 2271 Rdnr. 28; Staudinger/*Singer/Benedict*, Neub. 2017, § 131 Rdnr. 3; *Müller/Renner*, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, Rdnr. 194; *Keim*, ZEV 2010, 358, 359 f.; *Lange*, jurisPR-FamR 12/2010 Anm. 2; a. A. *Eickelberg*, ZEV 2019, 557, 563).

28 Zum anderen wird eine rechtsgeschäftliche Stellvertretung bei der Entgegennahme des Rücktritts vom Erbvertrag nicht dadurch gehindert, dass dieser nach § 2296 Abs. 2 Satz 1 BGB durch Erklärung gegenüber dem anderen Vertragschließenden zu erfolgen hat. Denn anders als bei der Abgabe der Rücktrittserklärung, die gemäß § 2296 Abs. 1 BGB nicht durch einen Vertreter erfolgen kann, handelt es sich bei der Entgegennahme nicht um eine höchstpersönliche Angelegenheit (vgl. auch Reimann/*Bengel/Dietz/J. Mayer/Sammet*, Testament und Erbvertrag, § 2271 BGB Rdnr. 20; a. A. *Eickelberg*, ZEV 2019, 557, 563). Der Vertragschließende ist insoweit rein passiver Empfänger der Willenserklärung eines anderen, die mit dem Zugang bei ihm ohne Weiteres ihre Wirksamkeit entfaltet. Mangels Höchstpersönlichkeit ist daher im Rahmen des § 2296 Abs. 2 Satz 1 BGB nach allgemeinen Grundsätzen eine Vertretung zulässig.

29 Dem kann auch nicht mit Erfolg die prozessuale Regelung des § 51 Abs. 3 ZPO entgegengehalten werden, die den Vorsorgebevollmächtigten eines prozessunfähigen Volljährigen einem gesetzlichen Vertreter gleichstellt. Auch wenn es an einer vergleichbaren Bestimmung im materiellen Recht fehlt, erlaubt das ersichtlich nicht den Gegenschluss, dass es dort eines gesetzlichen Vertreters bedarf. Vielmehr wollte der Gesetzgeber mit § 51 Abs. 3 ZPO allein die streitige Frage klären, ob derjenige, der eine wirksame Vorsorgevollmacht erteilt hat, den noch nach Eintritt der Geschäftsunfähigkeit für das gerichtliche Verfahren mit Blick auf § 1902 BGB einen Betreuer als gesetzlichen Vertreter benötigt, und auch die prozessuale Anerkennung der Vorsorgevollmacht sicherstellen (vgl. BT-

Drucks. 15/2494, S. 39 f.; jurisPK-BGB/Reymann, § 2271 Rdnr. 28; Hausmann, Notar 2014, 58, 62). Für das materielle Recht bleibt es für die gewillkürte Stellvertretung bei den §§ 164 ff. BGB.

30 (2) Die rechtliche Situation, in die der Geschäftsunfähige durch den gegenüber seinem rechtsgeschäftlich bevollmächtigten Vertreter erklärten Rücktritt vom Erbvertrag gebracht wird, unterscheidet sich strukturell nicht von derjenigen, die sich bei einem gegenüber einem Betreuer als gesetzlichem Vertreter erfolgten Rücktritt ergibt (vgl. Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, Rdnr. 194). In beiden Fällen sind die letztwilligen Verfügungen der Vertragsschließenden, soweit sie nach §§ 2298, 2299 BGB vom Rücktritt erfasst werden, mit Zugang der Erklärung unwirksam. Zu einer Reaktion hierauf mittels letztwilliger Verfügung ist der Geschäftsunfähige dann mit Blick auf § 2229 Abs. 4 BGB jedenfalls bis zur Wiedererlangung seiner Testierfähigkeit nicht in der Lage, ohne dass Bedeutung erlangt, durch wen er bei Entgegennahme der Willenserklärung vertreten worden ist. Insofern liegt es auch anders als etwa bei der Anfechtungserklärung des § 2282 Abs. 2 BGB, die für den Geschäftsunfähigen nur ein Betreuer vornehmen kann, oder dem Abschluss eines Erbverzichtsvertrags für den geschäftsunfähigen Erblasser, bei dem nach § 2347 Abs. 2 Satz 2 BGB der gesetzliche Vertreter tätig werden muss. Denn dort geht es auch um die Abgabe eigener und nicht nur die Entgegennahme fremder Willenserklärungen (vgl. etwa BeckOGK-BGB/Braun, § 2271 Rdnr. 50; Keim, ZEV 2010, 358, 359).

31 Nicht von der Hand zu weisen ist allerdings, dass mit der gewillkürten Stellvertretung im Rahmen des § 2296 Abs. 2 Satz 1 BGB allgemein ein höheres Risiko für einen noch testierfähigen Vertretenen verbunden sein kann als mit einer gesetzlichen Vertretung durch einen Betreuer. Denkbar sind dann nämlich insbesondere die Fälle, in denen gerade der zurücktretende andere Vertragsschließende zugleich vom Verbot der Selbstkontrahierung befreiter Bevollmächtigter ist, der Vertretene keine Kenntnis vom Rücktritt erhält und so vereitelt wird, dass er etwa durch letztwillige Verfügungen auf den Rücktritt reagiert (vgl. Eickelberg, ZEV 2019, 557, 563; Zimmer, ZEV 2007, 159, 162). Unabhängig davon, ob die Vollmacht den Vertreter dann tatsächlich zur wirksamen Entgegennahme der Erklärung ermächtigt (vgl. dazu etwa NK-BGB/Horn, § 2296 Rdnr. 8c; Keim, ZEV 2010, 358, 360) und der Vertreter unter anderem das Risiko eingeht, dass es an einer wirksamen Erklärung des Rücktritts fehlt, steht ein solcher Fall vorliegend nicht in Rede. Vielmehr geht es um eine Vorsorgevollmacht, die nicht dem Zurücktretenden, sondern einem Dritten erteilt worden ist und für die eine Missbrauchsgefahr oder Interessenkollision (vgl. dazu Hausmann, Notar 2014, 58, 61) im Zusammenhang mit der Entgegennahme des Rücktritts vom Erbvertrag weder festgestellt noch anderweitig ersichtlich ist. Wäre dies anders, so müsste das Betreuungsgericht im Übrigen hinterfragen, ob die Angelegenheiten des Betroffenen durch den Bevollmächtigten insoweit ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können (§ 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB).

32 (3) Trotz des mit einer Bevollmächtigung allgemein einhergehenden Missbrauchsrisikos (vgl. Keim, ZEV 2010, 358, 360)

ist es der Wille des Gesetzgebers, durch die rechtliche Anerkennung der Vorsorgevollmacht das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen zu stärken (vgl. etwa BT-Drucks. 11/4528, S. 122; Senatsbeschluss, BGHZ 211, 67 = FamRZ 2016, 1671 Rdnr. 42). Dieser soll in eigener Verantwortung Vorsorge für die Zeit treffen können, in der er nicht mehr in der Lage ist, seine rechtlichen Angelegenheiten selbst wahrnehmen zu können. Deshalb ist die Rechtsposition des Vorsorgebevollmächtigten derjenigen des Betreuers stark angenähert, wie etwa die Bestimmungen in § 1901a Abs. 6, § 1901b Abs. 3, § 1904 Abs. 5, 1906 Abs. 5 oder § 1906a Abs. 5 BGB belegen. Die Vorsorgevollmacht eröffnet mithin die Möglichkeit, mit einer Betreuung nach §§ 1896 ff. BGB verbundene staatliche Eingriffe zu vermeiden. Damit korrespondiert auch die ausdrückliche Anordnung in § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB, wonach eine Vorsorgevollmacht die Erforderlichkeit der Betreuung entfallen lassen kann.

33 Aus diesen Grundsätzen folgt, dass ein Vorsorgebevollmächtigter grundsätzlich auch ermächtigt werden kann, für den Betroffenen den Rücktritt vom Erbvertrag als Willenserklärung entgegenzunehmen. Hierfür gilt nichts anderes als für andere gegenüber dem Betroffenen abzugebende empfangsbedürftige Willenserklärungen, die – wie etwa die Kündigung eines Mietvertrags – rechtlich nachteilige Folgen für den Betroffenen bewirken können. Würde man die Möglichkeit der passiven gewillkürten Stellvertretung insoweit beschränken, so wäre damit eine der gesetzlichen Grundkonzeption widersprechende Entwertung der Vorsorgevollmacht verbunden (vgl. jurisPK-BGB/Reymann, § 2271 Rdnr. 28; Hausmann, Notar 2014, 58, 61 f.).

34 (4) Schließlich gibt zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung Anlass, dass der vom Erbvertrag Zurücktretende das Risiko der Unwirksamkeit der Vorsorgevollmacht trägt. Ist etwa zweifelhaft, ob der andere Vertragsschließende bereits bei Vollmachterteilung geschäftsunfähig war, kann er beim Betreuungsgericht die Bestellung eines Betreuers für den Rücktrittsgegner anregen, die eine gerichtliche Überprüfung von dessen Geschäftsfähigkeit bei Vollmachterteilung nach sich ziehen wird. Davon abgesehen handelt es sich insoweit um ein Problem, das im Zusammenhang mit jeder empfangsbedürftigen Willenserklärung auftreten kann, die einem Geschäftsunfähigen gegenüber abzugeben ist. Der Schutz des Erklärenden rechtfertigt es nicht, dem Erklärungsgegner insoweit die sein Selbstbestimmungsrecht verwirklichende rechtsgeschäftliche Regelung mittels Vorsorgevollmacht zu versagen.

35 d) Danach ist eine Betreuerbestellung im vorliegenden Fall nicht erforderlich im Sinne des § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB. Die Beteiligte zu 1 ist als umfassend Vorsorgebevollmächtigte rechtlich befugt, den Rücktritt des Beteiligten zu 3 vom Erbvertrag entgegenzunehmen. Gründe, die trotz dieser Bevollmächtigung ausnahmsweise zur Bestellung eines Betreuers zwingen würden, liegen nach den getroffenen Feststellungen nicht vor.

ANMERKUNG:

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

1. Rechtsfragen

Gemäß § 2296 Abs. 2 BGB bedarf der Rücktritt von einem Erbvertrag einer notariell beurkundeten Erklärung gegenüber dem anderen Vertragspartner, die Rücktrittserklärung muss ihm also zugehen.¹ Während die Rücktrittserklärung nach § 2296 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht durch einen Vertreter erfolgen kann, sagt das Gesetz zu der Frage, ob der Empfänger diese Rücktrittserklärung höchstpersönlich entgegennehmen muss, nichts aus.

Ist der andere Teil nicht mehr geschäftsfähig, wird die Rücktrittserklärung nach § 131 Abs. 1 BGB erst wirksam, wenn sie einem gesetzlichen Vertreter zugeht. Für den empfangenen Teil müsste daher ein Betreuer bestellt werden. Da aber ein wesentlicher Zweck des Zugangserfordernisses darin besteht, dem die Widerrufserklärung empfangenden Partner zu ermöglichen, auf den Widerruf durch eine neue testamentarische Verfügung zu reagieren, nimmt eine abweichende Auffassung in der Literatur an, eine Betreuerbestellung dürfe nicht erfolgen, da es dem Testierunfähigen nicht möglich sei, eine neue Verfügung von Todes wegen zu treffen.² Bejaht man dagegen mit der überwiegenden Auffassung die Möglichkeit einer Betreuerbestellung, so schließt sich die weitere Frage an, ob nicht auch der Zugang an einen rechtsgeschäftlich Bevollmächtigten zulässig sein könnte.

2. Zulässigkeit der Betreuerbestellung auch beim gemeinschaftlichen Testament

Der BGH folgt der herrschenden Meinung und bejaht zu Recht die Möglichkeit, den Rücktritt von einem Erbvertrag auch gegenüber einem Betreuer zu erklären. Der Argumentation des Senats ist eigentlich wenig hinzuzufügen. Der Beschluss betrifft zwar den Rücktritt von einem Erbvertrag, die Grundsätze sind jedoch auch auf die Entgegennahme des Widerrufs beim gemeinschaftlichen Testament gemäß § 2271 Abs. 2, § 2296 Abs. 2 BGB übertragbar. Dort müssten die Argumente sogar erst recht gelten. Denn ohne die Möglichkeit der Bestellung eines Betreuers würde jede Widerrufsmöglichkeit bereits ab dem Zeitpunkt der Geschäftsunfähigkeit des anderen Teils vereitelt. Gegen diese Konsequenz spricht bereits der in § 2271 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommende Wille des Gesetzgebers, eine Bindungswirkung gemeinschaftlicher Testamente erst mit dem Tod eines der Ehegatten eintreten zu lassen.³ Gegen den Ausschluss des Widerrufs im Falle einer Geschäftsunfähigkeit des anderen Ehegatten lässt sich auch die Regelung des § 2271 Abs. 2 Satz 1 letzter Hs. BGB anführen. Danach kann der Überlebende seine Verfügung aufheben, wenn er das ihm Zugewandte ausschlägt. Diese Möglichkeit steht im

jedoch nicht zu, solange der andere testierunfähige Ehegatte noch lebt. Durch das Fehlen dieser Ausschlagungsoption im Falle der bloßen Testierunfähigkeit würde demnach zu Lebzeiten beider Ehegatten sogar eine stärkere Bindung eintreten als nach dem Tod des Erstversterbenden.⁴

Es kann daher ein Betreuer zum Zweck des Empfangs des Widerrufs bestellt werden. Ist bereits ein Betreuer mit dem Wirkungskreis „Vermögenssorge“ bestellt, so erfasst dies auch die Entgegennahme des Widerrufs einer wechselbezüglichen Verfügung bzw. des Rücktritts von einem Erbvertrag.⁵

3. Auch Zugang bei Vorsorgebevollmächtigten

Zu Recht bejaht der Senat die Möglichkeit, dass ein Rücktritt von einem Erbvertrag und ein Widerruf einer wechselbezüglichen Verfügung in einem gemeinschaftlichen Testament auch gegenüber einem Vorsorgebevollmächtigten möglich sein muss. Aus dem Wortlaut des § 2296 Abs. 2 BGB könnte man auf den ersten Blick etwas Gegenteiliges herleiten, da dort eine Erklärung gegenüber dem anderen Vertragsschließenden gefordert wird, während bei einer rechtsgeschäftlichen Passivvertretung im Sinne des § 164 Abs. 3 BGB der Adressat der Erklärung nicht der Vertretene selbst, sondern der Vertreter ist. Jedoch wird bei der gesetzlichen Vertretung durch einen Betreuer die Erklärung regelmäßig nicht an den Geschäftsunfähigen selbst gerichtet werden, sondern in der Praxis meist direkt an den gesetzlichen Vertreter. Dass dies bei einem Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments oder dem Rücktritt von einem Erbvertrag anders sein sollte als bei allen anderen Erklärungen, lässt sich § 2296 Abs. 2 BGB nicht zu entnehmen.

Der BGH äußert jedoch Bedenken gegen die Entgegennahme eines Widerrufs oder Rücktritts durch Insichgeschäft aufgrund einer Vorsorgevollmacht, die wie bei notariellen Vorsorgevollmachten üblich, eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB enthält. Da in diesen Fällen die Gefahr des Missbrauchs der Vertretungsmacht recht groß ist, insbesondere deshalb, weil der möglicherweise aber nicht zwingend geschäftsunfähige andere Teil von einem Widerruf ggf. überhaupt nichts erfährt und auf diese Weise eine mögliche Reaktion darauf vereitelt werden könnte. Außerdem dürfte nach Eintritt des Erbfalls die Beweisbarkeit eines solchen Widerrufs sehr schwer sein.

4. Konsequenzen des Rücktritts

Ist damit die Rücktrittserklärung bzw. der Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments gegenüber einem Vorsorgebevollmächtigten möglich, so wird das AG die Bestellung eines Betreuers für den Empfänger in der Regel mangels eines Bedürfnisses ablehnen, § 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB. Aufgrund der im Beschluss geäußerten Bedenken dürfte jedoch das Bedürfnis für eine Betreuerbestellung dann zu bejahen sein, wenn nur der Erklärende selbst als Bevoll-

1 Zu Formfragen beim Zugang *Weidlich*, MittBayNot 2018, 425.

2 *Damrau/Bittler*, ZErB 2004, 77 ff.; mit etwas anderer Begründung *Grunsky*, ErbR 2013, 98, 100.

3 *Zimmer*, ZEV 2007, 159, 160; *Keim*, ZEV 2010, 358, 359.

4 *Keim*, ErbR 2014, 118, 119.

5 *Palandt/Weidlich*, 80. Aufl. 2021, § 2271 Rdnr. 6; Aufgabenkreis „Postvollmacht“ genügt nicht: OLG Karlsruhe, Beschluss vom 9.6.2015, 11 Wx 12/15, DNotI-Report 2015, 109.

mächtiger genannt ist. Ist nach dem Inhalt des Beschlusses nunmehr zwar ein Widerruf oder ein Rücktritt auch bei Geschäftsunfähigkeit des anderen Partners möglich, so muss doch bedacht werden, welche Rechtsfolgen dadurch eintreten. Denn gemäß § 2270 Abs. 1 BGB hat bei wechselbezüglichen Verfügungen der Widerruf der einen Verfügung regelmäßig auch die Unwirksamkeit der anderen Verfügung zur Folge. Gleiches gilt im Zweifel auch für den Rücktritt von einem gegenseitigen Erbvertrag. Stirbt der andere demente Ehegatte also vor dem Widerrufenden, so verliert der widerrufende Ehegatte auch seine Alleinerbenstellung und es entsteht eine Erbengemeinschaft mit den Kindern.

5. Gemeinsame Kinder als Betreuer und Bevollmächtigte?

Nach überwiegender Auffassung können zu Betreuern zum Empfang der Rücktrittserklärung auch die gemeinsamen Kinder bestellt werden, obwohl sie eigentlich gemäß § 1908i Abs. 1, § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB bei einem Rechtsgeschäft zwischen dem Mündel und einem Verwandten des Betreuers in gerader Linie von der Vertretung ausgeschlossen sind. Die Vorschrift erfasse neben Verträgen nur durch den Betreuer *erklärte* einseitige Rechtsgeschäfte, nicht jedoch solche, die *gegenüber* dem Betreuten vorgenommen würden.⁶ Diese Auffassung wird jedoch zu Recht kritisiert, da auch die Entgegennahme einer Erklärung gemäß § 130 BGB Rechtsfolgen erzeugt und daher kein reiner Realakt ist.⁷ Sie können von der so veränderten Erbfolge profitieren und daher ein Interesse haben, durch Verheimlichung des Widerrufs Reaktionen des empfangenden Teiles zu vereiteln. Dagegen können die Kinder als rechtsgeschäftlich Bevollmächtigte den Widerruf bzw. den Rücktritt entgegennehmen, da das Vertretungsverbot des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB für Bevollmächtigte nicht gilt. Bei konkret möglichen Interessenkonflikten kann aber im Einzelfall dennoch eine Betreuerbestellung zweckmäßig sein.

6 OLG Nürnberg, Beschluss vom 6.6.2013, 15 W 764/13, DNotZ 2013, 868; MünchKomm-BGB/Spickhoff, 8. Aufl. 2020, § 1795 Rdnr. 26.

7 So zum Beispiel Helms, DNotZ 2003, 104, 108; Hausmann, notar 2014, 58, 60.

2. Eintritt des Erwerbers eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück in das Mietverhältnis

KG, Beschluss vom 15.12.2020, 1 W 1461/20, mitgeteilt von **Ronny Müller**, Richter am KG

BGB §§ 181, 566, 567, 567b, 1056, 1629, 1795, 1909
GBO §§ 13, 18, 19, 29

LEITSATZ:

Veräußert der Alleineigentümer eines Grundstücks einen Miteigentumsanteil an einen Dritten, tritt dieser neben dem Veräußerer in die von diesem begründeten Mietverhältnisse ein.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte zu 1 ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die in Abt. I ffd. Nr. 2 mit den Beteiligten zu 2 und 3 als deren Gesellschafter im Grundbuch eingetragen ist. Das dort verzeichnete Grundstück ist mit einem vermieteten Mehrfamilienhaus bebaut. Die Beteiligten zu 4 und 5 sind die Kinder des Beteiligten zu 2.

2 Am 5.11.2015 erteilte der Beteiligte zu 3 dem Beteiligten zu 2 zur UR-Nr. 8 xx/2(...) des Notars G B in B eine „Immobilienvollmacht“ zur Vertretung des Beteiligten zu 3 u. a. für dessen Beteiligungen als Gesellschafter in Gesellschaften bürgerlichen Rechts. (...)

3 Die mit dem Beteiligten zu 2 verheiratete Mutter der Beteiligten zu 4 und 5 erteilte diesem zur UR-Nr. 6 xx/2(...) der Notarin J. S. in B. am 5.9.2019 „Generalvollmacht“ (...).

4 Am 9.3.2020 einigte sich der Beteiligte zu 2 im eigenen und im Namen des Beteiligten zu 3 zur UR-Nr. 1 xx/2(...) der Notarin J S in B auf die Übertragung von 93,8 Miteigentumsanteilen der Beteiligten zu 1 an dem im Beschlusseingang bezeichneten Grundstück auf sich und bewilligte und beantragte die Eintragung im Grundbuch. Im eigenen und im Namen seiner Ehefrau sowie der Beteiligten zu 4 und 5 einigte er sich sodann auf die Übertragung von jeweils 46,9 Miteigentumsanteilen an dem Grundstück an die Beteiligten zu 4 und 5 und bewilligte und beantragte auch insoweit die Eintragung im Grundbuch.

5 Die Notarin hat die UR-Nr. 1 xx/2(...) mit Schriftsatz vom 13.3.2020 mit der Bitte um weitere Veranlassung dem Grundbuchamt übersandt. Mit Verfügung vom 25.3.2020 hat das Grundbuchamt u. a. für die Übertragung der Miteigentumsanteile auf die Beteiligten zu 4 und 5 die Genehmigung durch einen noch zu bestellenden Ergänzungspfleger für erforderlich erachtet, weil der Erwerb eines vermieteten Grundstücks nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sei. Hiergegen von der Notarin erhobene Einwendungen hat das Grundbuchamt mit Verfügung vom 26.8.2020 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Beschwerde vom 30.9.2020, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 9.10.2020 nicht abgeholfen hat.

6 II. 1. Die Beschwerde ist statthaft. Erlässt das Grundbuchamt eine Zwischenverfügung, so kann gegen jede darin aufgeführte Beanstandung Beschwerde erhoben werden, § 71 Abs. 1 GBO (*Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 71 Rdnr. 34). Die

Verfügung des Grundbuchamts vom 25.3.2020 ist eine Verfügung im Sinne von § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO, auch wenn das Grundbuchamt sie ursprünglich nicht als solche verstanden haben wollte.

7 In der Verfügung werden keine Hindernisse aufgeführt, die nicht rückwirkend auf den Zeitpunkt der Antragstellung zu beseitigen wären. Das betrifft insbesondere auch den dortigen Punkt 3. Dem steht nicht entgegen, dass der Erlass einer Zwischenverfügung dann unzulässig ist, wenn die zur Eintragung erforderliche Eintragungsbewilligung des unmittelbar Betroffenen noch nicht erklärt ist (BGH, WM 2017, 1072, 1073; Senat, Beschluss vom 8.7.2020, 1 W 35/20, NZG 2020, 1033, 1034). Darum ging es bei Punkt 3 hingegen nicht. Die zur Umschreibung der beiden Miteigentumsanteile auf die Beteiligten zu 4 und 5 erforderliche Bewilligung, § 19 GBO, ist in der UR-Nr. 1 xx/2(...) enthalten, lediglich die Person des Begünstigten ist dort – offenbar – unrichtig benannt worden. Dementsprechend hat die Notarin auch versucht, diese Unrichtigkeit mittels Nachtragsvermerks gemäß § 44a Abs. 2 BeurkG zu korrigieren. Ob ihr dies gelungen ist, erscheint im Hinblick auf die Anforderungen in § 44a Abs. 2 Satz 2 BeurkG zweifelhaft, ist mangels Anfechtung aber nicht von dem Senat, sondern von dem Grundbuchamt zu beurteilen.

8 Die Zwischenverfügung vom 25.3.2020 entspricht auch sonst sämtlichen in § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO aufgestellten Anforderungen, insbesondere – im Gegensatz zu der Verfügung vom 26.8.2020 – auch die Setzung einer Frist zum Nachweis der Hebung des aufgezeigten Hindernisses.

9 2. Die Beschwerde ist zulässig. Beschwerdeführer sind sämtliche Beteiligten. Da die Notarin einen konkreten Beschwerdeführer nicht genannt hat, gilt die Beschwerde im Zweifel als im Namen aller Antragsberechtigten erhoben (*Demharter*, GBO, § 15 Rdnr. 20). Das sind hier gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO die Beteiligten zu 1 bis 5.

10 Gegenstand des Rechtsmittels ist lediglich Punkt 2 der Zwischenverfügung vom 25.3.2020, da sich die weitere Verfügung des Grundbuchamts vom 26.8.2020 und vor allem die Beschwerdebegründung nur hierzu verhält.

11 3. In der Sache hat das Rechtsmittel keinen Erfolg. Das von dem Grundbuchamt aufgezeigt Eintragungshindernis besteht, sodass Anlass für diese Beanstandung gegeben ist, § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB.

12 a) Der Übergang des Eigentums an einem Grundstück setzt die Einigung des Veräußerers mit dem Erwerber hierüber und die Eintragung im Grundbuch voraus, § 873 Abs. 1 BGB. Die Einigung (Auflassung) hat durch entsprechende Erklärungen bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einer zuständigen Stelle, in der Regel einem Notar, § 20 Abs. 2 BNotO, zu erfolgen, § 925 Abs. 1 Satz 1 BGB. Dabei müssen die Vertragsparteien die Erklärungen nicht persönlich abgeben. Sie können sich auch vertreten lassen.

13 Gegenüber dem Grundbuchamt ist die Auflassung in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO nachzuweisen, wie sie sachenrechtlich zur Herbeiführung der Rechtsänderung erforderlich ist, § 20 GBO. Haben bei der Auflassung Vertreter gehandelt, erfordert dies den formgerechten Nachweis ihrer

Vertretungsmacht (Senat, Beschluss vom 3.11.2011, 1 W 495/10, FGPrax 2010, 7). Ist eine solche Vertretungsmacht durch ein Genehmigungserfordernis beschränkt, muss auch die Genehmigung dem Grundbuchamt nachgewiesen werden. So ist es hier.

14 b) Grundsätzlich umfasst die elterliche Sorge, § 1626 BGB, die Vertretung des Kindes, wobei gemeinsam sorgeberechtigte Eltern das Kind gemeinschaftlich vertreten, § 1629 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB.

15 aa) Hingegen ist ein Elternteil von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen, wenn er selbst dessen Vertragspartner werden soll, § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1795 Abs. 2, 181 BGB. Insofern gilt der allgemeine Grundsatz, dass ein Vertreter im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen kann, § 181 BGB. Das ist hier auf Seiten des Beteiligten zu 2 der Fall, der die von der Beteiligten zu 1 noch zu erwerbenden Miteigentumsanteile an die minderjährigen Beteiligten zu 4 und 5 übertragen will.

16 Der Ausschluss eines Elternteils von der Vertretung des Kindes erstreckt sich auch auf den anderen sorgeberechtigten Elternteil. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob in dessen Person ebenfalls ein Ausschlussgrund besteht (BGH, FGPrax 2011, 21, 22; BGHZ, 162, 137, 142; NJW 1972, 1708; OLG Frankfurt a. M., FPR 2013, 397, 398; MünchKomm-BGB/*Huber*, 8. Aufl., § 1629 Rdnr. 43). Somit ist auch die Mutter der Beteiligten zu 4 und 5 von deren Vertretung ausgeschlossen und der Beteiligte zu 2 aufgrund der ihm erteilten Generalvollmacht folglich nicht in der Lage, für sie im Namen der Kinder wirksame Erklärungen abzugeben.

17 bb) Entgegen der Beschwerde liegt hier kein die Anwendung der § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1795 Abs. 2, § 181 BGB rechtfertigender Ausnahmefall vor.

18 (1) Allerdings werden diese Vorschriften nach ihrem Sinn und Zweck dahin einschränkend ausgelegt, dass sie keine Anwendung finden, wenn das Geschäft für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaft ist, vgl. § 107 BGB (BGHZ, a. a. O., 143; Senat, Beschluss vom 31.8.2010, 1 W 167/10, FamRZ 2011, 736, 737). Hingegen ist höchstrichterlich geklärt, dass ein auf den Erwerb eines vermieteten Grundstücks gerichtetes Rechtsgeschäft für einen Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist, weil er mit dem Eigentumsübergang in sämtliche Rechte und Pflichten aus dem bestehenden Mietverhältnis eintritt, § 566 Abs. 1 BGB, und daher nicht nur zur Überlassung des vermieteten Grundstücks verpflichtet ist, sondern ihn weitere Verpflichtungen treffen können, für die er auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet (BGH, a. a. O., 140).

19 (2) Ist das Grundstück im Zeitpunkt der Veräußerung vermietet und behält sich der Veräußerer den Nießbrauch an ihm vor, tritt der minderjährige Erwerber zwar zunächst nicht in die Mietverhältnisse ein, vgl. § 567 BGB. Insoweit besteht aber die hinreichend konkrete Möglichkeit, dass der Minderjährige bei Beendigung des Nießbrauchs mit Pflichten aus dem Mietvertrag belastet werden kann, § 1056 Abs. 1 BGB, was zur Annahme eines Rechtsnachteils ausreichend ist (BGHZ, a. a. O., 142).

20 Die Beteiligte zu 1 ist seit dem 9.8.2005 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. In Abt. II lfd. Nr. 6 ist seit dem 14.3.2016 ein Nießbrauch gebucht. Vor diesem Hintergrund ist die Annahme nicht fernliegend, dass bei Begründung des Nießbrauchs bereits Mietverhältnisse vorhanden waren, in die die Nießbrauchsberechtigten eingetreten sind, § 567 Satz 1, § 566 Abs. 1 BGB (vgl. Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 14. Aufl., § 567 Rdnr. 14). In diesem Fall kommt es auf den von den Beteiligten angestrebten Zwischenerwerb durch den Beteiligten zu 2 überhaupt nicht an. Bei Beendigung des Nießbrauchs träten diejenigen in die Mietverträge ein, die dann Eigentümer des Grundstücks sind, § 1056 Abs. 1, § 566 Abs. 1, 567b BGB. Das wären nach den von den Beteiligten angestrebten Rechtsänderungen jedenfalls auch die Beteiligten zu 4 und 5.

21 (3) Andererseits haben die Beteiligten – notariell beraten – erklärt, sie gingen davon aus, dass lediglich Mietverhältnisse mit der Beteiligten zu 1 bestünden, vgl. § 3 UR-Nr. 1 xx/2(...). Dies hat die Urkundsnotarin nochmals mit Schriftsatz vom 12.5.2020 (...) gegenüber dem Grundbuchamt vorgetragen. Dann aber käme § 566 Abs. 1 BGB auf den (Zwischen-)Erwerb der 93,8 Miteigentumsanteile durch den Beteiligten zu 2 von der Beteiligten zu 1 unmittelbar und nachfolgend auf den Erwerb von jeweils 46,9 Miteigentumsanteilen durch die Beteiligten zu 4 und 5 von dem Beteiligten zu 2 nach § 567b Satz 1, § 566 Abs. 1 BGB zur Anwendung.

22 Diese Vorschriften dienen der Erhaltung des aus dem Mietvertrag folgenden Besitzrechts des Mieters gegenüber dem Erwerber (BGH, DNotZ 2019, 922, 923; ZfIR 2017, 729, 732; NJW-RR 2012, 237, 239; KG, DNotZ 2019, 104). Hingegen schützt sie den Mieter weder vor einem Wechsel in der Person des Vermieters noch der Anzahl der Personen auf Vermieterseite (vgl. *Forschner*, DNotZ 2019, 923, 925).

23 (aa) Wird der vermietete Wohnraum nach der Überlassung an den Mieter von dem Vermieter an einen Dritten veräußert, so tritt der Erwerber an Stelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein, § 566 Abs. 1 BGB. Für vermietete Grundstücke oder Gewerberäume gilt nichts anderes, § 578 Abs. 1 und 2 Satz 1 BGB. Mit dem Eigentumsübergang entsteht ein neues Mietverhältnis zwischen dem Erwerber des Grundstücks und dem Mieter, jedoch mit dem gleichen Inhalt, mit dem es zuvor mit dem Veräußerer bestanden hat (BGH, ZfIR, a. a. O., 729; NJW 2014, 3775, 3776).

24 Dies setzt die Identität zwischen Vermieter, Eigentümer und Veräußerer voraus (BGHZ 154, 171, 175; NZM 2004, 300; NJW-RR, a. a. O., 238; ZfIR a. a. O., 730; Palandt/*Weidenkaff*, 80. Aufl., § 566 Rdnr. 7).

25 Demgegenüber ist auf Erwerberseite eine Personenverschiedenheit zwischen veräußerndem Eigentümer und Erwerber erforderlich. Eine Veräußerung an einen Dritten, § 566 Abs. 1 BGB, liegt nicht vor, wenn der Erwerber beim Erwerb bereits Vermieter ist (BGH, DNotZ, a. a. O.).

26 (1) Eigentümerin des Grundstücks ist die als solche in Abt. I des Grundbuchs eingetragene und insoweit rechtsfähige Beteiligte zu 1. Grundstücke einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts stehen in deren Alleineigentum und nicht im

gemeinschaftlichen Eigentum ihrer Gesellschafter (BGH, DNotZ 2016, 925, 926 f.). Die Beteiligte zu 1 ist es auch, die – jedenfalls nach dem Vortrag der Beteiligten – das auf dem Grundstück errichtete Mehrfamilienhaus vermietet hat und noch Vermieterin ist. Der Beteiligte zu 2, dessen Eintragung an Stelle der Beteiligten zu 1 im Grundbuch zunächst angestrebt wird, ist danach weder Eigentümer, Veräußerer noch Vermieter.

27 (2) Steht das Eigentum an einem Grundstück mehreren Personen zu ideellen Bruchteilen zu und vermieten sie darauf befindliche Wohnungen, so findet § 566 Abs. 1 BGB Anwendung, wenn ein Miteigentümer seinen Anteil an einen Dritten veräußert, der nicht bereits Miteigentümer ist (BGH, NJW 2018, 2472, 2475). Der Erwerber tritt also an Stelle des veräußernden Miteigentümers in das Mietverhältnis ein. Umgekehrt wird der Erwerber alleiniger Vermieter, wenn an ihn sämtliche Miteigentumsanteile veräußert werden (Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, § 566 BGB Rdnr. 76; Staudinger/*V. Emmerich*, Neub. 2018, § 566 Rdnr. 22; *Buchinger/Kirsch*, ZfIR 2017, 377, 378).

28 Bei realer Teilung eines Grundstücks treten die Erwerber einzelner Trenngrundstücke gemeinsam auf Vermieterseite in den mit dem Veräußerer bestehenden Mietvertrag ein (BGH, NJW 2005, 3781). Daran ändert sich nichts Wesentliches, wenn die Trenngrundstücke nicht zeitgleich veräußert werden. Dann treten die Rechtsfolgen des § 566 Abs. 1 BGB jeweils im Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung auf die jeweiligen Erwerber ein. Der Veräußerer/Vermieter bleibt damit Partei des Mietvertrags bis das letzte Teilgrundstück übertragen worden ist (BGH, NZM 2015, 5 192, 594).

29 Nicht anders ist es bei der Veräußerung des Grundstücks durch den vermietenden Alleineigentümer an mehrere Erwerber zu ideellen Bruchteilen. Auch hier wird mit den Erwerbern ein neues, zu dem bisherigen Mietvertrag inhaltsgleiches Mietverhältnis begründet, bei sukzessiver Veräußerung von Miteigentumsanteilen wiederum zum jeweiligen Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung im Grundbuch (Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, *Strey*, § 566 BGB Rdnr. 76; Staudinger/*V. Emmerich*, § 566 Rdnr. 22; *Buchinger/Kirsch*, ZfIR 2017, 377, 378).

30 Der Senat sieht keinen Anlass, den vorliegenden Fall, in dem zunächst 93,8 Miteigentumsanteile von der Beteiligten zu 1 auf den Beteiligten zu 2 übertragen werden sollen, anders zu entscheiden. Der Sachverhalt unterscheidet sich nicht wesentlich von der Fallgestaltung, in der das gesamte Grundstück sukzessive an mehrere Erwerber zu Bruchteilen veräußert wird. Die Mieter sind hier nicht weniger schutzwürdig.

31 Dem kann nicht entgegengehalten werden, sie verlören die Person des ursprünglichen Vermieters nicht, sodass sie gegenüber der Beteiligten zu 1 nach wie vor aufgrund der Mietverträge zum Besitz berechtigt seien. Zwar ist dies zutreffend und überwiegend wird auch vertreten, die Mieter könnten dieses Besitzrecht dem Herausgabeverlangen eines am Mietvertrag nicht beteiligten Miteigentümers entgegensetzen (vgl. Palandt/*Herrler*, § 1011 Rdnr. 3; Erman/*Aderhold*, BGB, § 1011 Rdnr. 1; zweifelnd: MünchKomm-BGB/*Schmidt*, § 1011 Rdnr. 4).

32 Hingegen könnten die Mieter ein aus den Mietvertrag folgendes Recht zum Besitz auch demjenigen entgegenzusetzen, der den Bruchteil eines Miteigentümers erwirbt. Gleichwohl wird hier nicht infrage gestellt, dass dieser Erwerber in den Mietvertrag eintritt (BGH, NJW 2018, 2472, 2475).

33 Außerdem besteht für die Mieter die Gefahr des Verlustes ihres Rechts zum Besitz gegenüber dem Eigentümer, wenn die Beteiligte zu 1 die ihr verbliebenen Miteigentumsanteile veräußern sollte. § 566 Abs. 1 BGB findet keine unmittelbare Anwendung, wenn nur einer von mehreren Miteigentümern Vermieter ist und später das Grundstück an einen Dritten veräußert wird. In einem solchen Fall fehlt es an der Identität zwischen Eigentümer, Veräußerer und Vermieter (vgl. BGH, NZM 2004, 300; NJW 2008, 2181, 2182; 1974, 1551). Diese Rechtslage würde aber geschaffen, wenn mit der Übertragung des Miteigentumsanteils auf den Beteiligten zu 2 nicht zugleich dessen Eintritt in die mit den Mietern und der Beteiligten zu 1 bestehenden Mietverträge verbunden wäre.

34 Damit verbliebe allenfalls eine analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB, der nach der Rechtsprechung des BGH im Hinblick darauf, dass es sich hierbei um eine Ausnahmenvorschrift handelt, jedoch dementsprechend eng auszulegen ist (BGHZ 110, 315, 320). Eine Analogie hat der BGH bei einer Vermietung mit Zustimmung und im alleinigen wirtschaftlichen Interesse des Eigentümers angenommen, wenn der Vermieter kein eigenes Interesse am Fortbestand des Mietverhältnisses hat (BGH, ZfIR 2017, 729, 731 ff.). Hier fehlt es bereits an der Vermietung durch eine andere Person als den Eigentümer. Vielmehr sind die Mietverträge durch die Beteiligte zu 1 geschlossen worden, die derzeit noch alleinige Eigentümerin und bei einer Veräußerung des Miteigentumsanteils wenigstens noch Miteigentümerin ist.

35 Es besteht auch kein Anlass, den Übergang des Mietvertrags bzw. den Eintritt des Erwerbers in einen solchen auf einen möglichen Erwerber des der Beteiligten zu 1 verbliebenen Miteigentumsanteils zu beschränken. Eine solche Sichtweise käme in Konflikt mit den Fällen, in denen das Grundstück vom vermietenden Alleineigentümer an mehrere zu Bruchteilen veräußert wird. Hier wäre es nicht einzusehen, wenn bei einer zeitlichen Verzögerung der Eigentumsumschreibung bei einem der Erwerber ein Eintritt der Erwerber, die bereits mit ihren Bruchteilen im Grundbuch eingetragen sind, in bestehende Mietverträge ausgeschlossen sein sollte.

36 (bb) Vor diesem Hintergrund wird die Eintragung des Beteiligten zu 2 als Miteigentümer zu 93,8/100 im Grundbuch seinen Eintritt in die vorhandenen Mietverträge zur Folge haben, § 566 Abs. 1 BGB. Die anschließende Eintragung der Beteiligten zu 4 und 5 mit jeweils 46,9 Miteigentumsanteilen im Grundbuch wird wiederum zu deren Eintritt in die Mietverträge führen. Damit ist deren angestrebter Erwerb nicht lediglich rechtlich vorteilhaft (BGHZ 162, 137, 140), sodass der Beteiligte zu 2 und in der Folge dessen Ehefrau sie im Rahmen des zur UR-Nr. 171/2020 beurkundeten Rechtsgeschäfts nicht wirksam vertreten konnten.

37 Für einen solchen Fall sieht das Gesetz die Bestellung eines Ergänzungspflegers vor, § 1909 Abs. 1 Satz 1 BGB,

worauf das Grundbuchamt der angefochtenen Zwischenverfügung zu Punkt 2 zutreffend hingewiesen hat.

38 4. Die Festsetzung des Beschwerdewerts folgt aus §§ 61, 36 Abs. 3 GNotKG.

39 Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der vorliegend zu entscheidenden Rechtsfragen, insbesondere zur Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB auf die Veräußerung eines Miteigentumsanteils durch den vermietenden Alleineigentümer, lässt der Senat die Rechtsbeschwerde zu, § 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB.

3. Täuschung über Krisenanzeichen beim Unternehmenskauf

OLG München, Urteil vom 3.12.2020, 23 U 5742/19

BGB §§ 119, 123 Abs. 1, § 142 Abs. 1, §§ 278, 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, §§ 389, 826

LEITSÄTZE:

1. Bei einem Unternehmensverkauf ist der Verkäufer grundsätzlich verpflichtet, den Käufer auch ungefragt über konkrete Vorkommnisse zu informieren, die gewichtige Anzeichen für eine anhaltende Krise der Gesellschaft sind, zum Beispiel erhebliche Zahlungsrückstände, mehrfache Mahnungen und Liquiditätsengpässe. In gleicher Weise muss er ggf. deutlich und unmissverständlich darüber aufzuklären, dass und in welcher Höhe die Gesellschaft bislang nur negative Ergebnisse erzielt hatte.
2. Eine in einer unwahren, irreführenden Angabe des Verkäufers eines Unternehmens (hier u. a. die Aussage, dass das Ganze jetzt „wieder erheblich ins Plus“ gehe, obwohl die Gesellschaft zuvor noch niemals ein positives Ergebnis erzielt hatte) liegende Täuschung entfällt nicht dadurch wieder, dass dem Käufer Geschäftsunterlagen übergeben werden, die ihrerseits kein klares, vollständiges Bild der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens zeichnen.
3. Ein vertraglich vereinbarter Haftungsausschluss betreffend Rechte und Ansprüche des Erwerbers wegen Mängeln erfasst grundsätzlich nicht die Haftung des Unternehmensverkäufers für schuldhaftes Aufklärungspflichtverletzungen aus c. i. c.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Parteien streiten um Ansprüche im Zusammenhang mit einem gesellschaftsrechtlichen Notarvertrag, durch den die Beklagten von dem Kläger eine Kommanditgesellschaft, die eine Diskothek in B betrieb, übernehmen.

2 Im Jahr 2012 war der Kläger zu 1 der alleinige Kommanditist der F GmbH & Co. KG (im Folgenden: F KG) sowie der einzige Geschäftsführer der Komplementärin, der F GmbH. Die F KG

betrieb eine Diskothek in B sowie zumindest bis zum 30.6.2013 auch die Cocktailbar K. Zusätzlich betrieb der Kläger zu 1 noch die Spielhalle D.

3 Die Diskothek hatte die F KG zum 15.8.2012 von der B GmbH für 59.100 € erworben (...). Über die Räumlichkeiten, in denen die Diskothek betrieben wurde, schlossen die B GmbH und die F KG einen Untermietvertrag.

4 Anfang Dezember 2012 schloss die F KG einen mit einem Darlehen über 46.564,56 € verbundenen Bierbezugsvertrag mit der Brauerei S GmbH (...). Zugleich übernahmen der Kläger zu 1 und dessen Ehefrau, die Klägerin zu 2, eine selbstschuldnerische Bürgschaft für die Verbindlichkeiten der F KG gegenüber der S GmbH aus diesem Bierbezugsvertrag (...).

5 Der Jahresabschluss für die F KG für das Jahr 2012 ergab einen Jahresfehlbetrag von 22.111,98 € (...).

6 Mit Schreiben vom 19.6.2013 stellte die S GmbH fest, dass ein überfälliger Kontoausgleich trotz Mahnung i. H. v. 1.199,75 € nicht von der F KG durchgeführt worden sei; es werde die Zahlungsweise auf „streng bar“ umgestellt“ (...).

7 Mit Schreiben vom 26.6.2013 mahnte die H-Bräu GmbH gegenüber der F KG die Bezahlung einer offenen Forderung von insgesamt 512,30 € (Rechnungen vom 9.5.2013 und vom 27.4.2013) an (...).

8 Mit Einschreiben vom 17.9.2013 erklärte die G GmbH, dass trotz mehrmaliger, intensiver Bemühungen eine offene Forderung der F KG in Höhe von insgesamt 44.080,40 € (exklusive Verzugszinsen) noch immer nicht auf ihrem Konto gutgeschrieben worden sei; die Getränkefirma setzte gleichzeitig eine letzte Zahlungsfrist bis zum 1.10.2013 (...).

9 Auf dieses Schreiben antwortete der Kläger zu 1 mit E-Mail vom gleichen Tage, die folgenden Wortlaut hat (...):

„Sehr geehrte Frau T., Ihr Schreiben habe ich zur Kenntnis genommen. Eine (sic) Ausgleich ist definitiv nicht möglich. Das gilt für die Betriebs GmbH sowie auch privat. Die GmbH verfügt derzeit über keinerlei Mittel. Ebenso haben meine Frau und ich keine privaten Mittel. Ein Mahnverfahren führt zur sofortigen Insolvenzanmeldung der GmbH welche eine private Insolvenz von mir und meiner Frau nach sie zieht. Gehen Sie davon aus, dass ein Insolvenzverfahren mangels Masse eingestellt werden würde. Betriebswirtschaftliche Auswertungen der GmbH sowie meines Einzelbetriebes D. welche beide ein negatives Ergebnis ausweisen, kann ich Ihnen kurzfristig bei meinem Steuerberater anfordern, sollten Sie mir keinen Glauben schenken.

Über Ihre Vorgehensweise bin ich sehr überrascht, von Herrn Z. persönlich enttäuscht. Ich habe der Fa. G. viele neue Kunden vermittelt und könnte dies noch weiterhin tun. Das scheint Ihrem Haus nichts Wert zu sein. Ferner habe ich Herrn Z. mitgeteilt, dass 2 neue Gesellschafter sich in die GmbH einbringen wollen, der Notartermin zur Beteiligung war für die nächsten Wochen geplant. Diese werden nun natürlich ihre Bereitschaft dazu zurückziehen.“

10 Mit Schreiben vom 4.9.2013 mahnte die H-Bräu GmbH eine offene Forderung gegenüber der F KG in Höhe von insge-

samt 266,56 € (Rechnungen vom 27.7.2013 und 29.6.2013) an (...).

11 In einer WhatsApp-Nachricht vom 29.9.2013 schrieb der Kläger zu 1 an den Mitarbeiter Herr K auf dessen Bitte hin, noch einen Betrag in Höhe von rund 1.200 € an einen Grafikdesigner zu überweisen (...):

„Guter Witz. Monatsanfang; Abbuchung Strom, Leasing, Hackerdarlehen usw. Miete können wir nicht zahlen, meine 10 tsd. habe ich auch nicht aber du willst C. zahlen. Eher ein schlechter Witz“

12 Am 1.10.2013 teilte der Kläger zu 1 dem Mitarbeiter Herr K per WhatsApp mit (...):

„Ich erstickte in offenen Posten. Wir müssen uns dringend zusammensetzen.“

13 Im Herbst 2013 schaltete der Kläger zu 1 eine Annonce auf ImmobilienScout 24 bezüglich der von der F KG betriebenen Diskothek (...). Dabei beschrieb er das Objekt wie folgt:

„www(...). net

Aus persönlichen Gründen abzugeben.

Top Moderne Ausstattung Licht & Ton, Computer gesteuerte Schankanlagen für AfG, Biere, Spirituosen August 2013 für über 30.000 Erneuerungen/Umbau durchgeführt.

Computer gesteuerte, vollautomatische Cocktail Station und vieles mehr! Ablöse: 250.000 Ablöse teilweise über bestehende Lieferantenbedingungen zu finanzieren.

Sehr schneller return of Invest Betriebswirtschaftliche Kennzahlen nur gegen Kapitalnachweis Direkt vom Betreiber Unter Umständen ist eine Übernahme der Betriebs GmbH möglich bzw. sinnvoll Die Disco ist für 800 Leute zugelassen.

Die Erlaubnis ist unbefristet und ohne Bedenken erteilt worden.“

14 Daraufhin nahmen die Beklagten mit dem Kläger zu 1 Verhandlungen auf. Es kam zu mindestens vier Besprechungen, namentlich einer am 13.3.2014, bei der auch der Steuerberater des Klägers sowie der F KG, der Zeuge S, anwesend war.

15 Im Zuge der Verhandlungen wurden den Beklagten Summen- und Saldenrechnungen (...) sowie betriebswirtschaftliche Erfolgsrechnungen („BWA“) (...) vorgelegt. Dabei wies die BWA für Januar bis September 2013 ein negatives Betriebsergebnis von -56.405,94 € aus (...), die BWA für Januar bis Dezember 2013 vom 19.3.2014 ein negatives Betriebsergebnis von -30.756,95 € (...). Beide BWA sind oben links gekennzeichnet mit „F GmbH & Co KG, Diskothek“. (...)

16 Auf eine Nachfrage des Beklagten zu 1 wegen des negativen Ergebnisses der BWA vom September 2013 antwortete der Kläger zu 1 mit E-Mail vom 29.11.2013 (...), die auszugswise folgenden Inhalt hat:

„Hallo D., habe mir noch mal ein paar Gedanken gemacht. Es macht schon Sinn, wenn Ihr die GmbH übernehmt. Ist alles viel einfacher abzuwickeln. Deine Beden-

ken wegen der letzten, negativen BWA, wie bereits angemerkt, möchte ich mit den aktuellen Umsätzen entkräften, diese letzte BWA September muss man wirklich genau erklärt bekommen:

Umsatz Oktober kumuliert, brutto: 68.183 Umsatz November kumuliert, brutto noch fehlend dieses Wochenende mit Project X: bisher 62.366 Dezember wird sicher auch bei ca. 70.000 liegen.

Wie du siehst, bzw. von mir angekündigt, geht das ganze jetzt wieder erheblich ins Plus. Genauer können wir das beim Steuerberater besprechen.

(...)“

17 Am 1.4.2014 schlossen der Kläger zu 1 und die Beklagten einen notariellen Einbringungs- und Veräußerungsvertrag (...).

18 Hierin brachte der Kläger zu 1 seine Anteile an der F GmbH in die F KG ein (...). Die Geschäftsführungsbefugnis für die GmbH-Anteile wurde den Kommanditisten der F KG übertragen (...).

19 Des Weiteren wurden die Beklagten weitere Kommanditisten der F KG (...). Sie verpflichteten sich zu einer Einlagezahlung i. H. v. 100.000 € bis zum 15.4.2015 sowie weiteren 40.000 € bis 31.3.2015. Hinsichtlich der 40.000 € vereinbarten die Parteien, dass der Betrag zur Tilgung des Darlehens bei der S GmbH zu verwenden sei. Die Beklagten verpflichteten sich, die Kläger aus der von ihnen hierfür übernommenen selbstschuldnerischen Bürgschaft freizustellen (...).

20 Ferner trat der Kläger zu 1 (...) in Abschnitt E. des Notarvertrages seinen Kommanditanteil an der F KG für 50.000 € an die Beklagten ab. Dabei wurde vereinbart, dass für den Fall, dass bis zum 31.3.2015 die Voraussetzung für eine Insolvenz bei der F KG vorlägen, diese Abtretungsverpflichtung einschließlich Zahlungspflicht des Kaufpreises entfalle (...). Unter Ziffer E. IV. 4. des Notarvertrages wurden Rechte und Ansprüche des Erwerbers wegen Mängeln ausgeschlossen (...). (...)

22 In der Folge wurden die Beklagten zu Geschäftsführern der Komplementär-GmbH bestellt. Sie zahlten jedenfalls eine Einlage von 100.000 € ein (...).

23 Am 31.1.2015 kündigte die B GmbH, vertreten durch ihren damaligen Geschäftsführer J, außerordentlich den mit der F KG hinsichtlich der Räumlichkeiten der Diskothek geschlossenen Untermietvertrag (...). Die F KG stellte daraufhin den Betrieb der Diskothek ein.

24 Am 9.2.2015 nahm die B GmbH, die zwischenzeitlich von dem Beklagten zu 2 erworben worden war, den Kläger zu 1 aus einer von diesem übernommenen Mietbürgschaft i. H. v. 17.850 € in Anspruch. Über die B GmbH wurde später, am 26.9.2016, das Insolvenzverfahren eröffnet.

25 Am 23.2.2015 stellten die Beklagten für die F KG Insolvenzantrag.

26 Am 9.3.2015 wurde der Jahresabschluss für die F KG für das Jahr 2013 vorgelegt und wies einen Jahresfehlbetrag von -89.312,27 € aus (...). In dem Jahresabschluss enthalten waren auch Verluste aus dem Barbetrieb der F KG.

27 Am 20.5.2015 kündigte die S GmbH das im Rahmen des Bierbezugsvertrages mit der F KG vereinbarte Darlehen und stellte einen Betrag von insgesamt 43.970,69 € fällig (...). Gleichzeitig kündigte die Brauerei dem Kläger zu 1 die Inanspruchnahme aus der Bürgschaft an, wenn die F KG nicht zahlen sollte.

28 Die Kläger forderten daraufhin über ihren damaligen Rechtsanwalt am 1.6.2015 die Beklagten zur Freistellung auf (...).

29 Am 18.6.2015 erklärten die Beklagten, vertreten durch die Beklagtenvertreterin, die Anfechtung des Notarvertrages (...) gegenüber dem Rechtsanwalt der Kläger aus jedem denkbaren Rechtsgrund, insbesondere wegen arglistiger Täuschung (...).

30 Mit Beschluss vom 2.7.2015 eröffnete das AG Wolfratshausen auf das Insolvenzgutachten vom 30.6.2015 hin (...) das Insolvenzverfahren über das Vermögen der F KG und bestellte Rechtsanwalt D zum Insolvenzverwalter (...).

31 Am 14.7.2015 schloss der Kläger zu 1 mit der S GmbH einen Teilzahlungsvergleich hinsichtlich der Bürgschaftsschuld der Kläger, in der der Kläger zu 1 sich verpflichtete, 45.020,64 € in Raten zu zahlen (...).

32 Am 11.9.2018 beauftragte der Insolvenzverwalter über das Vermögen der F KG einen Gerichtsvollzieher mit der Zwangsvollstreckung gegen den Beklagten zu 2 wegen einer noch offenen Geldschuld aus dem Notarvertrag vom 1.4.2014 i. H. v. 20.000 € (...). Am 31.10.2018 einigten sich der Beklagte zu 2 und der Insolvenzverwalter auf eine Ratenzahlungsvereinbarung hinsichtlich der Forderung von 20.000 € (...).

33 Die Kläger behaupten, dass der Kläger zu 1 im Rahmen der Verhandlungen die Beklagten an seinen Steuerberater S verwiesen habe, damit die Beklagten an ihn alle Fragen stellen konnten und Unterlagen über die F KG anfordern konnten. Der Steuerberater sei vollumfänglich über die wirtschaftliche Situation der F KG informiert gewesen. Den Beklagten sei überdies auch der Jahresabschluss für das Jahr 2012 überlassen worden.

34 Die Bar K sei zum 30.6.2013 von der F veräußert worden. Der Barbetrieb sei den Beklagten etwa über das Verrechnungskonto Nr. 1591 in der Summen- und Saldenliste für September 2013 (...) bekannt gewesen (...).

35 Die Kläger sind der Meinung, dass die Anfechtung der Beklagten unwirksam sei. Die Beklagten hätten vor dem Abschluss des Notarvertrages über alle erforderlichen Informationen verfügt, eine Aufklärungspflicht sei von den Klägern nicht verletzt worden.

36 Mit ihrer Klage haben die Kläger ursprünglich die Freistellung von ihrer gegenüber der S GmbH übernommenen Bürgschaftsschuld begehrt. Im laufenden Prozess hat der Kläger zu 1 behauptet, an die Brauerei in einzelnen Raten insgesamt 51.018,14 € gezahlt zu haben und so die Zahlungspflichten gegenüber der Brauerei vollständig getilgt zu haben. (...) Der Kläger zu 1 hat daher seine Klage umgestellt und in der ersten Instanz zuletzt von den Beklagten Zahlung von 51.018,14 € nebst Zinsen verlangt. Die Klägerin zu 2 hat demgegenüber

ihre Klage auf Freistellung für erledigt erklärt. Die Beklagten haben der Erledigterklärung zugestimmt (...).

37 Der Kläger zu 1 hat daher in der ersten Instanz zuletzt beantragt,

Die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an den Kläger zu 1 51.018,14 € nebst 9 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz – aus 500 € seit 29.7.2015, aus weiteren 500 € seit 1.9.2015, aus weiteren 500 € seit 27.10.2015, aus weiteren 500 € seit 26.11.2015, aus weiteren 500 € seit 29.12.2015, aus weiteren 500 € seit 26.1.2016, aus weiteren 500 € seit 26.2.2016, aus weiteren 500 € seit 30.3.2016, aus weiteren 500 € seit 26.4.2016, aus weiteren 500 € seit 26.5.2016, aus weiteren 500 € seit 28.6.2016, aus weiteren 500 € seit 26.7.2016, aus weiteren 500 € seit 26.8.2016, aus weiteren 500 € seit 27.9.2016, aus weiteren 500 € seit 5.10.2016, aus weiteren 500 € seit 12.10.2016, aus weiteren 500 € seit 26.10.2016, aus weiteren 500 € seit 28.11.2016, aus weiteren 500 € seit 6.12.2016 und – aus weiteren 500 € seit 28.12.2016 zu zahlen.

38 Die Beklagten beantragten

Klageabweisung.

39 Zugleich haben sie Widerklage gegen die Kläger erhoben und beantragten

1. die Kläger gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an den Beklagten zu 1 Zug um Zug gegen Übertragung der von ihm an der F GmbH & Co. KG übernommenen Kommanditbeteiligung in Höhe von 4.250 € einen Betrag in Höhe von 50.000 € zu zahlen.

2. die Kläger gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an den Beklagten zu 2 Zug um Zug gegen Übertragung der von ihm an der F. GmbH & Co. KG übernommenen Kommanditbeteiligung in Höhe von 4.250 € einen Betrag in Höhe von 50.000 € zu zahlen.

3. die Kläger gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an den Beklagten zu 1 einen Betrag in Höhe von 3.000 € zu zahlen.

4. die Kläger gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an den Beklagten zu 2 einen Betrag in Höhe von 22.000 € sowie weiterer 700 € nebst Zinsen in Höhe von für das Jahr fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, ferner, den Beklagten zu 2 von den sich aus der zwischen Herrn Rechtsanwalt D als Insolvenzverwalter über das Vermögen der F GmbH & Co. KG und dem Beklagten zu 2 geschlossenen Ratenzahlungsvereinbarung ergebenden Verpflichtungen freizustellen.

5. Festzustellen, dass die Kläger verpflichtet sind, den Beklagten jeglichen Schaden zu ersetzen, der ihnen aus der Übernahme einer Kommanditbeteiligung an der F GmbH & Co. KG entstanden ist und künftig noch entstehen wird.

6. die Kläger zu verurteilen, die Beklagten von allen Verpflichtungen freizustellen, die die Beklagten im Einbringungs- und Veräußerungsvertrag vom 1.4.2014, Urkunde des Notars P, URNr. (...), eingegangen sind.

40 Die Kläger haben beantragt

die Widerklage abzuweisen.

41 Die Beklagten behaupten, dass der Kläger zu 1 ihnen arglistig verschwiegen habe, dass die Gesellschaft zu keinem Zeitpunkt positive Erträge erwirtschaftet habe. Die Beklagten seien daher davon ausgegangen, dass sich die Gesellschaft selbst tragen würde, wenn nur durch ihre Einlagen von 100.000 € und 40.000 € die Verbindlichkeiten beglichen worden wären. Sie hätten die Beteiligung nie erworben, wenn sie über alle Umstände korrekt informiert worden wären. Tatsächlich sei die Gesellschaft schon bei Übernahme durch die Beklagten insolvenzreif gewesen.

42 Die Beklagten tragen vor, dass über die von ihnen in die F KG eingelegten 100.000 € hinaus der Beklagte zu 1 noch weitere 3.000 € und der Beklagte zu 2 weitere 22.000 € einbezahlt hätten. (...)

43 Zudem habe der Beklagte zu 2 auf die mit dem Insolvenzverwalter der F KG abgeschlossene Ratenzahlungsvereinbarung bis zum 27.2.2019 insgesamt 700 € geleistet.

44 Die Beklagten meinen, dass sie vom Kläger zu 1 arglistig getäuscht worden seien. Der Notarvertrag vom 1.4.2014 sei daher infolge Anfechtung unwirksam geworden, die Kläger könnten hieraus folglich keine Rechte ableiten. Die Kläger schuldeten den Beklagten darüber hinaus Ersatz aller Schäden, die diese infolge des Abschlusses des Notarvertrages erlitten hätten, aus c. i. c.

45 Das LG hat den Kläger zu 1 sowie den Beklagten zu 1 im Termin vom 21.9.2016 persönlich angehört. Ferner hat das LG Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens. (...)

46 Mit Endurteil vom 18.9.2019 hat das LG, auf dessen tatsächliche Feststellungen nach § 540 Abs. 1 ZPO Bezug genommen wird, die Klage und die Widerklage abgewiesen. Die Klage sei unbegründet, weil der Notarvertrag durch die Anfechtung der Beklagten gemäß §§ 142, 119 Abs. 2 BGB unwirksam geworden sei, weil die Beklagten über die Insolvenzzureife der Gesellschaft geirrt hätten. Auch die Widerklage sei unbegründet. Bezüglich der Klägerin zu 2 fehle es bereits an der Passivlegitimation. Im Übrigen könne nicht sicher festgestellt werden, dass der Kläger zu 1 eine schuldhaftes Aufklärungspflichtverletzung begangen habe. Bei der Kostenentscheidung legte das LG den Kostenanteil für die übereinstimmend für erledigt erklärte Klage der Klägerin zu 2 gemäß § 91 a ZPO der Klägerin zu 2 auf. (...)

47 Hiergegen haben die Kläger Berufung eingelegt, wobei die Klägerin zu 2 lediglich die Kostenentscheidung angreift.

48 Die Beklagten haben zunächst am 22.10.2019 Prozesskostenhilfe beantragt. Nach Gewährung der Prozesskostenhilfe durch den Senat mit Beschlüssen vom 22.5.2020 (...) haben auch die Beklagten mit Schriftsatz vom 5.6.2020 Berufung eingelegt und gleichzeitig Wiedereinsetzung in die Berufungs- und Berufungsbegründungsfrist beantragt.

49 Mit Beschluss vom 16.6.2020 (...) hat der Senat den Beklagten Wiedereinsetzung in die Berufungsfrist gewährt. Mit Schriftsatz vom 19.6.2020 haben die Beklagten eine Beru-

fungsbegründung eingereicht (...). Daraufhin hat der Senat den Beklagten mit Beschluss in der mündlichen Verhandlung vom 20.8.2020 Wiedereinsetzung auch in die Berufungsbegründungsfrist gewährt.

50 Die Kläger meinen, dass die Klage vom LG zu Unrecht abgewiesen worden sei. Ein Anfechtungsgrund gemäß § 119 Abs. 2 BGB sei nicht gegeben, zumal das erholte Sachverständigengutachten gerade nicht die Insolvenzreife der Gesellschaft zum 1.4.2014 sicher festgestellt habe. Zudem sei die Frist des § 121 BGB nicht gewahrt worden.

51 Es läge überdies auch keine arglistige Täuschung oder sonstige schuldhaftige Aufklärungspflichtverletzung durch den Kläger zu 1 vor. Dieser habe seine Aufklärungspflichten gegenüber den Beklagten erfüllt, jedenfalls sei ihm Gegenteiliges nicht bewusst gewesen, sodass Arglist ausscheide. Zudem sei die Frist des § 124 BGB für die Anfechtungserklärung vom 18.6.2015 nicht gewahrt, weil die Beklagten unmittelbar nach Abschluss des Notarvertrages am 1.4.2014 vollen Zugriff auf alle Unterlagen der Gesellschaft gehabt hätten.

52 Erstmals in den Schriftsätzen vom 1.10.2020 und vom 29.10.2020 tragen die Kläger vor, dass der Steuerberater S die Beklagten in der gemeinsamen Besprechung am 13.3.2014 darüber aufgeklärt habe, dass die F KG auch eine Bar betrieben habe, von der noch Verluste mitgeschleppt würden. Hierbei habe er den Beklagten auch erklärt, dass die BWA und die Summen- und Saldenliste für 2013 nur den Diskobetrieb betreffe.

53 Ferner erklärt der Kläger zu 1 erstmals im Schriftsatz vom 1.10.2020 (...) gegen die Widerklageforderungen hilfsweise die Aufrechnung mit seiner Ansicht nach bestehenden Gegenansprüchen gegen die Beklagten. Hierzu trägt er vor, dass die Beklagten der F KG in kollusivem Zusammenwirken Anfang 2015 das Inventar der Diskothek im Wert von damals noch 37.500 € entzogen hätten. Zudem hätten die Beklagten in kollusivem Zusammenwirken die Mietzahlungen der F KG an die B GmbH für Dezember 2014 und Januar 2015 nicht erbracht und so die Inanspruchnahme des Klägers zu 1 aus dessen Mietbürgschaft über 17.850 € ausgelöst. (...)

54 In der mündlichen Verhandlung vom 20.8.2020 hat der Senat u. a. darauf hingewiesen, dass die nur gegen die Kostenentscheidung gerichtete Berufung der Klägerin zu 2 in eine sofortige Beschwerde gemäß § 91 a Abs. 2 ZPO umzudeuten sein dürfte.

55 Der Kläger zu 1 beantragt daher zuletzt zu seiner Berufung (...):

56 Unter Abänderung des am 18.9.2019 verkündeten Urteils des LG München I, Az.: 15 O 12738/15, werden die Beklagten gesamtschuldnerisch verurteilt, an den Kläger zu 1 51.018,14 € nebst 9 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz – aus 500 € seit 29.7.2015, aus weiteren 500 € seit 1.9.2015, aus weiteren 500 € seit 27.10.2015, aus weiteren 500 € seit 26.11.2015, aus weiteren 500 € seit 29.12.2015, aus weiteren 500 € seit 26.1.2016, aus weiteren 500 € seit 26.2.2016, aus weiteren 500 € seit 30.03.2016, aus weiteren 500 € seit 26.4.2016, aus weiteren 500 € seit 26.5.2016, aus weiteren 500 € seit 28.6.2016, aus weiteren 500 € seit 26.7.2016, aus

weiteren 500 € seit 26.8.2016, aus weiteren 500 € seit 27.9.2016, aus weiteren 500 € seit 5.10.2016, aus weiteren 500 € seit 12.10.2016, aus weiteren 500 € seit 26.10.2016, aus weiteren 500 € seit 28.11.2016, aus weiteren 500 € seit 6.12.2016 und – aus weiteren 500 € seit 28.12.2016 zu zahlen.

57 Die Beklagten beantragen zur Berufung des Klägers zu 1 (...):

Die Berufung der Kläger gegen das Urteil des LG München I, 15 O 12738/15, vom 18.9.2019, zugestellt am 23.9.2019, wird zurückgewiesen.

58 Darüber hinaus beantragen die Beklagten zu ihrer Berufung zuletzt:

Auf die Berufung der Beklagten hin wird das am 18.9.2019 verkündete Urteil des LG München I, 15 O 2738/15, geändert wie folgt:

„1. Der Kläger zu 1 wird verurteilt, an den Beklagten zu 1 Zug um Zug gegen Übertragung der von ihm an der F GmbH & Co. KG übernommenen Beteiligung in Höhe von 4.250 € einen Betrag in Höhe von 50.000 € zu zahlen.

2. Der Kläger zu 1 wird verurteilt, an den Beklagten zu 2 Zug um Zug gegen Übertragung der von ihm an der F GmbH & Co. KG übernommenen Beteiligung in Höhe von 4.250 € einen Betrag in Höhe von 50.000 € zu zahlen.

3. Der Kläger zu 1 wird verurteilt, an den Beklagten zu 1 einen Betrag in Höhe von 3.000 € zu zahlen.

4. Der Kläger zu 1 wird verurteilt, an den Beklagten zu 2 einen Betrag in Höhe von 22.000 € sowie weiterer 700 € nebst Zinsen in Höhe von für das Jahr fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, ferner, den Beklagten zu 2 von den sich aus der zwischen Herrn Rechtsanwalt D als Insolvenzverwalter über das Vermögen der F GmbH & Co. KG und dem Beklagten zu 2 geschlossenen Ratenzahlungsvereinbarung ergebenden Verpflichtungen freizustellen.

5. Es wird festgestellt, dass der Kläger zu 1 verpflichtet ist, den Beklagten jeglichen Schaden zu ersetzen, der ihnen aus der Übernahme einer Kommanditbeteiligung an der F GmbH & Co. KG entstanden ist und noch künftig entstehen wird.“

59 Die zunächst auch noch in Bezug auf den in erster Instanz als Nr. 6 gestellten weiteren Freistellungsantrag eingelegte Berufung haben die Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 20.8.2020 zurückgenommen (...).

60 Die Kläger beantragen die Berufung des Beklagten zu 1 und des Beklagten zu 2 zurückzuweisen (...).

61 Die Beklagten wiederholen und vertiefen ihren erstinstanzlichen Vortrag. Sie behaupten, dass in der Besprechung vom 13.3.2014 mit dem Steuerberater S ausschließlich über den Kaufvertrag, nicht über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft gesprochen worden sei; die Bar K sei nicht erwähnt worden. Die Beklagten meinen, dass aufgrund der Indizien bereits von einer Insolvenzreife der F KG im Herbst 2013 auszugehen sei. Der Kläger zu 1 habe ihnen gegenüber seine Auf-

klärungspflichten verletzt und sei daher zum Schadensersatz verpflichtet. Der vom Kläger im Schriftsatz vom 1.10.2020 erstmals erklärte Aufrechnung stimmen die Beklagten nicht zu.

(...)

64 II. Die gegen den Kostenauspruch gerichtete Berufung der Klägerin zu 2 war in eine zulässige, im Ergebnis unbegründete sofortige Beschwerde gemäß § 91a Abs. 2 ZPO umzudeuten. Die Berufung des Klägers zu 1 ist zulässig aber unbegründet. Die zulässige Berufung der Beklagten hat überwiegend Erfolg.

65 1. Die Berufung der Klägerin zu 2 war entsprechend § 140 BGB in eine sofortige Beschwerde gegen die Kostenentscheidung der ersten Instanz gemäß § 91a Abs. 2 ZPO umzudeuten.

66 Als Berufung ist das Rechtsmittel der Klägerin zu 2 unstatthaft, da gegen sie gar keine Entscheidung in der Hauptsache, sondern lediglich eine Kostenentscheidung nach § 91a Abs. 1 ZPO ergangen ist (vgl. BGH, NJW 2013, 2361 Rdnr. 18).

67 Die Klägerin zu 2 begehrt eine Abänderung dieser Kostenentscheidung (...). Dagegen steht ihr ungeachtet der Tatsache, dass die Entscheidung nach § 91a ZPO Teil der im Endurteil des LG getroffenen Kostenmischentscheidung war, die sofortige Beschwerde nach § 91a Abs. 2 ZPO zur Verfügung (BGH, NJW 2013, 2361 Rdnr. 18).

68 Eine Umdeutung der Berufung der Klägerin zu 2 in eine sofortige Beschwerde ist möglich, wenn das Rechtsmittel innerhalb der Beschwerdefrist von zwei Wochen gemäß § 569 Abs. 1 ZPO eingelegt wurde (BGH, NJW 2013, 2361 Rdnr. 20). Letzteres ist hier der Fall. Das Urteil wurde dem Klägervertreter am 23.9.2019 zugestellt. Die Beschwerdefrist lief mithin gemäß § 222 Abs. 1 ZPO, § 188 Abs. 2 BGB mit Ablauf des 7.10.2019 ab. Der Berufungseingang an diesem Tag wahrt damit noch die Frist. Die zulässige Beschwerde ist indes unbegründet (hierzu unten 4.1.).

69 2. Die zulässige Berufung des Klägers zu 1 ist unbegründet. Das LG hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen.

70 Der Kläger zu 1 hat keinen Anspruch gegen die Beklagten auf Schadensersatz gemäß § 280 Abs. 1 BGB wegen Verletzung der von den Beklagten in dem Notarvertrag vom 1.4.2014 hinsichtlich der Bürgschaftsschuld des Klägers zu 1 übernommenen Freistellungspflicht.

71 Es fehlt an einem wirksamen Schuldverhältnis zwischen den Parteien. Der Notarvertrag vom 1.4.2014 ist zwar nicht bereits aufgrund des in Abschnitt E. 2. geregelten Insolvenzvorbehalts insgesamt unwirksam (unten 2.1.), noch ist er infolge einer Anfechtung gemäß § 142 Abs. 1, § 119 Abs. 2 BGB unwirksam (unten 2.2.). Er ist jedoch durch Anfechtung der Beklagten gemäß § 142 Abs. 1, § 123 Abs. 1 BGB unwirksam geworden (unten 2.3.).

72 2.1. Der Notarvertrag ist nicht schon infolge des in Abschnitt E. 2. vereinbarten Insolvenzvorbehalts (...) insgesamt unwirksam.

73 Zwar ist die auflösende Bedingung, dass bei der F KG bis zum 31.3.2015 die Insolvenzvoraussetzungen vorliegen, eingetreten. Ausweislich des Insolvenzgutachtens lagen diese Voraussetzungen bereits (spätestens) bei der Antragstellung im Februar 2015 vor.

74 Rechtsfolge ist gemäß der Regelung in Abschnitt E. 2. des Notarvertrages, dass die Pflicht des Klägers zu 1, seinen Kommanditanteil auf die Beklagten zu übertragen, sowie die damit korrespondierende Kaufpreiszahlungspflicht der Beklagten entfällt.

75 Dies führt indes nicht zur Gesamtnunwirksamkeit des Notarvertrages. Insbesondere entfällt damit nicht auch gleichzeitig die von den Beklagten im Abschnitt D des Notarvertrages (...) übernommene Freistellungsverpflichtung hinsichtlich der Bürgschaftsschuld der Kläger. Das ergibt die Auslegung des Vertrages.

76 Die Freistellungspflicht betrifft einen Teil der von den Beklagten übernommenen Einlageverpflichtung: Die Beklagten sollten ihrer Einlagepflicht i. H. v. 40.000 € durch die Freistellung nachkommen. Die Einlagenpflicht steht im Zusammenhang mit dem Kommanditanteil, den die Beklagten originär durch Beitritt in die F KG erhalten sollten. Davon zu trennen ist der unter Abschnitt E. des Notarvertrages geregelte Kauf des Kommanditanteils des Klägers zu 1. Das Geschäft ist insoweit teilbar. Es ist nicht ersichtlich, dass allein wegen eines gescheiterten Anteilerwerbs die Parteien automatisch auch den Gesellschafterbeitritt der Beklagten rückabwickeln wollten. Dafür spricht auch die salvatorische Klausel in Abschnitt F. des Notarvertrages. In Abbedingung des § 139 BGB ist infolgedessen im Zweifel von einer Teilbarkeit auszugehen (Palandt/Ellenberg, 79. Aufl. 2020, § 139 Rdnr. 17).

77 2.2. Entgegen der Ansicht des LG ist der Notarvertrag nicht durch Anfechtung wegen Eigenschaftsirrums gemäß § 142 Abs. 1, § 119 Abs. 2 BGB unwirksam geworden.

78 Dabei kann offenbleiben, ob die Insolvenzreife eines Unternehmens eine Eigenschaft im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB darstellt. Für den Ertrag, Umsatz und die Rentabilität eines Unternehmens ist dies streitig (zum Streitstand MünchKommBGB/Armbrüster, 8. Aufl. 2018, § 119 Rdnr. 141).

79 Jedenfalls steht nicht fest, dass die F KG im Moment des Notarvertragsabschlusses am 1.4.2014 bereits im Rechtsinne insolvenzreif war, sodass die Beklagten hierüber irren hätten können. Laut dem vom LG eingeholten Sachverständigengutachten verbleiben insoweit trotz erheblicher Indizien Restzweifel. Das LG begründet in seinem Urteil nicht konkreter, warum es gleichwohl, in Abweichung von der gutachterlichen Einschätzung, zu einem anderen Ergebnis kommt.

80 Hinzu kommt, dass für eine auf § 119 BGB gestützte Anfechtung die Beklagten die Frist des § 121 BGB nicht gewahrt haben. Die Beklagten haben im Februar 2015 Insolvenzantrag für die F KG gestellt. Am 9.3.2015 wurde der Jahresabschluss für das Jahr 2013 vorgelegt, der eine bilanzielle Überschuldung auswies (...). Die Anfechtungserklärung der Beklagten erst am 18.6.2015 erfolgte daher auf der Basis des für den Anfechtungsgrund des § 119 Abs. 2 BGB geltenden § 121 BGB zu spät.

81 2.3. Der Notarvertrag wurde jedoch durch eine Anfechtung der Beklagten wegen arglistiger Täuschung gemäß § 142 Abs. 1, § 123 Abs. 1 BGB unwirksam.

82 2.3.1. Der Kläger zu 1 hat die Beklagten im Vorfeld des Notarvertragsabschlusses arglistig über die wirtschaftliche Situation der F KG getäuscht.

83 2.3.1.1. Grundsätzlich ist eine Täuschung im Sinne des § 123 Abs. 1 BGB möglich durch Vorspiegelung oder Entstellung von Tatsachen (Palandt/*Ellenberger*, § 123 Rdnr. 3) sowie durch Verschweigen von Tatsachen trotz Bestehens einer Aufklärungspflicht (Palandt/*Ellenberger*, § 123 Rdnr. 5).

84 Bei einem Unternehmensverkauf trifft den Verkäufer eine gesteigerte Aufklärungspflicht, weil der Erwerber von außen das Kaufobjekt nur schwer richtig bewerten kann (BGH, NJW 2001, 2163, 2164). Bei einer Beteiligung des Erwerbers an einem lebensfähigen Unternehmen erstreckt sich die Aufklärungspflicht namentlich auf Umstände, welche die Überlebensfähigkeit ernsthaft gefährden, insbesondere also eine drohende oder bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (BGH, NJW 2001, 2163, 2164). Der Verkäufer muss dabei auch ungefragt über Vorkommnisse, die gewichtige Anzeichen für eine anhaltende Krise der Gesellschaft sind, umfassend und wahrheitsgemäß unterrichten (BGH, NJW 2001, 2163, 2165). In gleicher Weise muss er im Zuge der Vertragsverhandlungen die Erwerber grundsätzlich auch auf die Verluste der vergangenen Jahre, die den Vertragszweck gefährden können, hinweisen (BGH, NJW 2002, 1042, 1044).

85 2.3.1.2. Nach diesen Grundsätzen hat der Kläger zu 1 die Beklagten vorliegend getäuscht im Sinne des § 123 Abs. 1 BGB.

86 Die Grundsätze sind auf die hier gegebene Erwerbskonstruktion in dem Notarvertrag vom 1.4.2014 anwendbar. Vertragszweck war letztlich die entgeltliche Übernahme der F KG samt der zu dieser gehörenden Diskothek durch die Beklagten zum Zwecke des (erfolgreichen) Betriebs der Diskothek.

87 Der Kläger zu 1 hat die Beklagten getäuscht, indem er ihnen eine unzutreffende wirtschaftliche Situation vorgespiegelt hat (unten 2.3.1.2.1.). Zudem hat er seine Aufklärungspflichten dadurch verletzt, dass er die Beklagten nicht ausreichend über die damals schon gewichtigen Anzeichen einer dauerhaften Krise der Gesellschaft unterrichtet hat (unten 2.3.1.2.2.).

88 Die hierin liegenden Täuschungen wurden weder durch die den Beklagten überlassenen Unterlagen (unten 2.3.1.2.3.) noch durch die Besprechung mit dem Steuerberater am 13.3.2014 behoben (unten 2.3.1.2.4.).

89 2.3.1.2.1. Der Kläger zu 1 hat den Beklagten eine unzutreffende wirtschaftliche Situation der F KG vorgespiegelt bzw. die zutreffende Situation entstellt, indem er in der E-Mail vom 29.11.2013 (...) erklärte, dass „das ganze jetzt wieder erheblich ins Plus“ gehe und indem er in der Annonce (...) von einem „sehr schnellen return of invest“ sprach.

90 Die Aussage, „wieder erheblich ins Plus“ suggerierte den Beklagten, dass es schon einmal ein solches „Plus“ der Gesellschaft gab. Dies entsprach indes nicht der Wahrheit. Tat-

sächlich hatte die Gesellschaft, wie sich aus den Feststellungen des Insolvenzgutachtens ergibt (...), von Anfang an ausschließlich erhebliche Verluste produziert.

91 Ausweislich des Wortlauts der E-Mail bezog sich der Inhalt gerade auch auf die von den Parteien am Ende vereinbarte Übernahme der Gesellschaft, nicht lediglich auf den Betrieb der Diskothek. So schlägt der Kläger zu 1 in der E-Mail ausdrücklich einen Kaufpreis für die Anteile „der GmbH“ von 190.000 € vor. Eingangs erklärt er, dass es schon Sinn mache, „wenn Ihr die GmbH übernehmt“.

92 Die Aussage „wieder erheblich ins Plus“ kann auch nicht lediglich auf die gegen Ende des Jahres 2013 ansteigenden Umsatzzahlen der Diskothek bezogen werden. Gegen eine solch selektive Sicht spricht schon die Formulierung, dass „das ganze“ jetzt wieder ins Plus gehe. Hinzu kommt, dass der Kläger zu 1 zuvor schreibt:

„Deine Bedenken wegen der letzten, negativen BWA, wie bereits angemerkt, möchte ich mit den aktuellen Umsätzen entkräften (...).“

Es ging also in der E-Mail um die Entkräftung von Bedenken der Beklagten hinsichtlich der BWA vom September 2013 (...). Die BWA wies aber auch und vor allem ein negatives Betriebsergebnis aus, nicht lediglich schwache Umsatzzahlen. Die Entkräftung von Bedenken durch die Aussage, dass das Ganze wieder erheblich ins Plus gehe, bezieht sich damit auch auf dieses negative Gesamtergebnis.

93 Die in der Annonce (...) von dem Kläger zu 1 getroffene Prognose eines sehr schnellen „return of invest“ entbehrte angesichts der bislang lediglich (erheblich) negativen Ergebnisse der Gesellschaft jeglicher tatsächlicher Grundlage und wurde vom Kläger zu 1 damit ohne jeden greifbaren Anhaltspunkt ins Blaue hinein behauptet. Tatsächlich war und ist nicht erkennbar, wieso die durchweg negative Betriebsergebnisse produzierende Gesellschaft auf einmal derart renditeträchtig hätte werden sollte.

94 Auch in der Annonce ging es nicht ausschließlich um eine Einzelübernahme der Diskothek, sondern es wurde ausdrücklich bereits die Möglichkeit „eine Übernahme der Betriebs GmbH“ in den Raum gestellt (...).

95 Die Äußerungen des Klägers zu 1 entstellen und überdecken die Tatsache, dass die Gesellschaft bis zum Notarvertragsabschluss noch kein positives Betriebsergebnis produziert hatte.

96 2.3.1.2.2. Der Kläger zu 1 verletzte ferner seine Aufklärungspflichten gegenüber den Beklagten, indem er diese nicht ausreichend über die damals schon gewichtigen Anzeichen einer sehr schlechten wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft unterrichtete.

97 So hat es der Kläger zu 1 versäumt, die Beklagten deutlich und unmissverständlich darüber aufzuklären, dass und in welcher Höhe die Gesellschaft bislang nur negative Ergebnisse erzielt hatte (vgl. BGH, NJW 2002, 1042, 1044). Es wäre eine vertragswesentliche Information für die Beklagten gewesen, dass sich die Gesellschaft bislang noch nie selbst getragen hatte, geschweige denn Gewinne erwirtschaftet hatte. Die In-

formation hierüber wird auch nicht durch die Kenntnis der Beklagten ersetzt, dass die von ihnen zu leistenden Einlagen i. H. v. 140.000 € zur Tilgung von Verbindlichkeiten verwendet werden mussten. Die Kenntnis der Beklagten hierüber führt nicht zu einer Kenntnis, dass die Gesellschaft aus sich heraus bislang unrentabel war. Gerade für die sehr weitreichende Investitionsentscheidung, vor der die Beklagten standen, wäre es für sie wichtig gewesen, die bislang fehlende Rentabilität und das wahre Ausmaß der produzierten negativen Ergebnisse zu kennen.

98 Zudem hatte der Kläger zu 1 die Beklagten nicht hinreichend über die gewichtigen Anzeichen der Krise der Gesellschaft unterrichtet. Auch hierzu wäre er verpflichtet gewesen (BGH, NJW 2001, 2163, 2165 unter bb)).

99 Die Gesellschaft war bereits im Herbst 2013 und damit während der laufenden Verhandlungen mit den Beklagten in der Krise. Das vom Erstgericht erholte Sachverständigengutachten konstatierte überzeugend und in diesem Punkt nachvollziehbar Zeichen für erhebliche Zahlungsprobleme der Gesellschaft (...). Neben den negativen Betriebsergebnissen gab es mehrfachen Zahlungsverzug (...). Hinzu kamen deutliche Hinweise auf fehlende Liquidität namentlich in der E-Mail des Klägers zu 1 vom 17.9.2013 (...) sowie in den WhatsApp-Nachrichten vom 29.9.2013 und vom 1.10.2013 (...).

100 Auch wenn daraus zumindest nach der Meinung des Sachverständigen im Ergebnis noch nicht mit der erforderlichen Sicherheit – nach Ansicht des Gutachters nur mit 80 % Wahrscheinlichkeit (...) – eine Insolvenzreife zu folgern gewesen sein sollte, hätte der Kläger zu 1 die Beklagten über die deutlichen Krisenanzeichen konkret in Kenntnis setzen müssen. Sein diesbezügliches Unterlassen stellt eine rechtserhebliche Aufklärungspflichtverletzung dar.

101 2.3.1.2.3. Die Täuschungen über die wahre wirtschaftliche Situation der Gesellschaft entfallen nicht durch die den Beklagten im Rahmen der Verhandlungen überlassenen Unterlagen.

102 Diese waren schon generell ungeeignet, die expliziten Äußerungen des Klägers zu 1 hinsichtlich eines sehr schnellen „return of invest“ bzw. dazu, dass das Ganze wieder erheblich ins Plus gehe, hinreichend deutlich zurechtzurücken. Die Beklagten brauchten die Unterlagen insbesondere nicht daraufhin durchzusehen, ob und inwieweit die expliziten Angaben des Klägers zu 1 ihnen gegenüber der Wahrheit entsprachen. Sie durften vielmehr auf die Richtigkeit der klägerischen Aussagen vertrauen.

103 Hinzu kommt, dass die Unterlagen ebenfalls kein klares, vollständiges Bild der wirtschaftlichen Lage im Zeitpunkt des Notarvertragsabschlusses zeichnen.

104 Der Jahresabschluss für das Jahr 2012, den der Kläger nach seinem Vortrag den Beklagten übergeben hatte, weist ein einmaliges negatives Jahresergebnis aus. Daraus allein konnten die Beklagten nicht folgern, dass die Gesellschaft sich auch noch im April 2014 in einer nachhaltigen Krise befand und dass die Gesellschaft überhaupt noch nie rentabel gewirtschaftet hatte.

105 Der Jahresabschluss für das Jahr 2013 wurde erst im Jahr 2015 gefertigt, er war den Beklagten bei Vertragsabschluss mithin nicht bekannt.

106 Die den Beklagten überlassenen BWA und Summen- und Saldenlisten vervollständigen das Bild für die Beklagten nicht. Zwar weist die BWA für Januar bis Dezember 2013 vom 19.3.2014 ein negatives Betriebsergebnis von rund -31.000 € aus (...). Ausweislich des später erstellten Jahresabschlusses für das Jahr 2013 betrug das negative Betriebsergebnis indes rund -89.000 €, fiel also mehr als doppelt so hoch aus. Die BWA bildete damit die wahre Verlustsituation der F KG in dem für den Geschäftsabschluss der Beklagten besonders wichtigen Geschäftsjahr unmittelbar vor dem Jahr, in dem der Notarvertrag geschlossen wurde, nicht annähernd realistisch und vollständig ab.

107 2.3.1.2.4. Die Täuschungen wurden auch nicht durch den Steuerberater des Klägers zu 1 bzw. der F KG, des Zeugen S, ausreichend richtiggestellt.

108 Soweit der Kläger zu 1 vorträgt, dass er den Beklagten angeboten habe, dass diese den Steuerberater befragen konnten, genügt dies nicht. Die Möglichkeit, Fragen zu stellen, macht nicht die die Wahrheit verzerrenden Aussagen des Klägers zu 1 ungeschehen. Auch wurde hierdurch nicht die Aufklärungspflicht des Klägers zu 1 hinsichtlich der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft erfüllt. Diese Pflicht besteht in diesem besonders wichtigen Punkt unabhängig davon, ob die Beklagten danach fragten (vgl. Palandt/Ellenberger, § 123 Rdnr. 5b).

109 Die Täuschungen sind auch nicht durch die Besprechung der Parteien mit dem Steuerberater S am 13.3.2014 entfallen.

110 Der Kläger trägt insoweit vor, dass der Steuerberater den Beklagten erklärt habe, dass die BWA bzw. die Summen- und Saldenliste für 2013 nur die Diskothek betreffe; der Steuerberater habe gegenüber den Beklagten dabei auch erwähnt, dass die Bar K von der Gesellschaft betrieben worden sei und hier Verluste „mitgeschleppt“ würden (...).

111 Dieser Vortrag des Klägers zu 1 ist zum einen schon gemäß § 531 Abs. 2 ZPO präkludiert. Es handelt sich um neuen Vortrag in der Berufungsinstanz.

112 Der Kläger zu 1 hat zum Gesprächsinhalt vom 13.3.2014 erstmals im Schriftsatz vom 1.10.2020 und damit erstmals in zweiter Instanz vorgetragen. Zur Kenntnis der Beklagten über die Bar hatte er in erster Instanz immer nur vorgetragen, dass diese sich aus den übergebenen Unterlagen, namentlich durch das Verrechnungskonto Nr. 1591 in der Summen- und Saldenliste für September 2013 (...) ergeben habe (...).

113 Die Beklagten haben den vom Kläger vorgetragenen Inhalt des Gesprächs am 13.3.2014 substantiiert bestritten (...).

114 § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO ist nicht einschlägig, da das LG die Frage der Aufklärungspflichtverletzung durch den Kläger zu 1 nicht übersehen oder übergangen hat, sondern vielmehr im Urteil tragend geprüft hat (...).

115 Dass der Kläger den Vortrag nicht bereits in erster Instanz angebracht hatte, beruht auf Nachlässigkeit, sodass auch § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO nicht einschlägig ist. Der Kläger hat auf den Hinweis des Senats auf § 531 Abs. 2 ZPO in der

mündlichen Verhandlung vom 5.11.2020 nichts vorgebracht, was die Verspätung entschuldigen würde. Vielmehr war die Problematik der Aufklärungspflichtverletzung und konkret die Frage, ob die Beklagten über den Barbetrieb und die daraus resultierenden Verluste informiert waren, Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens und wurde von den Parteivertretern kontrovers diskutiert (...).

116 Abgesehen davon würde auch bei Zugrundelegung dieses Vortrags die dargestellte Täuschung des Klägers nicht entfallen. Eine Erklärung des Steuerberaters, dass die Bar von der Gesellschaft betrieben worden sei und hier Verluste „mitgeschleppt“ würden, besagt noch nichts über das wahre (erhebliche) Ausmaß dieser Verluste. Die Beklagten hätten aus dieser Information nicht darauf schließen können und müssen, dass das negative Betriebsergebnis für das Jahr 2013 tatsächlich bei ca. -89.000 € (...) lag anstatt bei den in der BWA für Januar bis Dezember 2013 vom 19.3.2014 ausgewiesenen ca. -31.000 € (...). Zudem hätte es sich den Beklagten damit auch noch nicht erhellt, dass die Gesellschaft überhaupt noch nie ein positives Ergebnis erwirtschaften konnte. Schließlich ändern die von dem Kläger zu 1 behaupteten Erläuterungen des Steuerberaters nichts an der fehlenden Aufklärung der Beklagten über die konkreten Krisenanzeichen in Form von Mahnungen und in den WhatsApp-Nachrichten zum Ausdruck kommenden ernsthaften Zahlungsschwierigkeiten.

117 2.3.1.3. Schließlich ist – ohne dass es nach dem oben Ausgeführten noch entscheidungserheblich darauf ankäme – zusätzlich auch noch davon auszugehen, dass der Kläger zu 1 die Beklagten dadurch täuschte, dass die Gesellschaft noch jedenfalls bis Juni 2013 die Bar mit erheblichen Verlusten betrieben hatte. Der Vortrag des Klägers, der Steuerberater habe die Beklagten hierüber am 13.3.2014 aufgeklärt, ist, wie dargelegt, verspätet. Der Hinweis des Klägers auf das in den den Beklagten überlassenen Unterlagen befindliche Verrechnungskonto 1591 etwa in der Summen- und Saldenliste für September 2013 (...), genügt nicht. Die Beklagten wollten einen Diskobetrieb erwerben. Hierauf allein bezog sich auch die Annonce des Klägers zu 1 (...). Mithin bestand kein Anlass für die Beklagten, in den übergebenen Unterlagen nach Verlusten aus weiteren Unternehmungen der F KG zu suchen.

118 2.3.1.4. Es steht zur Überzeugung des Senats fest, dass der Kläger zu 1 arglistig handelte im Sinne des § 123 Abs. 1 BGB.

119 Arglist erfordert Vorsatz, keine Absicht (Palandt/*Ellenberger*, Rdnr. 11). Der Handelnde muss die Unrichtigkeit seiner Angaben kennen oder für möglich halten (Palandt,). Bedingter Vorsatz genügt und ist gegeben, wenn der Handelnde, obwohl er mit der möglichen Unrichtigkeit seiner Angaben rechnet, ins Blaue hinein unrichtige Behauptungen aufstellt (Palandt, a. a. O.).

120 Der Kläger zu 1 wusste als Geschäftsführer der Komplementärin der F KG, dass die Gesellschaft bislang keine positiven Ergebnisse erzielt hatte. Der Kläger zu 1 wusste damit, dass seine Aussage „wieder erheblich ins Plus“ unzutreffend war; ihm war mithin auch bekannt, dass der von ihm prognostizierte sehr schnelle „return of invest“ jeglicher Grundlage entbehrte.

121 Überdies machen vor allem die Mail vom 17.9.2013 (...) sowie die WhatsApp-Nachrichten vom 29.9.2013 bzw. vom 1.10.2013 (...) deutlich, dass der Kläger zu 1 sich der aufklärungsbedürftigen Krisenanzeichen in Form des mehrfachen Zahlungsverzugs und der gravierenden Zahlungsschwierigkeiten der Gesellschaft vollauf bewusst war.

122 Es lag angesichts dessen auf der Hand und wurde daher von dem Kläger zu 1 zur Überzeugung des Senats zumindest für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen, dass eine vollständige, ungeschönte Aufklärung über die wirtschaftlich desolate Lage der F KG die Beklagten dazu bewogen hätte, von dem Geschäft Abstand zu nehmen. Die E-Mail vom 17.9.2013 (...), in der der Kläger zu 1 seiner Befürchtung Ausdruck verleiht, dass die zwei neuen Gesellschafter nun „natürlich“ ihre Bereitschaft zur Beteiligung zurückziehen würden, zeigt, dass der Kläger zu 1 dies erkannt hatte.

123 Soweit der Kläger zu 1 sich darauf beruft, dass er auf seinen Steuerberater, den Zeugen S, vertraut habe, den er nach seinem Vortrag mit der Informationserteilung an die Beklagten beauftragt hatte, entlastet ihn dies nicht. Erstens rechtfertigt es auch dies nicht, dass der Kläger zu 1 aktiv die Wahrheit verzerrt darstellt. Ferner lässt ein allgemeiner Auftrag an den Steuerberater noch nicht die konkrete Aufklärungspflicht des Veräußerers entfallen. Schließlich war der Steuerberater nach dem Vortrag des Klägers über die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft vollumfänglich informiert (...). Auch der Steuerberater kannte danach die aufklärungsbedürftigen Punkte. Die fehlende ordnungsgemäße Aufklärung der Beklagten hierüber wäre also auch von seiner Seite aus vorsätzlich erfolgt. Dies müsste sich der Kläger im Rahmen des § 123 BGB entgegenhalten lassen. Der arglistigen Täuschung durch den Empfänger der angefochtenen Willenserklärung – hier durch den Kläger zu 1 als Vertragspartner der Beklagten – steht eine arglistige Täuschung einer Hilfsperson dieses gleich (Palandt/*Ellenberger*, § 123 Rdnr. 12). Eine solche stellt der Steuerberater dar; dieser ist als im Lager des Klägers stehende Person nicht Dritter im Sinne des § 123 Abs. 2 BGB.

124 2.3.2. Die fehlende bzw. fehlerhafte Aufklärung der Beklagten durch den Kläger zu 1 war kausal für den Abschluss des Notarvertrages durch die Beklagten. Die Kausalität wird insoweit vermutet (Palandt/*Ellenberger*, § 123 Rdnr. 30 a. E.). Die Vermutung wurde von der Klagepartei nicht widerlegt.

125 Der Hinweis auf den in Abschnitt E. 2. des Notarvertrages vereinbarten Insolvenzvorbehalt genügt entgegen der Meinung der Klagepartei (...) hierzu nicht. Dass die Beklagten allgemein den Fall einer Insolvenz bis zum 31.3.2015 mitregeln wollten, heißt nicht, dass sie um die konkrete Gefahr und deren Ausmaß schon im Moment des Vertragsschlusses am 1.4.2014 wussten. Das gilt umso mehr, als sich der Insolvenzvorbehalt nur auf einen Aspekt des notariellen Vertrages bezog.

126 2.3.3. Die Beklagten haben, vertreten durch die Beklagtenvertreterin, die Anfechtung mit Schriftsatz vom 18.6.2015 wirksam erklärt gemäß § 143 Abs. 1 BGB.

127 2.3.4. Die Anfechtungserklärung war nicht verfristet gemäß § 124 BGB.

128 Es steht nicht fest, dass die Beklagten bereits mehr als ein Jahr vor dem 18.6.2015 über die wahre Sachlage informiert waren. Dass die Beklagten bereits ab der Geschäftsübernahme im April 2014 die Möglichkeit hatten, die Geschäftunterlagen der Gesellschaft einzusehen, genügt nicht, um den Fristlauf auszulösen. Hieraus ergibt sich noch nicht, dass die Beklagten schon ab diesem Zeitpunkt bzw. noch vor dem 18.6.2014 um die korrekte, ihnen so nicht offenbarte, nachhaltig wirtschaftlich desolate Lage der Gesellschaft wussten. Der Jahresabschluss für das Jahr 2013 wurde erst im Jahr 2015 erstellt. Der Insolvenzantrag der Beklagten erfolgte gleichfalls erst 2015.

129 2.4. Die Beklagten haben nach allem schon wegen der Anfechtung des Notarvertrages gemäß § 142 Abs. 1, § 123 Abs. 1 BGB keine wirksame Pflicht aus diesem Vertrag verletzt. Abgesehen davon könnte der Kläger zu 1 sich auf die Verletzung einer solchen aus dem Notarvertrag folgenden Pflicht auch gar nicht berufen gemäß § 242 BGB, weil er den Beklagten jedenfalls zur Rückgängigmachung des Notarvertrages verpflichtet wäre. Dieser Anspruch der Beklagten gegen den Kläger zu 1 ergibt sich aus c. i. c. gemäß § 311 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB. Hierfür genügt eine fahrlässige Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungspflichten (BGH, NJW 2001, 2163, 2165).

130 3. Die zulässigen Berufungen der Beklagten sind überwiegend begründet.

131 3.1. Die Berufungen sind zulässig. Sie wurden insbesondere aufgrund der vom Senat gewährten Wiedereinsetzungen fristgerecht eingelegt und begründet.

132 3.2. Die Beklagten haben gegen den Kläger zu 1 einen Anspruch auf Schadensersatz aus c. i. c. gemäß § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2 BGB.

133 3.2.1. Der Kläger zu 1 hat, wie gezeigt, schuldhaft seine vorvertraglichen Aufklärungspflichten verletzt. Ein schuldhaftes Verhalten seines Steuerberaters würde ihm dabei nach § 278 BGB zugerechnet.

134 3.2.2. Die Haftung ist nicht durch den Haftungsausschluss in Abschnitt E. IV. 4. des Notarvertrages vom 1.4.2014 (...) ausgeschlossen.

135 Das folgt schon daraus, dass der Haftungsausschluss in Abschnitt E des Notarvertrages geregelt war. Dieser Teil des Vertrages ist jedoch wegen des gleichfalls in diesem Abschnitt geregelten Insolvenzvorbehalts entfallen.

136 Hinzu kommt, dass der Haftungsausschluss sich auf Rechte und Ansprüche des Erwerbers wegen Mängeln bezieht. Ein derartiger Ausschluss (nur) der Mängelhaftung erfasst indes grundsätzlich – und auch hier – nicht die Haftung für schuldhaftes Aufklärungspflichtverletzungen des Veräußerers aus c. i. c. (OLG München, BeckRS 2006, 9207 Rdnr. 45; vgl. auch BGH, NJW 1967, 1805, 1807), zumal Haftungsmitteilungen im Zweifel eng auszulegen sind (Palandt/*Grüneberg*, § 276 Rdnr. 36).

137 Schließlich erfasst der Ausschluss nicht die Haftung für Arglist des Veräußerers, § 276 Abs. 3 BGB.

138 3.3. Als Rechtsfolge können die Beklagten von dem Kläger die Rückgängigmachung des Vertrages verlangen und Zug und Zug gegen Abtretung des erworbenen Geschäftsanteils den Kaufpreis zurückfordern und Ersatz der Aufwendungen verlangen, die ihnen mit dem Erwerb entstanden sind (BGH, NJW 2001, 2163, 2165).

139 Danach können die Beklagten von dem Kläger zu 1 die Rückzahlung ihrer Einlagezahlung von jeweils 50.000 €, insgesamt 100.000 € verlangen (3.3.1.). Der Beklagte zu 2 kann überdies von dem Kläger zu 1 Ersatz für die von ihm an den Insolvenzverwalter bis 27.2.2019 gezahlten 700 € verlangen (3.3.2.). Des Weiteren war festzustellen, dass der Beklagte zu 2 von dem Kläger zu 1 von Verpflichtungen aus der mit dem Insolvenzverwalter geschlossenen Ratenzahlungsvereinbarung freizustellen ist (3.3.3.). Schließlich war festzustellen, dass der Kläger zu 1 verpflichtet ist, den Beklagten jeglichen Schaden aus der Übernahme der Beteiligungen an der F KG zu ersetzen (3.3.4.).

140 Die gegen die Schadensersatzansprüche der Beklagten in zweiter Instanz erklärte Hilfsaufrechnung des Klägers zu 1 ist bereits unzulässig; sie wäre überdies auch unbegründet gewesen (3.3.5.).

141 Die Ansprüche der Beklagten bestehen indes sämtlich nur Zug um Zug gegen Abtretung der Gesellschaftsanteile der Beklagten an der F KG (3.3.6.).

142 Unbegründet erwies sich die Widerklage der Beklagten, soweit sie darüber hinaus auch noch Rückzahlung von 3.000 € an den Beklagten zu 1 und 22.000 € an den Beklagten zu 2 begehren (3.3.7.) und soweit der Beklagte zu 2) Verzugszinsen für die an den Insolvenzverwalter gezahlten 700 € verlangt (3.3.8.).

143 3.3.1. Die Beklagten können von dem Kläger zu 1 die Rückzahlung ihrer Einlagezahlung von jeweils 50.000 €, insgesamt 100.000 € verlangen.

144 Das ist die Konsequenz der Haftung des Klägers zu 1 aus § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2 BGB. Die Einlage von insgesamt 100.000 € wurde von den Beklagten unstreitig infolge des Abschlusses des Notarvertrages erbracht (...). Es handelt sich mithin bei der Zahlung um eine Aufwendung, die den Beklagten infolge des auf der Aufklärungspflichtverletzung beruhenden Vertrages entstanden ist.

145 3.3.2. Der Beklagte zu 2 kann überdies von dem Kläger Ersatz für die von ihm an den Insolvenzverwalter bis 27.2.2019 gezahlten 700 € verlangen.

146 Die Beklagten haben vorgetragen, dass eine entsprechende Zahlung des Beklagten zu 2 erfolgt ist. Der Kläger zu 1 hat dies zwar bestritten. Die Zahlung ist jedoch zur Überzeugung des Senats nachgewiesen durch die schriftliche Bestätigung des Insolvenzverwalters vom 23.7.2019 (...). Aus dieser Bestätigung ergibt sich, dass bis zum 18.2.2019 von dem Beklagten zu 2 insgesamt 700 € an den Insolvenzverwalter gezahlt wurden. Soweit in dem Schreiben noch weitere Zahlungen nach diesem Zeitpunkt bestätigt werden, ist dies nicht streitgegenständlich, § 308 Abs. 1 ZPO.

147 Auch diese Zahlungen sind eine Folge des infolge der Aufklärungspflichtverletzung geschlossenen Notarvertrags vom 1.4.2014.

148 3.3.3. Aus den gleichen Gründen war festzustellen, dass der Beklagte zu 2 von dem Kläger von Verpflichtungen aus der mit dem Insolvenzverwalter geschlossenen Ratenzahlungsvereinbarung (...) freizustellen ist.

149 3.3.4. Schließlich war festzustellen, dass der Kläger zu 1 verpflichtet ist, den Beklagten jeglichen Schaden aus der Übernahme der Beteiligungen an der F KG zu ersetzen. Das Feststellungsinteresse gemäß § 256 Abs. 1 ZPO ergibt sich daraus, dass nicht ausgeschlossen ist, dass den Beklagten infolge des derzeit noch nicht rückabgewickelten Notarvertrages noch weitere Schäden drohen, etwa durch weitere Zahlungen an den Insolvenzverwalter.

150 3.3.5. Der Schadensersatzanspruch der Beklagten aus c. i. c. ist auch nicht durch die von dem Kläger zu 1 erklärte Hilfsaufrechnung (teilweise) erloschen gemäß § 389 BGB.

151 Die erstmals in der zweiten Instanz im Schriftsatz vom 1.10.2020 erklärte Hilfsaufrechnung ist bereits unzulässig gemäß § 533 Nr. 2 ZPO. Sowohl zu der geltend gemachten Forderung wegen des Entzugs des Inventars als auch zu der behaupteten Forderung wegen der Inanspruchnahme aus der Mietbürgschaft trägt der Kläger zu 1 vor, dass die Beklagten gegen ihn kollusiv zusammengewirkt hätten. Die Beklagten bestreiten dies. Der neue, streitige Tatsachenvortrag ist in der Berufungsinstanz nicht mehr ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen im Sinne des § 533 Nr. 2 ZPO.

152 Im Übrigen wäre die Aufrechnung abgesehen davon auch unbegründet gewesen. Bezüglich des geltend gemachten Inventaranspruchs fehlt es an der Gegenseitigkeit: Ein etwaiger Anspruch wegen pflichtwidriger Entziehung des Inventars stünde der F KG zu, nicht dem Kläger zu 1. Bezüglich der Inanspruchnahme aus der Mietbürgschaft fehlt es an einer Anspruchsgrundlage: Eine vertragliche Pflicht der Beklagten gegenüber dem Kläger zu 1 zur Begleichung der Mietschulden der von den Beklagten übernommenen F KG ist nicht ersichtlich. Für einen deliktischen Anspruch, etwa nach § 826 BGB, fehlt es an ausreichendem Vortrag. Die Behauptung eines kollusiven Zusammenwirkens der Beklagten wurde von diesen bestritten und von dem Kläger zu 1 daraufhin weder näher präzisiert noch nachgewiesen.

153 3.3.6. Die Ansprüche der Beklagten bestehen indes sämtlich nur Zug um Zug gegen Abtretung der Gesellschaftsanteile der Beklagten an der F KG. Dies ist ein Gebot der Vorteilsausgleichung und betrifft daher sämtliche geltend gemachten Schadenspositionen. Der ausdrücklichen Erhebung einer Einrede durch den Kläger bedurfte es hierzu nicht (BGH, NJW 2015, 3160 Rdnr. 23; Palandt/Grüneberg, Vor § 249 Rdnr. 71).

154 3.3.7. Unbegründet erwies sich die Widerklage und damit auch die Berufung der Beklagten, soweit sie darüber hinaus auch noch Rückzahlung von 3.000 € an den Beklagten zu 1 und 22.000 € an den Beklagten zu 2 begehrten.

155 Die Beklagten haben vorgetragen, dass sie nach der Übernahme der Gesellschaft durch den Notarvertrag über die

100.000 € hinaus noch weitere 25.000 € in die F KG eingelegt hätten, wobei der Beklagte zu 1 3.000 € und der Beklagte zu 2 22.000 € eingezahlt habe.

156 Die Klagepartei hat dies bestritten.

157 Der Senat konnte sich nach durchgeführter Beweisaufnahme nicht mit der erforderlichen Sicherheit davon überzeugen, dass die Gelder von den Beklagten einbezahlt wurden. Das von den Beklagten hierzu vorgelegte Kassenbuch ist noch kein hinreichender Beweis für den tatsächlichen Geldfluss. Auch der Zeuge S konnte letztlich lediglich bestätigen, dass sich die Zahlungen aus dem Kassenbuch ergaben; einen Nachweis für die körperliche Einlage des Geldes selbst hatte er nicht (...).

158 3.3.8. Die Widerklage und die Berufung der Beklagten sind auch insoweit unbegründet, soweit der Beklagte zu 2 in seinem Antrag 4 die Zahlung von Verzugszinsen für die an den Insolvenzverwalter gezahlten 700 € begehrt.

159 Da sich, wie dargelegt, die Zug-um-Zug-Beschränkung auch auf diese Position erstreckt, fehlt es an einer ohne Weiteres durchsetzbaren Forderung und folglich an einem Schuldnerverzug gemäß § 286 BGB. Der Kläger zu 1 befindet sich diesbezüglich auch nicht in Annahmeverzug, weil der Beklagte zu 2 die Übertragung des Gesellschafteranteils nicht auch in Bezug auf die 700 € angeboten hat.

160 4. Hinsichtlich der Kostenentscheidung gilt das Folgende:

161 4.1. Die zulässige sofortige Beschwerde der Klägerin zu 2 gegen die Kostenentscheidung der ersten Instanz hinsichtlich der übereinstimmend für erledigt erklärten Klage der Klägerin zu 2 (hierzu oben 1.) ist unbegründet. Der hierauf entfallende Kostenanteil wurde vom LG zu Recht der Klägerin zu 2 gemäß § 91a Abs. 1 ZPO auferlegt (...), da die Klägerin zu 2 mit ihrer Klage ohne das erledigende Ereignis und ohne die Erledigungserklärungen voraussichtlich unterlegen gewesen wäre. Mangels Wirksamkeit des Notarvertrages hatte auch sie keinen Anspruch gegen die Beklagten auf Freistellung von der Bürgschaftsverpflichtung.

162 4.2. Die Kostenentscheidung für die erste Instanz ergibt sich aus § 91a Abs. 1, § 92 Abs. 1 ZPO. Es kommt die Baumbach'sche Kostenformel zur Anwendung, da die Streitgenossen sowohl auf Kläger- als auch auf Beklagtenseite jeweils unterschiedlich unterliegen. Es ist mithin nach außergerichtlichen und gerichtlichen Kosten zu trennen. Bei den Gerichtskosten ist der jeweilige Unterliegensanteil einer Partei auf den fiktiven Gesamtstreitwert, der sich aus der Summe aller Prozessrechtsverhältnisse ergibt, zu beziehen. Bei den außergerichtlichen Kosten ist der Unterliegensanteil einer Partei innerhalb derjenigen Prozessrechtsverhältnisse zu betrachten, an denen die Partei, deren außergerichtliche Kosten verteilt werden, beteiligt war. Dies führt zu der tenorierten Kostenentscheidung.

163 4.3. Die Kostenentscheidung für die zweite Instanz ergibt sich aus § 92 Abs. 1 ZPO. Auch insoweit war die Baumbach'sche Kostenformel anzuwenden, da die Streitgenossen auf Beklagtenseite unterschiedlich unterlegen sind. Es ist mithin auch insoweit, wie dargelegt, nach außergerichtlichen und gerichtlichen Kosten zu trennen. Dabei ist zu berücksichtigen,

dass die Klägerin zu 2 in der Berufungsinstanz in der Sache nicht mehr beteiligt war. Ihre allein auf die Kosten bezogene Beschwerde verliert sie. Sie muss daher die Kosten der Beschwerde zahlen, § 97 Abs. 1 ZPO.

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

1656. Die Revision war nicht nach § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung ohne grundsätzliche Bedeutung. Auch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert die Entscheidung des Revisionsgerichts nicht.

BÜRGERLICHES RECHT – SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

4. Kein Nachweis der Erbfolge im Grundbuchverfahren mit eingezogenem Erbschein

BGH, Beschluss vom 17.9.2020, V ZB 8/20 (Vorinstanz:
OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.1.2020, 3 Wx 239/19)

BGB § 2361

FamFG § 353 Abs. 1 Satz 1

GBO § 35 Abs. 1 Satz 1

LEITSATZ:

Mit einem eingezogenen Erbschein kann der Nachweis der Erbfolge gemäß § 35 Abs. 1 GBO nicht geführt werden.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligten zu 1 und 2 sind eingetragene Eigentümer des im Eingang dieses Beschlusses bezeichneten Grundstücks. In Abteilung III des Grundbuchs ist zugunsten des Vaters der Beteiligten zu 3 und 4 eine Grundschuld über den Betrag von 219.000 € eingetragen. Mit notariell beglaubigter Erklärung vom 6.2.2018 bewilligten die Beteiligten zu 3 und 4 deren Löschung. Die Beteiligten beantragten die Löschung des Grundpfandrechts und legten hierzu die Kopie eines mit Beschluss vom 21.10.2016 eingezogenen Erbscheins des AG Düsseldorf vom 11.5.2016 vor, wonach der Vater der Beteiligten zu 3 und 4 von ihrer Mutter beerbt wurde und Testamentsvollstreckung angeordnet ist, sowie einen gemeinschaftlichen Erbschein des AG Gießen vom 15.11.2016, wonach die Beteiligten zu 3 und 4 Miterbinnen je zur Hälfte nach ihrer Mutter sind.

2 Das Grundbuchamt hat eine Zwischenverfügung erlassen mit dem Inhalt, dass zur Grundbuchberichtigung ein Erbnachweis nach dem Vater der Beteiligten zu 3 und 4 erforderlich sei. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hat das OLG zurückgewiesen und die Rechtsbeschwerde zugelassen.

3 II. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung u. a. in FGPrax 2020, 156 veröffentlicht ist, meint, die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes sei zu Recht ergangen, weil zwar

die Erbfolge von der Mutter auf die Beteiligten zu 3 und 4, nicht aber die Erbfolge nach dem buchberechtigten Vater der Beteiligten zu 3 und 4 in einer den Anforderungen des § 35 Abs. 1 GBO genügenden Form nachgewiesen sei. Auf der Grundlage des rechtskräftig eingezogenen und damit kraftlosen Erbscheins des AG Düsseldorf dürfe das Grundbuchamt keine Eintragungen mehr vornehmen. Dieser könne auch nicht mit der Erwägung berücksichtigt werden, dass er seinerzeit die Erbfolge nach dem Vater der Beteiligten zu 3 und 4 jedenfalls bis zum Tode ihrer Mutter zutreffend ausgewiesen habe und zu einem Zeitpunkt eingezogen worden sei, als das AG Gießen bereits den die Erbfolge nach der Mutter ausweisenden Erbschein erteilt hatte. Zwar werde für den Fall der Vor- und Nacherbschaft teilweise vertreten, dass ein dem Vorerben erteilter und nach dessen Tode eingezogener Erbschein beachtlich sei und die Grundbuchberichtigung sodann auf der Grundlage des die Nacherbfolge bekundenden Erbscheins erfolgen könne. Dies lasse sich aber auf den Fall der Einziehung eines Erbscheins mit Testamentsvollstreckungsvermerk nicht übertragen.

4 III. Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und gemäß § 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 71 FamFG auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Das Grundbuchamt hat die Löschung der Grundschuld zu Recht verweigert.

5 Die Löschung eines Grundpfandrechts erfordert entweder die Bewilligung des von der Löschung Betroffenen (§ 19 GBO) und die Zustimmung des Eigentümers des Grundstücks (§ 27 Satz 1 GBO) oder den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs (vgl. § 22 Abs. 1 Satz 1, § 27 Satz 2 GBO). An beidem fehlt es.

6 1. Mit den von den Beteiligten eingereichten Erbscheinen kann eine zur Löschung des Rechts führende Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht nachgewiesen werden. Eine solche läge nur vor, wenn die Grundschuld nicht entstanden oder zwischenzeitlich erloschen wäre. Dies steht nicht in Rede.

7 2. Auf der Grundlage der Löschungsbewilligung der Beteiligten zu 3 und 4 und der von den Beteiligten zu 1 und 2 als Grundstückseigentümer erklärten Zustimmung könnte die Grundschuld nur gelöscht werden, wenn die Beteiligten mit den eingereichten Unterlagen den Übergang der Grundschuld auf die Beteiligten zu 3 und 4 im Wege der Erbfolge nach ihrem Vater als im Grundbuch eingetragenen Berechtigten nachgewiesen hätten. Dies ist nicht der Fall.

8 Der Nachweis der Erbfolge kann nach § 35 Abs. 1 GBO nur durch einen Erbschein oder ein Europäisches Nachlasszeugnis geführt werden oder, wenn sie auf einer Verfügung von Todes wegen beruht, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, durch Vorlage der Verfügung und der Niederschrift über deren Eröffnung. Mit den von den Beteiligten eingereichten Erbscheinen ist die Erbfolge nach dem Vater der Beteiligten zu 3 und 4 nicht nachgewiesen.

9 a) Der Erbschein des AG Gießen bekundet nur die Erbfolge nach ihrer Mutter, und mit dem eingezogenen Erbschein des AG Düsseldorf, der die Erbfolge nach dem Vater bekundet, kann der für § 35 GBO erforderliche Nachweis der Erbfolge nicht geführt werden.

10 aa) Die von den Beteiligten eingereichte Kopie des von dem AG Düsseldorf erteilten Erbscheins ist für einen solchen Nachweis von vornherein ungeeignet. Der Nachweis der Erbfolge gemäß § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO ist durch Vorlegung der Urschrift oder einer Ausfertigung des Erbscheins zu führen. Eine beglaubigte Abschrift des Erbscheins ist nicht ausreichend (vgl. Senat, Beschluss vom 20.5.1981, V ZB 25/79, NJW 1982, 170, 172). Dies gilt erst recht für eine bloße Fotokopie.

11 bb) Die Vorlage eines die Erbfolge nach dem Vater der Beteiligten zu 3 und 4 bekundenden Erbscheins konnte vorliegend auch nicht durch Verweisung auf die Nachlassakten ersetzt werden. Zwar hat der Senat eine solche Möglichkeit grundsätzlich anerkannt, wenn die Nachlassakten bei demselben AG geführt werden wie die Grundakten (vgl. Senat, Beschluss vom 20.5.1981, V ZB 25/79, NJW 1982, 170, 172). Dies gilt allerdings nur, wenn in den Nachlassakten ein den Anforderungen des § 35 GBO genügender Erbschein enthalten ist, woran es fehlt, wenn der Erbschein – wie hier – eingezogen oder für kraftlos erklärt wurde. Mit einem eingezogenen Erbschein kann der Nachweis der Erbfolge gemäß § 35 Abs. 1 GBO nicht geführt werden.

12 (1) Der Grund hierfür ist darin zu sehen, dass der Besitz einer Urschrift oder Ausfertigung des Erbscheins im Hinblick auf § 2361 BGB besondere Bedeutung hat (vgl. Meikel/Krause, GBO, 11. Aufl., § 35 Rdnr. 56; Demharter, GBO, 31. Aufl., § 35 Rdnr. 23; Staudinger/Herzog, Neub. 2016, § 2361 Rdnr. 42; MünchKomm-BGB/Grziwotz, 8. Aufl., § 2365 Rdnr. 8). Nach dieser Vorschrift hat das Nachlassgericht einen erteilten Erbschein, dessen Unrichtigkeit sich ergibt, einzuziehen. Mit seiner Einziehung wird der Erbschein nach § 2361 Satz 2 BGB kraftlos. Die Einziehung wird durch das Nachlassgericht beschlossen (§ 38 FamFG) und in der Weise durchgeführt, dass sämtliche erteilten Ausfertigungen und – sofern ausnahmsweise ausgehändigt – die Urschrift zurückgefordert und ggf. unbrauchbar gemacht werden (vgl. Staudinger/Herzog, § 2361 Rdnr. 40 ff.). Kann der Erbschein nicht sofort zurückerlangt werden, so hat ihn das Nachlassgericht gemäß § 353 Abs. 1 Satz 1 FamFG durch Beschluss für kraftlos zu erklären. Der Zweck dieser Regelungen besteht darin, die von einem unrichtigen Erbschein aufgrund des öffentlichen Glaubens (vgl. § 2366 BGB) für den Rechtsverkehr ausgehenden Gefahren in einem förmlich festgelegten Verfahren zu beseitigen (vgl. BGH, Urteil vom 27.2.1992, III ZR 199/89, BGHZ 117, 287, 302; Palandt/Weidlich, 79. Aufl., § 2361 Rdnr. 1; MünchKomm-BGB/Grziwotz, § 2361 Rdnr. 1). Hiermit wäre es nicht zu vereinbaren, wenn – noch dazu im besonders formalisierten Grundbuchverfahren – ein eingezogener Erbschein als tauglicher Nachweis für die darin bekundete Erbfolge angesehen würde. Vielmehr hat das Grundbuchamt, dem bekannt ist, dass der Erbschein eingezogen oder für kraftlos erklärt wurde, den gestellten Antrag zurückzuweisen oder – wie vorliegend geschehen – einen anderen Erbschein zu verlangen (zutreffend Meikel/Krause, GBO, § 35 Rdnr. 87; KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 35 GBO Rdnr. 61; Demharter, GBO, § 35 Rdnr. 26; Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl., § 35 Rdnr. 98).

13 (2) Dabei kommt es nicht darauf an, aus welchem Grunde der Erbschein eingezogen wurde. Das folgt schon aus der funktionellen Aufgabenverteilung zwischen Nachlassgericht und Grundbuchamt. Dieses hat den Erbschein allein darauf zu prüfen, ob er von der sachlich zuständigen Behörde erteilt worden ist und ob er das Erbrecht formell und unzweideutig bezeugt; auf seine inhaltliche Richtigkeit ist der Erbschein – von eventuellen, hier nicht relevanten Ausnahmen abgesehen – nicht zu überprüfen, die Verantwortung hierfür liegt allein bei dem Nachlassgericht (vgl. BayObLG, FamRZ 1990, 669, 670; OLG Bremen, FamRZ 2012, 335; OLG Köln, FGPrax 2012, 57; OLG München, FGPrax 2017, 12, 13 f.; OLG Frankfurt a. M., FGPrax 2019, 58; Bauer/Schaub, GBO, § 35 Rdnr. 84; Meikel/Krause, GBO, § 35 Rdnr. 62; KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, § 35 GBO Rdnr. 47, 62; Demharter, GBO, § 35 Rdnr. 26; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 784; BeckOK-GBO/Wilsch, Stand: 1.6.2020, § 35 Rdnr. 60). Das Grundbuchamt hat daher auch nicht zu prüfen, aus welchen Gründen ein Erbschein von dem Nachlassgericht eingezogen wurde und ob er im Übrigen, namentlich hinsichtlich der bescheinigten Erbfolge, richtig war. Entgegen der Auffassung der Beteiligten ist es deshalb ohne Bedeutung, dass der Erbschein vom 11.5.2016 mit der Begründung eingezogen worden ist, er sei infolge des Todes der Ehefrau im Hinblick auf die Testamentsvollstreckung unrichtig geworden.

14 cc) Soweit sich die Antragsteller auf die Entscheidung des OLG München (FamRZ 2014, 2027) berufen, von der sich das Beschwerdegericht ausdrücklich abgegrenzt hat, vermag dies der Rechtsbeschwerde nicht zum Erfolg zu verhelfen. Sollte diese Entscheidung dahin zu verstehen sein, dass ein dem Vorerben erteilter, nach dessen Ableben eingezogener Erbschein im Grundbuchverfahren über den Berichtigungsantrag des Nacherben herangezogen werden kann, um zu klären, welcher in dem neu erteilten Erbschein genannte Miterbe Nacherbe ist, wäre dies nicht richtig. Dies folgt zum einen aus dem zuvor Gesagten und zum anderen daraus, dass die Angaben über die Nacherbfolge in dem dem Vorerben erteilten Erbschein nur für die Verfügungsbefugnis des Vorerben von Bedeutung und daher zur bindenden Feststellung des Nacherben nicht geeignet sind (vgl. Senat, Beschluss vom 26.5.1982, V ZB 8/81, BGHZ 84, 196, 199 f.). Auch aus der Entscheidung des OLG Hamm (NJW-RR 2002, 1518), die das OLG München in der genannten Entscheidung Bezug genommen und von der sich das Beschwerdegericht ebenfalls abgegrenzt hat, folgt nichts anderes, denn diese Entscheidung betrifft von vornherein nicht die Konstellation eines eingezogenen Erbscheins.

15 dd) Soweit die Antragsteller im Beschwerdeverfahren geltend gemacht haben, dass für die Erteilung eines neuen Erbscheins Kosten anfallen, vermag dies an dem sich aus § 35 GBO ergebenden Erfordernis der Vorlage eines solchen Erbscheins nichts zu ändern.

16 IV. Einer Kostenentscheidung bedarf es nicht. Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf § 53 Abs. 1 Satz 1 GNotKG.

5. Nachhaftung eines Gesellschafters einer GbR für Hausgeldschulden

BGH, Urteil vom 3.7.2020, V ZR 250/19 (Vorinstanz: LG Düsseldorf, Urteil vom 18.9.2019, 25 S 18/19)

BGB § 736 Abs. 2

HGB § 160 Abs. 1 Satz 1

WEG § 16 Abs. 2, § 28 Abs. 5

LEITSATZ:

Die Nachhaftung des Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die zum Zeitpunkt seines Ausscheidens Wohnungseigentümerin ist, erstreckt sich auf Beitragspflichten, die auf nach seinem Ausscheiden von den Wohnungseigentümern gefassten Beschlüssen beruhen; auch insoweit handelt es sich um Altverbindlichkeiten im Sinne von § 160 Abs. 1 Satz 1 HGB.

SACHVERHALT:

1 Die Klägerin ist eine Wohnungseigentümergeinschaft. Der Beklagte war einer von drei Gesellschaftern der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (im Folgenden: GbR), die seit dem 18.1.1994 im Grundbuch eingetragen ist als Eigentümerin eines Miteigentumsanteils von 5.905/100.000 verbunden mit dem Sondereigentum an dem im Aufteilungsplan mit der Nr. 7 bezeichneten Büro. Das Büro wurde nicht errichtet, sondern wickelt den Bau von Pkw-Stellplätzen. Bis zum Jahr 2010 wurde die GbR nicht zu Hausgeldzahlungen herangezogen.

2 Nach dem Gesellschaftervertrag der GbR scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, wenn über sein Vermögen das Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet wird. Im Jahre 2002 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Beklagten eröffnet, es endete im Jahre 2009. Am 27.3.2017 wurde in das Grundbuch eingetragen, dass der Gesellschaftsanteil des ausgeschiedenen Beklagten den Mitgesellschaftern der GbR angewachsen ist.

3 Im September 2013 beschlossen die Wohnungseigentümer – soweit vorliegend von Interesse – den Wirtschaftsplan für das Jahr 2014, der für die „Einheit Nr. 7“ eine monatliche Hausgeldvorauszahlung i. H. v. 495 € vorsieht. Im Oktober 2014 und September 2015 beschlossen sie die Jahresabrechnungen für die Jahre 2013 und 2014, die jeweils eine Abrechnungsspitze für die Einheit Nr. 7 i. H. v. 1.928,42 € bzw. 3.014 € ausweisen.

4 Das AG hat der auf Zahlung des Hausgeldes für das Jahr 2014 und der Abrechnungsspitzen für die Jahre 2013 und 2014, insgesamt 10.882,42 € nebst Zinsen, gerichteten Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten gegen dieses Urteil ist ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem LG zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, will der Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage erreichen.

AUS DEN GRÜNDEN:

5 I. Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung unter anderem in ZMR 2019, 978 veröffentlicht ist, nimmt an, dass der Beklagte für die geltend gemachten Hausgeldansprüche nach den Grundsätzen der Nachhaftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters gemäß § 736 Abs. 2 BGB i. V. m. § 160 Abs. 1 HGB aufkommen müsse. Es handle sich um Altverbindlichkeiten im Sinne dieser Vorschrift. Darunter seien nicht nur Verbindlichkeiten zu verstehen, die bereits vor dem Ausscheiden des Gesellschafters fällig würden, sondern auch solche, deren Rechtsgrund noch vor dem Ausscheiden gelegt

worden sei, auch wenn deren weitere Entstehungsvoraussetzungen erst später erfüllt würden. Zwar entstehe die konkrete Beitragspflicht erst mit der Beschlussfassung über die Genehmigung des Wirtschaftsplans bzw. der Jahresabrechnung. Die abstrakte Beitragspflicht werde aber bereits durch die Stellung als Miteigentümer begründet; hiermit werde der Rechtsgrund für die Hausgeldforderungen gelegt. Ein Gesellschafter hafte daher auch für die nach seinem Ausscheiden beschlossenen und fällig gewordenen Beiträge, wenn die GbR zu diesem Zeitpunkt noch Eigentümerin sei.

6 Der Beklagte könne sich auch nicht darauf berufen, dass die Forderungen nicht innerhalb der Ausschlussfrist von fünf Jahren geltend gemacht worden seien. Für den Fristbeginn sei die Kenntnis des Gläubigers vom Ausscheiden des Gesellschafters aus der GbR maßgeblich. Der Beklagte habe nicht bewiesen, dass die Klägerin bzw. deren Verwalterin bereits im Jahr 2002 auf sein insolvenzbedingtes Ausscheiden aus der GbR hingewiesen worden seien.

7 II. Die Revision ist unbegründet. Der Beklagte haftet nach § 128 HGB analog, § 736 Abs. 2 BGB i. V. m. § 160 Abs. 1 HGB für die streitgegenständlichen Beitragspflichten der GbR.

8 1. Die von der Klägerin geltend gemachten Vorauszahlungen (Sollzahlungen) auf das Hausgeld für das Jahr 2014 und die (negativen) Abrechnungsspitzen der Jahresabrechnungen für die Jahre 2013 und 2014 sind Verbindlichkeiten der GbR, für die der Beklagte der Klägerin nach § 128 HGB analog, § 736 Abs. 2 BGB i. V. m. § 160 Abs. 1 HGB haftet.

9 a) Die GbR ist der klagenden Gemeinschaft aus § 16 Abs. 2 WEG zur Zahlung dieser Beiträge verpflichtet. Sie war Eigentümerin der Teileigentumseinheit Nr. 7, als die Beschlüsse über den Wirtschaftsplan 2014 und die Jahresabrechnungen 2013 und 2014 gefasst und die für die Einheit Nr. 7 zu erbringenden Zahlungen fällig wurden. Diese Beschlüsse sind bestandskräftig, und Nichtigkeitsgründe sind weder geltend gemacht noch sonst ersichtlich. Insbesondere ergibt sich die Nichtigkeit nicht daraus, dass die Büroeinheit Nr. 7 nicht errichtet wurde und das Sondereigentum der GbR folglich nicht entstanden ist. Ob dieser Umstand überhaupt etwas an deren Verpflichtung änderte, sich an den Kosten des Gemeinschaftseigentums zu beteiligen, was zweifelhaft erscheint (vgl. Senat, Urteil vom 20.5.2011, V ZR 99/10, NJW 2011, 3237 Rdnr. 17), bedarf keiner Entscheidung. Denn das Nichtentstehen des Sondereigentums hätte die GbR allenfalls zur Anfechtung der Beschlüsse der Wohnungseigentümer über den Wirtschaftsplan 2013 und die Jahresabrechnungen 2013 und 2014 berechtigen können, hat nicht aber die Nichtigkeit dieser Beschlüsse zur Folge.

10 b) Der Beklagte haftet als Gesellschafter in entsprechender Anwendung von § 128 HGB für diese Verbindlichkeiten der GbR persönlich (vgl. BGH, Urteil vom 29.1.2001, II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 358; Urteil vom 24.2.2003, II ZR 385/99, BGHZ 154, 88, 94). Dass er bereits im Jahre 2002 aus der GbR ausgeschieden ist und die Beschlüsse erst danach gefasst wurden, ändert hieran nichts.

11 aa) Scheidet ein Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts – wie hier der Beklagte – aufgrund einer Regelung im Gesellschaftsvertrag bei Eröffnung des Insolvenzver-

fahrens über sein Vermögen aus der Gesellschaft aus (vgl. § 736 Abs. 1 BGB), finden nach § 736 Abs. 2 BGB die für Personenhandelsgesellschaften geltenden Regelungen über die Begrenzung der Nachhaftung sinngemäß Anwendung. Diese Regelungen werden in § 160 HGB getroffen, der gemäß der Übergangsvorschrift des Art. 35 Abs. 1 EGHGB Anwendung findet. Nach § 160 Abs. 1 Satz 1 HGB haftet ein Gesellschafter, der aus der Gesellschaft ausscheidet, für ihre bis dahin begründeten Verbindlichkeiten (sog. Altverbindlichkeiten), wenn sie vor Ablauf von fünf Jahren nach dem Ausscheiden fällig und daraus Ansprüche gegen ihn in einer in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 BGB bezeichneten Art festgestellt sind oder eine gerichtliche oder behördliche Vollstreckungshandlung vorgenommen oder beantragt wird, wobei es aufgrund der Verweisung in § 160 Abs. 1 Satz 3 HGB auf die Vorschriften der §§ 204 ff. BGB für die Nachhaftung ausreicht, dass die Verbindlichkeit gegenüber dem Gesellschafter gerichtlich geltend gemacht wird.

12 bb) Infolgedessen kommt es vorliegend darauf an, ob die streitgegenständlichen Beiträge Altverbindlichkeiten im Sinne dieser Regelungen sind.

13 (1) Ob eine Forderung eine „bis dahin begründete Verbindlichkeiten“ im Sinne von § 160 Abs. 1 Satz 1 HGB darstellt, hängt weder von dem Zeitpunkt ihres Entstehens noch von dem Eintritt ihrer Fälligkeit ab. Altverbindlichkeiten in diesem Sinne sind vielmehr alle Schuldverpflichtungen, deren Rechtsgrundlage bis zum Ausscheiden des Gesellschafters gelegt worden ist, auch wenn die einzelnen Verpflichtungen erst später entstehen und fällig werden (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 21.12.1970, II ZR 258/67, BGHZ 55, 267, 269 f.; Urteil vom 27.9.1999, II ZR 356/98, BGHZ 142, 324, 329; Urteil vom 29.4.2002, II ZR 330/00, BGHZ 150, 373, 376; Urteil vom 17.1.2012, II ZR 197/10, ZIP 2012, 369, 370 Rdnr. 14; BAG, NJW 2004, 3287, 3288).

14 Bei einem gesetzlichen Schuldverhältnis, wie es hier gegeben ist, kommt es für die Abgrenzung von Alt- und Neuverbindlichkeiten darauf an, ob der das Schuldverhältnis begründende Tatbestand bereits vor dem Ausscheiden des Gesellschafters erfüllt war (vgl. MünchKomm-HGB/Schmidt, 4. Aufl., § 160 Rdnr. 25 i. V. m. § 128 Rdnr. 57; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Hillmann, HGB, 4. Aufl., § 160 Rdnr. 8 i. V. m. § 128 Rdnr. 53; Oetker/Boesche, HGB, 6. Aufl., § 128 Rdnr. 58). So besteht etwa eine Nachhaftung des ausscheidenden Gesellschafters für den aus §§ 670, 677, 683 BGB folgenden Anspruch des Grundstückseigentümers, der eine von ihm als Sicherheit für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestellte Grundschuld nach dem Ausscheiden des Gesellschafters durch Zahlung ablöst. Denn der Sicherungsgeber erwirbt bereits mit der Bestellung der Grundschuld (dem Grunde nach) gegen die Gesellschaft einen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, die ihm aus diesem Geschäft entstanden sind oder noch entstehen (vgl. BGH, Urteil vom 25.11.1985, II ZR 80/85, NJW 1986, 1690). Ebenso liegt bei einem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung wegen einer rechtsgrundlosen Leistung des Bereicherungsgläubigers grundsätzlich eine Altverbindlichkeit vor, wenn der vermeintliche Rechtsgrund, auf den geleistet wurde, bereits beim Ausscheiden bestand; der Zeitpunkt der Leistungshandlung

des Gläubigers ist ohne Bedeutung (vgl. BGH, Urteil vom 17.1.2012, II ZR 197/10, ZIP 2012, 369, 370 Rdnr. 15, mit Einschränkungen für den Fall der Doppelzahlung).

15 (2) Somit hängt die Frage, ob der Beitrag, zu dem die Eigentümer-GbR durch einen nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters gefassten Beschluss herangezogen wird, als Alt- oder Neuverbindlichkeit anzusehen ist, davon ab, ob der Rechtsgrund für die Beitragspflicht eines Wohnungseigentümers bereits mit dem Erwerb des Wohnungseigentums gelegt wird oder ob er erst mit dem jeweiligen Beschluss der Wohnungseigentümer, den Beitrag zu erheben, entsteht.

16 (a) Das WEG erlaubt auf den ersten Blick beide Deutungen. Einerseits ist nach § 16 Abs. 2 WEG jeder Wohnungseigentümer den anderen Wohnungseigentümern gegenüber verpflichtet, die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums sowie die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und eines gemeinschaftlichen Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums nach dem Verhältnis seines Anteils zu tragen. Diese Pflicht beruht dem Rechtsgrunde nach auf dem mit dem Sondereigentum verbundenen Anteil des Wohnungseigentümers am gemeinschaftlichen Eigentum (vgl. Senat, Beschluss vom 21.4.1988, V ZB 10/87, BGHZ 104, 197, 201; BGH, Beschluss vom 24.3.1983, VII ZB 28/82, BGHZ 87, 138, 142). Andererseits werden die Beitragsleistungen als konkrete Verbindlichkeiten nur entweder kraft des von den Wohnungseigentümern beschlossenen Wirtschaftsplans als Vorschüsse oder kraft der von den Wohnungseigentümern gebilligten Jahresabrechnung geschuldet (§ 28 Abs. 5 WEG). Geltungsgrund für die insoweit konkretisierte Beitragspflicht ist in beiden Fällen der Beschluss der Wohnungseigentümer (Senat, Beschluss vom 21.4.1988, V ZB 10/87, a. a. O. S. 202).

17 (b) Hieraus folgt aber, weil es für die Einordnung einer Forderung als Altverbindlichkeit im Sinne von § 160 Abs. 1 Satz 1 HGB nicht auf ihr Entstehen oder ihre Fälligkeit ankommt, sondern darauf, dass die Rechtsgrundlage der Zahlungsverpflichtung bis zum Ausscheiden des Gesellschafters gelegt worden ist, dass es für dessen Nachhaftung nicht darauf ankommen kann, ob der Beschluss über die Erhebung des Beitrags, d. h. der Beschluss über den Wirtschaftsplan, die Jahresabrechnung oder auch über eine Sonderumlage, vor oder nach dem Ausscheiden gefasst wurde (zutr. Bärmann/Becker, WEG, 14. Aufl., § 16 Rdnr. 176; Bub/von der Osten, FD-MietR 2011, 313274; a. A. AG Bremerhaven, BeckRS 2010, 30623). Denn die Rechtsgrundlage für die Beitragsverbindlichkeiten des Wohnungseigentümers ist mit dem Erwerb des Wohnungseigentums gelegt. Dieser schuldet ab diesem Zeitpunkt dem Grunde nach anteilig die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums sowie die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und eines gemeinschaftlichen Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums. Darauf, dass die konkreten, der Höhe nach bezifferten Beitragsverpflichtungen erst entstehen und entsprechende Zahlungen durch die Eigentümer-GbR von der Wohnungseigentümergeinschaft nur verlangt werden können, wenn ein Beschluss gefasst wurde, aus dem sich die konkrete Beitragspflicht ergibt, kommt es für die Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters nicht an. Die Nachhaftung des Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die zum Zeitpunkt seines Ausscheidens

Wohnungseigentümerin ist, erstreckt sich daher auf Beitragspflichten, die auf nach seinem Ausscheiden von den Wohnungseigentümern gefassten Beschlüssen beruhen; auch insoweit handelt es sich um Altverbindlichkeiten im Sinne von § 160 Abs. 1 Satz 1 HGB.

18 (c) Hierfür sprechen auch Sinn und Zweck des § 160 Abs. 1 HGB.

19 (aa) Sinn dieser Regelung ist es in erster Linie zu vermeiden, dass ein ausgeschiedener Gesellschafter zu lange Zeit mit einer Haftung für Verbindlichkeiten belastet wird, obwohl er wegen seines Ausscheidens weder weiteren Einfluss auf die Gesellschaft nehmen noch von den Gegenleistungen und sonstigen Erträgen profitieren kann. Sinn ist es aber zugleich, einen Ausgleich zwischen diesem Anliegen und den Interessen der Gesellschaftsgläubiger zu schaffen (BGH, Urteil vom 27.9.1998, II ZR 356/98, BGHZ 142, 324, 329; Urteil vom 29.4.2002, II ZR 330/00, BGHZ 150, 373, 376; vgl. auch BT-Drucks. 12/1868, S. 8). Mit der im Interesse der Rechtssicherheit für alle Verbindlichkeiten klar festgelegten Ausschlussfrist werden die Interessen der Beteiligten in einer Weise berücksichtigt und ausgeglichen, die zwar fraglos gewisse Härten mit sich bringt, aber letztlich für keinen der jeweils Beteiligten als unzumutbar anzusehen ist (vgl. BGH, Urteil vom 27.9.1998, II ZR 356/98, a. a. O. S. 331; Urteil vom 29.4.2002, II ZR 330/00, a. a. O.).

20 (bb) Dieses gesetzgeberische Ziel wäre im Finanzierungssystem der Wohnungseigentümergeinschaft nicht zu erreichen, wenn der ausscheidende Gesellschafter nur für Verbindlichkeiten der Eigentümer-GbR haftete, die auf vor seinem Ausscheiden gefassten Beschlüssen beruhen. Da sämtliche nach § 16 Abs. 2 WEG von den Wohnungseigentümern aufzubringenden gemeinschaftsbezogenen Lasten und Kosten nur im Beschlusswege erhoben werden können, sei es als Vorschüsse, Sonderumlagen oder Abrechnungsspitzen, liefe es dem Ziel des Gesetzgebers zuwider, mit der Befristung der Nachhaftung einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen des ausscheidenden Gesellschafters und den Gläubigern – in diesem Fall der Wohnungseigentümergeinschaft – herzustellen, wenn die Nachhaftung auf Beitragspflichten beschränkt wäre, die durch vor dem Ausscheiden gefasste Beschlüsse bereits konkretisiert wurden.

21 Dies führte nämlich im Ergebnis dazu, dass die Nachhaftung des ausscheidenden Gesellschafters für Verbindlichkeiten der Eigentümer-GbR aus § 16 Abs. 2 WEG lediglich die nach dem zum Zeitpunkt seines Ausscheidens gültigen Wirtschaftsplan zu leistenden Vorschüsse umfasste sowie bereits beschlossene, aber erst nach seinem Ausscheiden fällig werdende Verbindlichkeiten, etwa eine noch nicht vom Verwalter abgerufene Sonderumlage (vgl. zur Fälligkeit von Sonderumlagen Senat, Urteil vom 15.12.2017, V ZR 257/16, NJW 2018, 2044 Rdnr. 16 ff.). Im Einzelfall könnte die Nachhaftung sogar nur wenige Tage betragen, nämlich wenn der Gesellschafter kurz vor der Beschlussfassung über die Jahresabrechnung und den neuen Wirtschaftsplan ausscheidet. In diesem Fall haftete er nicht einmal für den auf die Eigentümer-GbR entfallenden Betrag, welcher die in dem Wirtschaftsplan für das abgelaufene Jahr beschlossenen Vorschüsse übersteigt (sog. Abrechnungsspitze), da der Beschluss über die Jahresabrech-

nung insoweit anspruchsbegründend wirkt (vgl. Senat, Beschluss vom 30.11.1995, V ZB 16/95, BGHZ 131, 228, 231 f.; Beschluss vom 13.2.2020, V ZR 29/15, GE 2020, 550 Rdnr. 7 m. w. N.), obwohl er in dem abgelaufenen Jahr nahezu vollständig noch Gesellschafter der Wohnungseigentümerin war. Überdies hinge die Dauer seiner Nachhaftung von Zufälligkeiten ab, etwa davon, wann die Wohnungseigentümer den neuen Wirtschaftsplan beschließen. So haftete er noch für Vorschüsse, die aufgrund eines vor seinem Ausscheiden gefassten Fortgeltungsbeschlusses (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 14.12.2018, V ZR 2/18, ZfIR 2019, 494) nach dem bisherigen Wirtschaftsplan geschuldet sind, nicht aber für Vorschüsse, die aufgrund eines neuen, nach seinem Ausscheiden gefassten Wirtschaftsplans erhoben werden.

22 (3) Soweit die Revision dem entgegenhält, der ausgeschiedene Gesellschafter werde durch die Nachhaftung für nach seinem Ausscheiden beschlossene Beiträge unzumutbar benachteiligt, weil er an der Beschlussfassung nicht mehr mitwirken und den Beschluss auch nicht anfechten könne, rechtfertigt dies keine andere Sichtweise.

23 (a) Richtig ist allerdings, dass die Nachhaftung den ausgeschiedenen Gesellschafter, der auf die Geschicke der Gesellschaft und die Beschlussfassung der Wohnungseigentümer über die Beitragspflichten keinen Einfluss mehr hat, unter Umständen erheblich belasten kann. Zu den von den Wohnungseigentümern nach § 16 Abs. 2 WEG aufgrund von Beschlüssen nach § 28 WEG zu leistenden Beiträgen, auf die sich die Nachhaftung bezieht, gehören nämlich nicht nur die laufenden Verwaltungskosten, sondern etwa auch Sonderumlagen in ggf. erheblicher Höhe für die Durchführung von Instandsetzungsmaßnahmen. Zudem kann es, wenn diese Maßnahmen durch die Aufnahme von Krediten finanziert werden, bei Zahlungsausfällen von Wohnungseigentümern zu einer Nachschusspflicht im Innenverhältnis zur Wohnungseigentümergeinschaft kommen (vgl. Senat, Urteil vom 25.9.2015, V ZR 244/14, BGHZ 207, 99 Rdnr. 15 ff.).

24 Solche Auswirkungen kann die Nachhaftung für den ausscheidenden Gesellschafter aber auch außerhalb des Wohnungseigentumsrechts haben, etwa bei vertraglichen Schuldverhältnissen. Bei diesen umfasst die Nachhaftung ebenfalls nicht nur die regelmäßig zumindest grob abschätzbaren primären Zahlungsverpflichtungen, sondern auch Schadensersatzansprüche wegen schuldhafter Pflichtverletzungen, selbst wenn diese erst nach dem Ausscheiden des Gesellschafters begangen wurden (vgl. BGH, Urteil vom 21.12.1961, II ZR 74/59, BGHZ 36, 224 zur Pflichtverletzung bei einem Depotvertrag; Urteil vom 13.7.1967 – II ZR 268/64, BGHZ 48, 203 zur Nichterfüllung eines Kaufvertrages; OLG Hamm, ZIP 2018, 837 zu Schadensersatzansprüchen aus einem Architektenvertrag).

25 (b) Richtig ist auch, dass nach der Rechtsprechung des Senats aus dem Umstand, dass die Wohnungseigentümer im Innenverhältnis erst durch den Beschluss nach § 28 Abs. 5 WEG zur Leistung eines konkreten Beitrags verpflichtet werden, folgt, dass ein solcher Beschluss Verbindlichkeiten nur für und gegen die bei Beschlussfassung eingetragenen Wohnungseigentümer begründen kann, nicht aber für deren Rechtsvorgänger, da anderenfalls ein unzulässiger Gesamttakt

zulasten Dritter vorläge (vgl. Senat, Beschluss vom 21.4.1988, V ZB 10/87, BGHZ 104, 197, 203; Beschluss vom 30.11.1995, V ZB 16/95, BGHZ 131, 228, 230; Beschluss vom 23.9.1999, V ZB 17/99, BGHZ 142, 290, 295; Urteil vom 2.12.2011, V ZR 113/11, ZMR 2012, 284, 285).

26 Diese Rechtsprechung lässt sich aber auf den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Eigentümer-GbR nicht übertragen, denn zur Zahlung verpflichtet wird durch einen Beschluss nach § 28 Abs. 5 WEG unmittelbar nur der jeweilige Wohnungseigentümer, hier also die GbR. Wird diese nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters – wie hier – unter den verbleibenden Gesellschafter fortgesetzt, so wird ihre Stimmberechtigung durch das Ausscheiden nicht beeinträchtigt. Selbst wenn, wofür vieles spricht, der aus der GbR ausgeschiedene Gesellschafter bereits mit seinem Ausscheiden (und nicht erst mit der Eintragung seines Ausscheidens im Grundbuch) nicht mehr berechtigt sein sollte, das Stimmrecht der GbR gemeinsam mit den verbleibenden Gesellschaftern auszuüben (so OLG Köln, NZM 2001, 146), liegt folglich ein Beschluss zulasten Dritter nicht vor. Seine Zahlungspflicht beruht nicht darauf, dass die Wohnungseigentümer – was unzulässig wäre – den Beschluss fassen, von ihm einen Beitrag zu erheben. Sie beruht auf seiner Nachhaftung für die Beitragsverbindlichkeiten der Eigentümer-GbR gemäß § 128 HGB analog, § 736 Abs. 2 BGB i. V. m. § 160 HGB.

27 2. Revisionsrechtlich im Ergebnis nicht zu beanstanden ist die Annahme des Berufungsgerichts, dass die streitgegenständlichen Forderungen innerhalb der Fünfjahresfrist des § 160 Abs. 1 Satz 2 HGB gerichtlich geltend gemacht wurden, weil der Beklagte nicht bewiesen habe, dass die Verwalterin der Klägerin bereits im Jahre 2002 über sein Ausscheiden informiert worden sei.

28 a) Bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann – anders als bei einer Personenhandelsgesellschaft – für den Beginn der Fünfjahresfrist nach § 160 Abs. 1 Satz 2 HGB nicht an die Publizität durch Registereintragung des Ausscheidens angeknüpft werden; die Frist beginnt aufgrund der in § 736 Abs. 2 BGB angeordneten sinngemäßen Anwendung der Norm mit der positiven Kenntnis des jeweiligen Gläubigers von dem Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft (vgl. BGH, Urteil vom 24.9.2007, II ZR 284/05, BGHZ 174, 7 Rdnr. 17 m. w. N.).

29 b) Eine Kenntnis der Klägerin vom Ausscheiden des Beklagten aus der GbR bereits im Jahre 2002 hat das Berufungsgericht nicht feststellen können; dies hält revisionsrechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand.

30 aa) Zutreffend ist allerdings die Rüge der Revision, dass das Berufungsgericht den von ihm anzulegenden Maßstab für die Überprüfung der erstinstanzlichen Beweiswürdigung verkannt hat. Entgegen den Ausführungen in dem angefochtenen Urteil ist das Berufungsgericht nicht schon dann nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO an die Beweiswürdigung des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, wenn diese vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt. Auch verfahrensfehlerfrei getroffene Tatsachenfeststellungen sind – anders als in der Revisionsinstanz (§ 559 Abs. 2 ZPO) – für das Berufungsgericht nicht bindend,

wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Feststellungen unvollständig oder unrichtig sind (vgl. Senat, Urteil vom 12.3.2004, V ZR 257/03, BGHZ 158, 269, 275; Urteil vom 19.7.2019, V ZR 255/17, NJW 2019, 3147 Rdnr. 65; BGH, Urteil vom 9.3.2005, VIII ZR 266/03, BGHZ 162, 313, 316 f.). Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen können sich insbesondere auch daraus ergeben, dass das Berufungsgericht das Ergebnis einer erstinstanzlichen Beweisaufnahme anders würdigt als das Gericht der Vorinstanz. Wenn sich das Berufungsgericht von der Richtigkeit der erstinstanzlichen Beweiswürdigung nicht zu überzeugen vermag, so ist es an die erstinstanzliche Beweiswürdigung, die es aufgrund konkreter Anhaltspunkte nicht für richtig hält, nicht gebunden, sondern zu einer erneuten Tatsachenfeststellung nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet (vgl. BGH, Urteil vom 9.3.2005, VIII ZR 266/03, BGHZ 162, 313, 317; Senat, Urteil vom 19.7.2019, V ZR 255/17, a. a. O.).

31 bb) Dieser Fehler hat sich jedoch nicht ausgewirkt. Es erscheint ausgeschlossen, dass das Berufungsgericht bei Anlegung des zutreffenden Maßstabs zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre und die Kenntnis der Verwalterin der Klägerin vom Ausscheiden des Beklagten aus der GbR schon im Jahre 2002 als bewiesen angesehen hätte.

32 (1) Das Berufungsgericht sieht den Beklagten für dessen Behauptung als beweisfällig an, der Insolvenzverwalter Dr. S habe in dem ihn betreffenden Insolvenzverfahren dem Geschäftsführer der Verwalterin in mindestens zwei Telefonaten in zeitlichem Zusammenhang mit den Schreiben des Insolvenzverwalters vom 16.9.2002 und des Beklagten vom 12.12.2002 mitgeteilt, dass der Beklagte aufgrund einer Regelung im Gesellschaftsvertrag aus der GbR ausgeschieden sei. Das AG habe durch Vernehmung des Insolvenzverwalters Beweis erhoben und in seinem Urteil ausgeführt, dass der Zeuge nur die Mitteilung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestätigt habe, nicht aber, dass er den Geschäftsführer der Verwalterin auch über das Ausscheiden des Beklagten aus der GbR informiert habe. Diese Beweiswürdigung des AG sei „rechtlich nicht zu beanstanden“.

33 (2) Die Revision zeigt keine Umstände auf, die für das Berufungsgericht Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Feststellungen des AG hätten begründen können.

34 (a) Das gilt zunächst für den Einwand, Fortsetzungsklauseln wie die hier im Gesellschaftsvertrag der GbR enthaltene seien üblich, und die Annahme des AG, dass die Verwalterin der klagenden Wohnungseigentümergeinschaft im Zusammenhang mit der Korrespondenz mit dem Insolvenzverwalter nicht den Rückschluss auf das insolvenzbedingte Ausscheiden des Beklagten aus der GbR gezogen habe, widerspreche der Lebenserfahrung. Entsprechende Erfahrungssätze in Form der allgemeinen Lebenserfahrung gibt es nicht; auch zeigt die Revision keinen Vortrag des Beklagten in der Berufungsinstanz zur Üblichkeit solcher Klauseln und zu einer Kenntnis des Geschäftsführers der Verwalterin der Klägerin von einer solchen Üblichkeit auf, mit dem sich das Berufungsgericht hätte auseinandersetzen müssen.

35 (b) Nicht weiter führt auch die Annahme der Revision, die Klägerin habe infolge ihrer Kenntnis von der Insolvenz des Beklagten „im Sinne einer wahldeutigen Feststellung“ von der insolvenzbedingten Auflösung der GbR nach § 728 Abs. 2 Satz 1 BGB oder dem insolvenzbedingten Ausscheiden des Beklagten aus der GbR nach § 736 Abs. 1 BGB gewusst. Bei einer Auflösung der GbR infolge des Insolvenzverfahrens wären die Ansprüche der Klägerin gegen den Beklagten zwar fünf Jahre später verjährt gewesen (§ 159 Abs. 1 HGB). Da es aber nicht zu einer Auflösung gekommen ist, bleibt die Fünfjahresfrist des § 160 Abs. 1 Satz 2 HGB und damit die Kenntnis der Verwalterin der Klägerin vor dem Ausscheiden des Beklagten aus der Gesellschaft maßgeblich.

36 III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

6. Vertragliche Vereinbarung über die Auferlegung von Kosten als dinglicher Inhalt eines Wohnungsrechts

OLG Nürnberg, Beschluss vom 6.10.2020, 15 W 2130/20, mitgeteilt von Notar **Florian Hagenbucher**, Straubing

BGB §§ 874, 1018, 1090 Abs. 2, § 1093 Abs. 1
GBO § 71

LEITSATZ:

Eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Berechtigten eines Wohnungsrechts, nach der die Kosten für Schönheitsreparaturen, Wasser, Abwasser, Heizung, Strom und Gas, den Kaminkehrer und die Müllabfuhr der Eigentümer trägt, kann zum dinglichen Inhalt des Wohnungsrechts gemacht werden.

7. Wohnungsrecht bei Teilung in Wohnungseigentum

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.04.2020, 3 Wx 251/19, mitgeteilt von **Peter von Wnuck-Lipinski**, Richter am OLG a. D.

BGB §§ 1026, 1090 Abs. 2, § 1093 Abs. 1
GBO § 18 Abs. 1, §§ 19, 22 Abs. 1 Satz 1, § 29

LEITSÄTZE:

1. Die Beibringung einer Löschungsbewilligung des Berechtigten, die kein Mittel zur Beseitigung eines Eintragungshindernisses in Bezug auf das auf Grundbuchunrichtigkeit gestützte Gesuch um Löschung des Wohnungsrechts darstellt, kann das Grundbuchamt nicht mit einer rangwahrenden Zwischenverfügung verlangen.

- Bei einem aus drei in sich abgeschlossenen Wohneinheiten bestehenden Gebäude ist dem Erfordernis einer hinreichend genauen Bezeichnung des für die ausschließlich Nutzung vorgesehenen Teils Genüge getan, wenn die Eintragungsbewilligung klarstellt, auf welche Wohneinheiten sich das Wohnungsrecht bezieht (hier ausreichend die Bezeichnung in der Eintragungsbewilligung „rechter Hauseingang, rechtes Hausteil“ jedenfalls in Verbindung mit einem beigefügten Lageplan, in dem durch rote Umrandung zu erkennen ist, auf welchen Teil des Gebäudes sich das Wohnungsrecht erstrecken soll).
- Die Teilung eines mit einem Wohnungsrecht belasteten Grundstücks hat zur Folge, dass das Wohnungsrecht an dem Teilstück, das außerhalb seines Ausübungsbereichs liegt, erlischt.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligten waren Miteigentümer der im Grundbuch des AG Mülheim an der Ruhr von W Blatt (...), Flur 6, Flurstücke 11 bis 13, 72 und 74 sowie Blatt (...), Flur 6, Flurstück 128 verzeichneten Grundstücke, die mit drei Reihenhäusern bebaut sind. Das Grundstück Blatt (...), Flurstück 74, war belastet mit einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit in Form eines Wohnungsrechts zugunsten der Beteiligten zu 3 und (...), eingetragen in Abt. II Nr. 9 des Grundbuchs.

2 Dieses Wohnungsrecht beruht auf der notariell beurkundeten Erklärung (UR-Nr. [...] /2006 des Notars P T in M an der Ruhr) der damaligen Grundstückseigentümerin (Flurstücke 11 – Gartenland und 74 – Hof- und Gebäudefläche) (...) vom 9.8.2006, die wie folgt lautet:

„Das Wohnungsrecht umfasst unter Ausschluss des Eigentümers die gesamten Räume im Hause (...) -Straße (...) (rechter Hauseingang, rechtes Hausteil) nebst Gartenland ausweislich der roten Umrandung des anliegenden Lageplans.“

sowie auf der notariell beurkundeten „Ergänzungsurkunde“ (UR-Nr. [...] /2006) zu der vorbezeichneten Erklärung vom 24.8.2006:

„Ich (...) korrigiere die vorbezeichnete Wohnungsrechtsbestellungsurkunde dahin gehend, dass das Wohnungsrecht unter Ausschluss des Eigentümers ausschließlich die gesamten Räume im Hause (...) Straße (...) (rechter Hauseingang, rechter Hausteil) umfassen.“

3 Aufgrund Antrags der Beteiligten vom 13.12.2018 wurden die im Grundbuch von W Blatt (...), Flur 6, Flurstücke 11 bis 13, 72 und 74 sowie Blatt (...), Flur 6, Flurstück 128 gebuchten Grundstücke zu einem Grundstück im Rechtssinne vereinigt. Ferner wurde hinsichtlich der drei Reihenhäuser Wohnungseigentum gebildet, eingetragen in den Wohnungs- und Teileigentumsgrundbüchern von W, Blätter (...), (...) und (...). Das Sondereigentum wurde dahin gehend aufgeteilt, dass der Beteiligte zu 2 die in Richtung Westen links gelegene Wohnung (Nr. 1, Blatt [...]3) erhielt, der Beteiligte zu 1 die mittlere (Nr. 2, Blatt [...]4) und die Beteiligten zu 3 und 4 die in Richtung Osten rechts gelegene (Nr. 3, Blatt [...]5). In den neu angeleg-

ten Wohnungsgrundbüchern wurde jeweils für das Flurstück 74 das Wohnungsrecht für O und die Beteiligten zu 3 als Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB eingetragen.

4 Unter dem 11.10.2019 baten die Beteiligten zu 1 und 2, die Richtigkeit der Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher zu überprüfen. Sie machten geltend, nach Bildung von Wohnungseigentum bestehe das bereits eingetragene dingliche Wohnungsrecht nur auf dem Wohnungseigentum fort, auf dessen Raumeinheiten es sich erstrecke. Aus dem Lageplan zur Eintragung des Wohnungsrechts ergebe sich, dass sich dieses lediglich auf die in Richtung Osten gelegene rechte Wohnung, somit auf das jetzige Wohnungseigentum im Wohnungs- und Teileigentumsgrundbuch Blatt (...) der Beteiligten zu 3 und 4 beziehe. Die Eintragungen in den Wohnungs- und Teileigentumsgrundbüchern von Winkhausen Blatt (...)3 und (...)4 seien daher zu berichtigen.

5 Mit Zwischenverfügung vom 20.11.2019 teilte das Grundbuchamt mit, es sei noch eine Löschungsbewilligung des Berechtigten Abt. II Nr. 8 (Wohnungsrecht) bzw. 7 (Wegerecht und Fahrrecht) in der Form des § 29 GBO einzureichen. Die Eintragungsbewilligung des Wohnungsrechts könne nicht als Unrichtigkeitsnachweis und damit als Lösungsgrundlage gewertet werden. Es sei nicht zweifelsfrei erkennbar, dass es sich um das jetzige, in Winkhausen Blatt (...)5 verzeichnete Wohnungseigentum handle. Zum einen sei die Bewilligung als „rechter Hauseingang, rechtes Hausteil“ nicht bestimmt genug. Zum anderen stimme der beigefügte Lageplan, in dem das Wohnungsrecht eingezeichnet sei, nicht mit den aktuellen Aufteilungsplänen, die mit den Anträgen vom 13.12.2018 eingereicht worden seien, überein.

6 Dagegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2. Sie machen geltend, aus der Eintragungsbewilligung und dem dazugehörigen Lageplan ergebe sich eindeutig, dass sich das Wohnungsrecht lediglich auf das jetzige Wohnungseigentum im Wohnungs- und Teileigentumsgrundbuch Blatt (...)5 (...) beziehe. Soweit der Lageplan, der mit der Bewilligung des Wohnungsrechts eingereicht worden sei, nicht mit dem aktuellen Aufteilungsplan im Rahmen der Teilungserklärung übereinstimme, liege das daran, dass nach Eintragung des Wohnungsrechts Anbauten errichtet worden seien. Gleichwohl sei erkennbar, dass sich das Wohnungsrecht keinesfalls auf die Wohnungen Blatt (...)3 und (...)4 beziehe. Sofern man mit der Zwischenverfügung davon ausgehe, dass die Bezeichnung in der Bewilligung als „rechter Hauseingang, rechtes Hausteil“ nicht bestimmt genug sei, wäre das Wohnungsrecht von Amts wegen nach § 53 GBO als inhaltlich unzulässig zu löschen, weil sich die ihm unterliegenden Räume aus der Eintragungsbewilligung nicht hinreichend sicher feststellen ließen.

7 Mit weiterem Beschluss vom 12.12.2019 hat das Grundbuchamt der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Düsseldorf zur Entscheidung vorgelegt.

(...)

9 II. Das Rechtsmittel ist gemäß § 71 Abs. 1, §§ 72, 73 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GBO als Grundbuchbeschwerde zulässig und nach der vom AG ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe dem Senat zur Entscheidung angefallen, § 75 GBO.

10 Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

11 Die Zwischenverfügung ist bereits deshalb aufzuheben, weil sie einen nach § 18 GBO nicht zulässigen Inhalt hat. Eine Zwischenverfügung darf nur ergehen, wenn ein Eintragungshindernis mit rückwirkender Kraft zu beseitigen ist. Andernfalls würde der beantragten Eintragung ein Rang zukommen, der ihr nicht gebührt (OLG München, MittBayNot 2012, 46). Die Beibringung einer Löschungsbewilligung des Berechtigten kann hier nicht mit einer rangwahrenden Zwischenverfügung verlangt werden. Denn in der Löschungsbewilligung kann ein Mittel zur Beseitigung eines Eintragungshindernisses in Bezug auf das auf Grundbuchunrichtigkeit gestützte Gesuch um Löschung des Wohnungsrechts nicht gesehen werden.

12 Hierdurch würde der Lösungsantrag vielmehr auf eine neue Basis gestellt. Denn das Grundbuchamt vertritt damit die Auffassung, dass der Beteiligte die Eintragung nur unter veränderten Voraussetzungen (Bewilligung nach § 19 GBO statt des Nachweises der Unrichtigkeit nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO) zu erlangen vermag. Dies kann aber nicht Gegenstand einer Zwischenverfügung sein (Senat, FGPrax 2019, 102 m. N.; Rpfleger 2012, 520; Beschluss vom 29.11.2019, I-3 Wx 201/19, juris; BayObLG, NJW-RR 1999, 1691; vgl. auch *Demharter*, GBO, § 18 Rdnr. 32).

13 Vorsorglich sei – ohne Bindungswirkung – bemerkt:

14 Die hier zu entscheidende Grundbuchbeschwerde bezieht sich ausweislich der Geschäftsnummer des Grundbuchamtes nur auf das in Blatt (...)3 eingetragene Wohnungseigentum (...). Soweit im Betreff des angefochtenen Beschlusses u. a. auch Blatt (...)4 genannt ist, sind dem Senat jedoch insoweit trotz der auch zu Blatt (...)4 erhobene Grundbuchbeschwerde der Beteiligten zu 1 und 2 weder die diesbezüglichen Akten nicht zur Entscheidung vorgelegt worden noch ist ein Nichtabhilfebeschluss ergangen.

15 Soweit die Zwischenverfügung eine Löschungsbewilligung des Berechtigten Abt. II Nr. 8 verlangt, dürfte dies schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil die Beteiligten zu 1 und 2 insoweit nicht um Berichtigung des Grundbuchs nachgesucht haben.

16 Was das Wohnungsrecht angeht, dürfte in der Sache allerdings im Hinblick auf Blatt (...)3 (und wohl auch Blatt [...]4) entgegen der Auffassung der Beschwerde keine Amtslöschung des Wohnungsrechts gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO geboten sein. Das Wohnungsrecht ist nicht seinem Inhalt nach unzulässig, denn die Bezeichnung in der Eintragungsbewilligung („rechter Hauseingang, rechtes Hausteil“) ist hinreichend bestimmt.

17 Die einem Wohnungsrecht gemäß § 1093 Abs. 1 BGB unterliegenden Räume, sofern es sich nicht auf alle Gebäudeteile oder Räume bezieht, müssen in der Eintragungsbewilligung genau bezeichnet werden (BayObLG, NJW-RR 1999, 1691; 1988, 982). Dabei sind die Räume, an welchen ein Wohnungsrecht nach § 1093 BGB bestehen soll, in der Eintragungsbewilligung so genau zu beschreiben, dass jeder Dritte ohne Weiteres feststellen kann, welche Räume gemeint sind (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1258). Die Eintragung eines Wohnungsrechts ohne bestimmte Bezeich-

nung des für die ausschließliche Benutzung vorgesehenen Gebäudeteils kann inhaltlich unzulässig im Sinne des § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO sein (vgl. BeckOK-GBO/Holzer, Stand: 1.3.2020, § 53 Rdnr. 64 m. w. N.).

18 Der von dem Wohnungsrecht betroffene Gebäudeteil ist in der Eintragungsbewilligung hinreichend genau bezeichnet. Zwar sind die für die ausschließliche Benutzung vorgesehenen Räume nicht einzeln aufgeführt. Bei einem Gebäude, das – wie hier – aus drei in sich abgeschlossenen Wohneinheiten besteht, erscheint es aber ausreichend, wenn die Bewilligung klarstellt, auf welche der Wohneinheiten sich das Wohnungsrecht bezieht. Das ist hier durch die Formulierung „rechter Hauseingang, rechtes Hausteil“ der Fall. Darüber hinaus ist aufgrund der roten Umrandung in dem beigefügten Lageplan ersichtlich, auf welchen Teil des Gebäudes sich das Wohnungsrecht erstrecken sollte. Inwiefern der von dem Wohnungsrecht betroffene Gebäudeteil infolge nachträglicher An- und Umbauten noch identifiziert werden kann, dürfte für die Frage der Amtslöschung keine Rolle spielen. Denn dabei ist lediglich auf den Eintragsvermerk selbst und die zulässigerweise in Bezug genommene Eintragungsbewilligung abzustellen (vgl. BeckOK- GBO/Holzer, § 53 Rdnr. 77).

19 Zum Berichtigungsantrag weist der Senat darauf hin, dass durch die Teilung des belasteten Grundstücks das Wohnungsrecht an dem in Blatt (...)3 eingetragenen Wohnungseigentum erloschen sein dürfte. Mit Teilung des belasteten Grundstücks werden Grundstücksteile frei, welche außerhalb des Ausübungsbereichs des Wohnungsrechts liegen (§ 1026 i. V. m. § 1093 Abs. 1 und § 1090 Abs. 2 BGB). Mithin erlischt das Wohnungsrecht kraft Gesetzes an dem Teilstück, das außerhalb seines Ausübungsbereichs liegt (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1271).

20 Durch die Vorlage des Aufteilungsplans dürfte hinreichend nachgewiesen sein, dass der Ausübungsbereich des Wohnungsrechts außerhalb – jedenfalls – des in Blatt (...)3 eingetragenen Wohnungseigentums liegt. Allerdings hat das Grundbuchamt zutreffend darauf hingewiesen, dass die Darstellung im Aufteilungsplan mit dem Lageplan, in den das Wohnungsrecht eingezeichnet ist, nicht übereinstimmt. Insbesondere verläuft im Aufteilungsplan die Trennlinie zwischen der mittleren Wohneinheit (Nr. 2 Blatt [...]4) und der rechten Wohneinheit (Nr. 3 Blatt [...]5) nicht, wie im Lageplan, gerade, sondern versetzt, dies möglicherweise aufgrund von späteren Um- oder Anbauten. Es lässt sich danach nicht ausschließen, dass auch Teile der zur Wohneinheit Nr. 2 gehörenden Räume durch das Wohnungsrecht belastet sind. Diese Unklarheit betrifft aber ausschließlich das in Blatt (...)4 eingetragene Wohnungseigentum Nr. 2, das nicht Gegenstand des hiesigen Beschwerdeverfahrens ist. Hingegen dürfte nach dem Aufteilungsplan ausgeschlossen sein, dass sich der Ausübungsbereich des Wohnungsrechts auch auf das in Blatt (...)3 eingetragene Wohnungseigentum Nr. 2 bezieht. Eine Löschungsbewilligung des Berechtigten erscheint daher in Bezug auf dieses Wohnungseigentum entbehrlich.

21 Eine Kostenentscheidung durch den Senat ist nicht veranlasst, § 22 Abs. 1, 25 Abs. 1 GNotKG, daher auch keine Wertfestsetzung.

22 Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.

BÜRGERLICHES RECHT – FAMILIENRECHT

8. Ersetzung der Zustimmung im Sinne des 1365 BGB gemäß § 261 Abs. 2 FamFG

OLG Jena, Beschluss vom 5.12.2019, 1 UF 328/19

BGB §§ 1190, 1365 Abs. 1 und 2

FamFG § 261 Abs. 2

FamGKG § 36 Abs. 1, §§ 40, 63

GBO § 12 Abs. 1

GNotKG §§ 47, 98 Abs. 1

LEITSÄTZE

- 1.** In einem Verfahren, das § 1365 BGB zum Gegenstand hat, ist § 40 Abs. 3 Satz 1 FamFG einschlägig. Die Beschwerdefrist beträgt deshalb nach § 63 Abs. 1 FamFG einen Monat.
- 2.** Die Möglichkeit, im Falle des § 1365 Abs. 2 BGB ein Negativattest zu erlangen, schließt das Rechtsschutzinteresse für ein negatives Feststellungsbegehren nicht aus. **3.** Bei der Frage, ob die Voraussetzungen des § 1365 Abs. 1 BGB vorliegen, ist auch zu berücksichtigen, ob zugunsten des anderen Ehegatten eine Höchstbetragshypothek im Grundbuch eingetragen ist, die dessen möglichen Zugewinnanspruch absichern soll.
- 4.** Geht es in einem familienrechtlichen Verfahren um die Zustimmung eines Ehegatten nach § 1365 BGB zu einem Grundstückskaufvertrag, stellt regelmäßig der Kaufpreis den Ausgangspunkt zur Ermittlung des Gegenstandswerts dar. Nach § 36 Abs. 1 Satz 2 FamGKG i. V. m. § 98 Abs. 1 GNotKG beträgt der Verfahrenswert die Hälfte dieses Betrages.

BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

9. Keine Wechselbezüglichkeit der Einsetzung der „gesetzlichen Erben“ als Schlusserben

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.1.2021, 3 Wx 245/19,
mitgeteilt von **Peter von Wnuck-Lipinski**, Richter am
OLG a. D.

BGB §§ 133, 242, 2066, 2269, 2270, 2271 Abs. 2 Satz 1

LEITSATZ:

Verfügen der Erblasser und seine vorverstorbene erste Ehefrau, die fünf Kinder haben, in einem gemeinschaftlichen Testament, mit welchem sie einander zu Alleinerben einsetzen, „Nach unserer beider Tod soll die gesetzliche Erbfolge in Kraft treten“ und setzt der Erblasser sodann in einem späteren notariellen Testament seine zweite Ehefrau zu $\frac{1}{2}$ Anteil und die Kinder zu je $\frac{1}{10}$ Anteil zu seinen Erben ein, so steht der Erteilung eines dem notariellen Einzeltestament entsprechenden Erbscheins eine Bindungswirkung durch das frühere gemeinschaftliche Testament nicht entgegen, weil die Einsetzung der „gesetzlichen Erben“ als Schlusserben durch den überlebenden Erblasser im Verhältnis zu dessen Einsetzung als Alleinerbe der vorverstorbenen Ehefrau nicht als wechselbezüglich im Sinne von § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB anzusehen ist.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte zu 1 ist die zweite Ehefrau des Erblassers, die Beteiligten zu 2 bis 6 sind Kinder aus der Ehe des Erblassers und seiner vorverstorbenen ersten Ehefrau. Nach deren Geburtsdaten hat eines der Kinder vermutlich eine andere Mutter.

2 Am 11.10.1998 hatten der Erblasser und seine erste Ehefrau sich in einem gemeinschaftlichen privatschriftlichen Testament gegenseitig als alleinige Erben eingesetzt.

3 Weiter hatten sie bestimmt:

„Nach unserer beider Tod soll die gesetzliche Erbfolge in Kraft treten.“

4 Nach dem Tode seiner ersten Ehefrau heiratete der Erblasser im Oktober die Beteiligte zu 1. Er errichtete am 4.4.2014 ein notarielles Testament, in dem er verfügte, zu seinen Erben setze er die Beteiligte zu 1 zu $\frac{1}{2}$ Anteil und die Beteiligten zu 2 bis 6 zu je $\frac{1}{10}$ Anteil ein. Weiter ordnete er Testamentsvollstreckung zur Abwicklung seines Nachlasses an.

5 Die Beteiligte zu 1 beantragte die Erteilung eines diesem notariellen Testament vom 4.4.2014 entsprechenden Erbscheins.

6 Einzig die Beteiligte zu 4 ist dem Erbscheinsantrag mit der Begründung entgegengetreten, ihrer Mutter sei es auf die gesetzliche Erbfolge angekommen. Daher sei das Testament

vom 4.4.2014 unwirksam und allen Beteiligten ein gemeinsamer Erbschein zu erteilen.

7 Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Nachlassgericht die zur Begründung des Erbscheinsantrags erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet. Bei den letztwilligen Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament vom 11.10.1998 handele es sich um bindende wechselbezügliche Bestimmungen. Daher sei der Erblasser gehindert gewesen, die dort festgelegte Erbfolge im notariellen Testament vom 4.4.2014 zu ändern. Daher sei gesetzliche Erbfolge nach dem Testament vom 11.10.1998 eingetreten. Das bedeute jedoch auch, dass die zweite Ehefrau des Erblassers Erbin geworden und der Erbschein – wie beantragt (sic!) – zu erteilen sei.

8 Die Beteiligten zu 4 und 5 beschwerten sich und bitten um Zurückweisung des Erbscheinsantrages.

9 Die Lebenserfahrung zeige, dass Ehepartner, die ein Testament wie das vom 11.10.1998 errichteten und langjährig verheiratet und im Alter der Testierenden seien, davon ausgingen, dass eine Wiederverheiratung des Überlebenden nicht stattfinden werde bzw. sie eine solche Möglichkeit nicht ins Kalkül zögen. Vielmehr würden sie davon ausgegangen sein, dass der Überlebende unverheiratet bleibe. Hinzu komme im vorliegenden Fall die tiefe Religiosität der ersten Ehefrau. Diese hätte nicht – wie geschehen – testiert, wenn ihr bewusst gewesen wäre, dass mit der Verwendung des Begriffs „gesetzliche Erbfolge“ eine Wiederverheiratung des Überlebenden dazu führe, dass der neu hinzugekommene Ehegatte ebenfalls einen Erbanspruch erhalte und das Erbe der bereits vorhandenen Kinder durch die Wiederheirat geschmälert werde.

10 Auch des Testaments vom 4.4.2014, dessen Inhalt zufällig der gesetzlichen Erbfolge entspreche, hätte es nicht bedurft, wenn diese bereits so im Testament vom 11.10.1998 verfügt worden wäre.

11 Die Beteiligte zu 1 hat entgegnet, dem Erblasser sei die korrekte Regelung aller Angelegenheiten wichtig gewesen; deshalb habe er sich beraten lassen und im Vorfeld ausdrücklich kommuniziert, dass er genau dieselbe Regelung wolle, wie er sie mit seiner ersten Frau verfügt habe, nämlich die gesetzliche Erbfolge. Auf notariellen Rat habe er 2014 ein neues Testament errichtet, welches – bis auf die Anordnung der Testamentsvollstreckung – dem ersten entsprochen habe.

12 Das Nachlassgericht hat der Beschwerde mit Beschluss vom 27.11.2019 nicht abgeholfen und sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. Das Testament vom 11.10.1998 sei erkennbar von dem Gedanken getragen, dass der überlebende Ehegatte frei von den Beschränkungen das gemeinsam Erworbene nutzen können solle. Eine Regelung oder Bindung dahin gehend, was mit dem Erbe geschehen solle, wenn auch der überlebende Ehegatte versterbe, lasse sich dem Testament vom 11.10.1998 nicht (sic!) entnehmen.

(...)

14 II. Das von den Beteiligten zu 4 und 5 eingelegte Rechtsmittel ist dem Senat infolge der vom Nachlassgericht mit weiterem Beschluss vom 27.11.2019 erklärten Nichtabhilfe zur Entscheidung angefallen, § 68 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 FamFG. Es ist statthaft und auch im Übrigen zulässig.

15 Die Beteiligten zu 4 und 5 sind beschwerdeberechtigt, weil sie für sich ein Erbrecht in Anspruch nehmen, das von dem im angefochtenen Beschluss des Nachlassgerichts angegebenen Erbscheinsinhalt abweicht, § 59 Abs. 1 FamFG (vgl. Keidel/Meyer-Holz, FamFG, § 59 Rdnr. 77 und Keidel/Zimmermann, FamFG, § 352 Rdnr. 150).

16 In der Sache führt die Beschwerde zu der aus dem Tenor ersichtlich Anweisung an das Nachlassgericht, den beantragten Erbschein – das ist der auf das notarielle Testament vom 4.4.2014 gestützte (!) – zu erteilen.

17 Der angefochtene Beschluss kann bereits deshalb keinen Bestand haben, weil das Nachlassgericht an den auf das notarielle Testament vom 4.4.2014 mit der Anordnung einer Testamentsvollstreckung gestützten Erbscheinsantrag gebunden war (Palandt/Weidlich, § 2353 Rdnr. 48; Keidel/Zimmermann, FamFG, § 352), diese Bindung missachtet und in dem angefochtenen Beschluss zwar im Tenor die zur Begründung des Erbscheinsantrags der Beteiligten zu 1 erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet hat, in den Gründen dieses Beschlusses jedoch ausgeführt hat, die Erbfolge richte sich nach dem gemeinschaftlichen Testament vom 11.10.1998, das bindende wechselbezügliche Bestimmungen enthalte (obwohl es im Nichtabhilfebeschluss in Widerspruch dazu ausdrücklich bemerkt, eine Bindung lasse sich dem Testament vom 11.10.1998 nicht entnehmen).

18 Der auf das notarielle Testament vom 4.4.2014 gestützte Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 vom 5.4.2019 ist begründet. Die Erbfolge nach dem Erblasser richtet sich nach diesem notariellen Testament.

19 Der Erblasser war nicht aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments vom 11.10.1998 gehindert, das spätere notarielle Testament zu errichten.

20 Die Regelung des gemeinschaftlichen Testaments, „Nach unserer beider Tod soll die gesetzliche Erbfolge in Kraft treten“ enthält keine bindende wechselbezügliche Verfügung im Sinne von § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB.

21 Wechselbezüglich sind (nur) solche Verfügungen, die ein Ehegatte nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen hätte, bei denen also aus dem Zusammenhang des Motivs heraus eine innere Abhängigkeit zwischen den einzelnen Verfügungen derart besteht, dass die Verfügung des einen Ehegatten gerade deshalb getroffen wurde, weil auch der andere Partner eine bestimmte andere Verfügung getroffen hat, wenn also nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden die eine Verfügung mit der anderen stehen und fallen soll. Das muss für jede einzelne Verfügung gesondert geprüft werden (Palandt/Weidlich, § 2270 Rdnr. 1 m. N.).

22 Beim Berliner Testament ist Wechselbezüglichkeit denkbar im Verhältnis der Verfügungen betreffend die gegenseitige Erbinsetzung, im Verhältnis der Schlusserbeneinsetzung des Überlebenden zur eigenen Erbinsetzung durch den Erstversterbenden und im Verhältnis der Schlusserbeneinsetzung des Überlebenden zur Schlusserbeneinsetzung des Erstversterbenden.

23 Letztere ist regelmäßig nicht wechselbezüglich, denn grundsätzlich widerspricht es der Lebenserfahrung, dass El-

tern ihre Kinder nur mit Rücksicht auf die Verfügung des anderen einsetzen (Palandt/Weidlich, § 2270 Rdnr. 5).

24 Auch die hier in Rede stehende Einsetzung der „gesetzlichen Erben“ als Schlusserben durch den überlebenden Erblasser ist im Verhältnis zu dessen Einsetzung als Alleinerbe der vorverstorbenen Ehefrau nicht wechselbezüglich. Denn es spricht nichts dafür, dass der Erblasser die aus der Ehe mit der vorverstorbenen ersten Ehefrau hervorgegangenen Kinder (nur) deshalb als Erben eingesetzt hat, weil er von seiner damaligen Ehefrau als Alleinerbe eingesetzt worden ist.

25 Ist mithin das notarielle Testament vom 4.4.2014 maßgebend, so ergibt sich die Erbfolge ohne Weiteres aus der ausdrücklichen Bestimmung der Erben und ihrer jeweiligen Erbquoten.

26 Dies würde im Übrigen auch für das gemeinschaftliche Testament vom 11.10.1998 ohne Weiteres aus der gesetzlichen Ergänzungsregel des § 2066 BGB folgen. Danach sind dann, wenn der Erblasser seine gesetzlichen Erben bedacht hat, diejenigen bedacht, die zur Zeit des Erbfalls seine gesetzlichen Erben sein würden – und dies im Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile. Greifbare Anhaltspunkte für einen abweichenden Willen der testierenden Eheleute sind weder erkennbar noch von den Beteiligten geltend gemacht.

27 Alles in allem bewirkt das notarielle Testament mithin lediglich eine Änderung in Bezug auf die dort angeordnete Testamentsvollstreckung.

28 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 81 Satz 1 FamFG. Danach sind die Kosten des Verfahrens nach billigem Ermessen zu verteilen. In die Ermessensentscheidung sind sämtliche in Betracht kommenden Umstände einzubeziehen (etwa das Maß des Obsiegens und Unterliegens, die verschuldete oder unverschuldete Unkenntnis der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse, die familiäre und persönliche Nähe zwischen Erblasser und Verfahrensbeteiligten, st. Rspr. des Senats, seit dem Beschluss vom 1.8.2019, 3 Wx 48/18, BeckRS 2019, 27678).

29 Danach entspricht es billigem Ermessen, dass die Beteiligte zu 1 die – ohnehin anfallenden – Gerichtskosten des erstinstanzlichen Erbscheinsverfahrens und die Beteiligten zu 4 und 5 diejenigen des Beschwerdeverfahrens tragen.

30 Im Hinblick auf das persönliche Näheverhältnis der Beteiligten untereinander und zum Erblasser entspricht es billigem Ermessen, dass die Beteiligten zu 4 und 5 die ihnen entstandenen außergerichtlichen Kosten jeweils selbst tragen.

31 Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 70 Abs. 2 Satz 1 FamFG liegen nicht vor, da die entscheidungstragenden Erwägungen des Senats einzig auf einer Würdigung des gegebenen Einzelfalles beruhen.

32 Die Wertfestsetzung findet ihre Grundlage in § 61 Abs. 1 Satz 1, § 40 Abs. 1 Nr. 2 GNotKG. Der Senat hat seiner Festsetzung nicht die Wertangabe der Beteiligten zu 1, sondern einen Nachlasswert von bis zu 200.000 € zugrunde gelegt und davon ½ für das wirtschaftliche Interesse der Beschwerdeführer angesetzt.

10. Begründete Anfechtung einer Erbausschlagung

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.11.2020, 3 Wx 166/20

BGB § 119 Abs. 1 und 2, § 1913 Satz 1, § 1954 Abs. 1 und 2
FamFG §§ 7, 21, 69 Abs. 1 Satz 2, § 345 Abs. 1 Satz 3

LEITSÄTZE:

- 1. Ist der potenzielle Erbe aufgrund der von ihm in Erfahrung gebrachten Umstände (u. a. vermüllte Wohnung, umherliegende Rechnungen und Mahnungen, keine werthaltigen Gegenstände in der Wohnung, Informationen des Nachlassgerichts über offene Nachlassverbindlichkeiten und Bezahlung der Bestattung durch die öffentliche Hand) und der aus seiner Sicht abschließend, weil ohne sich ihm eröffnende Anhaltspunkte für weitere taugliche Informationsquellen, erfolgten Klärung der Vermögensverhältnisse, zu der Vorstellung gelangt, im Nachlass befänden sich ausschließlich Verbindlichkeiten des Erblassers, so hat er sich bei seiner hierauf basierenden Erklärung der Erbausschlagung nicht lediglich von Spekulationen, sondern von der Überzeugung einer Überschuldung leiten lassen, was ihm für den Fall, dass sich – wie hier – im Nachhinein die Werthaltigkeit des Nachlasses herausstellt, bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen, die Möglichkeit eröffnet, seine Erbausschlagungserklärung wegen Eigenschaftsirrturns anzufechten.**
- 2. Zur Zurückverweisung an das Ausgangsgericht wegen fehlerhaft unterbliebener Beteiligung des für Wahrnehmung der Belange der bislang noch nicht ermittelten weiteren gesetzlichen Erben des Erblassers im Erbscheinerteilungsverfahren bestellten Verfahrenspflegers.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Erblasser war geschieden und verstarb kinderlos; seine Eltern sind vorverstorben, Geschwister hatte er nicht. Der Beteiligte zu 1 war sein Cousin; der Beteiligte zu 2 ist damit befasst, weitere gesetzliche Erben zu ermitteln.

2 Am 16.8.2018 wurde der Erblasser von der Polizei tot in seiner völlig vermüllten und verdreckten Wohnung aufgefunden; der Notarzt ging von einem natürlichen Geschehen aus. Die Polizei ermittelte den Beteiligten zu 1 als Angehörigen und dieser erklärte gegenüber der Polizei, die Bestattung und die Nachlassregelung nicht zu übernehmen. Am 18.9.2019 und am 17.10.2019 nahm der Beteiligte zu 1 telefonisch Kontakt mit dem Nachlassgericht auf und kündigte im zweiten Telefonat an, die Erbschaft ausschlagen zu wollen. Am 8.11.2018 erklärte der Beteiligte zu 1 zu Protokoll des AG Solingen die Ausschlagung der Erbschaft aus jedem Berufsgrunde und vorsorglich die Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist. Das Bestehen einer Ausschlagungsfrist sei ihm nicht bekannt gewesen. Der Nachlass sei nicht bekannt, nach Auskunft des Nachlassgerichts sei die Bestattung aus öffent-

licher Hand gezahlt worden, somit werde von einer Überschuldung ausgegangen.

3 Mit Beschluss vom 17.6.2019 bestellte das Nachlassgericht den Beteiligten zu 2 zum Nachlasspfleger und den Beteiligten zu 3 zum Verfahrenspfleger der unbekannt Erben.

4 Mit notariell beurkundeter Erklärung vom 18.3.2020 hat der Beteiligte zu 1 seine Erbausschlagung vom 8.11.2018 angefochten. Er sei von der Kriminalpolizei Düsseldorf Ende September 2018 vom Tod des Erblassers informiert worden. Er habe gegenüber der Polizei erklärt, sich um die Räumung der Wohnung und die Erledigung der anfallenden Arbeiten kümmern zu wollen. Davon habe die Polizei ihm dringend abgeraten, da die Wohnung in einem erbarmungswürdigen Zustand sei; umherliegende Rechnungen und Mahnungen würden darauf hindeuten, dass erhebliche Nachlassverbindlichkeiten bestünden; werthaltige Gegenstände befänden sich nicht in der Wohnung. Deshalb sei er, der Beteiligte zu 1, davon ausgegangen, dass der Nachlass überschuldet sei. Ihm selbst sei nicht bekannt gewesen, ob oder ggf. wo der Erblasser Vermögen habe. Zudem habe er die Befürchtung gehabt, als möglicher Erbe wegen der zunächst ungeklärten Todesursache beim Erblasser auch staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen ausgesetzt sein zu können. Auch die Informationen des Nachlassgerichts über offene Nachlassverbindlichkeiten und über die Bezahlung der Bestattung des Erblassers durch die öffentliche Hand hätten ihn in seiner Vorstellung von einer Überschuldung bestätigt. Am 21.2.2020 habe ihm eine Mitarbeiterin des Beteiligten zu 2 mitgeteilt, dass sich ein nicht unerhebliches Vermögen im Nachlass befinde.

5 Der Beteiligte zu 2 hat gegenüber der Wirksamkeit der Anfechtung der Erbausschlagungserklärung Bedenken erhoben.

6 Mit notarieller Urkunde vom 10.6.2020 hat der Beteiligte zu 1 die Erteilung eines ihn als Alleinerben ausweisenden Erbscheins beantragt.

7 Das Nachlassgericht – die Rechtspflegerin – hat den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1 mit Beschluss vom 8.7.2020 zurückgewiesen. Der Beteiligte zu 1 habe die Erbschaft wirksam ausgeschlagen. Soweit er die Ausschlagungsfrist versäumt habe, habe er sich in einem beachtlichen Irrtum über das Bestehen einer gesetzlichen Ausschlagungsfrist befunden; hinsichtlich dieses Irrturns habe der Beteiligte zu 1 erfolgreich die Anfechtung erklärt. Die Anfechtung seiner Ausschlagungserklärung habe der Beteiligte zu 1 nicht wirksam erklärt, denn es liege kein Anfechtungsgrund, sondern nur ein unbeachtlicher Motivirrtum vor. Er habe seinerzeit die Ausschlagung der Erbschaft auf bewusst ungesicherter, spekulativer Grundlage erklärt. Er hätte sich nicht auf die Aussagen der Polizei oder die Auskünfte des Nachlassgerichts verlassen dürfen, sondern hätte selbst in die Wohnung des Erblassers gehen können, um die Aussagen zu überprüfen. Sein Rückschluss auf eine Überschuldung sei spekulativ gewesen, da er keine Kenntnis über Aktiva gehabt habe. Schließlich könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Beteiligte zu 1 Alleinerbe sei. Er habe selbst mehrmals angegeben, es gebe weitere erbberechtigte Cousinen und Cousins; die Ermittlungen des Beteiligten zu 2 seien noch nicht abgeschlossen.

8 Gegen den ihm am 15.7.2020 zugestellten Zurückweisungsbeschluss richtet sich der Beteiligte zu 1 mit seiner Beschwerde vom 11.8.2020. Er wendet ein, er habe sich in einem nach § 119 Abs. 1 BGB beachtlichen Irrtum über die Rechtsfolge seiner Erbenstellung befunden. Er sei aufgrund der Mitteilungen sowohl der Polizei, eines Arbeitspapiers der Kriminalpolizei und aufgrund der mit dem Nachlassgericht geführten Telefonate zu der Fehlvorstellung gelangt, als Erben treffe ihn eine Verpflichtung zur Mitwirkung an der Aufklärung der Todesursache des Erblassers. Er sei davon ausgegangen, sich nur durch eine Ausschlagung von dieser Pflicht und einer persönlichen Einbeziehung in das Ermittlungsverfahren entziehen zu können. Darüber hinaus habe er sich in einem nach § 119 Abs. 2 BGB beachtlichen Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Nachlasses, nämlich über die Zusammensetzung und die Überschuldung, befunden. Er habe die Warnung der Polizei, die Wohnung aufzusuchen, dahin verstanden, dass er für die Nachlassverbindlichkeiten haftbar gemacht werden könne. Aufgrund der Warnungen habe er davon abgesehen, die Wohnung selbst nochmals zu durchsuchen. Den Erblasser und auch dessen Eltern habe er, der Beteiligte zu 1, als bescheidene Menschen mit einfacher Lebensführung wahrgenommen. Deshalb habe er aus der Mitteilung der Polizei, in der Wohnung des Erblassers eine Vielzahl unbezahlter Rechnungen und Mahnungen gefunden zu haben, und der Mitteilung des Nachlassgerichts, dass die Bestattung des Erblassers aus öffentlichen Mitteln bezahlt worden sei, sowie aus dem Zustand der Wohnung des Erblassers nur den Schluss ziehen können, dass der Erblasser überschuldet gewesen sei. Im Übrigen bittet der Beteiligte zu 1 um Aussetzung des Erbscheinerteilungsverfahrens bis zum Abschluss der Erbenermittlung.

9 Das Nachlassgericht – die Rechtspflegerin – hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Düsseldorf mit weiterem Beschluss vom 18.8.2020 zur Entscheidung vorgelegt.

10 Der Beteiligte zu 2 hat mit Schriftsatz vom 23.9.2020 Bedenken an der Wirksamkeit schon der Ausschlagungserklärung geäußert, da es dem Normalfall entspreche, wenn der Beteiligte zu 1 vom Nachlassgericht bereits im ersten Telefonat am 18.9.2019 auch über die Existenz einer Ausschlagungsfrist informiert worden wäre. Zum Vorliegen eines Grundes für die Anfechtung der Ausschlagungserklärung hat der Beteiligte zu 2 auf die aktuelle Rechtsprechung des Senats zur Anfechtung einer nach behördlicher Empfehlung erfolgten Anfechtung verwiesen.

11 Der Beteiligte zu 1 hat mit Schriftsatz vom 9.10.2020 vertiefend zu dem Inhalt des mit dem zuständigen Polizeibeamten geführten Gesprächs sowie zu den vom Nachlassgericht telefonisch erhaltenen Informationen vorgetragen. Er könne jetzt nicht mehr angeben, ob er schon beim ersten Telefonat mit dem Nachlassgericht auch auf das Bestehen einer Ausschlagungsfrist hingewiesen worden sei. Er sei bei seiner Entscheidung, die Erbschaft auszuschlagen, davon ausgegangen, dass die polizeilichen und gerichtlichen Auskünfte zur Nachlassbeschaffenheit und die Belehrungen und Empfehlungen auf einer gesicherten Tatsachenbasis beruhen würden und dass die Nachlassüberschuldung nach entsprechender

Prüfung durch die Polizei und das Nachlassgericht festgestanden habe. Die Gesprächspartnerin beim Nachlassgericht habe ihn darauf hingewiesen, dass die – aus ihrer Sicht unumgängliche – Erbausschlagung nicht notwendigerweise in Düsseldorf erfolgen müsse. Erst daraufhin habe er den Termin für die am 8.11.2018 erklärte Erbausschlagung beim AG Solingen vereinbart.

(...)

13 II. Die Sache ist dem Senat infolge der vom Nachlassgericht mit weiterem Beschluss vom 18.8.2020 erklärten Nichtabhilfe zur Entscheidung angefallen, § 68 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 FamFG.

14 Das Rechtsmittel des Beteiligten zu 1 ist als befristete Beschwerde nach Maßgabe der §§ 58 ff. FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. In der Sache hat es in dem aus der hiesigen Beschlussformel ersichtlichen Umfang Erfolg. Der Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1 kann nicht mit der vom Nachlassgericht gegebenen Begründung zurückgewiesen werden.

15 Der Beteiligte zu 1 hat seine Ausschlagungserklärung vom 8.11.2018 wirksam angefochten. Entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts liegt nach dem Vorbringen des Beteiligten zu 1, er sei irrig von einer Überschuldung des Nachlasses ausgegangen, ein Anfechtungsgrund in der Form eines Eigenschaftsirrturns gemäß § 1954 Abs. 1 BGB i. V. m. § 119 Abs. 2 BGB vor.

16 Stützt sich die Anfechtung – wie hier – auf einen Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften einer Sache gemäß § 119 Abs. 2 BGB, ist als „Sache“ im Sinne dieser Vorschrift die Erbschaft anzusehen, das heißt der dem Erben angefallene Nachlass oder Nachlassteil. Insoweit ist nahezu einhellig anerkannt, dass die Überschuldung der Erbschaft eine verkehrswesentliche Eigenschaft darstellt, die zur Anfechtung berechtigen kann, indes nur, wenn der Irrtum bezüglich der Überschuldung auf falschen Vorstellungen hinsichtlich der Zusammensetzung des Nachlasses, also bezüglich des Bestandes an Aktiva und Passiva, beruht. Nach der Rechtsprechung des Senats ist nicht zur Anfechtung berechtigt, wer ohne nähere Kenntnis der Zusammensetzung des Nachlasses einer Fehlvorstellung über dessen Größe unterlag; mit anderen Worten kann sich derjenige nicht auf einen Anfechtungsgrund berufen, der nicht aufgrund einer Bewertung ihm bekannter oder zugänglicher Fakten zu dem Ergebnis gelangt war, die Erbschaft annehmen oder ausschlagen zu wollen, sondern seine Entscheidung auf spekulativer – bewusst ungesicherter – Grundlage getroffen hatte (Senat, FamRZ 2020, 1413; FGPrax 2019, 273; ZEV 2019, 263; ZEV 2016, 721; siehe auch MünchKomm-BGB/Leipold, 8. Aufl. 2002, § 1954 Rdnr. 12 ff. m. w. N.).

17 Im vorliegenden Fall zeigen der Akteninhalt und das Vorbringen des Beteiligten zu 1, dass er sich bemüht hat, Einzelheiten zum Nachlass des Erblassers in Erfahrung zu bringen, und dazu Auskünfte bei den mit der Sache befassten öffentlichen Stellen eingeholt hat. Er hat zum einen mit Beamten der Polizei Düsseldorf, die mit dem Todesermittlungsverfahren befasst war, Rücksprache gehalten und von dort Informationen über die in der Wohnung des Erblassers vorgefundene Situation erhalten. Zum anderen hat er Kontakt mit dem

Nachlassgericht aufgenommen und in zwei Telefonaten mit der zuständigen Rechtspflegerin, die auch den angefochtenen Beschluss erlassen hat, über die Frage der Annahme der Erbschaft bzw. der Ausschlagung gesprochen. Zum Inhalt der von ihm in Erfahrung gebrachten Einzelheiten hat der Beteiligte zu 1 bereits in seiner Anfechtungserklärung vom 18.3.2020 weiter vorgetragen, die Polizeibeamten hätten ihn davon in Kenntnis gesetzt, dass die Wohnung des Erblassers völlig vermüllt und verdreckt gewesen sei und eine Vielzahl offener Rechnungen bzw. Mahnungen gefunden worden wäre, Wertgegenstände habe es nicht gegeben. Vom Nachlassgericht sei er darüber informiert worden, dass die Bestattung des Erblassers mit öffentlichen Mitteln bezahlt worden sei. Überdies sei er vom Nachlassgericht darauf aufmerksam gemacht worden, dass er die Erbschaft auch vor dem AG Solingen (das für den Wohnsitz des Beteiligten zu 1 zuständige AG) ausschlagen könne.

18 Für den Beteiligten zu 1 bestand vor diesem Hintergrund kein Anlass für die Annahme, dass die erhaltenen Informationen möglicherweise nicht vollständig gewesen sein könnten und dass es werthaltige Nachlassaktiva geben könnte. Entgegen der Würdigung des Nachlassgerichts kann die Erklärung der Erbausschlagung auch nicht deshalb als auf spekulativer Grundlage erfolgt bewertet werden, weil der Beteiligte zu 1 davon abgesehen hat, die Wohnung des Erblassers in Augenschein zu nehmen. Vielmehr standen die dem Beteiligten zu 1 von Polizei und dem Nachlassgericht erteilten Informationen und sich das danach ergebende Bild eines überschuldeten Nachlasses im Einklang mit den dem Beteiligten zu 1 bekannten Lebensumständen des Erblassers. Dazu hat er im Beschwerdeverfahren ergänzend vorgetragen, den Erblasser, wie auch schon dessen Eltern, als bescheidenen Menschen mit einer einfachen Lebensführung wahrgenommen zu haben.

19 Ist aber der Beteiligte zu 1 aufgrund der von ihm in Erfahrung gebrachten Umstände und der aus seiner Sicht abschließend stattgefundenen Klärung der Vermögensverhältnisse, ohne dass sich ihm Anhaltspunkte für weitere taugliche Informationsquellen geboten haben, zu der Vorstellung gelangt, dass sich im Nachlass ausschließlich Verbindlichkeiten des Erblassers befinden, hat er sich bei Erklärung der Erbausschlagung nicht lediglich von einer Befürchtung leiten lassen, sondern von seiner Überzeugung von einer Überschuldung.

20 Dahingestellt bleiben kann demzufolge auch, ob der Beteiligte zu 1 (auch) aufgrund einer Empfehlung des Nachlassgerichts zu seiner Entscheidung über die Erklärung der Erbausschlagung gekommen ist. Entsprechendes führt er (erstmal) explizit in seiner Stellungnahme vom 9.10.2020 aus und trägt dazu vor, die Gesprächspartnerin beim Nachlassgericht habe ihn darauf hingewiesen, dass die – aus ihrer Sicht unumgängliche – Erbausschlagung nicht notwendigerweise in Düsseldorf erfolgen müsse, sondern auch an seinem Wohnsitz erklärt werden könne.

21 Die übrigen Voraussetzungen für eine wirksame Anfechtung der Erbausschlagung sind erfüllt: der Irrtum des Beteiligten zu 1 ist kausal für seine Entscheidung, die Erbschaft auszuschlagen, gewesen. Es besteht kein Zweifel, dass der Beteiligte zu 1 bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falls (§ 119 Abs. 1 und 2 BGB), die Ausschla-

gung nicht erklärt hätte. Die Anfechtung der Ausschlagung hat er auch fristgerecht (§ 1954 Abs. 1 und 2 BGB) erklärt, denn er ist am 21.2.2020 von einer Mitarbeiterin des Beteiligten zu 2 darüber informiert worden, dass sich ein nicht unerhebliches Vermögen im Nachlass befinde; am 20.3.2020 ist die notariell bekundete Anfechtungserklärung vom 18.3.2020 beim Nachlassgericht eingegangen.

22 Hat also bereits nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen die Anfechtung der Erbausschlagung Erfolg, kann es für das weitere Verfahren dahingestellt bleiben, ob überhaupt die Ausschlagung wirksam, nämlich fristgerecht, erklärt wurde; offen bleiben kann ferner, ob die Anfechtung der Ausschlagung auch wegen einer Fehlvorstellung des Beteiligten zu 1 über seine Stellung im Verfahren über die Ermittlung der Todesursache des Erblassers gerechtfertigt ist.

23 Der Senat verweist die Sache gemäß § 69 Abs. 1 Satz 2 FamFG an das Ausgangsgericht zurück. Dem in § 69 Abs. 1 Satz 2 FamFG genannten Fall, dass das Gericht des ersten Rechtszuges in der Sache noch nicht entschieden hat, ist es gleichzustellen, wenn die Hinzuziehung eines nach § 7 FamFG zu Beteiligten fehlerhaft unterblieben ist (vgl. Keidel/*Sterna*, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 69 Rdnr. 14 m. w. N.). Das ist hier der Fall, denn das Nachlassgericht hat es von vornherein unterlassen, den Beteiligten zu 3, den für die unbekannt Erben bestellten Verfahrenspfleger, zum hiesigen Erbscheinteilungsverfahren hinzuzuziehen. Dem Beteiligten zu 3 obliegt die Wahrnehmung der Belange der weiteren gesetzlichen Erben des Erblassers, die bislang noch nicht ermittelt worden sind, § 1913 Satz 1 BGB. Die Beteiligung der gesetzlichen Erben an Verfahren auf Erteilung eines Erbscheins ist in § 345 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 FamFG geregelt; die Beteiligung liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts, auf Antrag der gesetzlichen Erben müssen diese hinzugezogen werden, § 345 Abs. 1 Satz 3 FamFG. Der Antrag ist zu erfragen und dem Beteiligten zu 3, der für die ordnungsgemäße Erfüllung der ihm als Verfahrenspfleger übertragenen Aufgabe haftet, muss Gelegenheit zur Kenntnis- und Stellungnahme, auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht zum Aussetzungsantrag des Beteiligten zu 1, § 21 FamFG, gegeben werden.

24 III. Da der letztliche Erfolg des vorliegenden Rechtsmittels von der endgültigen Entscheidung über den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1 – dieser bislang gerichtet auf Erteilung eines Alleinerbscheins – abhängt, ist dem Nachlassgericht auch die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu übertragen.

25 Die Festsetzung des Geschäftswertes findet ihre Grundlage in § 61 Abs. 1 Satz 1, § 36 Abs. 1, § 40 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Satz 2 GNotKG. Den Nachlasswert zum Zeitpunkt des Erbfalls als maßgeblichem Stichtag entnimmt der Senat den Angaben des Beteiligten zu 2 im Schriftsatz vom 8.7.2019.

26 Anlass, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, § 70 Abs. 2 Satz 1 FamFG, besteht nicht.

11. Kriterien für das Vorliegen einer Leistung zur Auslösung des Beginns der Zehnjahresfrist des Pflichtteilergänzungsanspruchs

OLG Zweibrücken, Urteil vom 1.9.2020, 5 U 50/19

BGB §§ 2058, 2059 Abs. 2, §§ 2303, 2325 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 2, §§ 2328, 2329

LEITSÄTZE:

- Schuldner des Anspruchs aus § 2325 BGB sind die Erben, bei mehreren Erben damit die Erbengemeinschaft als Gesamtschuldner, hierbei steht auf dem Gläubiger-Miterben die Gesamtschuldklage nach § 2058 BGB neben der Gesamthandsklage nach § 2059 Abs. 2 BGB zu. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- Das der Erblasserin eingeräumte Wohnrecht steht der Annahme einer Leistung im Sinne des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB nicht entgegen, wenn das im Wohnungsrecht verankerte Ausschließungsrecht nur an Teilen der übergebenen Immobilie besteht. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- An dem Vorliegen einer Leistung im Sinne des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB fehlt es bei einem durch Vormerkung gesicherten Rückforderungsrecht nicht, wenn es sich um kein freies Rückforderungsrecht der Erblasserin handelt. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

- I. Der Kläger macht Pflichtteilergänzungsansprüche geltend.
- Der Beklagte ist der Sohn der am 9.12.2016 ohne Hinterlassung einer letztwilligen Verfügung verstorbenen Witwe A(...) M(...) S(...), geb. K(...). Diese hatte außerdem zwei Töchter: B(...) K(...), geb. S(...), sowie die im Jahr 2003 vorverstorbenen U(...) S(...), deren einziges Kind der Kläger ist.
- Die damals 77-jährige Erblasserin A(...) M(...) S(...) hatte dem Beklagten mit notariellem Übergabevertrag des Notars L(...) S(...) aus A(...) „JRNr. (...) /2004“ den im Grundbuch des AG Landau in der Pfalz für A(...) auf Blatt 673 eingetragenen Grundbesitz Flurstücke Nr. 2861 und 2862 übertragen, an dessen 1. Obergeschoss der Beklagte bereits seit dem Jahr 1985 ein unentgeltliches Wohnungs- und Mitbenutzungsrecht innehatte. Die Auffassung erfolgte am 15.9.2004 (...). Der Übergabevertrag enthält insbesondere unter Ziffer IV. folgende Bestimmungen:

„1. Wohnungs-, Benutzungs-, und Mitbenutzungsrecht“

Der Übergeber behält sich an den übertragenen Grundstücken(...) als beschränkte persönliche Dienstbarkeit auf Lebenszeit ein Wohnungs-, Benutzungs- und Mitbenutzungsrecht vor (...). Das Recht ist der Ausübung nach unentgeltlich. (...)

2. Rückübertragungsverpflichtung

Der Übergeber ist berechtigt, die Rückübertragung des Vertragsobjekts zu verlangen, wenn a) der Erwerber über

das Vertragsobjekt ganz oder teilweise ohne Zustimmung des Übergebers verfügt, insbesondere es veräußert oder belastet, wobei unter Belastung auch die Neuvaluierung von Grundschulden zu verstehen ist, oder b) über das Vermögen des Erwerbers ein Insolvenzverfahren eröffnet wird oder Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Erwerber in das Vertragsobjekt erfolgen, soweit diese nicht binnen drei Monaten wieder aufgehoben sind.

(...)

3. Sonstiges

Weitere Auflagen bzw. Gegenleistungen werden nicht vereinbart. Auch behält sich der Übergeber keine weiteren vertraglichen Rechte vor. Die Übertragung erfolgt im Übrigen unentgeltlich und schenkungsweise.

Hierzu merken die Beteiligten an, dass der Erwerber im Vorgriff auf die heutige Übertragung in der Vergangenheit bereits auf eigene Kosten umfangreiche Umbau- und Renovierungsarbeiten am Vertragsobjekt vorgenommen hat.

Der Erwerber hat sich den für ihn aus der Übertragung ergebenden Vermögensvorteil auf seinen Pflichtteil am Nachlass des Übergebers anrechnen zu lassen.

Darüber hinaus ist ein eventueller Vermögensvorteil nicht zur Anrechnung zu bringen.

(...).“

4 Zur Sicherung des Rückübertragungsanspruchs ist am 15.9.2004 eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen worden.

5 Der Nachlass ist noch ungeteilt, er besteht aus einem Aktivvermögen von 11.645 € und einem Passivbestand von 10.768,11 €.

6 Der Kläger ist der Auffassung, ihm stehe gegen den Beklagten ein Pflichtteilergänzungsanspruch zu. Bei der Grundstücksübertragung handele es sich um eine Schenkung. Die Ausschlussfrist des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB sei erst durch den Erbfall in Gang gesetzt worden, da aufgrund des vertraglich vorbehaltenen Rückforderungsrechts noch kein Leistungserfolg eingetreten sei. Die Erblasserin habe zudem ihre Rechtsstellung als Eigentümerin lediglich formal aufgegeben und dem Beklagten durch die vertragliche Gestaltung die Ausübung wesentlicher Eigentümerrechte untersagt. Der Verkehrswert der Immobilie habe zum Zeitpunkt des Erbfalls 390.000 €, zum Zeitpunkt der Übertragung auf den Kläger 350.000 € betragen. Hiervon sei der mit jährlich 3.000 € für zehn Jahre anzusetzende Reinwert des Wohnrechts abzuziehen. Der Nachlass sei daher um 320.000 € zu ergänzen, hieran sei er entsprechend seines Pflichtteils zu 1/6 zu beteiligen. Der Beklagte hat erstinstanzlich dem Kläger die gegenteilige Rechtsansicht entgegengehalten. Weiter hat er geltend gemacht, umfangreiche Umbau- und Renovierungsarbeiten am streitgegenständlichen Anwesen durchgeführt sowie die Erblasserin seit dem Jahr 2002 versorgt, gepflegt und ihr langjährige Dienste im Haushalt geleistet zu haben. Sowohl das zu seinen Gunsten bestehende Wohnrecht am 1. Obergeschoss als auch das der Erblasserin eingeräumte Wohnungsrecht würden den tatsächlichen Wert des Hausanwesens mindern,

der bereits ohne Belastung nicht mit 320.000 € beziffert werden könne. Der jährliche Kaltmietertrag betrage bezüglich des vorbehaltenen Wohnrechts mindestens 6.000 €. Hilfsweise macht der Beklagte wegen der vom Jahre 2002 an übernommenen Pflege der Erblasserin einen Ausgleichspflichtteil geltend, die ausgleichspflichtigen Einsparungen beliefen sich auf mindestens 100.000 €. Wegen der jahrelangen Dienste für Haushalt und Pflege sei schließlich zumindest eine Anstands- oder Pflichtschenkung an den Beklagten anzunehmen.

(...)

8 Das Erstgericht hat die Klage mit Urteil vom 26.3.2019 abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der im Hauptantrag verfolgte Pflichtteilsergänzungsanspruch nach § 2325 BGB könne nur im Rahmen der Erbauseinandersetzung geltend gemacht werden. Die mit dem Hilfsantrag verfolgte Pflichtteilsergänzung gemäß § 2329 BGB sei subsidiär und setze voraus, dass die Haftung nach § 2325 BGB – anders als hier – geklärt sei.

9 Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers, der sein erstinstanzliches Begehren weiterverfolgt. Er ist der Ansicht, dass die Geltendmachung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs nicht nur im Rahmen der Erbauseinandersetzung geltend gemacht werden könne.

10 Der Kläger beantragt,

1. das Urteil des LG Landau, 4 O 42/18, abzuändern,
2. den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 53.333,33 € nebst Zinsen i. H. v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit (19.2.2018) zu bezahlen.

hilfsweise,

3. den Beklagten zu verurteilen, die Zwangsvollstreckung in das Grundstück G(...), 7(...) A(...), eingetragen im Grundbuch des AG Landau/Pfalz für A(...), Blatt 673, FSt. Nr. 2861 und 2862 mit einer Größe von 850 m², zum Zwecke der Befriedigung des dem Kläger zustehenden Anspruchs i. H. v. 53.333,33 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit (28.5.2018) zu dulden.

4. dem Beklagten zu gestatten, die Zwangsvollstreckung nach Ziffer 3 durch Bezahlung des Betrages i. H. v. 53.333,33 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit (28.5.2018) abzuwenden.

11 Der Beklagte verteidigt die Feststellungen des erstinstanzlichen Urteils und beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Wegen weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im Berufungsverfahren wird auf die von den Parteien in der zweiten Instanz eingereichten Schriftsätze verwiesen.

12 II. Die zulässige Berufung ist in der Sache zurückzuweisen. Das Erstgericht hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Sowohl Hauptantrag als auch die Hilfsanträge sind abzuweisen.

13 I. Der Kläger macht im Hauptantrag einen Pflichtteilsergänzungsanspruch gemäß § 2325 Abs. 1 BGB geltend.

14 1. Der Kläger ist als Pflichtteilsberechtigter im Sinne des § 2303 BGB grundsätzlich Anspruchsinhaber des Anspruchs aus § 2325 Abs. 1 BGB. Hierfür ist nicht erforderlich, dass ihm tatsächlich ein Pflichtteilsanspruch zusteht, ein Ergänzungsanspruch steht auch dem Miterben zu (vgl. nur Palandt/*Weidlich*, 79. Aufl. 2020, § 2325 Rdnr. 4 m. w. N.).

15 2. Unschädlich ist auch, dass der Beklagte allein und nicht die Erbengemeinschaft oder alle übrigen Miterben verklagt worden sind. Schuldner des Anspruchs aus § 2325 BGB sind die Erben, bei mehreren Erben damit die Erbengemeinschaft als Gesamtschuldner, hierbei steht auch dem Gläubiger-Miterben die Gesamtschuldklage nach § 2058 BGB neben der Gesamthandsklage nach § 2059 Abs. 2 BGB zu (BGH, Urteil vom 10.2.1988, IVa ZR 227/86; juris OLG München, Urteil vom 12.6.2019, 21 U 1295/18, juris). Im Einzelfall mag sich zwar die Pflicht ergeben, zunächst aus der Gesamthandsklage vorzugehen (BeckOGK-BGB/*Rißmann/Szalai*, Stand: 1.7.2020, § 2046 Rdnr. 17 f.). Anhaltspunkte hierfür sind vorliegend jedoch nicht ersichtlich.

16 3. Mangels Entscheidungserheblichkeit kann dahinstehen, ob – wie die Kammer meint – ein Miterbe seinen Pflichtteilsergänzungsanspruch ausschließlich im Wege der Erbauseinandersetzung geltend machen kann (BGH, Urteil vom 8.2.2007, IX ZR 233/04, juris; a. A. *Schindler*, ErbR 2018, 185, Palandt/*Weidlich*, § 2325 Rdnr. 5). Ein Pflichtteilsergänzungsanspruch des Klägers scheitert vorliegend jedenfalls daran, dass die Grundstücksübergabe wegen Ablaufs der Zehnjahresfrist des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB unberücksichtigt bleibt. Bei der Grundbesitzübertragung in dem notariellen Übergabevertrag vom 9.9.2004 handelte es sich um eine Leistung im Sinne des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB. Die Zehnjahresfrist ist zum Zeitpunkt des Erbfalls bereits abgelaufen. Sie hat vorliegend bereits mit der Grundstücksübertragung im September 2004 zu laufen begonnen.

17 Das der Erblasserin eingeräumte Wohnrecht steht der Annahme einer Leistung nicht entgegen. Eine Leistung im Sinne von § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB liegt vor, wenn der Erblasser nicht nur seine Rechtsstellung als Eigentümer endgültig aufgibt, sondern auch darauf verzichtet, den verschenkten Gegenstand – sei es aufgrund vorbehaltenen dinglicher Rechte oder durch Vereinbarung schuldrechtlicher Ansprüche – im Wesentlichen weiterhin zu nutzen (BGH, Urteil vom 27.4.1994, IV ZR 132/93, juris). Ob auch ein vorbehaltenes Wohnungsrecht wie ein Nießbrauch den Fristbeginn des § 2325 Abs. 3 BGB hindern kann, lässt sich aber nicht abstrakt beantworten. Maßgebend sind vielmehr die Umstände des Einzelfalles, anhand derer beurteilt werden muss, ob der Erblasser den verschenkten Gegenstand auch nach Vertragsschluss noch im Wesentlichen weiterhin nutzen kann. Eine Schenkung gilt nicht als im Sinne von § 2325 Abs. 3 BGB geleistet, wenn der Erblasser den „Genuss“ des verschenkten Gegenstands nach der Schenkung nicht auch tatsächlich entbehren muss. Eine Leistung liegt vielmehr nur vor, wenn der Erblasser nicht nur seine Rechtsstellung als Eigentümer endgültig aufgibt, sondern auch darauf verzichtet, den Gegenstand im Wesentlichen weiterhin zu nutzen. Besteht das im Wohnungsrecht verankerte Ausschließungsrecht nur an Teilen der übergebenen Immobilie, so ist der Erblasser – anders als beim Vorbehalt des Nieß-

brauchs – mit Vollzug des Übergabevertrags nicht mehr als „Herr im Haus“ anzusehen. Entscheidend ist, dass dem Erblasser jedenfalls kein weitgehend alleiniges Nutzungsrecht unter Ausschluss des Übernehmers am Grundstück mehr zusteht (vgl. hierzu BGH, ZEV 2016, 445; ZEV 1994, 233). Unter Berücksichtigung der vorgenannten Grundsätze hindert der Vorbehalt des Wohnrechts durch die Erblasserin den Fristbeginn des § 2325 Abs. 3 BGB nicht. Vorliegend hat sich die Erblasserin ein ausschließliches Bewohnungs- und Benützungszugrecht an der Wohnung im Erdgeschoss sowie das Mitbenützungszugrecht an gemeinschaftlichen Anlagen und Einrichtungen vorbehalten. Die Wohnung im Obergeschoss stand dem Beklagten zur freien Verfügung (vgl. auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 15.1.2008, 12 U 124/07, juris Rdnr. 26; OLG Oldenburg, BeckRS 2007, 04318, beck-online; OLG Bremen, NJW 2005, 1726, beck-online).

18 An dem Vorliegen einer Leistung fehlt es auch nicht wegen des durch Vormerkung gesicherten Rückforderungsrechts. Zumindest dann, wenn es sich weder um ein freies Rückforderungsrecht handelt noch um ein solches, dessen Ausübung allein vom Willen des Erblassers abhängt, entbehrt dieser den „wesentlichen Genuss“ der übertragenen Immobilien, da er diese weder selbst insgesamt nach seinem Willen bewohnen noch daraus Mieteinnahmen erzielen kann (so im Ergebnis auch MünchKomm-BGB/Lange, 8. Aufl. 2020, § 2325 Rdnr. 75; Herrler, ZEV 2008, 525, beck-online; Diehn, DNotZ 2009, 67, beck-online; Burandt/Rojahn/Horn, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 2325 BGB Rdnr. 107-110; v. Proff, ZEV 2016, 681, beck-online; LG Kiel, NJW-RR 2018, 841, beck-online; LG München I, FD-ErbR 2009, 273831, beck-online). Handelt es sich um ein tatbestandlich eingeschränktes Rückforderungsrecht (enumeratives Rückerwerbsrecht) und hat der Schenker nur bei Bedingungseintritt Zugriff auf den verschenkten Gegenstand und liegen diese Bedingungen außerhalb des Einflussbereichs des Schenkers, hat der Schenker durch den Eigentumsübergang den Gegenstand aufgegeben, sodass eine Leistung anzunehmen ist (Burandt/Rojahn/Horn, Erbrecht, § 2325 BGB Rdnr. 107-110 m. w. N.). Die in IV. 2. des Übergabevertrages vereinbarte Rückübertragungsverpflichtung stellt kein freies Rückforderungsrecht der Erblasserin dar, sondern ein enumeratives, dessen Entstehen alleine von Umständen, die vom Schenker nicht zu beeinflussen sind, abhing.

19 Auf die beklagtenseits erhobenen Einreden (§§ 2328, 2059 BGB) kommt es damit für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht an.

20 II. Die für den Fall der Erfolglosigkeit des Hauptantrags gestellten Hilfsansprüche sind ebenfalls abzuweisen. Mangels Entscheidungserheblichkeit kann die konkrete rechtliche Ausgestaltung des Subsidiaritätsgrundsatzes („soweit der Erbe zur Ergänzung des Pflichtteils nicht verpflichtet ist“) des Anspruchs nach § 2329 BGB dahinstehen (zwingende vorherige Inanspruchnahme des Erben gemäß § 2325 BGB: Burandt/Rojahn/Horn, Erbrecht, § 2329 BGB Rdnr. 30; a. A. vorherige erfolglose Inanspruchnahme des Erben aus rechtlichen, nicht aus tatsächlichen Gründen: Palandt/Weidlich, § 2329 Rdnr. 2 m. w. N.). Auch soweit der Beklagte zur Verteidigung gegen die Hilfsanträge auf § 2326 Satz 2 BGB und auf § 2328 BGB verweist, kann die Berechtigung dieser Einwendungen dahin-

stehen. Jedenfalls steht einer erfolgreichen Geltendmachung der Hilfsanträge die zeitliche Grenze des § 2325 Abs. 3 BGB entgegen, die auch für den Anspruch gemäß § 2329 BGB (BGH, NJW 87,122) gilt.

21 C. Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus § 97 Abs. 1 ZPO und aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

22 Die Zulassung der Revision ist nicht veranlasst, § 543 Abs. 2 ZPO. Der Rechtsstreit hat keine grundsätzliche Bedeutung, denn es ist keine klärungsbedürftige Frage zu entscheiden, deren Auftreten in einer unbestimmten Anzahl der Fälle zu erwarten ist und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an einheitlicher Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt. Auch ist die Zulassung der Revision weder aus Gründen der Rechtsfortbildung noch der Rechtseinheit erforderlich. Weder gibt die hiesige Entscheidung Anlass, Leitsätze für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen aufzuzeigen oder Gesetzeslücken zu schließen noch lässt sie Rechtsunsicherheit wegen Divergenzen obergerichtlicher Rechtsprechung befürchten. Etwaige Divergenzen bei der Frage der Berücksichtigung eines vorbehaltenen Wohnrechts im 5 U 50/19 – S. 8 – Rahmen des Fristbeginns des § 2325 Abs. 3 BGB zu anderen obergerichtlichen Entscheidungen (vgl. etwa OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.4.2008, 7 U 70/07, juris) sind durch die zeitlich danach ergangene Entscheidung des BGH (ZEV 2016, 445) bereits rechtsvereinheitlichend geklärt. Insoweit ist festgestellt, dass die Frage des Beginns der Zehnjahresfrist des § 2325 Abs. 3 BGB sich nicht abstrakt beantworten lässt, sondern vielmehr die Umstände des Einzelfalls maßgebend sind. Vorliegend sind lediglich konkrete Einzelfragen des Sachverhaltes zum Fristbeginn der Zehnjahresfrist nach § 2325 Abs. 3 BGB zu erwägen gewesen.

ANMERKUNG:

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

Die Entscheidung des OLG Zweibrücken beschäftigt sich mit der umstrittenen Frage, ob und inwieweit ein vorbehaltenes Wohnungsrecht an einer übertragenen Immobilie wie beim Nießbrauch einen „Genussverzicht“ darstellt, welcher das Anlaufen der Zehnjahresfrist nach § 2325 Abs. 3 BGB verhindert.

1. Fristenlaufhemmung als Ausnahmefall

In Anlehnung an Stimmen zum Quotennießbrauch¹ schien in der Vergangenheit die 50%-Grenze bezogen auf den Nutzungsumfang in der obergerichtlichen Rechtsprechung eine erste Groborientierung zu bieten.² Andere hielten wegen der Beschränkung des Wohnungsrechts auf die Eigennutzung (§ 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB) den Rückbehalt generell für unschädlich.³

Nach dem BGH kommt eine Fristenlaufhemmung bei einem Wohnungsrecht aber nur in Ausnahmefällen bei einem weit-

1 Siehe BeckOK-BGB/Müller-Engels, Stand: 1.5.2021, § 2325 Rdnr. 51 m. N.

2 Siehe den Überblick bei BeckOGK-BGB/Schindler, Stand: 1.4.2021, § 2325 Rdnr. 285 ff.

3 Herrler, ZEV 2008, 461, 463.

gehend alleinigen Nutzungsrecht in Betracht, was eine Einzelfallbetrachtung erfordert.⁴ Im Fall des BGH lehnte dieser eine Fristenlaufhemmung ab, weil der Erblasser und seine Ehefrau sich ein Wohnungsrecht nicht an dem gesamten übergebenen Haus, welches aus drei Etagen (Erd-, Ober- und Dachgeschoss) bestand, vorbehalten hatten, sondern nur an den Räumlichkeiten im Erdgeschoss verbunden mit der zusätzlichen Mitbenutzung des Gartens, der Nebenräume sowie aller Leitungen und Anlagen zur Versorgung des Anwesens einschließlich der Nutzung der Garage. Bestehe das im Wohnungsrecht verankerte Ausschließungsrecht nur an Teilen der übergebenen Immobilie, so sei der Erblasser – anders als beim Vorbehalt des Nießbrauchs – mit Vollzug des Übergabevertrages nicht mehr als „Herr im Haus“ anzusehen. Eine weitergehende, rein faktische Nutzung (im konkreten Fall Bad im Obergeschoss und zwei Zimmer im Obergeschoss) sei in diesem Zusammenhang rechtlich unerheblich. Auch weiteren dem Erwerber auferlegten Beschränkungen (Verbot der Veräußerung und baulichen Veränderung ohne Zustimmung des Schenkens, Befugnis zur Bestellung von Grundpfandrechten im Rang vor dem Wohnungsrecht) hat der BGH kein entscheidendes Gewicht beigemessen.⁵

Das OLG Zweibrücken lehnt im Ausgangsfall ebenfalls den Pflichtteilergänzungsanspruch des Klägers wegen Ablaufs der Zehnjahresfrist des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB ab, da diese bereits im Jahr 2004 zu laufen begonnen hat. Auch hier stellt das OLG Zweibrücken auf die Umstände des Einzelfalles ab, anhand derer beurteilt werden muss, ob der Erblasser den verschenkten Gegenstand nach Vertragsschluss noch im Wesentlichen weiterhin nutzen kann. Für das OLG Zweibrücken ist dabei entscheidend, dass sich der Erblasser nur ein ausschließliches Bewohnungs- und Benutzungsrecht an der Wohnung im Erdgeschoss sowie das Mitbenutzungsrecht an gemeinschaftlichen Anlagen und Einrichtungen vorbehalten hatte und dem Beschenkten die Wohnung im Obergeschoss zur freien Verfügung zustand. Insoweit war der Erblasser – anders als beim Vorbehalt des Nießbrauchs – mit Vollzug des Übergabevertrages nicht mehr als „Herr im Haus“ anzusehen. Für das Gericht ist entscheidend, dass dem Erblasser ein Ausschließungsrecht nur an Teilen der übergebenen Immobilie nicht jedoch ein weitgehend alleiniges Nutzungsrecht unter Ausschluss des beschenkten Übernehmers an der Immobilie mehr zustand.

2. Kriterien für das Hindern des Fristenlaufs

Unklar ist nach der Entscheidung des BGH und des OLG Zweibrücken nach wie vor, unter welchen Voraussetzungen die Hemmung des Fristenlaufs zu bejahen ist. Die 50%-Grenze bezogen auf den Nutzungsumfang, welche im BGH-Fall unterschritten war, dürfte wohl kein ausschlagge-

bendes Kriterium sein.⁶ Kritischer erscheinen bei der erforderlichen Einzelfallbetrachtung diejenigen Fälle, in denen der Wohnungsberechtigte in Abweichung von § 1092 Abs. 2 Satz 1 BGB die Nutzung Dritten überlassen kann. Es ist allerdings nicht anzunehmen, dass ein Fristenlauf allein deshalb zu bejahen ist, weil das Wohnungsrecht sich entsprechend dem gesetzlichen Normalfall auf eine Eigennutzung beschränkt,⁷ da der BGH in seiner Entscheidung mehrere Kriterien für die Begründung seines Ergebnisses heranzieht.⁸ Auch das OLG Zweibrücken stellt auf diesen Aspekt nicht ab. Ist der Vorbehalt nicht dinglich, sondern nur schuldrechtlich vereinbart, dürfte sich hieraus ebenfalls kein Unterschied ergeben, während rein faktisch ohne Rechtsanspruch ausgeübte Zusatznutzungen sich als unschädlich erweisen.⁹ Eine nicht sachgerechte Beschränkung von Wohnungsrechtsvorbehalten auf einzelne Räume innerhalb einer Wohnung könnten nach *Litzenburger* allerdings unter dem Gesichtspunkt der Umgehung (§ 242 BGB) Probleme bereiten, vor allem dann wenn sie mit einer faktisch geduldeten Nutzung der Resträume in der Wohnung verbunden ist.¹⁰

Überwiegend wird davon ausgegangen, dass ein umfassender Wohnungsrechtsvorbehalt an allen Räumen eines Hausgrundstücks oder an einem Wohnungseigentum zu einem Leistungsvollzugshindernis im Sinne des § 2325 Abs. 3 BGB führt.¹¹ Nicht endgültig geklärt ist die Rechtslage dagegen, wenn sich der Wohnungsrechtsvorbehalt auf eine von zwei oder mehreren Wohnungen, etwa eine Einliegerwohnung in einem Zweifamilienhaus, bezieht. Die Beschränkung der Nutzung auf nur eine Wohnung war für das OLG Zweibrücken wohl das ausschlaggebende Kriterium, um einen Fristenlauf zu bejahen, wobei über das Größenverhältnis der beiden Wohnungen der mitgeteilte Sachverhalt nichts aussagt.

Es erscheint allerdings fragwürdig und wenig überzeugend, bei Rückbehalt der Komplettnutzung an einer Eigentumswohnung eine Fristenlaufhemmung zu bejahen und sie bei dem Wohnungsrechtsvorbehalt einer in sich abgeschlossenen Wohnung in einem übergebenen Wohnhaus, welches aus mehreren Wohnungen besteht, zu verneinen. Betont man wie der BGH zum Beispiel in Ehegattenfällen die Schutzfunktion des § 2325 BGB,¹² so darf es unter Schutz-

4 BGH, Urteil vom 29.6.2016, IV ZR 474/15, NJW 2016, 2957, 2959, MittBayNot 2017, 408.

5 Siehe *Bernaer*, MittBayNot 2017, 408, 411.

6 So auch *Gockel*, ErbR 2016, 572, 575; BeckOGK-BGB/*Schindler*, § 2325 Rdnr. 285; *Herrler*, Hereditare – Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht, Bd. 10 (2020), 88, 112.

7 So *Herrler*, ZEV 2008, 461, 463.

8 Siehe *Bernaer*, MittBayNot 2017, 408, 411; *Gockel*, ErbR 2016, 572, 575; BeckOGK-BGB/*Schindler*, § 2325 Rdnr. 285.

9 *Grziwotz*, FamRZ 2016, 1455, 1456; v. *Proff*, ZEV 2016, 681, 684.

10 So *Litzenburger*, FD-ErbR 2016, 379964.

11 Siehe *Bernaer*, MittBayNot 2017, 408, 411; *Litzenburger*, FD-ErbR 2016, 379964; v. *Proff*, ZEV 2016, 681, 684; so auch OLG München, Urteil vom 25.6.2008, 20 U 2205/08, ZEV 2008, 480.

12 BGH, Urteil vom 27.11.1991, IV ZR 164/90, NJW 1992, 564; Urteil vom 3.6.2020, IV ZR 16/19, NJW 2020, 2396; siehe auch MünchKomm-BGB/*Lange*, 8. Aufl. 2020, § 2325 Rdnr. 24.

aspekten eigentlich keinen Unterschied machen, ob zum Beispiel bei einer möglichen Aufteilung eines Hauses in Wohnungseigentum diese durch den Eigentümer vorgenommen oder, aus welchen Gründen auch immer, unterlassen wurde oder ob einzelne Wohneinheiten getrennt oder im Block mit anderen Wohneinheiten übertragen werden oder ob diese Wohneinheiten einer oder mehreren Personen gehören. Für den Umfang der Nutzung und den „Wohngenuss“ des Wohnungsberechtigten macht dies keinen Unterschied. Denn in Bezug auf die vom Wohnungsrecht erfasste Wohnung bleibt der Schenker noch sein eigener Herr. Insofern dürfte dann nicht darauf abgestellt werden, ob der Schenker noch als „Herr im Haus“ anzusehen ist, sondern, ob er noch „Herr einer als eigenständig anzusehenden Wohneinheit“ ist. In solchen Fällen verschafft das Wohnungsrecht dem Schenker eine Rechtsposition, die einem unbeschränkten Nießbrauch an einer Eigentumswohnung vergleichbar ist. Es bietet sich daher die bisher nur vereinzelt befürwortete Lösung eines gespaltenen Fristenlaufs an, sodass die Frist nur für den nicht mit dem Wohnungsrecht belasteten Teil anläuft.¹³ Anders ist dies dagegen zu sehen, wenn es an der Abgeschlossenheit einer Wohnung fehlt, so zum Beispiel bei älteren Häusern, wo der Zugang zum Obergeschoss nur über den Flur der vom Wohnungsrecht erfassten Erdgeschossräume führt. Hier kann nicht mehr von einem ungestörten Wohnen des Schenkers ausgegangen werden.¹⁴ Inwieweit eine derartige Konstellation im BGH-Fall gegeben war, ist aus dem Sachverhalt der Entscheidung nicht klar erkennbar. Da der Schenker dort das Bad im Obergeschoss und zwei weitere Räume faktisch mitnutzte, könnte es eventuell an einer Abgeschlossenheit der vom Wohnungsrecht erfassten Etage gefehlt haben. Der Sachverhalt des OLG Zweibrücken, deutet dagegen eher darauf hin, dass sich hier ein Wohnungsrecht an einer in sich abgeschlossenen Wohnung vorbehalten wurde.

3. Auswirkungen eines Rückforderungsrechts

An dem Vorliegen einer Leistung fehlt es nach dem OLG Zweibrücken auch nicht wegen eines zugunsten des Schenkers vereinbarten und durch eine Vormerkung gesicherten Rückforderungsrechts. Das OLG Düsseldorf hat in einem früheren Urteil¹⁵ entschieden, dass ebenfalls keine Leistung im Sinne des § 2325 Abs. 3 BGB vorliegt, sofern ein durch Vormerkung gesichertes Rückforderungsrecht besteht. Das OLG Zweibrücken lehnt dies ab und folgt insoweit den überwiegenden Stimmen in der Literatur für die Fälle, in denen nur ein eingeschränktes Rückforderungsrecht vereinbart wurde. Die in Ziffer IV. 2. des Übergabevertrages vereinbarte Rückübertragungsverpflichtung stellte kein freies sondern ein enumeratives Rückforderungsrecht des Erblassers dar, dessen Entstehen alleine von Umständen, die vom Schenker nicht zu beeinflussen waren, abhing. Liegen die Rückfor-

derungsereignisse außerhalb des Einflussbereichs des Schenkers, hat der Schenker durch sein eingeschränktes, nur seiner Absicherung dienendes Zugriffsrecht sein Geschenk durch den Eigentumsübergang aufgegeben. Der Schenker entbehrt in solchen Fällen den „wesentlichen Genuss“ der übertragenen Immobilie, da er diese weder selbst nach seinem Willen bewohnen noch daraus Mietentnahmen erzielen kann.¹⁶ Auch der BGH hat einer nicht durch eine Rückkaufsvormerkung abgesicherten Vereinbarung, wonach der übernehmende Sohn das übertragene Grundstück zu Lebzeiten der Eltern weder veräußern noch darauf ohne ihre Zustimmung Um- oder Ausbaumaßnahmen vornehmen durfte, keine Bedeutung für den Fristenlauf beigemessen. Grundsätzlich können daher vorbehaltene Rückforderungsrechte den Fristenlauf nicht hindern, es sei denn der Erblasser ist zum freien Widerruf seiner Schenkung berechtigt bzw. sie stehen ihm unter einer reinen Wollensbedingung zu.¹⁷

4. Schlussbetrachtung

Die Diskussion um den Fristenlauf bei einem vorbehaltenen Wohnungsrecht wird derzeit überwiegend nach dem Prinzip „Alles oder Nichts“ geführt. Ebenso wenig wie die Bejahung des Fristenlaufs in den Fällen überzeugt, in denen der Schenker noch „Herr einer als eigenständig anzusehenden Wohneinheit“ ist, überzeugt auch nicht der umgekehrte Fall einer kompletten Verneinung des Fristenlaufs, wenn vom Wohnungsrecht des Schenkers der überwiegende Teil erfasst ist und nur ein kleinerer Teil (zum Beispiel eine Einliegerwohnung oder eine von mehreren Wohneinheiten) der freien Nutzung des Beschenkten unterliegt. Das „Alles oder Nichts“-Prinzip führt letztendlich auch dazu, dass sich das Ergebnis durch eine passende Zerlegung oder Nichtzerlegung in rechtlich selbstständige Zuwendungsgegenstände, zum Beispiel durch Aufteilung oder Nichtaufteilung in Wohnungseigentum, formal steuern lässt.¹⁸ Dies erscheint unter Wertungsgesichtspunkten fragwürdig. Allerdings sind bisher auch vom BGH die Kriterien oder bestimmte Prozentsätze für den Fristenlauf oder dessen Hemmung noch nicht abschließend benannt worden. Die weitere Rechtsentwicklung bleibt daher abzuwarten und ist nach wie vor als unsicher zu betrachten.¹⁹

13 Siehe *Reiff*, NJW 1995, 1136, 1137; Palandt/*Weidlich*, 80. Aufl. 2021, § 2325 Rdnr. 27; BeckOGK-BGB/*Schindler*, § 2325 Rdnr. 285; ausdrücklich abl. MünchKomm-BGB/*Lange*, 5. Aufl. 2010, § 2325 Rdnr. 62.

14 Siehe *v. Proff*, ZEV 2016, 681, 684.

15 OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.4.2008, I-7 U 70/07, ZEV 2008, 525.

16 Siehe *Herrler*, ZEV 2008, 526 f.; *Diehn*, DNotZ 2009, 68 ff. Siehe jetzt auch BGH, Urteil vom 28.9.2016, IV ZR 513/15, NJW 2017, 329, 330.

17 Siehe *Diehn*, DNotZ 2009, 68, 70; *v. Proff*, ZEV 2016, 681, 684; MünchKomm-BGB/*Lange*, § 2325 Rdnr. 75.

18 Siehe *Weber*, ZEV 2017, 252, 254; BeckOK-BGB/*Müller-Engels*, § 2325 Rdnr. 54; *Herrler*, Hereditare Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht, Bd. 10, 88, 113.

19 Siehe *Grziwotz*, FamRZ 2016, 1455 f.; *Litzenburger*, FD-ErbR 2016, 379964; BeckOK-BGB/*Müller-Engels*, § 2325 Rdnr. 54; MünchKomm-BGB/*Lange*, § 2325 Rdnr. 74.

12. Erbrecht des überlebenden Ehegatten gemäß § 1933 BGB (hier: fehlende Voraussetzungen der Scheidung)

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.10.2019, I-3 Wx 182/19

BGB §§ 1565, 1566, 1933

LEITSÄTZE:

- 1. Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten ist nicht gemäß § 1933 BGB ausgeschlossen, wenn im Zeitpunkt des Todes des Erblassers, der die Scheidung beantragt hatte, nicht mit hinreichender Sicherheit zu erwarten war, er und seine Ehefrau würden die eheliche Lebensgemeinschaft endgültig nicht wiederherstellen (hier: fehlende endgültige Distanzierung von der Ehe mit Blick auf die Pflege vonseiten der Ehefrau und deren Annahme durch den Erblasser).**
- 2. Ein Ausschluss des Erbrechts gemäß § 1933 BGB ist vielmehr nur dann gerechtfertigt, wenn nicht erwartet werden kann, dass die Ehegatten ihre eheliche Lebensgemeinschaft wiederherstellen (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte zu 1 ist die Ehefrau des Erblassers, die Beteiligten zu 2 bis 4 sind die gemeinsamen Kinder.

2 Der Erblasser hat nicht testiert.

3 Er und die Beteiligte zu 1 trennten sich im Mai 2016, Ende 2017 beantragte der Erblasser die Scheidung.

4 Im Februar 2018 ließ die Beteiligte zu 1 über ihre Rechtsanwältin dem Rechtsanwalt des Erblassers folgendes mitteilen:

„Es ist in den letzten 22 Monaten fast alles zerstört worden, was eine Familie ausmacht. Unsere Kinder leiden sehr, sie sind enttäuscht und vieles erscheint aussichtslos.

Unsere Familie hat in der Vergangenheit schon sehr oft schwierige Situationen gemeistert. Gründe für eine Scheidung gab es schon vor genau 20 Jahren und später immer wieder, aber wir haben es geschafft und sind zusammen geblieben.

Vielleicht können wir uns noch einmal eine Chance geben, indem wir trotz räumlicher Trennung in Kontakt bleiben und uns bei Bedarf gegenseitig unterstützen.

Ein Zusammenleben – auch in getrennten Wohnungen innerhalb des Hauses – kommt für mich aufgrund der Vorfälle in der Vergangenheit zur Zeit nicht in Betracht.

Für meinen Ehemann fühle ich mich weiterhin verantwortlich, speziell im Hinblick auf seine Krankheit. Es ist mir auch sehr wichtig zu betonen, dass ich mich nicht scheiden lassen wollte, weil ich aus tiefster Überzeugung unsere Ehe eingegangen war – bis der Tod sie scheidet.

Ich wünsche mir, dass uns die Krankheit meines Ehemannes nicht zu Fremden machen wird.“

5 Als der Erblasser – kurz vor seinem Tod – einen Schlaganfall erlitt, kehrte die Beteiligte zu 1 von ihrer pflegebedürftigen Mutter in P zurück und kümmerte sich um dessen Pflege. Sie verbrachte nach dem Vortrag der Beteiligten zu 2 und 3, dem die Beteiligte zu 4 nicht entgegengetreten ist, die letzten beiden Wochen seines Lebens mit dem Erblasser.

6 Die Beteiligte zu 1 hat mit notarieller Urkunde vom 31.1.2019 einen Erbschein nach dem Erblasser gestützt auf gesetzliche Erbfolge beantragt, wonach sie selbst zu 1/2 und die drei gemeinsamen Kinder zu je 1/6 den Erblasser beerbt haben.

7 Das Nachlassgericht hat diesen Antrag zunächst mit Beschluss vom 22.2.2019 zurückgewiesen. Das Ehegatten-erbrecht der Beteiligten zu 1 sei gemäß § 1933 BGB ausgeschlossen, weil im Zeitpunkt des Todes des Erblassers die Voraussetzungen für eine Scheidung der Ehe mit der Beteiligten zu 1 gegeben gewesen seien.

8 Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 1 hat das Nachlassgericht den Prozessbevollmächtigten des Erblassers im Scheidungsverfahren um eine schriftliche Zeugenaussage gebeten, in der er u. a. bekundet hat, es sei schließlich am 21.11.2018 zu einem persönlichen Gespräch zwischen den Prozessbevollmächtigten und dem Erblasser aber ohne die Beteiligte zu 1 gekommen. Man sei letztlich so verblieben, dass nur kleine Schritte aufeinander zu möglich waren. Man habe zunächst vereinbart, dass eine Hausbegehung der Ehefrau des Erblassers in Begleitung der Bevollmächtigten nach vorheriger Terminabsprache erfolgen solle. Dazu sei es dann aber nicht mehr gekommen.

9 Mit dem angefochtenen Beschluss vom 4.7.2019 hat das Nachlassgericht sodann der Beschwerde der Beteiligten zu 1 abgeholfen und die zur Begründung des Antrages der Beteiligten zu 1 erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet.

10 Gegen diesen Beschluss wendet sich die Beteiligte zu 4 mit ihrer Beschwerde. Sie macht geltend, es habe nach Zustimmung des Scheidungsantrages zwar Verhandlungen gegeben. Diese hätten jedoch nur eine mögliche wirtschaftliche Gesamtauseinandersetzung zum Gegenstand gehabt. Nur unter dieser Voraussetzung und wenn man zu einer für ihn angepassten Pflegesituation gelangen könne, habe der Erblasser über die Rücknahme des Scheidungsantrages nachdenken wollen. In Ermangelung jeglicher Einigung auch nur über kleinste Streitpunkte seien die Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe am Todestag des Erblassers gegeben gewesen.

11 Mit weiterem Beschluss vom 9.9.2019 hat das AG der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Düsseldorf zur Entscheidung vorgelegt.

(...)

13 II. Das Rechtsmittel der Beteiligten zu 4 ist gemäß § 58 Abs. 1 i. V. m. § 352 Abs. 1 Satz 1, § 59 Abs. 1 und 2, § 61 Abs. 1, § 63 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1, § 64 Abs. 1 und 2 FamFG als befristete Beschwerde zulässig und nach der vom Nachlassgericht ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe dem Senat zur Entscheidung angefallen (§ 68 Abs. 1 Satz 1 2. Hs. FamFG). In der Sache jedoch bleibt es ohne Erfolg.

14 Die Beschwerde wäre nur dann begründet, wenn das Ehegattenerbrecht der Beteiligten zu 1 ausgeschlossen wäre. Denkbar ist hier lediglich ein Ausschluss des Ehegattenerbrechts gemäß § 1933 BGB. Danach ist das Erbrecht des überlebenden Ehegatten ausgeschlossen, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers die Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe gegeben waren und der Erblasser die Scheidung beantragt hatte. Zwar hatte der Erblasser die Scheidung beantragt, allerdings kann nicht festgestellt werden, dass bei seinem Tod die Voraussetzungen der Scheidung gegeben waren.

15 Das beurteilt sich nach § 1565 BGB. Nach dessen Abs. 1 Satz 1 kann eine Ehe geschieden werden, wenn sie gescheitert ist. Nach Satz 2 der Vorschrift ist die Ehe dann gescheitert, wenn die Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht und nicht erwartet werden kann, dass die Ehegatten sie wiederherstellen.

16 Zwar bestand die Lebensgemeinschaft zwischen dem Erblasser und der Beteiligten zu 1 seit deren Trennung im Jahre 2016 nicht mehr. Jedoch ist nach der Überzeugung des Senates die Prognose nicht gerechtfertigt, die Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft sei nicht zu erwarten gewesen.

17 Da die Vermutungen des § 1566 BGB – einjährige Trennung und beiderseitiger Scheidungsantrag bzw. Zustimmung des Antragsgegners; dreijährige Trennung – nicht eingreifen, hat der Tatrichter die Frage (es könne nicht erwartet werden, dass die Ehegatten ihre eheliche Lebensgemeinschaft wiederherstellen) prognostisch unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls zu entscheiden (BeckOGK-BGB/Unger/Hartmann/Franzius, Stand: 1.8.2019, § 1565 Rdnr. 74).

18 Hier war nach Überzeugung des Senates im Zeitpunkt des Todes des Erblassers nicht mit hinreichender Sicherheit zu erwarten, er und die Beteiligte zu 1 würden die eheliche Lebensgemeinschaft endgültig nicht wiederherstellen.

19 Die Beteiligte zu 1 hatte schon in ihrem Schreiben vom Februar 2018 ausdrücklich darum gebeten, die Eheleute sollten sich noch einmal eine Chance geben, indem sie trotz räumlicher Trennung in Kontakt blieben und sich bei Bedarf gegenseitig unterstützten. Nach dem Schlaganfall des Erblassers ist sie sofort von ihrer pflegebedürftigen Mutter in P zurückgekehrt, um sich um den Erblasser zu kümmern, was sie – unwiderlegt – in den letzten Wochen seines Lebens bis zu seinem Tode getan hat. Damit haben beide Ehepartner durch ihr Verhalten, die Beteiligte zu 1 durch ihre Pflege, der Erblasser durch deren Annahme, zu erkennen gegeben, dass sie sich nicht endgültig von ihrer Ehe distanziert hatten.

20 III. Die Kostenentscheidung für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 84 FamFG.

21 Die Wertfestsetzung für das Beschwerdeverfahren findet ihre Grundlage in § 61 Abs. 1, § 40 Abs. 1 Nr. 2 GNotKG und bestimmt sich nach dem von der Beteiligten zu 4 mit ihrer Beschwerde verfolgten Ziel, die die Erhöhung ihres Erbteils um ein weiteres Sechstel zu erreichen.

13. Nichtbestehen eines Pflichtteilergänzungsanspruches bei Zustimmung des Pflichtteilsberechtigten zur Schenkung

LG Deggendorf, Endurteil vom 19.9.2019, 32 O 779/18

BGB §§ 242, 397, 1375 Abs. 3, §§ 1922, 2325 Abs. 1, § 2325 Abs. 3 Satz 1, § 2329 Abs. 1 Satz 2, § 2330 ZPO §§ 286, 448

LEITSÄTZE:

- 1. Verzichtet der Erbe nicht bereits vor dem Tod auf sein Pflichtteilsrecht, sondern erst nach dem Ableben des Erblassers auf den Pflichtteil bzw. den Pflichtteilergänzungsanspruch, so ist dieser „Verzicht“ in rechtlicher Hinsicht als Erlassvertrag gemäß § 397 BGB einzuordnen. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 2. Der Abschluss eines solchen Erlassvertrages ist auch formlos möglich, wobei an einen solchen Erlassvertrages nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung strenge Anforderungen zu stellen sind. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 3. Der Ausgleich einer Schenkung im Rahmen des Pflichtteilergänzungsanspruches ist aufgrund der analogen Anwendung des § 1375 Abs. 3 BGB ausgeschlossen, wenn die Schenkung des Erblassers mit Zustimmung des Pflichtteilergänzungsberechtigten erfolgte. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 4. Soweit der Pflichtteilsberechtigte der Schenkung zugestimmt hat, ist die Geltendmachung eines Pflichtteilergänzungsanspruches auch wegen widersprüchlichen Verhaltens unzulässig. (Leitsatz der Schriftleitung)**

SACHVERHALT:

1 Die Klägerin macht als (Mit-)Erbin ihres verstorbenen Vaters einen zum Nachlass gehörenden Pflichtteilergänzungsanspruch geltend. Hilfsweise, für den Fall und im Umfang der Zusprechung dieses Pflichtteilergänzungsanspruches, macht die Klägerin einen Rückzahlungsanspruch infolge Darlehensgewährung geltend.

2 Die Klägerin und die Beklagte sind Halbschwestern. Sie sind die Töchter des am x.12.1927 geborenen und am x.12.2016 verstorbenen F. Der gemeinsame Vater der Parteien war in zweiter Ehe mit der am x.1.1943 geborenen M, der Mutter der Beklagten, verheiratet. Die Eheleute lebten im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft.

3 Der gemeinsame Vater der Parteien war Alleineigentümer des Grundstücks mit der FINr. 2849/3 der Gemarkung Mü. Dieses Grundstück übertrug er der Klägerin mit notarieller Überlassungsurkunde vom 12.2.2003 (...) unentgeltlich, ohne dass seine zweite Ehefrau hiervon Kenntnis hatte.

4 Die Mutter der Beklagten, M, war Alleineigentümerin des Grundstücks mit der FINr. 91 der Gemarkung Me. Dieses Grundstück übertrug die Mutter der Beklagten ihrer Tochter mit Zustimmung ihres Ehemanns mit notarieller Überlassungsurkunde vom 30.12.2014 zum Alleineigentum. Auf dem vorbezeichneten Grundstück befanden sich zum Zeitpunkt der Überlassung ein Einfamilienhaus, ein Bungalow mit Einliegerwohnung und Schwimmbad sowie ein im Rohbau befindliches Einfamilienhaus. Die Beklagte bestellte ihren Eltern im Gegenzug ein lebenslanges Wohnungsrecht an dem auf dem Grund-

stück befindlichen Bungalow. Ferner behielt sich die Mutter der Beklagten ein lebenslanges unentgeltliches Nießbrauchsrecht an dem ebenfalls auf dem Grundstück befindlichen und vermieteten Einfamilienhaus vor. (...)

5 Die Mutter der Beklagten verstarb am x.11.2015. Der gemeinsame Vater der Parteien wurde aufgrund notariellen Testaments vom 28.1.1975 (...) Alleinerbe. Ein nennenswerter Nachlass war zum Zeitpunkt des Erbfalls jedoch nicht vorhanden.

6 Am x.12.2016 verstarb schließlich der gemeinsame Vater der Parteien. Die Klägerin und die Beklagte beerbten ihren gemeinsamen Vater zu je $\frac{1}{2}$ aufgrund gesetzlicher Erbfolge.

7 Die Klägerin meint, dem gemeinsamen Vater habe infolge des Vorversterbens der Mutter der Beklagten und der vorbezeichneten Schenkung ein Pflichtteilergänzungsanspruch zugestanden. Diesen macht die Klägerin nunmehr zugunsten der aus der Beklagten und ihr selbst bestehenden Erbengemeinschaft geltend.

8 Die Klägerin beantragt zuletzt:

1. Die Beklagte wird dazu verurteilt, die Zwangsvollstreckung zugunsten der Erbengemeinschaft nach F, verstorben am 6.12.2016, in Höhe eines Betrages von 68.400 € zzgl. einer Verzinsung von 5 % p. a. über dem Basiszinssatz ab dem 27.10.2017 in ihr Grundstück Fl. Nr. 91 der Gemarkung Me, zu dulden, wobei es ihr vorbehalten bleibt, die Zwangsvollstreckung durch Zahlung des genannten Betrages an die Erbengemeinschaft nach F abzuwenden.

2. Hilfsweise für den Fall der (ggf. auch nur teilweisen) Stattgabe der Klage in Ziffer 1.):

Die Beklagte wird weiter dazu verurteilt, als Mitglied der Erbengemeinschaft nach F an der Zahlung in Höhe des ausgeurteilten Betrages gemäß Klageantrag Ziffer 1), höchstens jedoch i. H. v. 55.000 € zzgl. einer Verzinsung in Höhe von 5 % p. a. über den Basiszinssatz ab dem 11.7.2017, an die Klägerin mitzuwirken.

9 Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

10 Die Beklagte behauptet, der gemeinsame Vater habe nach dem Ableben ihrer Mutter auf seinen Pflichtteilergänzungsanspruch verzichtet, indem er ihr gegenüber erklärt habe, dass er zwar formal der Erbe sein möge, dennoch aber nichts von der Klägerin haben wolle. Ferner habe ihr Vater habe nach dem Tod der Mutter mehrfach erklärt, dass alles, was „Me“ betreffe, der Beklagten und alles, was „Mü“ betreffe, der Klägerin gehören solle, während er selbst nichts davon haben wolle. Da ihr Vater von dem Pflichtteilergänzungsanspruch gewusst habe und diesen dennoch bis zu seinem Tod nicht geltend gemacht habe, sei dieser jedenfalls verwirkt.

11 In der mündlichen Verhandlung vom 22.8.2019 sind die Klägerin sowie die Beklagte informatorisch angehört worden. Zudem hat das Gericht Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung des Zeugen A. Hinsichtlich des Ergebnisses der informatorischen Anhörung und der Beweisaufnahme wird auf das entsprechende Sitzungsprotokoll verwiesen. (...)

AUS DEN GRÜNDEN:

12 Die zulässige Klage ist unbegründet. Über den Hilfsantrag war mangels Bedingungseintritts nicht zu entscheiden.

13 I. Die Klage ist zulässig. Das LG Deggendorf ist sachlich und örtlich zuständig, § 23 Nr. 1, § 71 Abs. 1 GVG, §§ 1, 12, 13 ZPO.

14 II. Die zulässige Klage ist jedoch unbegründet.

15 1. Der von der Klägerin geltend gemachte Pflichtteilergänzungsanspruch besteht nicht, da der gemeinsame Vater der Parteien nach dem Ableben seiner Ehefrau im Wege eines Erlassvertrages wirksam auf diesen Anspruch verzichtet hat.

16 a) Verzichtet der Erbe nicht bereits vor dem Tod auf sein Pflichtteilsrecht, sondern erst nach dem Ableben des Erblassers auf den Pflichtteil bzw. den Pflichtteilsergänzungsanspruch, so ist dieser „Verzicht“ in rechtlicher Hinsicht als Erlassvertrag gemäß § 397 BGB einzuordnen (BeckOGK-BGB/Everts, Stand: 1.6.2019, § 2346 Rdnr. 22). Der Abschluss eines solchen Erlassvertrages ist auch formlos möglich (vgl. hierzu KG, Urteil vom 5.6.1975, 12 U 195/75).

17 b) Die Kammer verkennt nicht, dass an die Annahme eines solchen Erlassvertrages nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung strenge Anforderungen zu stellen sind (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 10.5.2001, VII ZR 356/00). Danach muss in der Erklärung mit hinreichender Deutlichkeit unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles zum Ausdruck kommen, dass eine materiellrechtlich wirkende Erklärung abgegeben werden soll. Das Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrages muss unmissverständlich erklärt werden. An die Feststellung eines Verzichtswillens sind dabei strenge Anforderungen zu stellen; er darf insbesondere nicht vermutet werden. Selbst bei einer eindeutig erscheinenden Erklärung des Anspruchsgläubigers darf ein Verzicht nicht angenommen werden, ohne dass bei der Feststellung zum erklärten Vertragswillen sämtliche Begleitumstände berücksichtigt worden sind (BGH, Urteil vom 3.6.2008, XI ZR 353/07; Urteil vom 7.3.2006, VI ZR 54/05).

18 c) Auch unter Berücksichtigung der von der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgestellten strengen Anforderungen ist die Kammer davon überzeugt, dass der verstorbene Vater der Parteien durch Erlassvertrag wirksam auf seinen Pflichtteilsergänzungsanspruch verzichtet hat. Dementsprechend konnte dieser Anspruch nach seinem Ableben auch nicht im Wege der Universalsukzession nach § 1922 BGB übergehen.

19 aa) Als Beweismaß ist eine Überzeugung des Gerichts erforderlich. Weniger als die Überzeugung von der Wahrheit reicht für das Bewiesensein nicht aus. Ein bloßes Glauben, Wähnen, für Wahrscheinlichkeiten berechtigt den Richter nicht zur Bejahung des streitigen Tatbestandmerkmals (Zöller/Greger, ZPO, 32. Aufl., § 286 Rdnr. 18).

20 bb) Die Kammer ist davon überzeugt, dass der gemeinsame Vater der Parteien Anfang März 2016 gegenüber der Beklagten anlässlich eines Schreibens des Nachlassgerichtes erklärt hat, dass er in rechtlicher Hinsicht zwar Alleinerbe sein möge, dass er aber von seiner Tochter dennoch nichts haben wolle. Diese Erklärung ist nach der Auffassung der Kammer als Antrag auf Abschluss eines Erlassvertrages auszulegen; die Beklagte hat diesen Antrag auch angenommen.

21 Die Überzeugung der Kammer beruht auf den glaubhaften Angaben der Beklagten im Rahmen ihrer informatorischen Anhörung in Zusammenschau mit den Angaben des Zeugen A und den eigenen Angaben der Klägerin unter Würdigung sämtlicher Begleitumstände.

22 Dem Tatrichter ist es nach § 286 ZPO grundsätzlich erlaubt, allein aufgrund des Vortrags der Parteien und ohne Beweiserhebung festzustellen, was er für wahr und was für nicht wahr erachtet. Er kann dabei im Rahmen der freien Würdigung des Verhandlungsergebnisses den Behauptungen und Anga-

ben einer Partei unter Umständen auch dann glauben, wenn diese ihre Richtigkeit sonst nicht beweisen kann (BGH, Beschluss vom 27.9.2017, XII ZR 48/17). Von einer Parteivernehmung war abzusehen; ein weitergehender Erkenntnisgewinn wäre infolge der bereits vorliegenden vollen Überzeugung des Gerichts auch durch eine Parteivernehmung nach § 448 ZPO nicht zu erwarten gewesen.

23 Die Beklagte hat im Rahmen ihrer informatorischen Anhörung auch angegeben, der gemeinsame Vater habe bereits zu Lebzeiten ihrer Mutter gewollt, dass sie selbst den Grundbesitz der Mutter in Me erhalte, während die Klägerin den Grundbesitz des Vaters in Mü bekommen sollte.

24 Der Erblasser und seine zweite Ehefrau haben eine entsprechende Aufteilung des Grundbesitzes zu ihren Lebzeiten tatsächlich auch vorgenommen. Die Mutter der Beklagten, die Alleineigentümerin des Grundbesitzes in Me, hat ihr Eigentum mit notariellem Überlassungsvertrag vom 30.12.2014 (...) „mit Zustimmung ihres Ehemannes F.“ (...) auf die Beklagte übertragen. Umgekehrt hatte der Vater der Parteien das in seinem Alleineigentum stehende Grundstück in Mü zuvor bereits mit notariellem Überlassungsvertrag vom 12.2.2003 auf die Klägerin übertragen (...). Dabei wusste der gemeinsame Vater der Parteien, dass eine Übertragung ohne Aufnahme einer Regelung für den Fall des Vorversterbens der Klägerin dem Willen seiner zweiten Ehefrau widersprach und er – nach dem insoweit übereinstimmenden Vorbringen der Parteien – Gefahr lief, die „Hölle auf Erden“ (...) zu erleben, sollte diese je von der Übertragung erfahren. Dem gemeinsamen Vater der Parteien schien die lebzeitige Aufteilung des Grundbesitzes jedoch ein derart großes Anliegen zu sein, dass er bereit war, dieses Risiko einzugehen.

25 Auch die Klägerin hat im Rahmen ihrer informatorischen Anhörung bestätigt, dass der gemeinsame Vater zu seinen Lebzeiten immer wieder geäußert habe, die Beklagte solle „Me“ bekommen und sie selbst solle „Mü“ erhalten.

26 Nach dem Dafürhalten der Kammer kommt es mithin nicht entscheidend darauf an, ob der gemeinsame Vater der Parteien nach dem Ableben seiner Ehefrau tatsächlich wusste, dass er in rechtlicher Hinsicht im Wege der Pflichtteilsergänzung die an die Beklagte erfolgte Schenkung (teilweise) rückgängig hätte machen können. Entscheidend ist vielmehr, dass der gemeinsame Vater der Parteien Kenntnis von der Schenkung hatte und dieser sogar zugestimmt hat. Er wusste mithin in tatsächlicher Hinsicht auch, dass er mehr geerbt hätte, hätte es diese Schenkung an die Beklagte nicht gegeben. Nach der Überzeugung der Kammer stellte der gemeinsame Vater der Parteien den Umfang seines Erbes aber nicht einmal in Frage, sondern erklärte gegenüber der Beklagten, dass er sogar von diesem nach der Schenkung verbliebenen Erbe nichts haben wolle.

27 Der Zeuge A hat ebenfalls angegeben, dass sich die Eltern der Beklagten stets einig gewesen seien, dass die Beklagte „Me“ erhalten solle, während die Klägerin „Mü“ bekommen sollte. Soweit das Gericht den Zeugen gefragt hat, ob es im Nachgang zu einem Schreiben vom Nachlassgericht ein Gespräch zwischen der Beklagten, ihrem Vater und ihm gegeben habe, so hat der Zeuge angegeben, dass er sich an ein explizit

auf ein solches Schreiben Bezug nehmendes Gespräch nicht erinnern könne. Der gemeinsame Vater der Parteien habe auch nach dem Ableben der Mutter jedoch mehrfach erklärt, dass er von dem Erbe seiner Ehefrau nichts haben wolle und alles seine Richtigkeit habe.

28 Die Angaben des Zeugen sind glaubhaft. Soweit der Zeuge angibt, der gemeinsame Vater habe gewollt, dass die Beklagte „Me“ und die Klägerin „Mü“ erhalte, so steht dies bereits in Einklang mit den Angaben beider Parteien. Aber auch soweit der Zeuge angegeben hat, der spätere Erblasser habe nach dem Tod seiner zweiten Ehefrau wiederholt erklärt, von dem Erbe seiner Ehefrau nichts haben zu wollen, sieht die Kammer keinen Anlass, an den Angaben des Zeugen zu zweifeln. Die Kammer verkennt dabei nicht, dass es sich bei dem Zeugen um den langjährigen Lebensgefährten und Verlobten der Beklagten handelt. Hätten sich die Beklagte und der Zeuge jedoch absprechen wollen, so wäre es dem Zeugen – spätestens nach Vorhalt der Existenz eines nachlassgerichtlichen Schreibens durch die Vorsitzende – ein Leichtes gewesen, die Angaben der Beklagten zu bestätigen. Der Zeuge hat jedoch angegeben, er könne sich explizit weder an ein solches Schreiben noch an ein aus Anlass eines solchen Schreibens geführtes Gespräch erinnern.

29 Die Kammer verkennt auch nicht, dass die Klägerin eingewandt hat, der Zeuge habe zum Erblasser kein gutes Verhältnis gehabt. Jedoch steht das angeblich schlechte Verhältnis des Zeugen zum Erblasser der Glaubhaftigkeit seiner Angaben nicht entgegen. Der Zeuge hat nicht etwa angegeben, er sei ein enger Vertrauter des Erblassers gewesen und habe nur deshalb von dem zu bezeugenden Sachverhalt Kenntnis erlangt. Vielmehr hat der Erblasser (zunächst) im Haushalt der Beklagten und des Zeugen gelebt; es scheint dem Gericht plausibel, dass der Zeuge bei dieser Gelegenheit Gespräche zwischen der Beklagten und dem Erblasser zwanglos mitverfolgen hat können bzw. dass sich solche Gespräche auch zwischen der Beklagten, dem Zeugen und dem Erblasser zwanglos ergeben haben. Auch gibt es entgegen der Auffassung der Klägerin keinen allgemeinen Erfahrungssatz dahin gehend, dass Zeugen, die sich gegenüber alten und pflegebedürftigen Personen ungebührlich verhalten, vor Gericht die Unwahrheit sagen.

30 Auch der Vortrag der Klägerin, wonach ihr der Erblasser eine Wochenendhütte in Me habe zuwenden wollen, vermag kein anderes Ergebnis zu begründen. Die Kammer sieht keinen Widerspruch zu den unstreitigen (!) Äußerungen des Erblassers, wonach die Beklagte „Me“ und die Klägerin „Mü“ bekommen sollte. In Anbetracht der von den Ehegatten vorgenommenen lebzeitigen Übertragungen besteht für die Kammer kein Zweifel, dass der Erblasser mit „Me“ und „Mü“ den wesentlichen – ohnehin bereits auf die Töchter übertragenen – Grundbesitz meinte. Es ist daher unschädlich, wenn der Erblasser tatsächlich der Klägerin eine in seinem Eigentum stehende Wochenendhütte hätte zuwenden wollen.

31 Soweit die Klägerin darauf abstellt, in den von der Beklagten behaupteten Äußerungen des Erblassers könne kein Verzicht auf einen Pflichtteilsergänzungsanspruch gesehen werden, weil ein solch „generelle[r] Verzicht an allen Anrechten“ (...) schon nicht plausibel sei, weil der Erblasser sicherlich nicht auf sein Wohnungsrecht habe verzichten wollen, so ver-

mag die Kammer dieser Argumentationslinie nicht zu folgen. Denn das Wohnungsrecht des Erblassers wurde zu seinen Gunsten begründet (...); es handelt sich folglich nicht etwa um ein geerbtes Recht. Wenn also der Erblasser nach dem Tod seiner zweiten Ehefrau zum Ausdruck bringen will, dass er von ihrem Nachlass nichts haben wolle, so bedeutet dies gerade nicht, dass er unisono auch auf sämtliche eigenen – nicht geerbten – Rechte verzichtet oder verzichten müsste.

32 Für die von der Kammer gewonnene Überzeugung spricht auch, dass der Erblasser durch die lebzeitige Übertragung seines Grundbesitzes in Mü und durch Zustimmung zur lebzeitigen Übertragung des Grundbesitzes seiner Ehefrau in Me offensichtlich beiden Töchtern Grundbesitz an ihrem jeweiligen Lebensmittelpunkt verschaffen wollte und ihnen dabei das mit der jeweiligen Mutter gemeinsam Geschaffene hinterlassen wollte. Hätte der Erblasser gegenüber der Beklagten einen Pflichtteilsergänzungsanspruch geltend gemacht, so hätte er die Beklagte gegenüber der Klägerin benachteiligt, da er in diese Aufteilung nachträglich eingegriffen hätte. Dieser Erwägung steht auch nicht entgegen, dass der Grundbesitz in Mü wertmäßig hinter dem Grundbesitz in Me zurückstehen mag. Denn dem Erblasser ging es offensichtlich nicht um eine betragsmäßige Gleichbehandlung der beiden Töchter, sondern um die Weitergabe seines mit der jeweiligen Mutter geschaffenen Lebenswerks.

33 Die Kammer verkennt auch nicht, dass der Erblasser in dem notariellen Überlassungsvertrag vom 30.12.2004 – zumindest ausdrücklich – keinen entsprechenden Verzicht erklärt hat. Dies steht jedoch der gefundenen Auslegung der Erklärung des Erblassers als Antrag auf Abschluss eines Erlassvertrages nicht entgegen. Der Erblasser war 16 Jahre älter als seine zweite Ehefrau. Im Zeitpunkt des Überlassungsvertrages war der Erblasser bereits 77 Jahre alt, während seine zweite Ehefrau erst 61 Jahre alt war. Es ist daher zum einen davon auszugehen, dass der Erblasser und seine Ehefrau schlichtweg davon ausgingen, dass der Erblasser seinem deutlich höheren Lebensalter entsprechend als erster versterben werde und daher keinen Regelungsbedarf gesehen haben. Zum anderen schienen sich die Eheleute hinsichtlich der Zuwendung des Grundbesitzes in Me an die gemeinsame Tochter seit jeher einig zu sein und haben daher aufgrund dieser Einigkeit offensichtlich ebenfalls kein Regelungsbedürfnis für den unwahrscheinlicheren Fall des Vorversterbens der zweiten Ehefrau gesehen. Dabei haben die Eheleute – beide juristische Laien – schlichtweg den Fall, dass der Ehemann vor der Ehefrau versterben könnte und seinerseits dann vor Ablauf der entsprechenden Verjährungsfrist verstirbt, nicht bedacht. Die Kammer verkennt dabei nicht, dass der Überlassungsvertrag vor einem Notar geschlossen wurde und die Eheleute daher rechtlich beraten waren. Aus rechtlicher Sicht bestand jedoch infolge der Zustimmung des Ehemannes – wie nachfolgend noch darzulegen ist – auch kein Anlass, neben der erklärten Zustimmung einen ausdrücklichen Verzicht auf etwaige Pflichtteilsergänzungsansprüche aufzunehmen.

34 cc) Unter Berücksichtigung der eigenen Angaben der Klägerin, der Aussage des Zeugen A und den dargestellten Begleitumständen ist die Kammer vom Wahrheitsgehalt der Angaben der Beklagten im Rahmen der informatorischen An-

hörung überzeugt. In der Gesamtschau der dargestellten Begleitumstände ist die nach den glaubhaften Angaben der Beklagten vom Erblasser abgegebene Erklärung, wonach er von der Beklagten nichts haben wolle, als Antrag zum Abschluss eines Erlassvertrages auszulegen. Diesen Antrag hat die Beklagte auch angenommen. Ein (übergegangener) Pflichtteilsergänzungsanspruch besteht daher nicht.

35 2. Aber auch wenn man mit der Klägerin keinen wirksamen Verzicht des gemeinsamen Vaters annehmen würde, scheidet ein Pflichtteilsergänzungsanspruch aufgrund der analog zur Anwendung gelangenden Vorschrift des § 1375 Abs. 3 BGB

36 a) In den erbrechtlichen Vorschriften über den Pflichtteilsergänzungsanspruch, §§ 2325 ff. BGB, besteht eine planwidrige Regelungslücke im Hinblick auf Schenkungen des Erblassers die mit Zustimmung des Pflichtteilsergänzungsberechtigten erfolgten.

37 aa) Nach § 2325 Abs. 1 BGB kann der Pflichtteilsberechtigte im Falle einer Schenkung des Erblassers an einen Dritten als Ergänzung des Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlass hinzugerechnet wird. Da sich der Pflichtteilsergänzungsanspruch aus § 2325 Abs. 1 BGB gegen den oder die Erben richtet, bestimmt § 2329 Abs. 1 Satz 2 BGB einen Herausgabeanspruch des pflichtteilsberechtigten Alleinerbens unmittelbar gegen den Beschenkten.

38 Eine Schenkung des Erblassers bleibt nach § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB nur dann (vollständig) unberücksichtigt, wenn seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes zehn Jahre verstrichen sind oder wenn es sich um eine Anstandsschenkung handelt, § 2330 BGB.

39 Eine Regelung, wonach eine Schenkung im Rahmen der Pflichtteilsergänzung nicht berücksichtigt wird, wenn der Pflichtteilsergänzungsberechtigte mit dieser Schenkung einverstanden war, findet sich in den erbrechtlichen Normen jedoch nicht.

40 bb) Endet aber der Güterstand nicht durch den Tod eines Ehegatten, sondern auf andere Weise – beispielsweise durch Scheidung –, so wird im Rahmen des Zugewinnausgleichs eine Schenkung auch dann nicht berücksichtigt und nicht fiktiv dem Endvermögen hinzugerechnet, wenn der andere Ehegatte mit der unentgeltlichen Zuwendung einverstanden war, § 1375 Abs. 3 BGB.

41 Wird der Güterstand auf andere Weise als durch den Tod eines Ehegatten beendet (§ 1371 Abs. 1 BGB), so wird der Zugewinn nach den Vorschriften der §§ 1373-1390 BGB ausgeglichen, § 1372 BGB. Grundsätzlich wird dem Endvermögen nach § 1375 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB eines Ehegatten der Betrag hinzugerechnet, um den dieses Vermögen dadurch vermindert ist, dass ein Ehegatte nach Eintritt des Güterstandes unentgeltliche Zuwendungen gemacht hat. Nach § 1375 Abs. 3 BGB findet eine solche Hinzurechnung des Betrages der Vermögensminderung unter anderem dann nicht statt, wenn der andere Ehegatte mit der unentgeltlichen Zuwendung einverstanden war.

42 cc) Wäre die Ehe des gemeinsamen Vaters der Parteien mit der Mutter der Beklagten nicht durch deren Tod, sondern

durch Scheidung beendet worden, so wäre die Regelung des § 1375 Abs. 3 BGB zur Anwendung gelangt.

43 b) Diese aufgezeigte Regelungslücke ist auch planwidrig. Die Regelungen der §§ 2325 ff. BGB sollen verhindern, dass der Erblasser durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden den Pflichtteilsanspruch aushöhlt und die verfassungsrechtlich garantierte Mindestteilhabe am Vermögen des Erblassers faktisch aushebelt, indem er sich kurz vor seinem Tod vermögenslos stellt. Der Pflichtteilergänzungsanspruch soll daher eine Mindestbeteiligung nicht nur am realen Nachlass, sondern am wirtschaftlichen Wert des lebzeitigen Vermögens des Erblassers sicherstellen (vgl. hierzu ausführlich MünchKommBGB/Lange, 7. Aufl., § 2325 Rdnr. 1).

44 Dieser Normzweck wird jedoch nicht beeinträchtigt, wenn Schenkungen, die mit Einverständnis des späteren Pflichtteilergänzungsberechtigten erfolgten, von der Pflichtteilergänzung ausgenommen sind.

45 Der Gesetzgeber hat es jedoch offensichtlich übersehen, im Erbrecht einen dem § 1375 Abs. 3 BGB entsprechenden Ausnahmetatbestand zu schaffen. Dieses Versehen des Gesetzgebers dürfte auf den nachfolgenden Besonderheiten beruhen:

46 Eine Schenkung bedarf grundsätzlich nicht der Zustimmung eines Dritten. Denn im Grundsatz unterliegt es der freien Entscheidung des Schenkers, einen Vermögensgegenstand unentgeltlich auf einen anderen zu übertragen. Dieses typische Bild der gänzlich „freien“ Schenkung hatte offensichtlich auch der Gesetzgeber in Bezug auf die §§ 2325 ff. BGB vor Augen und hat daher keine Regelung für den Fall getroffen, dass der Erblasser die Zustimmung des späteren Pflichtteilergänzungsberechtigten einholt.

47 Im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft schränkt jedoch § 1365 BGB die rechtsgeschäftliche Handlungsfreiheit der Ehegatten in Bezug auf ihr eigenes Vermögen ein, wenn eine Verfügung über das Vermögen im Ganzen erfolgen soll. Nach § 1365 Abs. 1 BGB kann ein Ehegatte sich nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten verpflichten, über sein Vermögen im Ganzen zu verfügen. Hat er sich ohne Zustimmung des anderen Ehegatten verpflichtet, so kann er die Verpflichtung nur erfüllen, wenn der andere Ehegatte einwilligt.

48 Diese Einschränkung der rechtsgeschäftlichen Handlungsfreiheit rechtfertigt sich aus den beiden Schutzzwecken des § 1365 Abs. 1 BGB. Zum einen soll die wirtschaftliche Grundlage der Ehe- und Familiengemeinschaft erhalten bleiben und nicht durch einseitige Vermögenstransaktionen eines Ehegatten beeinträchtigt werden können. Zum anderen soll im Falle des Scheiterns der Ehe die faktische Durchsetzung der Zugewinnausgleichsforderung gesichert werden (MünchKommBGB/Koch, § 1365 Rdnr. 1).

49 c) Es besteht insoweit auch eine vergleichbare Interessenlage. Sowohl die Regelungen des § 1365 Abs. 1 BGB und des § 1375 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB als auch die §§ 2325 ff. BGB bezwecken, die Benachteiligung des Ehegatten bzw. des späteren Pflichtteilsberechtigten zu verhindern und dessen Teilhabe am Vermögen des Schenkers im Wege des Pflichtteils bzw. im Wege des Zugewinnausgleichs sicherzustellen.

Während das Familienrecht in § 1375 Abs. 3 BGB aber eine Ausnahme für den Fall vorsieht, dass der andere Ehegatte mit dieser „Benachteiligung“ einverstanden ist und auf seinen Schutz verzichtet, fehlt eine solche Regelung in den erbrechtlichen Bestimmungen. Es ist daher interessengerecht, die Regelung des § 1375 Abs. 3 Alt. 2 BGB auch im erbrechtlichen Kontext zur Anwendung zu bringen. Dies gilt umso mehr, als sowohl das eheliche Güterrecht als auch die erbrechtlichen Bestimmungen im Übrigen übereinstimmend Ausnahmen für den Fall der Anstandsschenkung (§ 1375 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB und § 2330 BGB) und für den Fall des Ablaufs von zehn Jahren vorsehen (§ 1375 Abs. 3 Satz Alt. 1 BGB und § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB).

50 Es gibt auch keinen sachgerechten Grund dafür, dass der Ehegatte des Schenkers im Fall der Beendigung der Gütergemeinschaft durch den Tod besser stehen sollte, als im Falle der Beendigung durch Scheidung.

51 Würde § 1375 Abs. 3 BGB vorliegend nicht analog zur Anwendung gelangen, so wäre die Geltendmachung des Pflichtteilergänzungsanspruchs jedenfalls rechtsmissbräuchlich. Denn ein widersprüchliches Verhalten (*venire contra factum proprium*) ist nach § 242 BGB missbräuchlich, wenn für den anderen Teil ein Vertrauenstatbestand entstanden ist oder wenn andere besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen. Der gemeinsame Vater der Parteien hat aber vor dem Notar – auch gegenüber der ebenfalls anwesenden Beklagten – gerade ausdrücklich erklärt, mit der Schenkung einverstanden zu sein. Die Klägerin macht aber gerade einen (geerbten) Anspruch des gemeinsamen Vaters geltend. Es ist ihr als Rechtsnachfolgerin ebenso verwehrt, sich zu der vorherigen Zustimmung in Widerspruch zu setzen und nunmehr Pflichtteilergänzungsansprüche in Bezug auf diese Schenkung geltend zu machen.

52 d) Die mit Zustimmung des Erblassers erfolgte streitgegenständliche Schenkung hat daher analog § 1375 Abs. 3 BGB unberücksichtigt zu bleiben. Der geltend gemachte Pflichtteilergänzungsanspruch besteht daher auch aus diesem Grunde nicht.

53 III. Über den Hilfsantrag der Klägerin war mangels Bedingungseintritts nicht zu entscheiden.

54 IV. 1. Kosten: § 91 Abs. 1 ZPO

55 2. Vorläufige Vollstreckbarkeit: § 709 Satz 1 und 2 ZPO

56 3. Streitwert: § 63 Abs. 2 GKG, § 3 ZPO

ANMERKUNG:

Von Notarassessor **Benjamin Bremer**, München

1. Stark vereinfachter Sachverhalt und Problemstellung

Um das aus notarieller Sicht interessante Problem des Falls herauszuarbeiten (Rdnr. 1-7 und 35-52 der Entscheidung), lässt sich der Sachverhalt deutlich vereinfachen:

Eine Mutter schenkt ein Grundstück in einer notariellen Urkunde an ihre Tochter. Die Urkunde enthält auf S. 2 den Passus, dass die Schenkung „mit Zustimmung ihres Ehe-

mannes“¹ (also dem Ehemann der verschenkenden Mutter) erfolgt. Der Ehemann ist auch Urkundsbeteiligter und unterschreibt die Urkunde im eigenen Namen.

Später verstirbt die Mutter. Ihr Ehemann macht daraufhin einen Pflichtteilsergänzungsanspruch, § 2325 Abs. 1 BGB, aufgrund dieser Überlassung geltend.

Steht dem Ehemann dieser Anspruch zu? Oder ist der Anspruch deshalb ausgeschlossen, weil der Ehemann der Überlassung damals zugestimmt hat?

2. Lösung des LG Deggendorf

Das LG Deggendorf kommt zu dem Ergebnis, dass der Anspruch nicht besteht:

a) Zum einen könne § 1375 Abs. 3 Alt. 2 BGB (beim Zugewinnausgleich erfolgt keine Hinzurechnung zum Endvermögen in Bezug auf solche Schenkungen, mit denen der andere Ehegatte einverstanden war) analog auf das Pflichtteilsrecht angewendet werden. § 1375 Abs. 3 Alt. 2 BGB analog schließe den Anspruch aus.²

b) Zum anderen stehe dem Anspruch jedenfalls § 242 BGB (widersprüchliches Verhalten) entgegen: Der Ehemann könne der Schenkung nicht erst zustimmen und später trotzdem Pflichtteilsergänzungsansprüche geltend machen.³

Zu a):

Die Analogie zu § 1375 Abs. 3 Alt. 2 BGB wird wie folgt begründet:

Im Pflichtteilsrecht ist keine Regelung enthalten, wonach ein Pflichtteilsergänzungsanspruch entfällt, wenn die Schenkung mit Zustimmung des Pflichtteilsberechtigten erfolgt ist.

Im Zugewinnausgleichsrecht findet sich aber eine dementsprechende Regelung, die vereinfacht (!) wie folgt funktioniert:

Ein Ehegatte kann den Zugewinnausgleichsanspruch des anderen Ehegatten nicht dadurch vermindern, dass er Vermögenswerte wegschenkt und damit seinen Zugewinn verkleinert. Denn solche Schenkungen werden dem Zugewinn wieder hinzugerechnet, § 1375 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB. Nicht hinzugerechnet werden hingegen solche Schenkungen, mit denen der andere Ehegatte einverstanden war, § 1375 Abs. 3 Alt. 2 BGB.

Das LG Deggendorf wendet diese Norm analog im Pflichtteilsrecht an, sodass ein Pflichtteilsergänzungsanspruch ausscheidet, wenn der Pflichtteilsberechtigte mit der Schenkung einverstanden war.⁴

Dass das Pflichtteilsrecht keine § 1375 Abs. 3 Alt. 2 BGB vergleichbare Regelung enthält, sei eine planwidrige Rege-

lungslücke.⁵ Denn die §§ 2325 ff. BGB würden nur verhindern wollen, dass der Erblasser das Pflichtteilsrecht umgeht, indem er sein Vermögen durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden verschenkt.⁶ Eine Umgehung könne aber nicht mehr vorliegen, wenn der Pflichtteilsberechtigte mit der Schenkung einverstanden war.⁷ Der Gesetzgeber habe im Pflichtteilsrecht nur deshalb eine § 1375 Abs. 3 Alt. 2 BGB entsprechende Regelung übersehen, weil eine Schenkung im Normalfall ohne Zustimmung eines Dritten erfolge.⁸ Dies sei im Zugewinnrecht jedoch anders, weil es bei Schenkungen das Zustimmungserfordernis des § 1365 BGB (Verfügung über Vermögen im Ganzen) gebe, sodass auch bei Schenkungen eine Zustimmung erforderlich sei.⁹

Zudem bestehe eine vergleichbare Interessenlage.¹⁰ Der Zugewinnberechtigte wie der Pflichtteilsberechtigte sollen davor geschützt werden, dass das Vermögen, das dem Zugewinn oder Pflichtteil unterworfen ist, geschmälert wird, indem das Vermögen verschenkt wird.¹¹

Außerdem liefen Zugewinn und Pflichtteil auch bei den übrigen Ausnahmen von der Hinzurechnung von Schenkungen parallel – so gibt es jeweils Ausnahmen bei Anstandsschenkungen, § 1375 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1; § 2330 BGB, und jeweils eine Zehnjahresfrist, § 1375 Abs. 3 Alt. 1; § 2325 Abs. 3 Satz. 1 f. BGB.¹²

Schließlich gebe es keinen Grund dafür, den Ehegatten nach einer Schenkung besserzustellen, wenn die Ehe durch Scheidung beendet wurde, als wenn die Ehe durch den Tod beendet worden wäre.¹³

Zu b):

Selbst wenn man die Analogie ablehnen würde, stehe dem Anspruch laut dem LG Deggendorf jedenfalls § 242 BGB (widersprüchliches Verhalten) entgegen.¹⁴

Der Ehemann hat vor dem Notar auch gegenüber seiner ebenfalls anwesenden Frau (= der Mutter) seine Zustimmung zur Schenkung erklärt.¹⁵ Daher könne er nicht später aufgrund dieser Schenkung einen Pflichtteilsergänzungsanspruch geltend machen.¹⁶

3. Reaktionen auf das Urteil

Das Urteil ist auf zustimmende wie ablehnende Stimmen gestoßen.

1 Rdnr. 24 der besprochenen Entscheidung.

2 Rdnr. 35-50 der besprochenen Entscheidung.

3 Rdnr. 51 der besprochenen Entscheidung.

4 Rdnr. 35 der besprochenen Entscheidung.

5 Rdnr. 36 der besprochenen Entscheidung.

6 Rdnr. 43 der besprochenen Entscheidung m. w. N.

7 Rdnr. 44 der besprochenen Entscheidung.

8 Rdnr. 46 der besprochenen Entscheidung.

9 Rdnr. 47 der besprochenen Entscheidung.

10 Rdnr. 49 der besprochenen Entscheidung.

11 Rdnr. 49 der besprochenen Entscheidung.

12 Rdnr. 49 der besprochenen Entscheidung.

13 Rdnr. 50 der besprochenen Entscheidung.

14 Rdnr. 51 der besprochenen Entscheidung.

15 Rdnr. 51 der besprochenen Entscheidung.

16 Rdnr. 51 der besprochenen Entscheidung.

a) Rechtsanwalt *Birkenheier* lehnt das Urteil ab:¹⁷

Die Zustimmung zur Schenkung impliziere keinen Verzicht auf Pflichtteilsansprüche.¹⁸ Andernfalls seien die gesetzlichen Bestimmungen über den Pflichtteilsverzicht überflüssig, insbesondere § 2348 BGB (Formerfordernis der notariellen Beurkundung).¹⁹

Auch sei die planwidrige Regelungslücke nicht schlüssig begründet und insbesondere nicht belegt.²⁰

b) Notar *Everts* begrüßt das Urteil:²¹

Eine solche Zustimmung eines Ehemanns sei ein konkludenter gegenständlich beschränkter Pflichtteilsverzicht, der in diesem Fall auch formwirksam sei, § 125 Satz 1, § 2346 BGB.²² Die Begründung für das Ergebnis liefere in der Tat jedenfalls § 242 BGB, bei Ehegatten komme auch eine analoge Anwendung von § 1375 Abs. 3 Alt. 2 BGB in Betracht.²³

4. Eigene Stellungnahme

a) Zur Kritik *Birkenheiers*:

Birkenheier kritisiert, dass die Zustimmung zur Schenkung nicht den strengen Anforderungen der gesetzlichen Bestimmungen über den Pflichtteilsverzicht unterliegt, insbesondere § 2348 BGB (Formerfordernis der notariellen Beurkundung).

Dem muss aber entgegengehalten werden: Auch die Zustimmung zur Schenkung nach § 1375 Abs. 3 Alt. 2 BGB ist formlos möglich und auch sonst werden keinerlei Anforderungen an diese Zustimmung gestellt – obwohl ansonsten den Zugewinn modifizierende Regelungen auch gerade der notariellen Beurkundung bedürften, §§ 1410, 1408 Abs. 1 BGB.

Anders ausgedrückt: Die Analogie zu § 1375 Abs. 3 Alt. 2 BGB führt gedanklich dazu, dass man in § 2325 Abs. 3 BGB (Zehnjahresfrist) einen vierten Satz einfügt, der besagt, dass Pflichtteilsergänzungsansprüche ausgeschlossen sind, wenn der Anspruchsinhaber der Schenkung zugestimmt hat (entsprechend der Regel des Zugewinnausgleichsrechts in § 1375 Abs. 3 Alt. 2 BGB). Wenn in § 2325 Abs. 3 BGB der Pflichtteilsergänzungsanspruch modifiziert wird, kann man das nicht unter Verweis auf eine angebliche Aushöhlung der §§ 2346 ff. BGB abtun.

Auf die weitere Kritik bzgl. der planwidrigen Regelungslücke soll hier nicht weiter eingegangen werden, da es meines Erachtens im Ergebnis offenbleiben kann, ob man eine Analogie ablehnt, da dann jedenfalls § 242 BGB griffe (dazu sogleich unter b)).

17 jurisPK-BGB/*Birkenheier*, 9. Aufl. 2020 (Stand: 10.8.2020), § 2325, Rdnr. 44.

18 jurisPK-BGB/*Birkenheier*, § 2325, Rdnr. 44.

19 jurisPK-BGB/*Birkenheier*, § 2325, Rdnr. 44.

20 jurisPK-BGB/*Birkenheier*, § 2325, Rdnr. 44.

21 beckOGK-BGB/*Everts*, Stand: 1.9.2020, § 2348, Rdnr. 6.

22 beckOGK-BGB/*Everts*, Stand: 1.9.2020, § 2348, Rdnr. 6.

23 beckOGK-BGB/*Everts*, Stand: 1.9.2020, § 2348, Rdnr. 6.

b) Zum Urteil:

Dem Urteil ist im Ergebnis zuzustimmen:

Wer einer Schenkung zustimmt, kann später keinerlei Pflichtteilsansprüche aufgrund dieser Schenkung geltend machen.

Mit *Everts* ist davon auszugehen, dass die Zustimmung auch einen konkludenten gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzicht enthält. Dieser kann jedoch bei anderem Sachverhalt formunwirksam sein, § 125 Satz 1, § 2346 BGB.

Aber auch bei Formunwirksamkeit des konkludenten Pflichtteilsverzichts ist der Anspruch ausgeschlossen – dann entweder analog § 1375 Abs. 3 Alt. 2 BGB oder nach § 242 BGB (widersprüchliches Verhalten).

Ob man eine analoge Anwendung befürwortet, kann daher im Ergebnis offenbleiben, da jedenfalls § 242 BGB zum selben Ergebnis führt.

Hinter allen juristischen Begründungslinien steht letztlich folgender einfacher Gedanke:

Wer einer Schenkung ausdrücklich zustimmt, stimmt damit zu, dass der geschenkte Gegenstand aus dem Vermögen des Schenkers in das Vermögen des Beschenkten übergeht. Der Zustimmende kann aus der Schenkung dann keine Pflichtteilsansprüche geltend machen. Denn Pflichtteilsansprüche sollen den Pflichtteilsberechtigten davor schützen, dass er einseitig übergeben wird. Das ist aber gerade nicht der Fall, wenn Erblasser und Pflichtteilsberechtigter der Schenkung zusammen zugestimmt haben.

Verlangt der Pflichtteilsberechtigte in solchen Fällen Pflichtteilsergänzung, dann liegt es daran, dass er es sich zwischenzeitlich anders überlegt hat und inzwischen der Schenkung nicht mehr zustimmen würde. Vor einem solchen Sinneswandel soll das Pflichtteilsrecht aber gerade nicht schützen – Verträge sind einzuhalten.

c) Abgrenzung zu einem früheren BGH-Urteil zu § 2287 BGB:

Ein anderes Ergebnis könnte sich nur aufgrund der BGH-Entscheidung vom 12.7.1989, IV ZR 174/88 (u. a. MittBayNot 1989, 319) ergeben.

Damals hat der BGH Folgendes entschieden:

Obwohl ein in einem Erbvertrag oder gemeinschaftlichen Testament bindend bedachter Erbe einer lebzeitigen Schenkung des Erblassers, die den bindend bedachten Erben benachteiligt, formlos zugestimmt hat, schließe das dennoch nicht aus, dass der bindend bedachte Erbe später gegen diese Schenkung mit § 2287 Abs. 1 BGB (Den Vertragserben beeinträchtigende Schenkungen) vorgeht. Nur im Einzelfall könne dem bindend bedachten Erben § 242 BGB entgegengehalten werden.

Der Gedanke liegt nahe, diese BGH-Entscheidung zu § 2287 Abs. 1 BGB auf unsere Frage zu § 2325 Abs. 1 BGB zu übertragen.

Meines Erachtens ist dies aber abzulehnen:

Die BGH-Entscheidung überzeugt zum einen schon selbst nicht, siehe die zutreffende Kritik *Kanzleiters* damals.²⁴

Zum anderen wäre das Ergebnis nicht überzeugend, wenn man die BGH-Entscheidung auf den Fall hier überträgt (siehe oben unter b)). Daher sollte jedenfalls eine Übertragung der BGH-Entscheidung auf den Fall hier unterbleiben.

5. Folgerungen für die Praxis und offene Fragen

Wenn sich diese Ansicht des LG durchsetzt, ist es in Überlassungsverträgen überflüssig, einen expliziten Pflichtteilsverzicht durch den Ehegatten aufzunehmen, der nicht zugleich Eigentümer ist. Es würde dann ausreichen, dass der Nicht-Eigentümer-Ehegatte der Urkunde explizit zustimmt. Die Zustimmung darf freilich nicht auf einzelne Aspekte wie § 1365 BGB beschränkt sein.

Aufgrund der hier beleuchteten pflichtteilsrechtlichen Auswirkungen ist es vorteilhaft, wenn der Ehegatte an der Urkunde beteiligt wird, auch wenn seine Beteiligung sonst nicht nötig wäre. Eine Pflicht des Notars hierzu kann man aber natürlich daraus nicht herleiten – denn genauso wenig gab es bisher eine Pflicht, dass der Notar einen gegenständig beschränkten Pflichtteilsverzicht des Ehegatten einholen musste. Wenn der Ehegatte ohnehin an der Urkunde beteiligt ist – z. B. aufgrund anderer Aspekte der Überlassung (Nutzungsrechte, Rückforderungsrechte) –, bietet es sich indes natürlich an, ihn auch der gesamten Urkunde zustimmen zu lassen.

Falls eine solche allgemeine Zustimmung in der Urkunde nicht explizit enthalten ist, aber der Ehegatte an der Urkunde aufgrund der Gegenleistungen trotzdem beteiligt war, stellt sich die Frage, ob eine Zustimmung des Ehegatten trotzdem in der Urkunde konkludent enthalten ist.

Dafür spricht, dass der Ehegatte, der die Urkunde mitunterschreibt, seine Unterschrift in der Regel auch deswegen setzt, weil er mit dem gesamten Inhalt einverstanden ist. Andererseits kann es aber auch Fälle geben, bei denen der Ehegatte mit der Überlassung nicht einverstanden ist, aber durch seine Unterschriften seine Gegenleistungen sichern möchte. Zudem ist es für den Ehegatten, wenn er Laie ist, vielleicht nicht klar, dass er mit seiner Unterschrift konkludent der gesamten Urkunde zustimmt – was zumindest ein Indiz gegen eine entsprechende Auslegung darstellen könnte.

Schließlich soll noch die kostenrechtliche Seite beleuchtet werden:

Ein expliziter gegenständig beschränkter Pflichtteilsverzicht durch den Ehegatten ist extra zu bewerten. Eine allgemein gehaltene Zustimmung wurde in der bisherigen Praxis bayerischer Notare nicht extra bewertet, sodass die Kosten durch eine allgemein gehaltene Zustimmung gesenkt werden können – vorausgesetzt, die bisherige Praxis der Nicht-Bewertung der allgemein gehaltenen Zustimmung ist korrekt.

²⁴ *Kanzleiter*, DNotZ 1990, 776.

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

14. Anfechtung eines Gesellschafterbeschlusses durch nicht mehr in GmbH-Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafter

BGH, Urteil vom 26.1.2021, II ZR 391/18 (Vorinstanz: OLG Köln, Urteil vom 18.10.2018, 18 U 53/17)

GmbHG § 16 Abs. 1 Satz 1, § 47 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Der Anfechtung eines Gesellschafterbeschlusses durch einen zum Zeitpunkt der Beschlussfassung nicht mehr als Inhaber eines Geschäftsanteils eingetragenen Gesellschafter einer GmbH steht grundsätzlich die negative Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG entgegen.
2. Fehlt dem Kläger die Anfechtungsbefugnis, weil er nicht als Inhaber eines Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste eingetragen ist, fehlt ihm auch die materielle Berechtigung zur Geltendmachung von auf positive Beschlussfeststellung gerichteten Klageanträgen.
3. Die Anfechtung des Beschlusses der Gesellschafterversammlung einer GmbH kann analog § 244 Satz 1 AktG nicht mehr geltend gemacht werden, wenn die Gesellschafterversammlung den anfechtbaren Beschluss durch einen neuen Beschluss bestätigt hat und dieser Beschluss nicht fristgerecht angefochten oder die Anfechtung rechtskräftig zurückgewiesen worden ist.

Die Entscheidung ist abgedruckt in der DNotZ 2021, 456.

15. Unwirksamkeit der gleichzeitig angemeldeten Amtsniederlegungen der beiden einzigen Geschäftsführer einer GmbH

OLG Nürnberg, Beschluss vom 12.5.2021, 12 W 502/21

GmbHG §§ 35, 39

LEITSÄTZE:

1. Ob im Hinblick auf die durch das MoMiG erfolgten Rechtsänderungen die Amtsniederlegung eines Geschäftsführers wegen Rechtsmissbrauchs weiterhin als unwirksam anzusehen ist, wenn diese zur Führungslosigkeit der Gesellschaft führt, ist umstritten. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Auch wenn die beiden einzigen Geschäftsführer einer GmbH jeweils völlig unabhängig voneinander die Niederlegung ihres Amtes erklären, die für sich betrachtet weder die alleinigen Gesellschafter noch

jeweils maßgebliche Mehrheitsgesellschafter sind, ist eine Zusammenschau der Anteile beider Gesellschafter im Hinblick auf die gleichzeitige parallele Amtsniederlegung geboten. Aus diesem Grund stellt sich auch die Problematik einer Rechtsmissbräuchlichkeit der gleichzeitigen Amtsniederlegungen. (Leitsatz der Schriftleitung)

3. Wenn mehrere selbstständige registerfähige Tatsachen zur Eintragung angemeldet sind und zur gemeinsamen Erledigung vorliegen, dann sind sie gleichzeitig zu vollziehen, selbst wenn verschiedene, getrennt eingegangene Eintragungsanträge vorliegen; ein Teilvollzug (hier: lediglich der Anmeldung der Löschung eines Geschäftsführers) ist unzulässig. (Leitsatz der Schriftleitung)
4. Da die gleichzeitige Vollziehung beider Eintragungsanträge zur Führungslosigkeit der Gesellschaft führen würde, sind die nahezu zeitgleich erfolgten, gleichzeitig zur Registereintragung angemeldeten Amtsniederlegungen der beiden einzigen Geschäftsführer der GmbH als rechtsmissbräuchlich und unwirksam anzusehen. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

I. 1. Die Beteiligte zu 1 ist im Handelsregister des AG Amberg unter HRB (...) eingetragen. Gegenstand der Gesellschaft sind die für Wirtschaftsprüfungsgesellschaften gesetzlich und berufsrechtlich zulässigen Tätigkeiten gemäß §§ 2, 43a Abs. 4 WPO unter Ausschluss von Handels- und Bankgeschäften.

Die Gesellschaft verfügt über ein Stammkapital von 32.750 €. Die aktuelle – am 23.7.2018 in den Registerordner aufgenommene – Gesellschafterliste der Beteiligten zu 1 weist folgende Gesellschafter auf:

Gesellschafter	Nominalbetrag	Nummer	Gesamtbeitrag der Geschäftsanteile	Prozentuale Beteiligung
K N	4.750 €	1	9.500 €	29,76 %
	4.750 €	7		
R Z (= Beteiligter zu 3)	4.500 €	2	9.500 €	29,76 %
	4.750 €	5		
	250 €	8		
W W (= Beteiligter zu 2)	4.750 €	3	4.750 €	14,5038 %
D B		6	4.500, 00 €	13,7405 %
A T mbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft (= Beteiligte; zu 1)		4	4.500, 00 €	13,7405 %
Summe	32.740 €		32.740 €	100 %

Der Gesellschaftsvertrag der Beteiligten zu 1) enthält u. a. folgende Bestimmungen:

„§ 6

Geschäftsführung und Vertretung

(1) Geschäftsführung

a) Die Gesellschaft muss von Wirtschaftsprüfern verantwortlich geführt werden (§ 1 Abs. 3 WPO).

b) Als Geschäftsführer sind Wirtschaftsprüfer zu bestellen (§ 28 Abs. 1 WPO). Neben Wirtschaftsprüfern können auch vereidigte Buchprüfer und Steuerberater als Geschäftsführer bestellt werden. Nach Vorliegen der Genehmigung der jeweils zuständigen Wirtschaftsprüferkammer können auch andere Personen unter Beachtung der Bestimmungen des § 28 Abs. 2 und 3 WPO neben Wirtschaftsprüfern bestellt werden.

c) Die Zahl der Geschäftsführer, die nicht Wirtschaftsprüfer sind, darf die Zahl der Geschäftsführer, die Wirtschaftsprüfer sind, nicht erreichen. Hat die Gesellschaft nur zwei gesetzliche Vertreter, so genügt Parität. Bei der Willensbildung innerhalb der Geschäftsführer dürfen Beschlüsse nicht gegen die Stimmen der Wirtschaftsprüfer-Geschäftsführer gefasst werden.

§ 15

Übertragung von Geschäftsanteilen, Erbfolge

(3) Verstirbt ein Gesellschafter, so können der/die Erbe/ Erben aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden; dies gilt nicht, wenn der oder die Erben eine berufliche Qualifikation besitzen, durch welche der rechtliche Status der Gesellschaft als Wirtschaftsprüfungsgesellschaft nach den Vorschriften der Wirtschaftsprüferordnung nicht gefährdet wird.

Bis dahin ruht das Stimmrecht.“

Als jeweils einzelvertretungsberechtigte Geschäftsführer sind im Handelsregister die Beteiligten zu 2 und zu 3 vermerkt.

2. Nach Mitteilung des AG München – Nachlassgericht- (...) ist der eingetragene Gesellschafter K N am 1.2.2019 verstorben und wurde kraft Gesetzes von E R-N und von B N (mutmaßlich Ehefrau und Tochter des Verstorbenen) beerbt (...).

Eine Änderung der Gesellschafterliste ist nicht erfolgt.

3. Der Beteiligte zu 2 erklärte mit Schreiben vom 14.12.2020, er lege sein Amt als Geschäftsführer und Liquidator der Beteiligten zu 1 zum 31.12.2020, frühestens jedoch zum Zeitpunkt seiner Löschung im Handelsregister, nieder. Dieses Schreiben ist dem Beteiligten zu 3 am 29.12.2020 zugegangen.

Mit notarieller Urkunde vom 15.12.2020 nebst Ergänzung vom 18.1.2021 meldete der Beteiligte zu 2 seine Amtsniederlegung zur Eintragung in das Handelsregister an; diese Anmeldung wird vom Registergericht als „Fall 3“ des Registerverfahrens geführt.

4. Der Beteiligte zu 3 erklärte mit Schreiben vom 17.12.2020, er lege sein Amt als Geschäftsführer und Liquidator der Beteiligten zu 1 zum 31.12.2020, frühestens jedoch zum Zeitpunkt seiner Löschung im Handelsregister, nieder. Dieses Schreiben ist dem Beteiligten zu 2 am 2.1.2021 zugegangen.

Mit notarieller Urkunde vom 23.12.2020 nebst Ergänzung vom 15.1.2021 meldete der Beteiligte zu 3 seine Amtsniederlegung zur Eintragung in das Handelsregister an; diese Anmeldung wird vom Registergericht als „Fall 4“ des Registerverfahrens geführt.

5. Das Registergericht wies mit inhaltsgleichen Zwischenverfügungen jeweils vom 20.1.2021 (...) auf Vollzugshindernisse hin. Die beantragten Anmeldungen seien gleichzeitig zu vollziehen. Im Rahmen einer vorzunehmenden Gesamtwürdigung erschienen die Amtsniederlegungen rechtsmissbräuchlich, da die Beteiligte zu 1 hierdurch handlungsunfähig werden würde und da die Beteiligten zu 2 und zu 3 im Hinblick auf Gesellschafterbestand und -struktur nicht als Minderheitsgesellschafter angesehen werden könnten.

6. Mit Schreiben vom 8.2.2021, eingegangen beim Registergericht am 12.2.2021, hat der Beteiligte zu 3 gegen die ihn betreffende Zwischenverfügung vom 20.1.2021 (Fall 4) Beschwerde eingelegt (...). Seitens des Beteiligten zu 2 wurde die diesen betreffende Zwischenverfügung (Fall 3) nicht angefochten.

Das Registergericht hat mit Beschluss vom 19.2.2021 der Beschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 20.1.2021 nicht abgeholfen (...) und die Sache dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

II. Die Beschwerde ist zulässig.

1. Das Verfahren betrifft eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit gemäß FamFG. Es handelt sich um eine Registersache im Sinne des § 374 Nr. 1 FamFG.

2. Beschwerdeführer ist (nur) der Beteiligte zu 3, nachdem die angefochtene Zwischenverfügung gegen die Anmeldung dessen Ausscheidens als Geschäftsführer (aufgrund Amtsniederlegung) zum Handelsregister Vollzugshindernisse aufgeworfen hat. Der diesbezüglichen Bewertung wurde seitens aller Beteiligten nicht widersprochen.

3. Bei der angefochtenen Entscheidung handelt es sich um eine Zwischenverfügung des Registergerichts gemäß § 374 Nr. 1, § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG. Die hiergegen eingelegte Beschwerde ist gemäß § 11 Abs. 1 RPflG, § 382 Abs. 4 Satz 2, § 58 Abs. 1 FamFG statthaft.

Die Beschwerde ist frist- (§ 63 Abs. 1 FamFG) und formgerecht (§ 64 Abs. 1 und 2 FamFG) eingelegt. Der Beteiligte zu 3 ist gemäß § 59 Abs. 2 FamFG beschwerdebefugt.

III. Die Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg.

1. Jede Änderung in den Personen der Geschäftsführer ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, § 39 Abs. 1 GmbHG. Diese Anmeldung ist durch die Geschäftsführer in vertretungsberechtigter Zahl zu bewirken, § 78 GmbHG.

Eine wirksame Amtsniederlegung eines Geschäftsführers führt zu dessen Ausscheiden und ist deshalb zum Handelsregister anzumelden.

2. Die seitens des Geschäftsführers erklärte Amtsniederlegung ist das Spiegelbild zu dessen Abberufung durch die Gesellschafter (§§ 38, 46 Nr. 5 GmbHG). Wie die Abberufung

bedarf auch die Amtsniederlegung keiner ausdrücklichen Satzungsregelung, ist grundsätzlich jederzeit und ohne Frist wie auch ohne Einhaltung besonderer Formerfordernisse zulässig und bedarf keines sie rechtfertigenden wichtigen Grundes (vgl. BGH, Urteil vom 8.2.1993, II ZR 58/92, BGHZ 121, 257, juris Rdnr. 19). Allerdings kann (analog § 38 Abs. 2 GmbHG) der Gesellschaftsvertrag das Erfordernis eines wichtigen Grundes wie auch weitere Form- oder Fristfordernisse aufstellen (vgl. Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, 22. Aufl., § 38 Rdnr. 74; MünchKomm-GmbHG/Stephan/Tieves, 3. Aufl., § 38 Rdnr. 54 ff., 56; *Krafka*, Registerrecht, 11. Aufl., Rdnr. 1092).

Der Gesellschaftsvertrag der Beteiligten zu 1 enthält keine diesbezüglichen Bestimmungen, sodass die Amtsniederlegung eines Geschäftsführers grundsätzlich zulässig ist.

3. Die Amtsniederlegung eines Geschäftsführers bedarf zu ihrer Wirksamkeit einer diesbezüglichen Erklärung gegenüber dem Bestellungsorgan, also gegenüber den Gesellschaftern, § 46 Nr. 5 GmbHG (vgl. BGH, Urteil vom 8.2.1993, II ZR 58/92, BGHZ 121,257, juris Rdnr. 15). Hierbei genügt die Erklärung gegenüber einem (von mehreren) Gesellschafter(n) (BGH, Urteil vom 17.9.2001, II ZR 378/99, BGHZ 149, 28, juris Rdnr. 9 ff.).

Die Niederlegungserklärungen des Beteiligten zu 2 und des Beteiligten zu 3 sind jeweils einem Gesellschafter – dem jeweils anderen Beteiligten – zugegangen.

4. Die Niederlegungserklärung wird mit ihrem Zugang wirksam (§ 130 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die spätere Eintragung im Handelsregister ist dann lediglich deklaratorisch.

Die Amtsniederlegung kann indes auch aufschiebend bedingt oder befristet werden, insbesondere unter der Bedingung der Eintragung der Löschung des Geschäftsführers im Handelsregister erklärt werden. Dies hat zur Folge, dass der Geschäftsführer erst zu diesem späteren Zeitpunkt seine Organstellung verliert, damit bis dahin noch die Befugnisse eines Geschäftsführers ausüben und insbesondere die Anmeldung seines Ausscheidens zum Handelsregister noch selbst vornehmen kann (vgl. Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 38 Rdnr. 75; *Krafka*, Registerrecht, Rdnr. 1092 f.).

Im Streitfall wurde sowohl seitens des Beteiligten zu 2 als auch seitens des Beteiligten zu 3 die Amtsniederlegung unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung der Löschung des jeweiligen Geschäftsführers im Handelsregister erklärt. Da diese Eintragung bislang nicht erfolgt ist, haben beide Beteiligte noch die Organstellung eines Geschäftsführers inne.

5. Die Amtsniederlegung eines Geschäftsführers wurde dann als rechtsmissbräuchlich und unwirksam angesehen, wenn sie zur Führungslosigkeit der Gesellschaft führt, etwa wenn der einzige Geschäftsführer, der zugleich alleiniger Gesellschafter oder maßgeblicher Mehrheitsgesellschafter ist, sein Amt niederlegt, ohne zugleich einen neuen Geschäftsführer zu bestellen. Dies verlange das Interesse des Rechtsverkehrs an der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft, die anderenfalls vollständig beseitigt würde. Grund für die Missbilligung der Amtsniederlegung sei die Zurückstellung überwiegender Interessen anderer Beteiligter durch den Versuch, sich freiwillig

übernommener Verantwortung für die Gesellschaft (§ 43 GmbHG) und aller weiteren Pflichten zu entledigen, die besonders in wirtschaftlich schwierigen Situationen der Gesellschaft an das Amt ihres Geschäftsführers geknüpft sind. Angesichts der Personenidentität von Geschäftsführungs- und Willensorganen in der Gesellschaft sei im Interesse der Rechtssicherheit geboten, höhere Anforderungen an die Amtsniederlegung zu stellen; anderenfalls könnte der sein Amt niederlegende Geschäftsführer nach freiem Belieben das Vermögen der Gesellschaft dem Zugriff der Gläubiger entziehen, indem er die Gesellschaft durch seine Amtsniederlegung oder seine Abberufung handlungsunfähig mache (vgl. etwa BayObLG, BayObLGZ 1999, 171; MünchKomm-GmbHG/Stephan/Tieves, § 38 Rdnr. 58; *Krafka*, Registerrecht, Rdnr. 1093; jew. m. w. N. aus Rechtsprechung und Literatur).

Durch das MoMiG vom 23.10.2008 wurde mit Wirkung zum 1.11.2008 geregelt, dass es im Falle der Führungslosigkeit der Gesellschaft möglich ist, Willenserklärungen an diese gegenüber jedem Gesellschafter und an die im Handelsregister eingetragene inländische Geschäftsanschrift der Gesellschaft abzugeben sowie Schriftstücke dorthin zuzustellen, § 35 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2 und 3 GmbHG, wie auch dass im Falle der Führungslosigkeit der Gesellschaft auch jeder Gesellschafter verpflichtet ist, bei Vorliegen der Voraussetzungen Insolvenzantrag zu stellen, § 15a Abs. 3 InsO. Ob im Hinblick hierauf in den oben genannten Fällen weiterhin von der Unwirksamkeit einer Amtsniederlegung wegen Rechtsmissbrauchs auszugehen ist, wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich gesehen. Teilweise wird nach wie vor von der Unwirksamkeit einer Amtsniederlegung ausgegangen (OLG Bamberg, GmbHR 2017, 1144; OLG Düsseldorf, GmbHR 2015, 1271; OLG Frankfurt a. M., GmbHR 2015, 363; OLG München, GmbHR 2012, 796); teilweise wird – zumindest ohne die Feststellung eines Missbrauchs im konkreten Einzelfall – die Wirksamkeit der Amtsniederlegung bejaht und auf eine mögliche Schadensersatzhaftung des niederlegenden Geschäftsführers verwiesen (Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 38 Rdnr. 77; MünchKomm-GmbHG/Stephan/Tieves, § 38 Rdnr. 61 m. w. N.).

6. Im Streitfall hat nicht der einzige Geschäftsführer, der zugleich alleiniger Gesellschafter oder maßgeblicher Mehrheitsgesellschafter ist, sein Amt niedergelegt, ohne zugleich einen neuen Geschäftsführer zu bestellen. Vielmehr haben die Beteiligten zu 2 und zu 3, die die einzigen Geschäftsführer der Beteiligten zu 1 sind – jeweils unabhängig voneinander die Niederlegung ihres Amtes erklärt. Auch würde weder die Amtsniederlegung des Beteiligten zu 2 noch die des Beteiligten zu 3 zur Führungslosigkeit der Gesellschaft führen; diese würde vielmehr nur bei Wirksamkeit beider Amtsniederlegungen eintreten. Die Beteiligten zu 2 und zu 3 sind zudem weder die alleinigen Gesellschafter noch – für sich betrachtet – jeweils maßgebliche Mehrheitsgesellschafter.

Bei der entsprechenden Betrachtung kann allerdings – worauf das Registergericht zutreffend hingewiesen hat – der Umstand nicht unberücksichtigt bleiben, dass weitere Gesellschaftsanteile von der Gesellschaft selbst – der Beteiligten zu 1 – wie auch vom verstorbenen Gesellschafter K N gehalten werden bzw. wurden. Soweit die Beteiligte zu 1 eigene Anteile hält (vgl.

§ 33 GmbHG), ruhen ihre Gesellschafterrechte (BGH, Urteil vom 30.1.1995, II ZR 45/94, GmbHR 1995, 291). Die Erben des verstorbenen Gesellschafters K N sind mangels Aufnahme in die Gesellschafterliste gemäß §§ 16, 40 GmbHG bislang nicht legitimiert und zudem nach § 15 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags wohl nicht stimmberechtigt. Von daher geht der Einwand der Beschwerde fehl, die Wirksamkeit der Amtsniederlegung wäre „von der Abarbeitung des Erbfalls“ abhängig; es ist nicht ersichtlich, inwieweit eine solche „Abarbeitung“ – in deren Rahmen die Erben aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden konnten, kein Stimmrecht haben und nicht zu Geschäftsführern bestellt werden könnten – an der maßgeblichen Gesellschafterstruktur zum Zeitpunkt der Amtsniederlegungen und der registergerichtlichen Entscheidung hierüber etwas ändern würde.

Ohne Berücksichtigung der Gesellschaftsanteile der Beteiligten zu 1 und von K N verbleibt ein restliches Stammkapital von 18.750 €, wovon der Beteiligte zu 2 einen Geschäftsanteil von 4.750 € und der Beteiligte zu 3 Geschäftsanteile von insgesamt 9.000 € hält. Damit können diese beiden Beteiligten zwar für sich auch insoweit nicht als Mehrheitsgesellschafter bewertet werden, in der Zusammenschau beider Anteile indes schon. Eine derartige Zusammenschau hält der Senat im Hinblick auf die gleichzeitige parallele Amtsniederlegung für geboten.

Von daher stellt sich die Problematik einer Rechtsmissbräuchlichkeit der gleichzeitigen Amtsniederlegungen durchaus.

7. Im Rahmen der Beschwerde kann auch nicht isoliert die Frage der Wirksamkeit der Amtsniederlegung nur des Beschwerdeführers beurteilt werden (etwa mit dem Argument, dass nur dieser die ihn betreffende Zwischenverfügung angefochten habe und auch nach Amtsniederlegung des Beteiligten zu 3 und dessen Löschung im Handelsregister der Beteiligte zu 2 als weiterer Geschäftsführer verbleibe, die Gesellschaft somit nicht führungslos werde).

Wenn mehrere selbstständige registerfähige Tatsachen zur Eintragung angemeldet sind und zur gemeinsamen Erledigung vorliegen, dann sind sie gleichzeitig zu vollziehen, selbst wenn verschiedene, getrennt eingegangene Eintragungsanträge vorliegen; ein Teilvollzug (hier: lediglich der Anmeldung der Löschung des Beteiligten zu 3) als Geschäftsführer ist unzulässig (vgl. BayObLG, GmbHR 1994, 478; *Krafka*, Registerrecht, Rdnr. 187).

8. Die gleichzeitige Vollziehung beider Eintragungsanträge würde jedoch zur Führungslosigkeit der Gesellschaft führen, nachdem die Beteiligten zu 2 und zu 3 jeweils ihr Geschäftsführeramt niedergelegt haben, ohne dass zugleich ein neuer Geschäftsführer bestellt worden wäre. In Anbetracht der Gesellschafterstruktur der Beteiligten zu 1 und der Satzungsbestimmungen in §§ 6 und 15 des Gesellschaftsvertrags stünden aus dem Gesellschafterkreis auch keine anderen Geschäftsführer zur Verfügung, sodass insoweit lediglich die Bestellung eines Fremdgeschäftsführers in Betracht käme.

Die Beteiligten zu 2 und zu 3 – die einzigen Geschäftsführer – sind zudem im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtwürdigung gemeinsam als maßgebliche Mehrheitsgesellschafter zu werten (siehe oben III. 6.).

Mit dem Registergericht hält deshalb auch der Senat die nahezu zeitgleich erfolgten, gleichzeitig zur Registereintragung angemeldeten Amtsniederlegungen der Beteiligten zu 2 und zu 3 für rechtsmissbräuchlich und unwirksam.

Dem stehen die durch das MoMiG erfolgten Rechtsänderungen (siehe oben III. 5.) nicht entgegen. Zwar sind nunmehr Teilaspekte der führunglosen GmbH geregelt; es fehlen jedoch weiterhin Regelungen der Aktivvertretung einer führunglosen Gesellschaft. Im Hinblick darauf gebietet der Verkehrsschutz weiterhin, die Amtsniederlegungen als unwirksam zu bewerten.

9. Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist deshalb zurückzuweisen.

ANMERKUNG:

Von Notar Prof. Dr. **Alexander Krafka**,
Fürstentfeldbruck

Die Entscheidung behandelt eine Vielzahl spannender Fragen zur Amtsniederlegung organschaftlicher Vertreter, die sich bei richtiger Betrachtung des Falls nicht stellen. Sie ermöglichen es allerdings, ein wenig Licht auf ein unscheinbares Kapitel der Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit zu werfen, das weitgehend ein Schattendasein führt: den „Teilvollzug“.

Im Registerverfahren gibt der Antragsteller vor, was und in welcher Reihenfolge durch das Gericht einzutragen ist. Notwendigerweise zusammenhängende Tatsachen (wie die Änderung der allgemeinen Vertretungsregelung für Geschäftsführer einer GmbH aufgrund der entsprechenden Änderung des Gesellschaftsvertrags und diese selbst) müssen jedoch zusammen vollzogen werden, da andernfalls der Registerinhalt widersprüchlich wird. Man kann dies als „notwendigen Gesamtvollzug“ bezeichnen, der in der Natur der Sache liegt, weil nur ein solches Vorgehen dem Grundprinzip der Registerwahrheit entspricht. Nur diesen speziellen Fall des „notwendigen Gesamtvollzugs“ betraf die vom Senat als Nachweis angeführte Entscheidung des BayObLG,¹ die erweiternd so verstanden wird, dass dies auch dann gilt, wenn „verschiedene, getrennt eingegangene Eintragungsanträge vorliegen“. Letzteres meint die Selbstverständlichkeit, dass im Rahmen eines laufenden Registerverfahrens durch eine Antragsergänzung das möglicherweise übersehene Erfordernis einer weiteren anzumeldenden Tatsache durch einen erneuten Schriftsatz – also einen „verschiedenen, getrennt eingehenden Eintragungsantrag“ – nachgeholt werden kann.

Dagegen fasst der Senat die in verschiedenen Schriftsätzen und völlig unabhängig voneinander, mutmaßlich sogar ohne Wissen des jeweils anderen Anmeldenden eingegangenen Anträge zur Beseitigung der Stellung als Geschäftsführer zu einer Art „Antragsverbund“ zusammen und schließt sodann, dass im Sinne einer Gesamtbetrachtung der Teilvollzug nur einer der beiden angemeldeten Tatsachen ausgeschlossen ist. Dies steht mit der Idee der grundsätzlich antragsgebundenen Erledigung des Registerverfahrens nicht im Einklang.

Allgemein lässt sich dazu beschreiben, dass bei mehreren zur Eintragung in das Register angemeldeten Tatsachen ein gegen nur eine von ihnen bestehendes Hindernis den Vollzug der anderen – außer im Fall des beschriebenen „notwendigen Gesamtvollzugs“ – nicht stört. Dies gilt unabhängig davon, ob die Anmeldungen zusammen, also in einem Schriftsatz gemeinsam elektronisch übermittelt erfolgen oder in verschiedenen Akten. Im ersten Fall ist zwar regelmäßig davon auszugehen, dass nur der gemeinschaftliche Vollzug gewollt ist. Steht einem Teil einer so beantragten Eintragung ein Hindernis entgegen, ist damit auch der Vollzug im Übrigen nicht möglich, es sei denn, es wird ggf. auch nachträglich erklärt, dass der getrennte Vollzug zulässig ist. Gelangen die Anmeldungen dagegen mit verschiedenen Schriftsätzen oder in mehreren elektronischen Übermittlungen an das Gericht, hat dieses davon auszugehen, dass ein getrennter Vollzug erfolgen soll. So lag der Fall der hier besprochenen Entscheidung.

Der Senat hat dagegen die voneinander unabhängigen Anträge zu einem „Zwangsverbund“ vereint. Die Idee des Gesamtvollzugs mehrerer Anmeldungen ist es allerdings nicht, dem Gericht die beliebige Zusammenfassung unabhängig voneinander eingehender Anträge zu ermöglichen, sondern ausschließlich, dem Willen des Antragstellers nachzukommen, verschiedene Anträge einheitlich zu vollziehen, wie etwa das zeitgleiche Ausscheiden und die Neubestellung von organschaftlichen Vertretern. Die Behauptung, aus registerrechtlichen Gründen die Anträge zusammenfassen zu müssen, um die darin angemeldeten Umstände dann aufgrund ihrer einheitlichen Behandlung abzulehnen, erweist sich dagegen als sachwidrige Instrumentalisierung des Verfahrensrechts zur Ermöglichung der offensichtlich gewünschten materiellrechtlichen Konsequenzen. Ein solches Vorgehen setzt die aus der Zusammenfassung der Anträge folgende Wertung voraus, ohne sie begründen zu können und widerspricht zugleich den Grundsätzen des antragsgebundenen Eintragungsverfahrens. Variationen des Sachverhalts machen dies deutlich: Wie wäre der Fall zu beurteilen gewesen, wenn der als „Fall 3“ geführte Anmeldungsprozess sofort am 29.12.2020 vollzogen worden wäre, also noch vor der am 2.1.2021 eingetretenen Vollzugsfähigkeit von „Fall 4“? Hätte das Registergericht dann die als „Fall 3“ erfolgte Eintragung gemäß § 395 FamFG von Amts wegen löschen müssen? Was aber, wenn die Anmeldung von „Fall 4“ erst Monate später erfolgt? Wie lange also währt der zeitliche Zusammenhang eines potenziellen Zwangsverbunds? Der dem Senat vorliegende Ausnahmefall zufällig zeitgleich unerledigter, nicht miteinander zusammenhängender Anmeldungen verführt zwar zu der gewählten Gesamtbetrachtung, macht aber den Blick auf die dahinter verborgene Thematik des „Teil- und Gesamtvollzugs“ verschiedener Eintragungstatsachen umso notwendiger.

Mögen also die überaus sorgfältigen Ausführungen des Senats zur Rechtsmissbräuchlichkeit der Amtsniederlegungen überzeugen oder nicht – relevant wären sie nur gewesen, wenn die Anträge in einem einzigen Schriftsatz eingegangen wären. Selbst dann hätte den Beteiligten der Weg eines freiwilligen „Teilvollzugs“ offen gestanden, mit der Folge, dass zumindest eine der beiden Amtsniederlegungen wirksam wird.

¹ BayObLG, Beschluss vom 31.3.1994, 3 Z BR 23/94, GmbHR 1994, 478,

16. Antrag auf Eintragung der Beendigung der Liquidation einer Gesellschaft trotz laufenden Besteuerungsverfahrens

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.8.2020, I-3 Wx 117/20 mitgeteilt von **Peter von Wnuck-Lipinski**, Richter am OLG a. D.

FamFG § 378 Abs. 2, § 379 Abs. 2 Satz 1

GmbHG § 73 Abs. 1, § 74 Abs. 1 und 2

InsO § 15a

LEITSATZ:

Zum Gesuch des Liquidators einer aufgelösten GmbH auf Eintragung, dass die Liquidation der Gesellschaft beendet, die Firma erloschen sei und Bücher und Schriften der Gesellschaft von ihm als letztem Liquidator verwahrt würden (hier: vom Senat missbilligte Ablehnung der Eintragung durch das Registergericht wegen fehlender Vollzugsreife mit Blick auf vom FA noch durchzuführende „steuerliche Veranlagungsarbeiten“).

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die betroffene Gesellschaft ist im Jahre 2018 aufgelöst worden. Dieser Umstand ist mit der Aufforderung an die Gläubiger der Gesellschaft, sich bei ihr zu melden, unter dem 8.8.2018 im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlicht worden.

2 Mit notariell beglaubigter Erklärung vom 22.8.2019 hat der Liquidator zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet: Die Liquidation der Gesellschaft sei beendet, die Firma sei erloschen, Bücher und Schriften der Gesellschaft würden von ihm als letztem Liquidator verwahrt. Am gleichen Tage hat die Gesellschaft beantragt, dem Eintragungsantrag zu entsprechen. Daraufhin hat das Registergericht das zuständige FA angeschrieben und gebeten mitzuteilen, ob hinsichtlich der Gesellschaft noch steuerliche oder sonstige vermögensrechtliche Angelegenheiten abzuwickeln seien und wie lange dies voraussichtlich dauern werde, ansonsten sei beabsichtigt, das Erlöschen im Register einzutragen. Das FA hat geantwortet (10.9.2019), es werde gebeten, die Firma nicht vor dem 31.12.2022 [sic] zu löschen, weil nach Aktenlage ausschüttungsfähiges Vermögen nicht ausgeschlossen werden könne.

3 In der Folgezeit ist es zu weiterer Korrespondenz des Gerichts mit der Gesellschaft einerseits, dem FA andererseits gekommen. Erstere hat zunächst unter Bezugnahme auf Rechtsprechung des Senats die Bestätigung der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft vom 13.11.2019 zur Akte gereicht, wonach die Abschlussbilanz der betroffenen Gesellschaft ein Eigenkapital von null € aufweise und an die Gesellschafter ausschüttungsfähiges Vermögen nicht existiere, die Gesellschaft mithin vermögenslos sei. Auf Hinweis des Registergerichts, die Löschung sei aus seiner Sicht nur dann unzulässig, wenn noch (verteilungsfähiges) Aktivvermögen feststellbar sei, offene Verbindlichkeiten stünden nicht entgegen, hat das FA alsdann mit Datum vom 20.1.2020 unter nochmaliger Nennung der besagten Frist mitgeteilt, es seien noch Verwaltungsakte zuzustellen, außerdem liege laut eingereichter Bilanz vom

30.5.2018 ein steuerliches Einlagekonto von rund 410.000 € vor, sodass Ausschüttungen nicht ausgeschlossen werden könnten. Die Gesellschaft hat erwidert, die Existenz des vorgenannten und vor Erstellung der Abschlussbilanz aufgelösten Kontos sei im gegebenen Zusammenhang belanglos, maßgeblich sei die Abschlussbilanz. Das FA wiederum hat entgegen dem 24.4.2020 abschließend die Frist vom Jahresende 2022 aufgegriffen, auf zuzustellende Verwaltungsakte verwiesen und ausgeführt, die Veranlagungsarbeiten zur Liquidation seien noch nicht abgeschlossen.

4 Letztlich hat das Registergericht durch die angefochtene Entscheidung den Eintragungsantrag zurückgewiesen, weil laut zuständigem FA noch steuerliche Veranlagungsarbeiten durchzuführen seien.

5 Gegen diesen ihr am 29.5.2020 zugestellten Beschluss wendet sich die betroffene Gesellschaft mit ihrem am 16.6.2020 bei Gericht eingegangenen Rechtsmittel, zu dessen Begründung sie unter anderem einen Bericht einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft über das Rumpfgeschäftsjahr 2019 und die Prüfung des Jahresabschlusses per 7.8.2019 vorlegt.

6 Das Registergericht hat mit weiterem Beschluss vom 23.6.2020 erklärt, es helfe dem Rechtsmittel nicht ab und lege die Sache dem OLG als Beschwerdegericht zur Entscheidung vor.

7 Der Senat hat das FA gebeten, die mit seinem Schreiben vom 24.4.2020 geäußerten Bedenken zu konkretisieren; eine Rückäußerung ist nicht erfolgt.

(...)

9 II. Das Rechtsmittel der betroffenen Gesellschaft – der einlegende Notar hat sich ausdrücklich auf § 378 Abs. 2 FamFG bezogen – ist infolge der vom Registergericht ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe dem Senat zur Entscheidung angefallen, § 68 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 FamFG. Es ist als befristete Beschwerde statthaft und insgesamt zulässig, § 58 Abs. 1 i. V. m. § 382 Abs. 3, § 59 Abs. 2, § 61 Abs. 1, § 63 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1, § 64 Abs. 1 und 2 FamFG.

10 Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Der Vollzugsreife des Eintragungsantrages stehen die Äußerungen des FA nicht entgegen.

11 1. Der Senat hat in der Vergangenheit den Standpunkt vertreten, zwar sei im Grundsatz eine Liquidation nicht beendet, wenn ein die Gesellschaft betreffendes Besteuerungsverfahren noch nicht abgeschlossen sei; anders lägen die Dinge aber, wenn die Gesellschaft den Geschäftsbetrieb endgültig eingestellt habe, über kein Vermögen mehr verfüge und allenfalls Steuernachforderungen in Rede stünden (in NJW-RR 2017, 810 f. und NZG 2020, 264 f.). Diese Rechtsprechung ist teilweise zustimmend (*von Rintelen*, RNotZ 2017, 185 f.; ihr folgend auch: *Baumbach/Hueck/Haas*, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 74 Rdnr. 2 a. E.; *MünchKomm-GmbHG/H.-F. Müller*, 3. Aufl. 2018, § 74 Rdnr. 3 sowie im Ergebnis *Henssler/Strohn/Büteröwe*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 74 GmbHG Rdnr. 3), teilweise distanzierend (*BeckOK-GmbHG/Lorscheider*, Stand: 1.5.2020, § 74 Rdnr. 3; *Wicke*, GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 74 Rdnr. 2) aufgenommen worden.

12 Auf diesen Grundlagen lässt sich hier eine Vollzugsreife nicht in Abrede stellen. Das Sperrjahr nach § 73 Abs. 1 GmbHG ist – inzwischen lange – abgelaufen. Ausweislich des mit der Beschwerdebegründung überreichten Wirtschaftsprüferberichts (...) hatte die Gesellschaft nach dem Versiegeln von Fördergeldern per Ende 2002 alle laufenden Verträge gekündigt und ihre operative Geschäftstätigkeit eingestellt, Überlegungen zu deren Wiederaufnahme seit 2012 zerschlugen sich und im Mai 2018 beschlossen die Gesellschafter die Auflösung; wirtschaftlich betrachtet, hat die betroffene Gesellschaft ihren Geschäftsbetrieb seit Jahren eingestellt. Verteilungsfähiges Vermögen ist nach dem bezeichneten Bericht nicht zutage getreten; im Rumpfgeschäftsjahr wurden keine Umsatzerlöse erzielt, sondern nur Rückstellungen aufgelöst, die liquiden Mittel zum Abschlussstichtag reichten lediglich aus, bestehende restliche Verbindlichkeiten sofort zu begleichen (...). Berechtigterweise verweist die betroffene Gesellschaft darauf, dass es sich bei dem von der Finanzverwaltung angeführten steuerlichen Einlagekonto um eine reine Rechengröße handelt, anhand deren bestimmt wird, ob Ausschüttungen an die Gesellschafter von diesen (!) zu versteuern sind (Betrag der Einlagen, die von den Gesellschaftern über das Stammkapital hinaus der Kapitalgesellschaft zugeflossen sind, in welchem Umfang Auszahlungen der Gesellschaft an die Gesellschafter steuerfrei erfolgen können; Wikipedia).

13 2. Demgegenüber können zumindest im hier gegebenen Fall etwa ausstehende Veranlagungsarbeiten und Zustellungserfordernisse im Veranlagungsverfahren nicht gegen die Vollzugsreife angeführt werden.

14 Allerdings hat das KG gegen die Rechtsprechung des hiesigen Senats eingewandt: Eine Liquidation sei noch nicht beendet, wenn ein Besteuerungsverfahren noch nicht abgeschlossen sei, das FA es aber noch abschließen wolle; auf eine vom Liquidator versicherte Vermögenslosigkeit der Gesellschaft komme es insoweit nicht an. Seien Gläubiger vorhanden, und zu diesen könne auch das FA gehören, müsse ihnen Gelegenheit gegeben werden, ihre Ansprüche geltend zu machen, bzw. den Liquidatoren, ihren gesetzlichen Pflichten, etwa nach § 15a InsO, nachzukommen. Dabei gehörten zum Gesellschaftsvermögen auch Haftungsansprüche gegen die Organe (KG, NZG 2019, 1294 f.; dezidiert abl.: *H. Schmidt*, FGPrax 2019, 212-214).

15 Doch zum einen betraf die Entscheidung des KG einen Fall der Löschung vor Ablauf des Sperrjahres, in dem den dargestellten Gesichtspunkten ein deutlich größeres Gewicht zukommt, als bei der hier beantragten Eintragung nach Ablauf des Jahres. Zum anderen ist darauf hinzuweisen, dass am vorliegenden Verfahren die Finanzverwaltung nicht als Gläubiger beteiligt worden ist, sondern – wie vom Registergericht in der angefochtenen Entscheidung richtig bemerkt – im Wege der Anhörung, nämlich zur Auskunft zum Zwecke der Verhütung unrichtiger Registereintragungen nach § 379 Abs. 2 Satz 1 FamFG. Dann jedoch vermag die Stellungnahme des FA der Eintragung nur entgegenzustehen, wenn sie für das Gericht tragfähig erscheinen kann. Das ist hier nicht der Fall. Zunächst hat sich das FA, ohne dies gesondert zu begründen, von Anfang an ein Zuwarten mit der Eintragung von tatsächlich (seinerzeit) mehr als drei Jahren ausbedungen, wohinge-

gen der Liquidator mit dem Erhalt der letzten Steuerbescheide „etwa im Frühjahr 2020“ rechnet (...). Sodann hat es Anhaltspunkte für vorhandenes Gesellschaftsvermögen aufgezeigt, die aus Rechtsgründen unerheblich und sogar geeignet waren, in die Irre zu führen. Der sich anschließende Hinweis auf Abwicklungsmaßnahmen ist ganz pauschal geblieben, und dies trotz Bitte des Senats um Konkretisierung.

16 3. Bei dieser Lage ist es gleichwohl nicht eröffnet, das Registergericht zur Eintragung anzuweisen. Denn hiermit würde sich der Senat über die Einschätzungsprärogative des Vordergerichts zum Erfordernis weiterer Maßnahmen vor Eintragung hinwegsetzen; dann aber ist zu entscheiden, wie geschehen.

17 Denkbar erscheint unter anderem – dies einzig zu Argumentationszwecken angesprochen –, dass sich das Registergericht gehalten sieht, in Wahrnehmung seiner Amtsermittlungspflicht nach § 26 FamFG ausnahmsweise eine ergänzende Versicherung des Liquidators anzufordern, wie sie sonst in Fällen der „Blitzlöschung“ vor Ablauf des Sperrjahres üblich ist (beispielsweise: Gesellschaftsvermögen durch Gläubigerbefriedigung erschöpft, keine Verbindlichkeiten und keine Rechtsstreitigkeiten mehr, kein Insolvenzgrund, Geschäftsanteile waren voll eingezahlt).

18 III. Im Hinblick auf den Erfolg des Rechtsmittels ist weder eine Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens, noch eine Wertfestsetzung von Amts wegen veranlasst. Auch erübrigt sich eine Zulassung der Rechtsbeschwerde, weil diese von der betroffenen Gesellschaft als einziger Beteiligten mangels Beschwer ohnehin nicht in zulässiger Weise eingelegt werden könnte.

17. Keine analoge Anwendung von § 30 Abs. 1 HGB auf Eintragungen im Vereinsregister

OLG Stuttgart, Beschluss vom 12.5.2020, 8 W 146/20

HGB § 30 Abs. 1, § 57 Abs. 2

LEITSÄTZE:

- Keine analoge Anwendung des § 30 Abs. 1 HGB auf Eintragungen im Vereinsregister mangels Vorliegens einer planwidrigen Regelungslücke. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- Die verschiedenen Betätigungsbereiche zwischen Handelsgesellschaften und eingetragenen Vereinen, die dem Grunde nach auch im Verständnis eines durchschnittlich versierten Teilnehmers am Geschäftsverkehr verankert sind, sprechen gegen eine Verwechslungsgefahr und damit gegen eine auf das Vereinsregister übergreifende Anwendung des § 30 Abs. 1 HGB. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

- Mit der vom Notar (...) beglaubigten Anmeldung vom 12.2.2020 beantragten die alleinvertretungsberechtigten Ge-

schäftsführer der Komplementärin Geschäftsführungs (...) (gleichzeitig in der Funktion als die gesamtvertretungsberechtigten Vorstandsmitglieder des X-e. V.) sowie der Aufsichtsratsvorsitzende, der stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende und die Aufsichtsratsmitglieder der Antragstellerin die Anmeldung der neu gegründeten X-GmbH & Co. KGaA beim AG – Registergericht – Ulm unter der Firma X-GmbH & Co. KGaA. Der Anmeldung lag zugrunde, dass der X-e. V. seinen wirtschaftlichen Geschäftsbereich „Profi-Fußball“ bestehend aus dem Spielbetrieb der 1. Herren Fußball-Mannschaft als Gesamtheit mit allen Rechten und Pflichten auf die dadurch neu gegründete GmbH & Co. KGaA übertragen hat. Als persönlich haftende Gesellschafterin wurde die (...) Geschäftsführung GmbH bezeichnet.

Mit Zwischenverfügung vom 3.4.2020 wies das Registergericht auf ein Eintragungshindernis der zur Eintragung angemeldeten X-GmbH & Co. KGaA hin: Die Unterscheidbarkeit der Firmenbezeichnung gemäß § 30 HGB zwischen der angemeldeten X-GmbH und Co. KGaA zu dem noch weiter bestehenden Verein sei nicht gewahrt. Der bloße Rechtsformzusatz sei zur Unterscheidbarkeit nicht ausreichend. Zudem gelte § 30 HGB auch im Verhältnis zwischen Firmen- und Vereinsnamen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde vom 3.4.2020 des beurkundenden Notars, mit der er darauf verweist, dass in der vorliegenden Konstellation eine unmittelbare Anwendung von § 30 HGB nicht in Betracht komme und auch die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung dieser Vorschrift nicht gegeben seien. Das AG – Registergericht – Ulm half der Beschwerde nicht ab und legte das Verfahren mit Beschluss vom 14.4.2020 dem OLG Stuttgart vor.

II. 1. Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere ist sie nach § 374, § 382 Abs. 4 Satz 2, § 58 FamFG statthaft. Der beurkundende Notar ist gemäß § 378 Abs. 2 FamFG befugt, namens und in Vollmacht der Anmeldeberechtigten gegen die Zwischenverfügung des AG – Registergerichts – Ulm vom 3.4.2020 Beschwerde einzulegen (Keidel/Heinemann, FamFG, 20. Aufl. 2019, § 378 Rdnr. 6 und Rdnr. 14). Der Gebrauch der von ihm verwandten Formulierung „lege ich Beschwerde ein“ ist demnach unschädlich (Keidel/Heinemann, FamFG, § 378 Rdnr. 14). Zudem ist im Schreiben vom 30.4.2020 des Vorstands des ausgliedernden Vereins nochmals klarstellend auf die Beschwerdebegründung des beurkundenden Notars Bezug genommen worden.

2. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

a. Mit einer Zwischenverfügung nach § 382 Abs. 4 FamFG darf nur aufgegeben werden, ein dem Vollzug der Anmeldung entgegenstehendes Hindernis zu beheben mit der Folge, dass nach der Behebung die Anmeldung so wie sie vorliegt, vollzogen wird. Die inhaltliche Abänderung einer Anmeldung bzw. die Vornahme einer inhaltlich anderen Anmeldung kann dagegen nicht Inhalt einer Zwischenverfügung sein (OLG Oldenburg, FGPrax 2016, 218; OLG Zweibrücken, Rpfleger 2012, 547; OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2015, 727; OLG Stuttgart, NZG 2018, 1264; OLG Frankfurt a. M., FGPrax 2018, 1264; *Krafka*, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, S. 70-72 Rdnr. 166 ff.). Die Beanstandung des Registergerichts, die angemeldete Firma unterscheide sich nicht von dem Vereinsnamen X-e. V., impliziert die inhaltliche Änderung der ursprünglichen An-

meldung und nicht nur deren Ergänzung (vgl. OLG Frankfurt a. M., FGPrax 2018, 1264). Die Rechtsauffassung der Rechtspflegerin als richtig unterstellt, hätte die Anmeldung ohne Weiteres zurückgewiesen werden müssen. Schon aus diesem Grund ist die angegriffene Entscheidung fehlerhaft.

b. Vorsorglich sieht sich der Senat in sachlicher Hinsicht zum Geltungsbereich des § 30 Abs. 1 HGB zu folgenden Anmerkungen veranlasst:

Die Regelung des § 30 HGB gilt für alle in das Handels- oder Genossenschaftsregister eingetragenen Firmen unabhängig von der Rechtsform des betriebenen Handelsgeschäfts und ihrer Zulässigkeit nach den §§ 17 ff. HGB und verlangt eine deutliche Unterscheidbarkeit aller Firmen an demselben Ort. Normzweck ist der Schutz des Rechtsverkehrs vor der Verwendung verwechslungsfähiger Firmen und soll die Identifizierbarkeit der Unternehmensträger, etwa für Klageerhebungen und sonstige Zustellungen sicherstellen (vgl. BeckOK-HGB/Bömeke, HGB, Stand: 15.1.2020, § 30 Rdnr. 1; Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, 39. Aufl. 2020, § 30 Rdnr. 1; MünchKomm-HGB/Heidinger, 4. Aufl. 2016, § 30 Rdnr. 1). Anders als bei Partnerschaftsgesellschaften (§ 2 Abs. 2 PartGG) fehlt es bei der korrespondierenden Regelung zum Namensrechts des Vereins nach § 57 Abs. 2 BGB gerade an einem Verweis auf § 30 HGB. Diese Unterscheidung erklärt sich aus der Zielsetzung der Partnerschaftsgesellschaft, die den Zusammenschluss Angehöriger freier Berufe zur Ausübung ihrer Berufe verfolgt, und der strukturellen Nähe zur Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (GbR). Nach dem Wortlaut der Norm scheidet eine ins Vereinsregister übergreifende Kontrolle des Firmennamens aus.

Eine analoge Anwendung des § 30 Abs. 1 HGB auf Eintragungen im Vereinsregister kommt allerdings in der vorliegenden Konstellation nicht in Betracht, da es aus Sicht des Senats schon an der Voraussetzung einer planwidrigen Regelungslücke fehlt. Der Gesetzgeber hat mit dem Änderungsgesetz vom 9.10.1973 (BGBl. 1, S. 1451, 1463) die Reichweite des § 30 HGB um das Genossenschaftsregister erweitert, ohne jedoch die damals schon bekannte Streitfrage einer Unterscheidbarkeit zu Eintragungen im Vereinsregister aufzugreifen (MünchKomm-HGB/Heidinger, § 30 Rdnr. 10).

Ferner rechtfertigt auch der vom Registergericht angeführte Gleichlauf des Schutzzweckes in den Regelungen des § 30 HGB und § 57 Abs. 2 BGB, wonach einer Verwechslungsgefahr im öffentlichen Interesse vorgebeugt werden soll, allein noch keine analoge oder entsprechende Anwendung des § 30 Abs. 1 HGB. Die verschiedenen Betätigungsbereiche zwischen Handelsgesellschaften und eingetragenen Vereinen, die dem Grunde nach auch im Verständnis eines durchschnittlich versierten Teilnehmers am Geschäftsverkehr verankert sind, sprechen gegen eine Verwechslungsgefahr und damit gegen eine auf das Vereinsregister übergreifende Anwendung des § 30 Abs. 1 HGB (so auch Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, Rdnr. 6; BeckOK-HGB/Bömeke, § 30 Rdnr. 15; Oetker/Schlingloff, HGB, 6. Aufl. 2019, § 30 Rdnr. 6; ebenfalls in der Tendenz ablehnend Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. 2020, § 30 Rdnr. 7). Hinzu kommt, dass durch den räumlich beschränkten Ansatz des Gesetzes („an denselben Ort“) ohnehin nur ein teilweiser

Schutz verwirklicht werden kann und dies ist nach dem Regelungsgehalt des Gesetzes auch so hinzunehmen ist (MünchKomm-HGB/Heidinger, § 30 Rdnr. 1). Allein die Möglichkeit, das Vereinsregister elektronisch zu betreiben (§ 55a BGB) mit der Folge, dass damit ein Datenabgleich für das Registergericht nunmehr in tatsächlicher Hinsicht erleichtert sein mag (vgl. Kögel, Rpfleger 2012, 131), kann eine Kontrolle etwaiger Firmenkollisionen mit dem Vereinsregister nicht rechtfertigen. Aus den genannten Gründen sind die Voraussetzungen auch einer analogen oder entsprechenden Anwendung des § 30 HGB auf die vom Registergericht beanstandete fehlende Unterscheidbarkeit der angemeldeten Firma und der Vereinsbezeichnung nicht zu erkennen.

Dem steht auch nicht die Entscheidung des OLG Stuttgart vom 21.9.1921 (OLGE 42, 21 1) entgegen, wonach sich auch eine im Handelsregister eingetragene GmbH von den Namen der am demselben Ort bestehenden eingetragenen Vereinen deutlich unterscheiden müsse. Die Entscheidung beruht wesentlich auf der Erwägung, dass der „sinnfällige“ Teil der jeweiligen Bezeichnung („Bauhütte Göppingen“, Bauhütte soziale Baugesellschaft mbH“) unterschiedslos für die GmbH als auch den Verein vom Publikum gebraucht werde und die Zusätze wie GmbH und e. V. nicht stets ein notwendiges Unterscheidungsmerkmal bilden würden. Dem ist nicht zu folgen, da der Verein dem Zusatz „eingetragener Verein“ oder abgekürzt „e. V.“ führen muss (Palandt, 79. Aufl. 2020, § 65), sodass eine ausreichende Unterscheidbarkeit im Rechtsverkehr gegeben ist und insoweit der Schutzzweck des § 30 HGB und § 57 Abs. 2 BGB hinreichend gewahrt ist.

ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Daniel Widmann**, LL.M. (LUISS), Passau

1. Entscheidung

Im vorliegend zu besprechenden Fall hatte sich das OLG Stuttgart mit einem im heutigen Fußball beliebten Prozedere zu beschäftigen, nämlich der Ausgliederung des Geschäftsbereichs „Profifußball“ eines eingetragenen Vereins auf eine Kapitalgesellschaft – hier: eine Kommanditgesellschaft auf Aktien. Diese Rechtsform scheint im Bereich des Profisports und auch der Familiengesellschaften aus ähnlichen Gründen derzeit ihre ganz eigene Renaissance zu erleben.

Hintergrund einer solchen Ausgliederung im Profisportbereich sind in der Regel verbesserte Finanzierungsmöglichkeiten und ein Ausbrechen aus der für Investoren eher unattraktiven Rechtsform des eingetragenen Vereins. Zum (vermeintlichen) Wettbewerbsschutz ist einer Kapitalgesellschaft allerdings nur die Lizenz zur Teilnahme am deutschen Profifußballbetrieb zu erteilen, wenn der Mutterverein weiterhin die Mehrheit der Stimmanteile hält und der Einfluss der Investoren damit begrenzt ist (sog. „50+1“-Regel, § 16 Abs. 3 der Satzung des Deutschen Fußball-Bundes). Ist der Mutterverein oder eine von ihm beherrschte Tochter Komplementär der KGaA mit uneingeschränkter Geschäftsführungsbefugnis, so ist eine mehrheitliche Beteiligung am Kapital der KGaA nicht erforderlich und das für Investoren zur Verfügung stehende Volumen größer als etwa bei der Aktiengesellschaft.

Die genannten Vorteile will scheinbar auch der X-e.V. nutzen. Die Eintragung der neuen X-GmbH & Co. KGaA lehnte das zuständige Registergericht jedoch im Wege der Zwischenverfügung mit der Begründung ab, der Name des eingetragenen Vereins und die Firma der Kommanditgesellschaft auf Aktien seien nicht unterscheidbar im Sinne des § 30 Abs. 1 HGB. Die Norm finde auch im Verhältnis zwischen Vereinsregister und Handelsregister Anwendung und stünde der Eintragung entgegen.

Die gegen die Zwischenverfügung erhobene Beschwerde war erfolgreich. Die Zwischenverfügung sei bereits auf Grundlage von § 382 Abs. 4 FamFG unzulässig, da bei unterstellter Richtigkeit der Rechtsansicht des Handelsregisters ein *nicht behebbares* Eintragungshindernis bestünde und die Anmeldung unmittelbar zurückgewiesen werden hätte müssen. Das OLG Stuttgart führte überdies in materieller Hinsicht weiter aus, dass § 30 Abs. 1 HGB weder in direkter noch in analoger Anwendung die handelsregisterliche Kontrolle auf Eintragungen im Vereinsregister ausweite.

2. Einordnung

Dem OLG Stuttgart ist jedenfalls de lege lata beizupflichten. § 30 Abs. 1 HGB besagt ausdrücklich, dass sich jede neue Firma sich von allen an demselben Ort oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handelsregister oder in das Genossenschaftsregister eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden muss. Der Anwendungsbereich ist damit ausdrücklich auf das Handelsregister und das Genossenschaftsregister sowie den Abgleich zwischen den beiden genannten Registern begrenzt.

Die Voraussetzungen einer analogen Anwendung auf den Abgleich zwischen Vereinsregister und Handelsregister liegen mangels Planwidrigkeit einer etwaigen Regelungslücke ebenfalls nicht vor. Die Ergänzung „oder in das Genossenschaftsregister“ geht zurück auf eine Änderung im Jahre 1973. Die bereits damals geführte Diskussion um das Verhältnis zum Vereinsregister wurde nicht aufgegriffen.¹ Auch das Partnerschaftsgesellschaftsgesetz von 1994 ordnet in § 2 Abs. 2 die entsprechende Anwendbarkeit von § 30 HGB an – eine Klarstellung im Rahmen von § 57 Abs. 2 BGB unterblieb jedoch. Von Planwidrigkeit kann daher mit dem OLG Stuttgart nicht ausgegangen werden.

Auch die Frage der vergleichbaren Interessenlage wird vom OLG Stuttgart verneint. Es stellt sich auf den Standpunkt, die verschiedenen Betätigungsbereiche zwischen Handelsgesellschaften und eingetragenen Vereinen, die dem Grunde nach auch im Verständnis eines durchschnittlich versierten Teilnehmers am Geschäftsverkehr verankert sind, sprächen gegen eine Verwechslungsgefahr und damit gegen eine auf das Vereinsregister übergreifende Anwendung des § 30 Abs. 1 HGB. Hier dürfte das OLG aber in der Tendenz irren, das zeigt gerade der gegenständliche Fall: Ob nämlich der durchschnittliche Besucher eines Fußballspiels beim nächsten Stadionbesuch bemerken oder gar für von Relevanz befinden wird, dass er sein Ticket nun von einer Kapi-

¹ So auch das OLG Stuttgart mit Verweis auf MünchKomm-HGB/Heidinger, 5. Aufl. 2021, § 30 Rdnr. 10.

talgesellschaft erworben hat, dürfte zu bezweifeln sein. Er wird auch kaum seinen Fan-Schal um den Zusatz „KGaA“ ergänzen.

Es bleibt daher festzuhalten: Der Beschluss des OLG Stuttgart ist auch aus materiellrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden, auch wenn man nicht jede Begründungslinie mittragen muss.

3. Ausblick

Für die Zukunft stünde es dem Gesetzgeber gut zu Gesicht, das Regelungskonzept der § 30 Abs. 1 HGB, § 57 Abs. 2 BGB und § 2 Abs. 2 PartGG zu überdenken. Die Maßgeblichkeit gleichlautender Firmen „an demselben Ort oder in derselben Gemeinde“ dürfte mit fortschreitender Digitalisierung weiter abnehmen, sodass der bezweckte Schutz des Rechtsverkehrs durch registergerichtliche Kontrolle letztlich leerlaufen könnte. Nach Ansicht des Autors wäre das im Rahmen der Reform des Personengesellschaftsrechts angedachte Gesellschaftsregister ein geeigneter Anlass, auch die Frage der Unterscheidbarkeit von Firmen und Namen der verschiedenen Gesellschaften über die Register und über den satzungsmäßigen Sitz hinweg neu zu denken.

BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

18. Voraussetzungen für die Entgegennahme von Geld zur Verwahrung durch einen Notar

BGH, Urteil vom 16.11.2020, NotSt(Brfg) 2/19
(Vorinstanz: KG, Urteil vom 14.5.2019, Not 6/18)

BeurkG a. F. § 54 Abs. 2 Nr. 1
BeurkG § 57 Abs. 2 Nr. 1

LEITSÄTZE:

1. **Dem Notar steht bei der Prüfung der Frage, ob ein berechtigtes Sicherungsinteresse für eine Hinterlegung von Geld auf einem Notaranderkonto besteht, ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu.**
2. **Dementsprechend kommt ein Einschreiten der Dienstaufsicht nur in eindeutigen Fällen in Betracht, etwa wenn der Notar seinen Beurteilungsspielraum ersichtlich nicht ausgeübt oder überschritten hat oder sich allein von dem nicht berechtigten Wunsch der Beteiligten hat leiten lassen. Der Aufsichtsbehörde ist es verwehrt, ihr eigenes Beurteilungsermessen an die Stelle derjenigen des Notars zu setzen.**

SACHVERHALT:

1 I. Der Kläger ist seit 1986 als Rechtsanwalt zugelassen. Seit Anfang 1996 ist er Notar mit Amtssitz in Berlin.

2 Nach einer turnusmäßigen Prüfung seiner Amtsgeschäfte Anfang 2017 leitete die Präsidentin des LG ein Disziplinarverfahren gegen den Kläger ein. Gegenstand waren Beanstandungen im Zusammen-

hang mit verschiedenen vom Kläger übernommenen Verwahrungsgeschäften.

3 Im Berufungsverfahren geht es noch um folgende Vorgänge:

4 1. Am 21.4.2016 beurkundete der Kläger zu UR-Nr. 393/2016 einen Vertrag über die Veräußerung einer damals in Abteilung III des Grundbuchs unbelasteten Eigentumswohnung nebst zweier – ebenso lastenfreier – Stellplätze zum Kaufpreis von insgesamt 780.000 €. Davon war ein „erster Kaufpreisteilbetrag“ i. H. v. 50.000 € binnen 14 Tagen seit der Beurkundung auf einem Notaranderkonto des Klägers zu hinterlegen. Dieser Betrag sollte im Zeitpunkt der (näher konkretisierten) Fälligkeit des – im Übrigen direkt zu zahlenden – Restkaufpreises auf ein Konto des Verkäufers gezahlt werden. In § 2 Nr. III Abs. 3 der Vertragsurkunde heißt es weiter:

„Zahl der Käufer einen Kaufpreisteilbetrag bei jeweiliger Fälligkeit nicht, kann der Verkäufer vom Vertrag zurücktreten, wenn er dem Käufer erfolglos eine Frist von 7 Kalendertagen zur Zahlung bestimmt hat. (...) Sofern der Verkäufer aus diesem Grund vom Vertrag zurücktritt, hat er Anspruch auf einen pauschalen – und abschließenden – Schadensersatz i. H. v. 50.000 €. Der Notar wird von den Vertragsparteien – einseitig nicht widerruflich – angewiesen, in diesem Fall die bei ihm hinterlegte Anzahlung an den Verkäufer auszukehren.“

5 2. Bereits am 11.1.2016 zu UR-Nr. 52/2016 hatte der Kläger in ähnlicher Weise einen Kaufvertrag über ein mit einem Mehrfamilienhaus bebautes Grundstück zum Preis von 2.150.000 € beurkundet, demzufolge ebenfalls ein „erster Kaufpreisteilbetrag“ von 300.000 € auf einem Anderkonto des Klägers zu hinterlegen war, der bei Fälligkeit auszukehren war und im Fall eines berechtigten Rücktritts der Verkäuferin als pauschaler Schadensersatz verfallen sollte (§ 2 Ziffer IV Abs. 4 der Vertragsurkunde).

6 3. Am 11.7.2016 beurkundete der Kläger zu UR-Nr. 713/2016 einen Vertrag über den Kauf und die Abtretung eines Gesellschaftsanteils an einer GmbH zu einem Kaufpreis von 4.025.000 €. Auch hier vereinbarten die Parteien die Abwicklung des Vertrags über ein Anderkonto des Klägers. In § 2 Abs. 2 der Urkunde ist Folgendes geregelt:

„Auf Verlangen des Verkäufers hat der Käufer den Kaufpreis bereits auf dem Notaranderkonto mit der Bezeichnung (...) zu treuen Händen des Notars hinterlegt, was der Notar hiermit bestätigt.“

Der Notar wird von den Vertragsparteien unwiderruflich angewiesen, den Kaufpreis innerhalb von drei Bankarbeitstagen nach Unterzeichnung dieses Anteilskaufvertrages auf das Konto (...) [Verkäufer] auszus zahlen.“

7 Gemäß § 3 der Urkunde sollte die Abtretung des Geschäftsanteils aufschiebend bedingt auf den Tag der vollständigen Auszahlung des Kaufpreises vom Notaranderkonto (Übertragungsstichtag) erfolgen.

8 4. Ferner beurkundete der Kläger in der Zeit zwischen August und Oktober 2015 im Zusammenhang mit verschiedenen Verträgen über die Veräußerung von Baugrundstücken nebst Miteigentumsanteilen an Gemeinschaftsflächen eine Reihe von – gleichzeitig abgeschlossenen – sog. „Erschließungsvereinbarungen“ zwischen den Käufern der jeweiligen Grundstücke („Erschließungsnehmern“) und einer mit der Verkäuferin verbundenen Gesellschaft („Erschließungsgeberin“). Darin verpflichtete sich die Erschließungsgeberin, Maßnahmen zur Erschließung der Baugrundstücke (Verlegung von Hauptversorgungsleitungen, Hausanschlussleitungen, Telefonanschluss etc.) gegen ein jeweils vereinbartes Entgelt von 25.000 € zu erbringen. Im Gegenzug hatten die Erschließungsnehmer das für die Baumaßnahmen zu entrichtende Entgelt auf einem Anderkonto des Klägers zu hinterlegen. Die die Erschließungsverträge betreffenden Urkunden (UR-Nr. 759/15, 810/15, 894/15, 918/15, 920/15 und 967/15) enthalten jeweils folgende Passage:

„Der Notar belehrt darüber, dass der Erschließungsvertrag auch ohne Hinterlegung des Entgelts auf einem Notaranderkonto abgewickelt werden könnte. Weil der Erschließungsnehmer ein

besonderes Interesse daran hat, dass die Erschließung seines Baugrundstücks alsbald erfolgt, und der Erschließungsgeber zur Durchführung der Erschließungsleistungen nur bereit ist, wenn das Entgelt sichergestellt ist, wünschen die Parteien die Abwicklung über ein Notaranderkonto.“

9 5. Alle aufgeführten Verträge wurden problemlos abgewickelt.

10 II. Wegen der dem Kläger angelasteten Dienstpflichtverletzungen – unter anderem wegen des Vorwurfs, Gelder zur Verwahrung entgegen genommen zu haben, ohne dass ein berechtigtes Sicherungsinteresse bestanden habe – erteilte ihm die Präsidentin des LG mit Disziplinarverfügung vom 17.4.2018 einen Verweis und verhängte eine Geldbuße von 3.500 €.

11 Dagegen richtet sich die Anfechtungsklage des Klägers, mit der er – soweit im Berufungsverfahren noch von Bedeutung – dem Vorwurf, Verwahrungsgeschäfte ohne berechtigtes Sicherungsinteresse vorgenommen zu haben, entgegentritt.

12 1. Er hat geltend gemacht, einem Notar stehe bei der Frage, ob im Einzelfall ein berechtigtes Sicherungsinteresse für ein Verwahrungsgeschäft vorliege, ein Beurteilungsspielraum zu, der nicht vollumfänglich überprüfbar sei. Disziplinarrechtliche Maßnahmen seien nur dann zulässig, wenn der Notar formularmäßig und ohne berechtigtes Sicherungsinteresse Anderkonten verwende. Seine Standardvertragsmuster sähen jedoch generell Direktzahlungen vor. Eine Anderkontenregelung nehme er stets nur ausnahmsweise aufgrund der von den Parteien genannten besonderen Umstände des Einzelfalls in die Verträge auf. Dies ergebe sich auch aus dem Verhältnis zwischen der Anzahl der Urkundenummern pro Jahr und den angelegten Anderkonten. In der Sache zu UR-Nr. 393/2016 sei die aus Russland stammende Verkäuferin, die es aus ihrer Heimat gewohnt gewesen sei, dass die Zahlung bereits bei Vertragsschluss entweder direkt erfolge oder bei einem Treuhänder hinterlegt werde, äußerst misstrauisch gewesen. Die Vertragsparteien seien daher übereingekommen, dass die erste Teilzahlung von 50.000 € zur Sicherung der tatsächlichen Kaufpreiszahlung auf ein Notaranderkonto gezahlt werde. Durch den pauschalen Schadensersatz habe die Käuferin gleichfalls dazu angehalten werden sollen, den restlichen Kaufpreis zu zahlen, um die Anzahlung nicht zu verlieren. Ohne die vereinbarte, auf das Anderkonto zu leistende Teilzahlung wäre die Verkäuferin nicht bereit gewesen, weiteren Kaufinteressenten – die den gesamten Kaufpreis zu hinterlegen bereit gewesen seien – abzusagen. Der dem Kaufvertrag zu UR-Nr. 52/16 zugrunde liegende Sachverhalt sei gleichgelagert gewesen.

13 Bei dem Anteilskauf gemäß UR-Nr. 713/2016 habe sein erster Vertragsentwurf zwar kein Notaranderkonto vorgesehen. Die Beteiligten hätten sich jedoch auf die Hinterlegung des Kaufpreises verständigt. Trotz Hinweises auf die Kosten und den nicht erkennbaren Sicherungszweck hätten sie mitgeteilt, die Verkäuferin sei nicht bereit, den Kaufvertrag zu beurkunden, wenn nicht die Käuferin – die mit einem weit unterhalb des Kaufpreises liegenden Stammkapital ausgestattet gewesen sei – zuvor den Kaufpreis hinterlegt hätte.

14 Die Erschließungsverträge könnten nicht losgelöst von den jeweiligen Grundstückskaufverträgen betrachtet werden. Es sei eine schnellstmögliche Erschließung gewünscht worden, damit die Käufer die Grundstücke hätten bebauen können. Aus diesem Grund hätten auch die Kaufverträge eine Zahlung des Kaufpreises über ein Anderkonto und eine unmittelbare Übergabe der Grundstücke samt Nutzen- und Lastenübergang am Tag nach vollständiger Kaufpreishinterlegung vorgesehen. Beide Verträge hätten miteinander stehen und fallen sollen. Die grundsätzlich bestehende Endfälligkeit des Werklohns nebst der erforderlichen Abnahme der Leistung besagten nichts darüber, ob und wie der Anspruch abgesichert werden dürfe.

15 2. Das KG hat unter Abweisung der weitergehenden Klage die Disziplinarverfügung des Beklagten teilweise dahin abgeändert, dass es die Geldbuße auf 2.000 € herabgesetzt hat. Der Vorwurf, der Kläger hätte Gelder zur Verwahrung entgegengenommen, ohne dass dafür ein berechtigtes Sicherungsinteresse bestanden habe, sei nicht begründet.

16 3. Mit der von der Vorinstanz zugelassenen Berufung verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag – soweit er erfolglos geblieben ist – weiter.

17 Das KG habe die den Beurkundungen zu UR-Nr. 52/2016 und 393/2016 zugrunde liegenden Sachverhalte nicht umfassend gewürdigt. In Bezug auf die Urkunde zu UR-Nr. 393/2016 habe es den Inhalt eines E-Mail-Schreibens der die Verkäuferin vertretenden Rechtsanwältin vom 3.4.2016 nicht berücksichtigt. Danach sei es der Verkäuferin nur um die Sicherung möglicher Schadensersatzansprüche gegangen und nicht um eine Anzahlung im Sinne einer teilweise vorgezogenen Erfüllung der Kaufpreisschuld. Die Anzahlung sichere zudem nicht die Zug-um-Zug-Abwicklung des Kaufvertrags, sondern allein die Interessen des Verkäufers für den Fall eines vertragswidrigen Verhaltens des Käufers. Das Sicherungsinteresse des Käufers entstehe erst durch das Verlangen des Verkäufers nach einer Anzahlung zur Sicherung von potenziellen Sekundäransprüchen. Bei dem Liegenschaftskaufvertrag zur UR-Nr. 52/2016 lägen die Dinge nicht anders. Die sog. Druckfunktion, die die Anzahlung für den Käufer hinsichtlich weiterer Kaufpreisschulden entfalte, könne die Hinterlegung nicht rechtfertigen.

18 Im Fall des Geschäftsanteilskauf- und -abtretungsvertrags zur UR-Nr. 713/2016 hätte die Abwicklung ebenso gut objektiv durch die auf die Kaufpreiszahlung aufschiebend bedingte Abtretung gesichert werden können. Es sei nicht um die sichere Abwicklung der gewollten Transaktion gegangen, sondern allein darum, dem Wunsch der Verkäuferin nach Hinterlegung des Kaufpreises Rechnung zu tragen. Der Aspekt, dass das Stammkapital der – vermutlich erst zur Durchführung des Geschäfts gegründeten – Gesellschaft zur Begleichung des Kaufpreises nicht ausreichend gewesen sei, sei nicht geeignet, die Durchführung des Vertrags als überdurchschnittlich unsicher erscheinen zu lassen. Die Höhe des Stammkapitals besage für sich genommen nichts über die Wahrscheinlichkeit der Kaufpreiszahlung.

19 Den Erschließungsverträgen habe eine besondere Konstellation zugrunde gelegen. Hätte sich hingegen die Verkäuferin – der der Wertzuwachs zugutegekommen wäre – den Käufern gegenüber selbst zur Erbringung der Erschließungsleistungen verpflichtet, wäre die Makler- und Bauträgerverordnung anwendbar gewesen. Hiernach hätte allenfalls für die letzte Kaufpreisschuld ein berechtigtes Sicherungsinteresse bejaht werden können. Erst die Aufspaltung des beabsichtigten Geschäfts in den Grundstückskauf- und den Erschließungsvertrag habe dazu geführt, dass die Makler- und Bauträgerverordnung nicht anzuwenden gewesen sei. Die Auszahlungsanweisungen trügen den berechtigten Sicherungsinteressen der Erschließungsnehmer darüber hinaus nicht hinreichend Rechnung.

Sie verkürzten – indem sie auf die Fertigstellung und nicht die Abnahme abstellten – deren Rechte für den Fall der nicht mangelfreien Herstellung des Werks.

20 Der Beklagte beantragt,

unter Abänderung des Urteils des KG die Klage gegen die Disziplinarverfügung der Präsidentin des LG Berlin vom 17.4.2018, NotRev II D IV F SH 1/17 insgesamt abzuweisen.

21 Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

22 Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

24 Die zulässige Berufung des Beklagten ist nicht begründet. Ein über die vom Kläger der Sache nach akzeptierten Vorwürfe hinausgehender weiterer schuldhafter Pflichtverstoß wegen der Entgegennahme von Geldern zur Verwahrung trotz fehlenden berechtigten Sicherungsinteresses ist ihm nicht zur Last zu legen.

25 I. Das KG (veröffentlicht in RNotZ 2019, 492) hat – soweit für das Berufungsverfahren von Bedeutung – ausgeführt, bei dem nach objektiven Kriterien zu bestimmenden „berechtigten Sicherungsinteresse“ handele es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Voraussetzungen der Notar eigenverantwortlich unter Abwägung der an ihn herangetragenen Wünsche der Beteiligten und einer Prognose der künftigen Abwicklungsmöglichkeiten im jeweiligen Einzelfall zu prüfen habe. Dabei stehe ihm ein nur eingeschränkt nachprüfbarer Beurteilungsspielraum zu. Entgegen der Auffassung des Klägers seien disziplinarrechtliche Maßnahmen aber nicht auf solche Fälle beschränkt, in denen der Notar die Abwicklung über ein Notaranderkonto regelmäßig ohne berechtigtes Sicherungsinteresse vorsehe. Dass nach dem Willen des Gesetzgebers formularmäßige Abwicklungen über Notaranderkonto vermieden werden sollten, stehe der Ahndung einer amtspflichtwidrigen Verwahrung im Einzelfall nicht grundsätzlich entgegen. Bei den fraglichen Urkundengeschäften habe jedoch ein berechtigtes Sicherungsinteresse bestanden. In den Fällen der UR-Nr. 393/2016 und 52/2016 habe die – jeweils auf das Notaranderkonto geleistete – Anzahlung nicht nur der Sicherung eines pauschalierten Schadensersatzanspruchs, sondern auch der Teilerfüllung der Hauptleistungspflicht des jeweiligen Käufers gedient. Es könne daher offengelassen werden, ob auch die Sicherung von Sekundäransprüchen die Verwahrung hätte rechtfertigen können. Nur für den Fall des Rücktritts des jeweiligen Verkäufers wegen nicht rechtzeitiger Zahlung des Kaufpreises habe nach erfolgloser Nachfristsetzung ein pauschalierter Schadensersatzanspruch entstehen sollen. Hätte der Vertrag hingegen aus von dem Verkäufer zu vertretenden Gründen nicht durchgeführt werden können, wäre dem jeweiligen Käufer ein – anderenfalls ungesicherter – Anspruch auf Rückzahlung der Anzahlung entstanden. Es sei daher naheliegend gewesen, die Hinterlegung der Anzahlung auf dem Anderkonto des Klägers vorzusehen. Ein berechtigtes Sicherungsinteresse im Zusammenhang mit dem Unternehmenskaufvertrag zu UR-Nr. 713/2016 habe in dem – durch die geringe Kapitalausstattung der Erwerberin – begründeten Risiko gelegen, dass der Vertrag letztlich doch nicht durchgeführt werde. Dem Kläger könne auch in Bezug auf die von ihm beurkundeten Erschließungsvereinbarungen nicht vorgeworfen werden, dass kein berechtigtes Sicherungsinteresse für die Verwahrung der jeweiligen Werklohnforderung bestanden habe. Durch die Sicherheit werde die Vorleistungspflicht des Werkunternehmers nicht berührt. Der Kläger habe davon ausgehen dürfen, dass die gesetzlichen Regelungen dem Sicherungsinteresse der Erschließungsgeberin nur unvollkommen entsprochen hätten. Auch die dem Kläger erteilten Auszahlungsanweisungen widersprächen nicht dem gesetzlichen Leitbild des Werkvertrags.

26 II. Diese Ausführungen halten einer Überprüfung im Ergebnis stand. Ein Dienstvergehen (§ 95 BNotO), das – zusammen mit den weiteren der Sache nach nicht angegriffenen Pflichtverletzungen – eine höhere Geldbuße als 2.000 € rechtfertigen würde, liegt nicht vor.

27 1. Nach § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG (in der Fassung des Dritten Gesetzes zur Änderung der BNotO und anderer Gesetze vom 31.8.1998, BGBl. I, S. 2585, 2595 [a. F.]; jetzt [inhaltlich unverändert] § 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG, eingefügt durch Art. 2 Nr. 17 des Gesetzes zur Neuordnung der Aufbe-

wahrung von Notariatsunterlagen und zur Einrichtung des elektronischen Urkundenarchivs bei der BNotK sowie zur Änderung weiterer Gesetze vom 1.6.2017, BGBl. I, S. 1396, 1407 [n. F.]) darf der Notar Geld zur Verwahrung nur entgegennehmen, wenn hierfür ein berechtigtes Sicherungsinteresse der am Verwahrungsgeschäft beteiligten Personen besteht. Hierdurch sollte einer „formularmäßig“ vorgesehenen – kostenpflichtigen – Verwahrung entgegengewirkt und die Zahl der Verwahrungsgeschäfte reduziert werden (Begründung des Entwurfs des Dritten Gesetzes zur Änderung der BNotO und anderer Gesetze vom 21.3.1996, BT-Drucks. 13/4184, S. 37 f.; *Renner*, NotBZ 2008, 142 m. w. N.; *Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler*, BNotO, 8. Aufl., § 23 Rdnr. 49). Bis zum Erlass dieser Regelung bestand vor allem im norddeutschen Raum eine weit verbreitete, aber beträchtlichen Haftungsrisiken unterliegende Praxis, Grundstückskaufverträge unterschiedslos über Notaranderkonto abzuwickeln. Dies sollte unterbunden und die direkte Abwicklung als Standardmodell implementiert werden (vgl. zum Beispiel BNotK-Rundschreiben 1/1996 vom 11.1.1996 [zum Regierungsentwurf der später in Kraft getretenen Textfassung des § 54 a BeurkG], abgedruckt bei *Weingärtner/Gassen/Sommerfeldt*, DONot, 13. Aufl., Anhang 5; bestätigt durch Rundschreiben 31/2000 vom 4.9.2000; vgl. auch Verlautbarung der Notarkammer Hamm und des Präsidenten des OLG Hamm, u. a. abgedruckt in ZNotP 2002, 137 f.; OLG Celle, RNotZ 2011, 367, 371; OLG Frankfurt a. M., BeckRS 2014, 16741 Rdnr. 101; *Renner*, NotBZ 2008, 142, 145; *Grziwotz/Heinemann/Grziwotz*, Beurkundungsgesetz, 3. Aufl., § 57 Rdnr. 5). Die Frage des berechtigten Sicherungsinteresses ist daher vor allem beim Grundstückskauf von Bedeutung, kann sich aber auch in anderen Konstellationen stellen (*Frenz/Miermeister/Hertel*, Bundesnotarordnung, 5. Aufl., § 57 BeurkG Rdnr. 23; *Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler*, BNotO, § 23 Rdnr. 49).

28 a) Ob ein berechtigtes Sicherungsinteresse besteht, ist nach objektiven Kriterien zu bestimmen (BT-Drucks. 13/4184, a. a. O.; OLG Celle, a. a. O.; *Frenz/Miermeister/Hertel*, Bundesnotarordnung, § 57 BeurkG Rdnr. 6; *Ganter/Hertel/Wöstmann/Hertel*, Handbuch der Notarhaftung, 4. Aufl., Rdnr. 1569; *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, 8. Aufl., § 57 BeurkG Rdnr. 9; *Tönnies*, ZNotP 1999, 419, jew. m. w. N.; abweichend: *Möhrle*, DB 2000, 605; *Tröder*, ZNotP 1999, 462 f.; *Weingärtner*, DNotZ 1999, 393, 395). Es steht mithin nicht zur Disposition der Beteiligten (*Ganter/Hertel/Wöstmann/Hertel*, Handbuch der Notarhaftung, Rdnr. 1569).

29 Ein berechtigtes Sicherungsinteresse ist anzunehmen, wenn eine Absicherung der Beteiligten allein durch die notarielle Verwahrung gewährleistet ist oder diese gegenüber der Direktzahlung zumindest deutlich erleichtert, die Verwahrung mithin ein „Plus an Sicherheit“ bietet (vgl. zum Beispiel *Frenz/Miermeister/Hertel*, Bundesnotarordnung, § 57 BeurkG Rdnr. 7; *Ganter/Hertel/Wöstmann/Hertel*, Handbuch der Notarhaftung, Rdnr. 1568; *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, § 57 BeurkG Rdnr. 10). Dies ist etwa der Fall, wenn bei einer direkten Abwicklung eine Absicherung der Beteiligten nur durch Gewährung von Sicherheiten außerhalb des Vertragsobjekts oder durch Einschaltung eines anderen Treuhänders möglich

wäre (Ganter/Hertel/Wöstmann/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, Rdnr. 1568). Das Sicherungsinteresse fehlt, wenn das Geschäft ebenso gut ohne die Einschaltung eines Notars im Wege der Direktzahlung abgewickelt werden könnte (BT-Drucks. 13/4184, a. a. O.; OLG Celle, a. a. O. sowie BeckRS 2010, 22387 unter II. 2. a); Hertel, jew. a. a. O.; Winkler, Beurkundungsgesetz, 19. Aufl., § 57 Rdnr. 10; Grziwotz/Heinemann/Grziwotz, Beurkundungsgesetz, § 57 Rdnr. 5). Der demgegenüber vertretenen Auffassung, eine Abwicklung über ein Notaranderkonto sei auch dann zulässig, wenn es eine nur „gleichwertige Sicherheit“ biete (etwa Weingärtner, a. a. O.; allgemein kritisch zur Direktzahlung Möhrle, a. a. O., 606), ist schon deswegen nicht zu folgen, weil anderenfalls dem Anliegen des Gesetzgebers, die Zahl der Verwahrungsgeschäfte zu reduzieren, nicht hinreichend Rechnung getragen werden würde.

30 Allein der einvernehmliche Wunsch der Beteiligten nach einer Verwahrung genügt daher nicht (so auch Verlautbarung der Notarkammer Hamm und des Präsidenten des OLG Hamm, a. a. O.; Handreichung der Schleswig-Holsteinischen Notarkammer zur ordnungsgemäßen Durchführung von Verwahrungsgeschäften gemäß §§ 54a-54e BeurkG, Stand: Mai 2002; Frenz/Miermeister/Hertel, Bundesnotarordnung, § 57 BeurkG Rdnr. 6; Ganter/Hertel/Wöstmann/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, Rdnr. 1568; Winkler, Beurkundungsgesetz, § 57 Rdnr. 10; BeckOGK-BeurkG/Franken, § 57 Rdnr. 7; Kilian/Sandkühler/Elsing, Praxishandbuch Notarrecht, 3. Aufl., § 13 Rdnr. 17; Brambring, DNotZ 1999, 381, 384; Lerch, Beurkundungsgesetz, 5. Aufl., § 54a Rdnr. 2; abweichend zum Beispiel Weingärtner, a. a. O.; einschränkend auch Grziwotz/Heinemann/Grziwotz, Beurkundungsgesetz, § 57 Rdnr. 5 f.; Blaeschke, RNotZ 2005, 330, 349). Dies schließt indessen nicht von vornherein aus, dass bei der Bestimmung des objektiven Sicherungsinteresses auch subjektive Elemente (etwa Geschäftsgewandtheit, Alter, Krankheit oder Ortsabwesenheit) eine Rolle spielen können (vgl. Handreichung der Notarkammer Schleswig-Holstein, a. a. O.; BeckOGK-BeurkG/Franken, § 57 Rdnr. 8).

31 b) Ein berechtigtes Sicherungsinteresse an einer Verwahrung ist unter Berücksichtigung dieser Grundsätze in Anlehnung an die von der BNotK (Rundschreiben 1/1996) und einigen Ländernotarkammern (Notarkammer Hamm, a. a. O.; Notarkammer Schleswig-Holstein, a. a. O.) entwickelten Fallgruppen, denen sich auch die Vertreter der Literatur (vgl. zum Beispiel Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, § 23 Rdnr. 53; Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, § 57 BeurkG Rdnr. 14; Frenz/Miermeister/Hertel, Bundesnotarordnung, § 57 BeurkG Rdnr. Rdnr. 9 ff.; BeckOGK-BeurkG/Franken, § 57 Rdnr. Rdnr. 13 ff.) und die obergerichtliche Rechtsprechung (vgl. KG, MittBayNot 2005, 430, 431; OLG Bremen, MittBayNot 2005, 428, 429) – von Abweichungen im Detail abgesehen – im Wesentlichen angeschlossen haben, in folgenden (nicht abschließenden) Konstellationen regelmäßig zu bejahen: Verringerung des Vorleistungsrisikos einer Vertragspartei, Sicherung einer Mehrheit von Grundpfandgläubigern, die zu einer Abstimmung untereinander nicht bereit sind, freihändige Veräußerung eines Grundstücks während eines Zwangsversteigerungsverfahrens, Einbehalt eines Teils der

Gegenleistung als Sicherheit oder Fälle, in denen von vornherein Probleme bei der Abwicklung, verbunden mit der Gefahr des Scheiterns des Vertrags, zu erwarten sind (vgl. zum Beispiel Handreichung der Schleswig-Holsteinischen Notarkammer, a. a. O.; Verlautbarung der Notarkammer Hamm und des Präsidenten des OLG Hamm, a. a. O.; Brambring, a. a. O., 388 ff.; ders., DNotZ 1990, 615 ff, 621; Winkler, Beurkundungsgesetz, § 57 Rdnr. 16 ff.; BeckOGK-BeurkG/Franken, § 57 Rdnr. 12 ff.; Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, § 57 BeurkG Rdnr. 14).

32 Demgegenüber rechtfertigen die typischerweise bei der Abwicklung eines jeden (Immobilien-)Kaufvertrags bestehenden allgemeinen Risiken regelmäßig keine notarielle Verwahrung (vgl. zum Beispiel Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, § 57 BeurkG Rdnr. 13). Beim Grundstückskaufvertrag wird ein Sicherungsinteresse daher grundsätzlich zu verneinen sein, wenn das verkaufte Grundstück lastenfrei ist, die Belastungen vom Käufer übernommen oder sie vom Verkäufer mit eigenen Mitteln zur Löschung gebracht werden, wenn der Käufer den Kaufpreis aus eigenen Mitteln aufbringen kann oder nur ein finanzierender und/oder ein abzulösender Gläubiger vorhanden ist (vgl. zum Beispiel BNotK, Rundschreiben 1/1996, a. a. O. S. 710, Brambring, DNotZ 1999, 386 f; Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, § 23 Rdnr. 54; Ganter/Hertel/Wöstmann/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, Rdnr. 1590).

33 c) Fehlt ein berechtigtes Sicherungsinteresse hat der Notar die Amtspflicht, die Verwahrungstätigkeit abzulehnen (Brambring, a. a. O., 383; Winkler, Beurkundungsgesetz, § 57 Rdnr. 10; anders zum Beispiel Grziwotz/Heinemann/Grziwotz, Beurkundungsgesetz, § 57 Rdnr. 5 f.).

34 Allerdings steht dem Notar bei der Auslegung des Begriffs des „berechtigten Sicherungsinteresse“ – ein unbestimmter Rechtsbegriff (vgl. zum Beispiel Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, § 23 Rdnr. 52; Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, § 57 BeurkG Rdnr. 10) – ein aufgrund der sachlichen Unabhängigkeit seiner Amtsführung (§ 1 BNotO) von der Dienstaufsicht nur beschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu (vgl. Senat, Beschlüsse vom 14.12.1992, NotZ 3/91, DNotZ 1993, 465, 467 und vom 13.12.1971, NotZ 2/71, BGHZ 57, 351, 354; OLG Celle, RNotZ 2011, 371; Frenz/Miermeister/Hertel, Bundesnotarordnung, § 57 BeurkG Rdnr. 8; Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, § 57 BeurkG Rdnr. 22; Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, § 23 Rdnr. 52). Insoweit hat er in jedem Einzelfall die vorhandenen Interessen abzuwägen und zu bewerten sowie eine Prognose der künftigen Abwicklungsmöglichkeiten vorzunehmen (vgl. Zimmermann, DNotZ 2000, 164, 166; Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, § 23 Rdnr. 52). Da die in der Praxis auftretenden Konstellationen und die möglichen Motive für die gewählte Vertragsgestaltung ganz unterschiedlich sein können, darf die Dienstaufsicht einen Verstoß gegen § 54a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG a. F./§ 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG n. F. nur in eindeutigen Fällen beanstanden (Renner,

NotBZ 2008 S.145, Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, § 57 BeurkG Rdnr. 22; Zimmermann, a. a. O., 167; Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, § 23 Rdnr. 52). Ein Pflichtverstoß wird vor allem – aber nicht ausschließlich – dann in Betracht zu ziehen sein, wenn sich Anzeichen für eine formularmäßig systematische Vorgehensweise wegen einer atypisch häufig vorkommenden Verwahrungstätigkeit ergeben (vgl. Ganter/Hertel/Wöstmann/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, Rdnr. 1571; Frenz/Miermeister/Hertel, Bundesnotarordnung, § 57 BeurkG Rdnr 8) oder es sich um eine sonstige eindeutige Fallgestaltung handelt, in der eine Verwahrung keine bessere Absicherung der Beteiligten bedeutet. Solche Umstände werden üblicherweise nahelegen, dass der Notar den ihm zukommenden Beurteilungsspielraum nicht genutzt oder ihn überschritten hat. Der Aufsichtsbehörde ist es aber verwehrt, ihr eigenes Beurteilungsermessen an die Stelle desjenigen des Notars zu setzen (Rack, ZNotP 2008, 474, 478). Hat der – mit dem Einzelfall und den Beteiligten vertraute – Notar daher auf der Basis einer von ihm vorgenommenen Risikoprognose das Vorliegen eines berechtigten Sicherungsinteresses bejaht, ist ein rational nachvollziehbares Ergebnis als Ausdruck notarieller Unabhängigkeit zu akzeptieren (vgl. auch BNotK Rundschreiben 31/2000 vom 4.9.2000; Verlautbarung der Notarkammer Hamm und des Präsidenten des OLG Hamm, a. a. O., S. 137; Rack, a. a. O.). Selbst wenn ein Fall vorliegt, in dem normalerweise eine Abwicklung ohne Notaranderkonto angezeigt ist, kann daher nicht von vornherein unterstellt werden, der Notar habe keine – seinem Beurteilungsspielraum unterfallende – Prüfung vorgenommen (Zimmermann, a. a. O.).

35 Entgegen der Auffassung des Klägers wird es dem eindeutigen Wortlaut und dem Sinn und Zweck der Vorschrift des § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG a. F. (§ 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG n. F.) jedoch nicht gerecht, die Annahme eines Dienstvergehens allein auf die Fälle zu beschränken, in denen der betroffene Notar in seiner Praxis eine standardisierte („formularmäßige“) Einrichtung von Notaranderkonten bei der Abwicklung von (Immobilienkauf-)Verträgen vornimmt. Dies würde zudem die Gefahr in sich bergen, dass die gebotene Beurteilung des Einzelfalls – ungeachtet der ohnehin bestehenden Abgrenzungsschwierigkeiten – durch eine abstrakte Betrachtung der Anzahl der Verwahrungsgeschäfte ersetzt werden würde.

36 2. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze kann dem Kläger im Ergebnis ein disziplinarrechtlicher Vorwurf nicht gemacht werden.

37 Anhaltspunkte für eine systematische Verwendung von Notaranderkonten lassen sich in Bezug auf das vom Kläger geführte Notariat – mit einem regelmäßigen Geschäftsanfall von mehr als 1.000 Urkunden pro Jahr – nicht feststellen. Die beanstandeten Verwahrungsgeschäfte betreffen im Verhältnis zu dem gesamten Geschäftsvolumen des Klägers nur wenige Fälle, in denen zudem streitig ist, ob der Kläger das berechnete Sicherungsinteresse der Beteiligten zu Recht bejaht hat oder nicht. Aber auch die – drei unterschiedliche Konstellationen betreffenden – konkret beanstandeten Fälle lassen keine eindeutigen bzw. keine schuldhaften Verstöße gegen das Erfordernis des berechtigten Sicherungsinteresses erkennen.

38 a) Grundstückskaufverträge (UR-Nrn. 393/2016 und 52/2016):

39 aa) Der der Beurkundung vom 21.4.2016 (UR-Nr. 393/2016) zugrunde liegende Sachverhalt zeichnete sich dadurch aus, dass die verkaufte Eigentumswohnung – ebenso wie die Stellplätze – in Abteilung III des Grundbuchs lastenfrei war. Bei dieser Konstellation stand nach den oben aufgezeigten Grundsätzen der direkten Abwicklung des Kaufvertrags an sich nichts im Wege. Allerdings hatten die Beteiligten eine – binnen einer Frist von 14 Tagen nach der Beurkundung zu leistende und damit von der Eintragung der Auflassungsvormerkung unabhängige – Anzahlung der Käuferin auf den Kaufpreis vereinbart, weshalb insoweit für die Käuferin zumindest zeitweilig die Gefahr einer ungesicherten Vorleistung bestand (vgl. dazu auch Renner, NotBZ 2008, S. 144). Wie das KG zu Recht angenommen hat, erfolgte die Verwahrung daher ungeachtet des Wunsches der Verkäuferin, zugleich eine etwaige zukünftige Schadensersatzforderung abzusichern, gerade auch zugunsten der Käuferin. Eine solche Anzahlung zu vereinbaren, stand zur Disposition der Beteiligten. Dass es sich dabei im Ergebnis um ein – rechtlich zulässiges – wirtschaftliches Druckmittel des Verkäufers handelte, das den Käufer zu ordnungsgemäßer Vertragserfüllung anhalten sollte, stand der Hinterlegung nicht entgegen, sondern begründete gerade ein Interesse daran.

40 Die Vorinstanz hat insoweit zu Recht offengelassen, ob die Sicherung etwaiger Sekundäransprüche ein berechtigtes Interesse an einer notariellen Verwahrung begründen kann. Dass die Klausel – wie der Beklagte behauptet – tatsächlich nicht der Sicherung der Anzahlung auf die Kaufpreisschuld, sondern allein des (pauschalisierten) Schadensersatzanspruchs zugunsten der Verkäuferin dienen sollte, lässt sich auch unter Berücksichtigung des in Bezug genommenen E-Mail-Verkehrs nicht feststellen. Dagegen spricht nicht nur die Bezeichnung der zu hinterlegenden Anzahlung als „erster Kaufpreisteilbetrag“, sondern auch, dass das Interesse der Urkundsbeteiligten üblicherweise vorrangig auf eine erfolgreiche Abwicklung des geschlossenen Vertrages gerichtet sein wird. Soweit in dem E-Mail-Schreiben der die Verkäuferin vertretenden Rechtsanwältin vom 3.4.2016 der Wunsch formuliert worden ist, im Fall der nicht ordnungsgemäßen Vertragserfüllung möglicherweise entstehende Schäden durch die Hinterlegung der ersten Kaufpreisrate abzusichern, steht dies dem gleichzeitigen Bedürfnis der Beteiligten – insbesondere der Käuferin –, die Anzahlung abzusichern, nicht entgegen. Im Übrigen hat die Käuferin – selbst wenn es der Verkäuferin subjektiv nur um den Schadensersatzanspruch gegangen wäre – objektiv auf den Kaufpreis gezahlt.

41 Der Frage, ob die Verwendung der Vertragsklausel durch den Kläger, soweit sie auch der Sicherung einer pauschalen Schadensersatzleistung in beträchtlicher Höhe für den Fall des Rücktritts des Verkäufers wegen Zahlungsverzugs des Käufers diene, eine Verletzung seiner Amtspflichten aus § 17 Abs. 1 BeurkG, § 14 Abs. 2 und 3 BNotO begründete, braucht der Senat nicht weiter nachzugehen. Denn solche Verstöße sind nicht Gegenstand der angefochtenen Disziplinarverfügung.

42 bb) Der Hinterlegung der Anzahlung im Zusammenhang mit dem Geschäft zu UR-Nr. 52/2016 vom 11.1.2016 über ein

in Berlin belegenes und mit einem Mehrfamilienhaus bebautes Grundstück zum Kaufpreis von 2.150.000 € lag ein vergleichbarer Sachverhalt zugrunde, für den die vorstehenden Erwägungen entsprechend gelten.

43 cc) Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger unabhängig von der konkreten Situation bei der Beurkundung ähnlicher Verträge regelmäßig und ohne Einzelfallprüfung entsprechende Anzahlungsklauseln nebst Hinterlegung vorgesehen hat, was die Gefahr der systematischen Begünstigung von institutionellen Verkäufern gegenüber den – häufig in einer schlechteren Verhandlungsposition befindlichen – (nicht gewerblichen) Käufern, die auf diese Weise von der Rückabwicklung eines Vertrages abgehalten werden könnten, in sich bergen könnte, gibt es nicht.

44 b) Gesellschaftsanteilskaufvertrag (UR-Nr. 713/2016):

45 In Bezug auf den Anteilskauf- und -abtretungsvertrag über einen Gesellschaftsanteil an einer GmbH zum Preis von rund 4 Mio. € war – ungeachtet grundsätzlich bestehender Zweifel – die Annahme eines objektiv berechtigten Sicherungsinteresses an der Hinterlegung des Kaufpreises auf der Grundlage nachfolgender Umstände von dem Beurteilungsspielraum des Klägers gedeckt: Die Kaufvertragsverhandlungen hatten sich – wie auch den Handakten zu entnehmen ist – über einen Zeitraum von mehr als einem Jahr hingezogen. Für den Unternehmenskauf gab es mehrere Interessenten. Das Stammkapital der Käufergesellschaft lag deutlich unter dem Kaufpreis. Eine Finanzierungszusage einer Bank gab es nicht.

46 Ein eindeutiger Verstoß, der ein Einschreiten der Dienstaufsicht geboten hätte, ergibt sich trotz des in § 3 des Unternehmenskaufvertrages vereinbarten durch die Kaufpreiszahlung aufschiebend bedingten Übergangs der Gesellschaftsanteile vor diesem Hintergrund nicht. Der Beklagte bestreitet diesbezüglich zu Unrecht, dass der Verkäufer unter den geschilderten Umständen nicht bereit war, den Vertrag ohne die vorherige Hinterlegung des Kaufpreises abzuschließen. Dieses – in der gegebenen Situation nachvollziehbare – Verlangen ergibt sich schon aus dem Urkundeninhalt (§ 2 Abs. 2 der Urkunde: „Auf Verlangen des Verkäufers hat der Käufer den Kaufpreis [...] bereits hinterlegt [...].“). Wenn der Kläger unter Berücksichtigung dieser konkreten Einzelfallumstände eine gesteigerte Gefahr des Scheiterns des Vertrages bejaht hat, ist dies ausnahmsweise nicht zu beanstanden. In einem solchen Fall kann sich die subjektive Weigerung eines Vertragsbeteiligten zu einem objektiven Sicherungsinteresse verdichten, etwa wenn – trotz entsprechender Belehrung – kein Vertragsschluss möglich ist, weil der Beteiligte vermeintliche Gefahren sieht (vgl. Ganter/Hertel/Wöstmann/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, Rdnr. 1587). Dass die Dienstaufsicht die Sach- und Rechtslage nunmehr anders bewertet als der Kläger, macht sein Vorgehen nicht dienstpflichtwidrig.

47 Die vor Vertragsschluss und damit ohne Verwahrungsanweisung erfolgte Entgegennahme von Geldern, die von dem Beklagten mit der Disziplinarverfügung ebenfalls beanstandet worden ist (Masse 20/2016), ist hingegen nicht mehr Teil des Berufungsverfahrens.

48 c) Erschließungsvereinbarungen (UR-Nr. 759/15, 810/15, 894/15, 918/15, 920/15 und 967/15):

49 Es kann im Ergebnis offenbleiben, ob die Bejahung eines berechtigten Sicherungsinteresses auch in diesen Fällen vom Beurteilungsspielraum des Klägers gedeckt war. Jedenfalls kann dem Kläger insoweit ein Verschulden nicht zur Last gelegt werden.

50 aa) Die – jeweils gleichzeitig mit den dazu gehörigen Grundstückskaufverträgen – beurkundeten Erschließungsvereinbarungen wiesen die Besonderheit auf, dass die Erschließungsleistungen nicht von der Verkäuferin, sondern von einer mit ihr zwar verbundenen, aber nicht identischen Gesellschaft (Erschließungsgeberin) erbracht werden sollten. Da die formelle Planreife (§ 33 Abs. 1 Nr. 1 BauGB) zwar erwartet wurde, aber noch ausstand, war den Käufern unter bestimmten Voraussetzungen ein Rücktrittsrecht gegenüber der Verkäuferin eingeräumt worden. Von dem Bestand des jeweiligen Kaufvertrages sollten auch die damit korrespondierenden Erschließungsvereinbarungen abhängen. Bis zu einer – noch nicht absehbaren – Eintragung der Käufer als Eigentümer kamen die Erschließungsleistungen ausschließlich der Verkäuferin zugute. Die Erschließungsnehmer, denen der Besitz an dem jeweiligen Grundstück zum Zwecke des Baubeginns vorzeitig übergeben werden sollte, waren gleichwohl an einer alsbaldigen Erschließung der Baugrundstücke interessiert.

51 bb) In dieser Situation war es grundsätzlich nachvollziehbar, dass die Erschließungsgeberin das mit ihrer Vorleistungspflicht (§ 631 Abs. 1, § 641 BGB) verbundene Risiko, das vereinbarte Entgelt nicht zu erhalten, absichern wollte, zumal sie, solange die Erschließungsnehmer nicht Eigentümer des jeweiligen Grundstücks waren, von diesen weder – jedenfalls nach damaliger Gesetzeslage einen Wertzuwachs beim Auftraggeber erfordernde – Abschlagszahlungen (§ 632a BGB in der bis 31.12.2017 gültigen Fassung gemäß Art. 1 Nr. 2 des Gesetzes zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen vom 23.10.2008, BGBl. I, S. 2022) noch die Einräumung einer Sicherungshypothek gemäß § 648 Abs. 1 BGB (in der bis 31.12.2017 gültigen Bekanntmachung der Neufassung des BGB vom 2.1.2002; jetzt: § 650e BGB in der Fassung des Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren vom 28.4.2017, BGBl. I, S. 969) an dem Baugrundstück verlangen konnte.

52 cc) Ob Bedenken gegen die materiellrechtliche Wirksamkeit der Klauseln bestehen und ihre Verwendung durch den Kläger etwaig einen Verstoß gegen seine sich aus § 17 Abs. 1 BeurkG, § 14 Abs. 2 BNotO ergebenden Amtspflichten darstellte, betrifft eine andere – dem Verwahrungsgeschäft vorgelegte – Fragestellung.

53 Der Beklagte macht insoweit nunmehr einen Verstoß gegen § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB geltend, weil die verwendeten Klauseln mit den wesentlichen Grundgedanken des Werkvertragsrechts – insbesondere der Vorleistungspflicht des Werkunternehmers – nicht in Einklang stünden. Ist eine Klausel unwirksam, muss der Notar die Beurkundung des Vertrages jedenfalls dann ablehnen, wenn er dies eindeutig erkennen kann (vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, § 14 Rdnr. 122). Eine solche unwirksame Klausel beurkundet

zu haben, war jedoch nicht Gegenstand des disziplinarrechtlichen Vorwurfs in der angefochtenen Verfügung.

54 Es kann daher dahinstehen, ob es sich bei den in allen Erschließungsvereinbarungen verwendeten Klauseln um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelte (vgl. dazu zum Beispiel *Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler*, BNotO, § 23 Rdnr. 114) und ob die Klauseln die Erschließungsnehmer als Verbraucher unangemessen benachteiligten oder möglicherweise ein Umgehungsgeschäft im Sinne von § 306a BGB – bezogen auf das Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 BGB (vgl. dazu etwa BGH, Urteil vom 11.10.1984, VII ZR 248/83, NJW 1985, 852 unter d) oder wegen einer künstlichen Aufspaltung eines anderenfalls als Bauträgervertrag zu bewertenden Geschäfts – vorlag.

55 Selbst wenn die Klauseln über die Hinterlegung aus materiellrechtlichen Gründen unwirksam wären und man deswegen ein berechtigtes Sicherungsinteresse an einer darauf beruhenden Verwahrung verneinen wollte, würde sich insoweit nur ein bereits auf der Ebene des Beurkundungsgeschäfts begangener Fehler fortsetzen, dem in Bezug auf das dem Vollzug dienende – und insoweit akzessorische – Verwahrungsgeschäft kein eigenständiges disziplinarisches Gewicht mehr zukäme.

56 dd) Ob unabhängig von vorstehenden Erwägungen die oben beschriebene Interessenlage der Beteiligten die Annahme eines berechtigten Sicherungsinteresses unter Berücksichtigung des dem Kläger zustehenden Beurteilungsspielraums rechtfertigte, braucht ebenfalls nicht abschließend entschieden werden. Denn jedenfalls wäre dem Kläger insoweit ein Verschulden nicht vorzuwerfen.

57 Die Rechtsanwendung durch den Notar bei der Auslegung einer Rechtsvorschrift – wie der des § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG a. F./§ 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG n. F. – fällt in den Schutz der Unabhängigkeit des Amtes. Daher darf der Vorwurf einer schuldhaften Amtspflichtverletzung nicht bereits deshalb erhoben werden, weil ein Gericht – oder wie hier die Dienstaufsicht – eine andere Ansicht vertreten hat (vgl. Senat, Beschluss vom 20.7.2015, NotSt(Brfg) 3/15, DNotZ 2016, 72 Rdnr. 19). Bei einer lediglich fehlerhaften Rechtsanwendung darf die Dienstaufsicht erst dann einschreiten, wenn dem Notar eine schuldhafte Pflichtverletzung vorgeworfen werden kann (Senat, Beschluss vom 13.12.1971, NotZ 2/71, BGHZ 57, 351, 354). Es fehlt an einem Verschulden des Notars, wenn die von ihm vorgenommene Gesetzesauslegung zwar möglicherweise objektiv unrichtig, aber nach gewissenhafter Prüfung der zu Gebote stehenden Hilfsmittel auf vernünftige Erwägungen gestützt ist. Dies ist etwa dann der Fall, wenn es sich um eine Bestimmung handelt, die für die Auslegung Zweifel in sich trägt und bei der die Zweifelsfragen noch nicht ausgetragen sind (vgl. Senat, Beschluss vom 20.7.2015, a. a. O.; siehe auch Beschluss vom 13.12.1971, a. a. O., S. 355).

58 Die Übernahme der jeweiligen Verwahrungsgeschäfte durch den Kläger war jedoch – wie die obige Erörterung zeigt – von vernünftigen Erwägungen getragen. Dass die Auslegung der Vorschrift des § 54a Abs. 2 Nr. 2 BeurkG a. F./§ 57 Abs. 2 Nr. 2 BeurkG n. F. – von eindeutigen Ausnahmefällen abgesehen – (einzelfallabhängige) Zweifel beinhaltet, ergibt sich schon aus der von der Einschätzung der Dienstaufsicht abweichenden

Bewertung der Diensthandlungen des Klägers durch den mit zwei Berufsrichtern und einem Notar besetzten fachkundigen Senat für Notarsachen des KG, der die Beurteilung des Sicherungsinteresses durch den Kläger gebilligt und sein Vorgehen als amtspflichtgemäß erachtet hat. Der Begriff des „berechtigten Sicherungsinteresses“ hat bisher noch wenig Ausformung durch die Rechtsprechung erfahren, woran der Kläger sich hätte orientieren können. Eindeutige Judikate zu vergleichbaren Fallgestaltungen wie denjenigen, die den Beurkundungen des Klägers zugrunde lagen, gab es nicht. Auch die von der BNotK und den Ländernotarkammern entwickelten und in der Literatur diskutierten Fallgruppen boten keine eindeutige, in eine bestimmte Richtung weisende Entscheidungshilfe für die Einschätzung des berechtigten Sicherungsinteresses in den hier gegebenen Konstellationen, sondern ließen Raum für die vom Kläger vorgenommene Einzelfallbewertung.

59 ee) Die Gestaltung der Auszahlungsvoraussetzungen (vgl. § 54a Abs. 2 Nr. 2 BeurkG a. F., § 57 Abs. 2 Nr. 2 BeurkG n. F.) in der Verwahrungsanweisung, die der Beklagte beanstandet, betrifft schließlich wiederum eine von dem Vorliegen eines berechtigten Sicherungsinteresses zu unterscheidende Frage, die ebenfalls nicht Gegenstand der angefochtenen Disziplinarverfügung war.

60 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 109 BNotO, § 96 Abs. 1 BNotO, § 77 BDG, § 154 Abs. 2 VwGO. Eine Streitwertentscheidung ist nicht veranlasst (vgl. Senat, Beschluss vom 28.8.2019, NotSt(Brfg) 1/18, juris Rdnr. 134, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 223, 335; BVerwG, NVwZ-RR 2010, 166; Urban/Wittkowski/Wittkowski, BDG, 2. Aufl., § 78 Rdnr. 3).

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Fabian Vilgertshofer**, Neukirchen
b. Hl. Blut

1. Sachverhalt

Der BGH hat die Berufung der Präsidentin des LG Berlin gegen die erstinstanzliche Entscheidung des Senats für Notarsachen des KG vom 14.5.2019, Not 6/18 zurückgewiesen. Die Präsidentin des LG Berlin leitete nach einer turnusmäßigen Amtsprüfung des Klägers, eines Rechtsanwalts und Notars in Berlin, im Jahr 2017 ein Disziplinarverfahren ein und erteilte diesem einen Verweis sowie eine Geldbuße in Höhe von 3.500 €. Vorgeworfen wurden dem Kläger neben weiteren Verstößen die nun in der Berufung noch relevanten vier Verstöße gegen § 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG. Dabei wurde jeweils beanstandet, dass kein berechtigtes Sicherungsinteresse für die Verwahrung der Geldbeträge auf dem Notaranderkonto des Klägers bestanden habe. Die einzelnen, den Verwahrungsgeschäften zugrunde liegenden Sachverhalte seien hier nochmal kurz zusammengefasst:

a) Kaufpreisanzahlungen vor Eintragung der Vormerkung

In den ersten beiden Sachverhalten wurden jeweils lastenfreie Grundstücke veräußert und dabei zwischen Veräußerer und Erwerber vereinbart, dass der Erwerber innerhalb von 14 Tagen nach Beurkundung – unabhängig von der Eintra-

gung der Vormerkung – eine Anzahlung auf den Kaufpreis auf dem Notaranderkonto des Klägers zu hinterlegen hatte. Die Anzahlung betrug im ersten Fall 50.000 € bei einem Kaufpreis von 780.000 € und im zweiten Fall 300.000 € bei einem Kaufpreis von 2.150.000 €. Die Anzahlungen waren jeweils bei Fälligkeit des – im Übrigen direkt zu zahlenden Restkaufpreises – auszukehren. Weiter war geregelt, dass die Anzahlungen dem Veräußerer als „pauschaler Schadensersatz“ auszusuchen sein sollten, wenn der übrige Kaufpreis bei Fälligkeit nicht gezahlt werde und der Veräußerer deshalb – nach näher bestimmten Voraussetzungen – vom Vertrag zurücktrete.

b) Geschäftsanteilskauf- und Abtretungsvertrag

Die dritte Konstellation betraf den Kauf und die Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils zu einem Kaufpreis von 4.025.000 €. Bei der Erwerberin handelte es sich um eine Gesellschaft mit einem weit unterhalb des Kaufpreises liegenden Stammkapital. Eine Finanzierungszusage einer Bank gab es nicht. Der Kaufpreis wurde ausweislich der Entscheidungsgründe bereits vor Beurkundung ohne Verwahrungsanweisung vollständig auf dem Notaranderkonto des Klägers hinterlegt, was allerdings nicht mehr Teil des Berufungsverfahrens war.¹ Die Abtretung stand unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Auszahlung des Kaufpreises vom Notaranderkonto, die innerhalb von drei Bankarbeitstagen nach Beurkundung erfolgen sollte.

c) „Erschließungsvereinbarungen“ im Zusammenhang mit dem Erwerb von Baugrundstücken

Der vierte Sachverhalt betrifft mehrere Verträge, bei denen Baugrundstücke nebst Miteigentumsanteilen an Gemeinschaftsflächen veräußert wurden und gleichzeitig sog. „Erschließungsvereinbarungen“ zwischen den Erwerbern und einer mit dem Veräußerer verbundenen Gesellschaft (Erschließungsgeberin) beurkundet wurden. Inhalt dieser Vereinbarungen waren verschiedene Maßnahmen zur Erschließung der Baugrundstücke, zu deren Durchführung sich die Erschließungsgeberin gegen ein jeweils vereinbartes Entgelt von 25.000 €, das auf dem Notaranderkonto des Klägers zu hinterlegen war, verpflichtete.

2. Beurteilungsspielraum als Ausdruck notarieller Unabhängigkeit

Der BGH stellt klar, dass dem Notar bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs des „berechtigten Sicherungsinteresses“ in § 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG ein aufgrund der sachlichen Unabhängigkeit seiner Amtsführung nach § 1 BNotO von der Dienstaufsicht nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zusteht.² Er folgt damit der von der BNotK bereits zur Jahrtausendwende vorgezeichneten und von der obergerichtlichen Rechtsprechung und

Literatur durchweg vertretenen Auffassung.³ Dies ist ausdrücklich zu begrüßen und von nicht zu unterschätzender Praxisbedeutung. Die Abwicklung über Notaranderkonto wird in der Praxis trotz der damit verbundenen zusätzlichen Verwahrungsgebühren nach KV Nr. 25300 GNotKG oftmals übereinstimmend von den Beteiligten gewünscht, was für sich genommen aber gerade kein berechtigtes Sicherungsinteresse begründen kann, weil dieses objektiv vorliegen muss und nicht zur Disposition der Beteiligten oder des Notars steht.⁴ Zwar ist der Notar zur Übernahme der Verwahrung – anders als nach § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO zur Urkundstätigkeit – grundsätzlich selbst dann nicht verpflichtet, wenn die Verwahrung durch ein von ihm beurkundetes Rechtsgeschäft veranlasst ist.⁵ Dennoch sieht sich der Notar insoweit faktisch – wenn auch nicht rechtlich – dem Druck der Beteiligten ausgesetzt, die Ablehnung des Notaranderkontos zu begründen. Die von der BNotK herausgearbeiteten und in der Literatur fortgeführten Fallgruppen, in denen ein berechtigtes Sicherungsinteresse angenommen bzw. nicht angenommen werden kann,⁶ bieten für die Praxis zwar einen guten Anhaltspunkt, können aber naturgemäß nicht sämtliche Gestaltungen abdecken und sind auch nicht abschließend zu verstehen.⁷

3. Keine Beschränkung auf „formularmäßig“ vorgesehene Verwendung von Notaranderkonten

Zugleich sieht der BGH aber keine Beschränkung der Dienstaufsicht auf die Prüfung, ob der Notar eine standardisierte, „formularmäßige“ Einrichtung von Notaranderkonten bei der Abwicklung von Kaufverträgen vornimmt.⁸ Dies

3 Vgl. BNotK, Rundschreiben Nr. 31/2000 vom 4.9.2000; so auch bereits die Vorinstanz KG, Urteil vom 14.5.2019, Not 6/18, RNotZ 2019, 492, 496; siehe auch OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 24.6.2014, 2 Not 1/13, BeckRS 2014, 16741 Rdnr. 102; OLG Celle, Urteil vom 3.3. 2011, Not 26/10, RNotZ 2011, 367, 371; OLG Rostock, Beschluss vom 13.7.2005, 1 W 25/05, BeckRS 2010, 27067; *Weingärtner*, Vermeidbare Fehler im Notariat, 8. Aufl. 2009, Rdnr. 326; *Zimmermann*, DNotZ 2000, 164, 167; BeckOK-BeurkG/*Kämper*, Stand 1.11.2020, § 57 Rdnr. 10; *Frenz/Miermeister/Hertel*, BNotO, 5. Aufl. 2020, BeurkG § 57 Rdnr. 8; *Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler*, BNotO, 8. Aufl. 2016, § 23 Rdnr. 52; *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*; BeurkG und DONot, 8. Aufl. 2020, § 57 Rdnr. 22.

4 Vgl. BT-Drucks. 13/4184, S. 37; *Winkler*, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 57 Rdnr. 10; *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*; BeurkG und DONot, § 57 Rdnr.9, jeweils m. w. N.; anders *Weingärtner*, DNotZ 1999, 393; *ders.*, Vermeidbare Fehler im Notariat, Rdnr. 326, der in Ausnahmefällen den übereinstimmenden Wunsch der Beteiligten für ausreichend erachtet.

5 Vgl. *Frenz/Miermeister/Hertel*, BNotO, § 23 Rdnr. 7, der bei Verwahrungen im Zusammenhang mit Urkundstätigkeiten allerdings eine Übernahmepflicht annimmt, wenn keine andere Sicherungsmöglichkeit besteht, was in der Praxis jedoch selten der Fall sein dürfte.

6 Vgl. BNotK, Rundschreiben Nr. 1/1996 vom 11.1.1996 und Nr. 31/2000 vom 4.9.2000; sowie die ausführliche Darstellung der Fallgruppen bei *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*; BeurkG und DONot, § 57 Rdnr. 13 ff. und *Winkler*, BeurkG, § 57 Rdnr. 16 ff.

7 Vgl. BeckOK-BeurkG/*Kämper*, § 57 Rdnr. 17.

8 Vgl. Rdnr. 35 der besprochenen Entscheidung.

1 Vgl. Rdnr. 47 der besprochenen Entscheidung.

2 Vgl. Rdnr. 34 der besprochenen Entscheidung.

wurde in der Literatur, aber auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung zum Teil mit dem Argument vertreten, dass es dem Gesetzgeber bei der Einführung des § 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG nur darum gegangen sei, einer „formulärmäßig“ vorgesehenen Verwendung entgegenzuwirken und sich die Dienstaufsicht an diesem Willen des Gesetzgebers zu orientieren habe.⁹ Dem BGH ist auch hier uneingeschränkt zuzustimmen, denn die „formulärmäßig“ vorgesehene Verwendung des Notaranderkontos stellt einen Nichtgebrauch des Beurteilungsspielraums dar und lässt die Prüfung von Überschreitungen des Beurteilungsspielraums im Einzelfall unberührt. Das Motiv des Gesetzgebers ist zwar bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs des berechtigten Sicherungsinteresses zu berücksichtigen, der Wortlaut verlangt aber mehr als das Unterlassen einer standardisierten Verwendung von Notaranderkonten, sodass auch die dienstaufsichtliche Prüfung nicht hierauf beschränkt sein kann.

4. Verschulden als zusätzliche Hürde

Hervorzuheben ist auch, dass eine Überschreitung des Beurteilungsspielraums nur dann disziplinarrechtlich verfolgt werden kann, wenn diese schuldhaft erfolgte, wie der BGH ausdrücklich bestätigt. Dies folgt bereits aus § 95 BNotO, wonach eine Amtspflichtverletzung nur dann als Dienstvergehen verfolgt werden kann, wenn der Notar schuldhaft gehandelt hat. Allerdings wird man in Fällen des Nichtgebrauchs des Beurteilungsspielraums wohl stets von einem Verschulden auszugehen haben, denn die Unkenntnis der Voraussetzungen des § 57 BeurkG schützt selbstverständlich nicht, weil insoweit kein die Schuld ausschließender, unvermeidbarer Verbotsirrtum vorliegt.¹⁰ Bereits in einer früheren Entscheidung hatte der BGH klargestellt, dass die Dienstaufsichtsbehörde einen Notar mit Rücksicht auf dessen in § 1 BNotO verankerte Unabhängigkeit im Einzelfall nicht anweisen darf, eine bestimmte Rechtsansicht zu vertreten.¹¹ Der BGH knüpft hieran an und stellt klar, dass der Vorwurf einer schuldhaften Amtspflichtverletzung nicht bereits deshalb erhoben werden darf, weil ein Gericht oder die Dienstaufsicht eine andere Rechtsansicht vertritt. Es fehlt folglich am Verschulden des Notars, wenn die von ihm vorgenommene Gesetzesauslegung zwar möglicherweise unrichtig, aber nach gewissenhafter Prüfung der verfügbaren Hilfsmittel auf vernünftige Erwägungen gestützt ist, was insbesondere dann der Fall ist, wenn die auszulegende Vorschrift Zweifel in sich trägt, die noch nicht ausgetragen sind.¹²

5. Einordnung der einzelnen Sachverhalte

Die Entscheidung des BGH darf nicht dahin gehend missverstanden werden, dass dieser in den konkret zu beurteilenden Fällen ein berechtigtes Sicherungsinteresse bejaht hätte. Der Prüfungsmaßstab des BGH beschränkte sich vielmehr darauf, ob der Notar seinen ihm zukommenden Beurteilungsspielraum schuldhaft nicht genutzt oder überschritten hatte und aus diesem Grund disziplinarrechtlich sanktioniert werden durfte, also auf die Frage, ob die Beurteilung des Klägers noch vertretbar war.

a) Kaufpreisanzahlungen vor Eintragung der Vormerkung

Die Besonderheit der ersten beiden, gleichgelagerten Fallkonstellationen liegt darin, dass jeweils lastenfreie Grundstücke veräußert wurden und einer Direktzahlung des Kaufpreises nichts im Weg gestanden hätte. Dem Sachverhalt lässt sich nicht entnehmen, dass bei Beurkundung gewisse Anhaltspunkte dafür gesprochen hätten, dass es zu einer Nichtabwicklung des Vertrages nach Eintragung der Vormerkung kommen könnte. Es ist anerkannt, dass es Fälle geben kann, in denen das berechtigte Sicherungsinteresse daraus resultiert, dass die Löschung der Vormerkung im Falle der Rückabwicklung nicht ausreichend gesichert werden kann und demgegenüber das Notaranderkonto ein „Plus“ an Sicherheit bietet. Es darf sich dabei aber – aus Sicht des Verkäufers – nicht um das jedem Kaufvertrag innewohnende Risiko bei Eintragung einer Vormerkung vor Kaufpreiszahlung handeln, sondern bedarf besonderer, risikohöher Umstände im Einzelfall. Dies wird beispielsweise angenommen, wenn es sich beim Käufer um eine ausländische Gesellschaft oder eine GmbH in Gründung vor Einzahlung der Stammeinlage handelt.¹³ Diesem Risiko wird man jedoch niemals begegnen können, wenn nur ein Teilbetrag auf dem Notaranderkonto hinterlegt ist. Für die Löschung der Vormerkung bei Nichtzahlung des vollen Kaufpreises bestünden weiterhin dieselben Schwierigkeiten. Der BGH richtet den Blick unabhängig von dieser Frage jedoch weniger auf den Veräußerer, der mit der Vormerkung eine Vorleistung in diesem Sinne erbringt ohne zu wissen, ob der Käufer zahlungsfähig und -willig ist, sondern auf den Erwerber, der aufgrund der vertraglichen Vereinbarungen zur Leistung eines Kaufpreisteils ohne Vormerkungsschutz verpflichtet sei, sodass zumindest zeitweilig eine ungesicherte Vorleistung bestünde.¹⁴ Dabei wird eine hypothetische Betrachtung angestellt, wonach der Erwerber ohne den Schutz des Notaranderkontos schlechter stünde, weil ihn eine Vorleistungspflicht träfe. Eine direkte Zahlung des ersten Kaufpreisteilbetrages an den

9 So *Zimmermann*, DNotZ 2000, 164, 167; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 29.10.2008, 2 Not 5/08, BeckRS 2010, 20197.

10 Zu den Anforderungen an die „Unvermeidbarkeit“ des Verbotsirrtums vgl. *Frenz/Miermeister/Kindler*, BNotO, § 95 Rdnr. 26.

11 So schon BGH, Beschluss vom 13.12.1971, NotZ 2/71, MittBayNot 1972, 79; bestätigt durch BVerfG, Beschluss vom 19.6.2012, 1 BvR 3017/09, MittBayNot 2012, 497, 500.

12 Vgl. Rdnr. 57 der besprochenen Entscheidung unter Verweis auf BGH, Beschluss vom 20.7.2015, NotSt(Brfg) 3/15, DNotZ 2016, 72 Rdnr. 19.

13 Vgl. *Renner*, NotBZ 2008, 142, 145, der es sogar für ausreichend erachtet, wenn der Verkäufer aufgrund schlechter Erfahrungen besonders misstrauisch sei, was für sich genommen aber gerade kein objektiver Anhaltspunkt ist; *Winkler*, BeurkG, § 57 Rdnr. 19; *BeckOK-BeurkG/Kämper*, § 57 Rdnr. 20; *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*; *BeurkG und DNot*, § 57 Rdnr. 14; *Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler*, BNotO, § 23 Rdnr. 53; *Grziwotz/Heinemann/Grziwotz*, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 57 Rdnr. 10; *Frenz/Miermeister/Hertel*, BeurkG, § 57 Rdnr. 16.

14 Vgl. Rdnr. 39 der besprochenen Entscheidung.

Veräußerer wurde indes gar nicht vereinbart. Vielmehr kann umgekehrt angenommen werden, dass der Erwerber eine solche Direktzahlung ohne Vormerkungsschutz gar nicht eingegangen wäre. Andernfalls könnte man bei jedem Kaufvertrag vereinbaren, dass der Kaufpreis nach Beurkundung – unabhängig von weiteren Voraussetzungen – auf dem Notaranderkonto hinterlegt werden muss und erst bei Fälligkeit ausbezahlt wird.¹⁵ Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass es in den zu beurteilenden Fällen um die Absicherung eines pauschalisierten Schadensersatzanspruchs zugunsten des Veräußerers ging, denn damit hat der BGH das berechtigte Sicherungsinteresse zu Recht nicht begründet und offengelassen, ob die Absicherung vertraglicher Sekundäransprüche ein berechtigtes Sicherungsinteresse begründen kann.

Für die Praxis sollte weiter darauf geachtet werden, dass die Einzahlung des Kaufpreises auf ein Notaranderkonto vor Eintragung der Vormerkung des Erwerbers nur in Ausnahmefällen erfolgt, wenn bestimmte, risikohörende Umstände für eine Nichtabwicklung des Vertrages sprechen. Dies dürfte bei der Veräußerung lastenfreier Grundstücke an natürliche Personen aber nur selten der Fall sein. Durch die Hinterlegung eines Kaufpreisteilbetrages kann dem Risiko einer Vorleistung des Veräußerers durch Eintragung der Vormerkung ohnehin nicht wirksam begegnet werden.

b) Geschäftsanteilskauf- und -abtretungsvertrag

In diesem Fall besteht die übliche Absicherung in dem Geschäftsanteilskauf und -abtretungsvertrag darin, dass die Abtretung des Geschäftsanteils aufschiebend bedingt auf die Kaufpreiszahlung erfolgte. Der Veräußerer hatte aber dennoch Bedenken im Hinblick auf die Zahlungsfähigkeit der Erwerbengesellschaft, deren Stammkapital deutlich unter dem Kaufpreis lag und die offenbar keine Finanzierungszusage einer Bank vorlegen konnte, und weigerte sich deshalb, den Vertrag ohne Notaranderkonto abzuschließen. Der BGH hat es ausnahmsweise als vom Beurteilungsspielraum des Klägers gedeckt angesehen, dass dieser aufgrund der Gesamtumstände ein berechtigtes Sicherungsinteresse bejahte. Er stellt dabei entscheidend darauf ab, dass sich der Veräußerer aufgrund der aus seiner Sicht unsicheren Zahlungsfähigkeit des Erwerbers weigerte, eine Direktzahlung zu vereinbaren und der Vertrag andernfalls zu scheitern drohte.¹⁶ Die dabei vertretene Ansicht, dass sich der subjektive Wunsch eines Beteiligten nach der Kaufpreisabwicklung über ein Notaranderkonto ausnahmsweise zu einem objektiven Sicherungsinteresse verdichten könne, wenn dieser vermeintliche Gefahren sehe und belehrungsresistent sei, erscheint jedoch fragwürdig. Vorzugswürdig ist es, auch in diesen Fällen allein auf objektiv bestehende Risiken abzustellen anstatt auf subjektiver Ebene graduell danach zu differenzieren, wie viel Druck die sich weigernde Vertragspartei ausübt.

c) „Erschließungsvereinbarungen“ im Zusammenhang mit dem Erwerb von Baugrundstücken

Die Erschließungsvereinbarungen sind als Werkverträge nach § 631 BGB zu qualifizieren, für die das Gesetz in § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB von der Vorleistungspflicht des Werkunternehmers ausgeht. Weist das Werk Mängel auf, so ist der Besteller nach § 320 Abs. 1 BGB berechtigt, Abnahme und Zahlung zu verweigern, bis die Mängel beseitigt sind.¹⁷ Eine Modifikation dieses Leistungsverweigerungsrechts in AGB muss sich an §§ 307 ff. BGB, insbesondere an § 309 Nr. 2a BGB messen lassen. Ob AGB vorliegen, hat der BGH offengelassen, da es jedenfalls am Verschulden des Klägers fehle, weil die Rechtslage in diesem Bereich noch nicht hinreichend geklärt sei.¹⁸ Dies ist durchaus großzügig, weil es jedenfalls beim Bauträgervertrag nach ganz herrschender Ansicht kein berechtigtes Sicherungsinteresse für die Hinterlegung sämtlicher Kaufpreistraten vor Fälligkeit gibt, insbesondere weil hierdurch das Leistungsverweigerungsrecht des Erwerbers unangemessen beschränkt würde.¹⁹ Nach der Rechtsprechung des BGH verstößt daher eine AGB-Klausel im Bauträgervertrag über die Hinterlegung nicht fälliger Teile des Erwerbspreises von insgesamt 14 % auf Notaranderkonto gegen § 11 Nr. 2a AGB-Gesetz (heute § 309 Nr. 2a BGB).²⁰

6. Fazit

Die Entscheidung des BGH ist zu begrüßen, denn sie bringt für die notarielle Praxis Rechtssicherheit im Hinblick auf den angenommenen Beurteilungsspielraum im Umgang mit Notaranderkonten.²¹ Zugleich wird aber deutlich, dass es sich bei den konkreten Gestaltungen um Grenzfälle handelt, bei denen jeweils auch gewichtige Gründe gegen die Annahme eines berechtigten Sicherungsinteresses sprechen. Dass der BGH trotzdem keine schuldhaften Amtspflichtverletzungen angenommen hat, bedeutet nicht, dass er in den konkreten Fällen ein berechtigtes Sicherungsinteresse bejaht. Dies sollte in der notariellen Praxis bei der Verwendung von Notaranderkonten berücksichtigt werden.

¹⁵ Ablehnend Renner, NotBZ 2008, 142, 144.

¹⁶ Vgl. Rdnr. 46 der besprochenen Entscheidung.

¹⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 27.10.2011, VII, ZR 84/09, NJW 2012, 56; Urteil vom 4.6.1973, VII ZR 112/71, NJW 1973, 1792; MünchKomm-BGB/Emmerich, 8. Aufl. 2019, § 320 Rdnr. 17; Palandt/Grüneberg, 79. Aufl. 2020, § 320 Rdnr. 9.

¹⁸ Vgl. Rdnr. 49 der besprochenen Entscheidung.

¹⁹ Vgl. Winkler, BeurKG, § 57 Rdnr. 39; Armbrüster/Preuß/Renner/Renner, BeurKG und DONot, § 57 Rdnr. 16; BeckOK-BeurKG/Kämpfer, § 57 Rdnr. 31; Frenz/Miermeister/Hertel, BeurKG, § 57 Rdnr. 26.

²⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 11.10.1984, VII ZR 248/83, MittBayNot 1985, 10.

²¹ Vgl. Zimmer, ZfIR 2021, 172, 179.

19. Berechtigtes Interesse eines Wohnungseigentümers an der Einsicht in das Wohnungsgrundbuch eines anderen Wohnungseigentümers jedenfalls bei Vereinbarung über die Auflösung der Wohnungseigentümergeinschaft

OLG Bremen, Beschluss vom 7.2.2020, 3 W 1/20

GBO § 12 Abs. 1 Satz 1
WEG §§ 4, 9

LEITSATZ:

Ein Miteigentümer hat jedenfalls dann ein berechtigtes Interesse an der Einsicht in das komplette Grundbuchblatt des Wohnungsgrundbuchs eines anderen Wohnungseigentümers, wenn die Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft bereits zuvor in einem notariellen Vertrag die Auflösung der Gemeinschaft vereinbart haben.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Unter dem 20.9.2019 beantragte die Beschwerdeführerin über ihren Bevollmächtigten einen unbeglaubigten Grundbuchauszug für das im Tenor genannte Wohnungseigentum. Eigentümer dieses Wohnungseigentums ist Herr Z. Die Beschwerdeführerin ist ebenfalls Eigentümerin einer Wohnung (eines Hauses) dieser Wohnungseigentumsanlage.

2 Unter dem 23.12.2010 hatten alle Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft, bestehend aus insgesamt fünf Miteigentumsanteilen, einen notariellen Vertrag zur Aufhebung der Wohnungseigentümergeinschaft unterzeichnet (UR-Nr. /2010 des Notars Dr. Y, Bremen). In diesem Vertrag sind sämtliche Miteigentumsanteile mit den Belastungen in Abteilung II und III der jeweiligen Grundbücher aufgeführt.

3 Der den Vertrag beurkundende Notar, dem auch die Vollziehung obliegt, teilte der Beschwerdeführerin unter dem 8.8.2014 mit, dass zwischen dem Abschluss des Vertrages und dem – nach Vorlage sämtlicher erforderlicher Unterlagen – beim Grundbuchamt gestellten Antrag im Grundbuch des Eigentümers Z, d. h. in dem im Tenor genannten Grundbuch, eine weitere Belastung eingetragen worden sei, die noch nicht beseitigt werden konnte.

4 Nach Informationen der Beschwerdeführerin soll es sich dabei um eine Bauhandwerkersicherungshypothek handeln. Bis heute sei die Vollziehung des Vertrages deshalb nicht möglich.

5 Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, sie habe ein berechtigtes Interesse an der Grundbucheinsicht, um zu erfahren, wer Gläubiger dieser Belastung ist, um die Hindernisse zum Vollzug des Vertrages auszuräumen.

6 Der Urkundsbeamte des Grundbuchamts hat der Beschwerdeführerin unter dem 21.11.2019 mitgeteilt, dass eine Einsicht in das Grundbuch nur mit Vorlage einer Vollmacht des Eigentümers möglich sei. Gegen diese Entscheidung hat die Beschwerdeführerin Rechtsmittel eingelegt. Unter dem 17.12.2019 hat sodann die Rechtspflegerin des Grundbuch-

amts ebenfalls die Erteilung eines unbeglaubigten Grundbuchauszugs abgelehnt, mit der Begründung, ein berechtigtes Interesse gemäß § 12 Abs. 1 S.1 GBO sei nicht dargelegt worden. Jeder Wohnungseigentümer habe einen Auskunftsanspruch gegenüber dem jeweiligen Miteigentümer, dieser sei im Klagewege durchzusetzen und könne – da das Grundbuch nicht öffentlich sei – nicht durch eine Grundbucheinsicht umgangen werden. Das schutzwürdige Interesse des einen Eigentümers sei höher einzuschätzen als die Interessen der übrigen Eigentümer.

7 Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde. Sie ist der Auffassung, dass ein berechtigtes Interesse gemäß § 12 Abs. 1 S.1 GBO gerade vorliege, wenn ohnehin ein Auskunftsanspruch bestehe. Auch verweist sie auf die besondere „Verknüpfung“ zwischen den Wohnungseigentümern durch den Vertrag vom (...) 2010.

8 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen und dazu ausgeführt, nur weil die Gewährung der Grundbucheinsicht der „einfachere Weg“ sei, könne nicht das schutzwürdige Interesse des betroffenen Eigentümers (Z) vernachlässigt werden.

9 II. Die gemäß § 12c Abs. 4 Satz2 GBO statthafte Beschwerde ist zulässig, insbesondere formgerecht eingelegt und auch begründet. Die Beschwerdeführerin ist auch beschwerdeberechtigt. Mit der Behauptung, die Grundbucheinsicht als Miteigentümerin zur Vollziehung der Auseinandersetzung der Wohnungseigentümergeinschaft zu benötigen, erscheint eine Beschwer zumindest möglich.

10 Gemäß § 12 Abs. 1 S.1 GBO ist die Einsicht des Grundbuchs jedem gestattet, der ein berechtigtes Interesse darlegt. Auch die Erteilung eines unbeglaubigten Grundbuchauszuges ist möglich, wenn der Berechtigte ein Einsichtsrecht hat (§ 12 Abs. 2 GBO).

11 Ein berechtigtes Interesse an der Einsicht in das Grundbuch im Sinne von § 12 Abs. 1 GBO ist nach der Rechtsprechung gegeben, wenn ein verständiges, durch die Sachlage gerechtfertigtes Interesse des Antragstellers dargetan wird, das sich im Unterschied zum rechtlichen Interesse nicht auf ein bereits vorhandenes Recht oder konkretes Rechtsverhältnis stützen muss, sondern auch mit einem (beispielsweise) bloß tatsächlichen, insbesondere wirtschaftlichen Interesse begründet werden kann (OLG Oldenburg, Beschluss vom 30.9.2013, 12 W 261/13 (GB), juris Rdnr. 2; OLG München, Beschluss vom 14.6.2018, 34 Wx 188/18, juris Rdnr. 11; *Demharter*, GBO, 30. Aufl., § 12 Rdnr. 7 ff.). Dabei genügt andererseits nicht jedes beliebige Interesse, die Verfolgung unbefugter Zwecke oder reiner Neugier muss ausgeschlossen sein (OLG München, Beschluss vom 27.2.2019, 34 Wx 28/19, juris Rdnr. 16). Vielmehr muss die Kenntnis vom Grundbuchstand bei verständiger Würdigung des Einzelfalls und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge für das künftige Handeln des Antragstellers und seine Entschlüsse aus sachlichen Gründen erheblich erscheinen (KG, Beschluss vom 20.1.2014, 1 W 294/03, juris Rdnr. 3). Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die in ihrem informationellen Selbstbestimmungsrecht betroffenen eingetragenen Berechtigten am Verfahren nach § 12 GBO nicht beteiligt werden. Weder werden

sie vor der Gewährung von Grundbucheinsicht angehört noch steht ihnen ein Beschwerderecht gegen die Gewährung von Einsicht zu (BGH, Beschluss vom 6.3.1981, V ZB 18/80, juris Rdnr. 7; OLG München, Beschluss vom 14.6.2018, 34 Wx 188/18, juris Rdnr. 11). Erforderlich ist ein nachvollziehbarer Vortrag von Tatsachen, sodass dem Grundbuchamt daraus die Überzeugung von der Berechtigung des geltend gemachten Interesses verschafft wird, also mehr als die bloße Behauptung von Tatsachen und mehr als ein pauschaler Vortrag (OLG Braunschweig, Beschluss vom 12.6.2019, 1 W 41/19, juris Rdnr.14).

12 Ein berechtigtes Interesse kann daher etwa vom Pflichtteilsberechtigten geltend gemacht werden zur Prüfung seiner erbrechtlichen Ansprüche für die Einsicht in das Grundbuch eines im Eigentum eines Dritten stehenden Grundstücks (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5.9.2013, 11 Wx 57/13, juris Rdnr. 10) oder aber auch von einem Miterben, für die Geltendmachung von Ausgleichsansprüchen gegen einen Miterben, für die Einsicht in das Grundbuch eines im Eigentum eines Dritten stehenden Grundstücks, wenn dieses in der Vorzeit dem Erblasser gehörte (OLG Braunschweig, a. a. O. Rdnr. 17 ff.).

13 Ob auch ein einzelner Wohnungseigentümer ein Einsichtsrecht in die Grundbücher der anderen Miteigentümer, insbesondere in die Abteilung III, hat, ist grundsätzlich streitig (bejahend OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.10.1986, 3 Wx 340/86, beck-online, einschränkend OLG München, Beschluss vom 11.12.2015, 34 Wx 208/15, juris Rdnr. 12, dazu Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 525 Fn. 34).

14 Dieser unterschiedliche Meinungsstand kann hier außer Betracht bleiben, weil die Beschwerdeführerin mit dem Miteigentümer in dessen Grundbuch sie Einsicht begehrt, zusätzlich auf besondere Art und Weise, nämlich durch den Aufhebungsvertrag, verbunden ist. Bereits aus diesem Vertrag ergaben sich die zum Vertragszeitpunkt für jeden Eigentümer eingetragenen Belastungen in der Abteilung III.

15 Entscheidender ist allerdings die nachvollziehbare Darlegung der Beschwerdeführerin, dass aufgrund einer nachträglich eingetragenen Belastung die Vollziehung des gemeinsamen Vertrages nicht möglich ist. Sie hat daher sowohl ein rechtliches als auch ein wirtschaftliches Interesse zu erfahren, aufgrund welcher Belastung (insbesondere auch ihrer Höhe) die Auseinandersetzung der Gemeinschaft behindert wird. Von der Kenntnis des Grundbuchstandes kann ihr zukünftiges Handeln bestimmt sein, weil sie unter Umständen mit dem Gläubiger in Verhandlung treten und eine Beschränkung erreichen, bei entsprechenden wirtschaftlichen Gegebenheiten (insbesondere der Forderungshöhe) selbst dessen Befriedigung vornehmen oder – bei unberechtigter Eintragung – die Löschung voranbringen könnte.

16 Sie kann und muss auch nicht auf den – teureren – Weg der Auskunftsklage gegen den fraglichen Miteigentümer verwiesen werden. Eine Einschränkung des Einsichtsrechts auf Fälle, in denen die benötigte Auskunft nicht anderweitig erlangt werden kann, gibt es nach § 12 GBO nicht (OLG Karlsruhe, a. a. O Rdnr. 11, OLG Braunschweig, a. a. O. Rdnr. 27). Schutzwürdige Interessen des fraglichen Miteigentümers, der zunächst den Aufhebungsvertrag geschlossen hat, durch

dessen – nachträgliche – Grundstücksbelastung jetzt aber dessen Vollziehung gehindert wird, sind nicht ersichtlich, zumal er bereits einmal – nämlich im Vertrag selbst – Auskunft über die damals bestehenden Belastungen gegeben hat.

17 Die Entscheidung über die Gerichtskosten ergeht nach § 21 GNotKG.

ÖFFENTLICHES RECHT

20. Beginn der Zweimonatsfrist des § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB für die Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts

BVerwG, Beschluss vom 28.8.2020, 4 B 3/20
(Vorinstanz: OVG Bautzen, Urteil vom 14.11.2019, 1 A 1281/17)

BauGB §§ 1, 24 f., 28 Abs. 2 Satz 1

BGB §§ 463, 469 Abs. 2 Satz 1

GKG § 47 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3, § 52 Abs. 1

VwGO § 132 Abs. 2 Nr. 1, § 154 Abs. 2, § 162 Abs. 3

LEITSATZ:

Die Zweimonatsfrist des § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB beginnt erst mit Eintritt des Vorkaufsfalles, also mit Rechtswirksamkeit des Kaufvertrages zu laufen.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die auf den Zulassungsgrund des § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO gestützte Beschwerde hat keinen Erfolg; sie ist jedenfalls unbegründet.

2 Die Rechtssache hat nicht die grundsätzliche Bedeutung, die ihr die Beschwerde beimisst. Dies setzt die Formulierung einer bestimmten, höchstrichterlich noch ungeklärten und für die Revisionsentscheidung erheblichen Rechtsfrage des revidiblen Rechts und außerdem die Angabe voraus, worin die allgemeine, über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung bestehen soll (st. Rspr., vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 2.10.1961, 8 B 78.61, BVerwGE 13, 90, 91, vom 14.10.2019, 4 B 27.19, ZfBR 2020, 173 Rdnr. 4 und vom 12.5.2020, 4 BN 3.20, juris Rdnr. 3). Grundsätzliche Bedeutung hat eine Rechtssache nur, wenn zu erwarten ist, dass die Revisionsentscheidung dazu beitragen kann, die Rechtseinheit in ihrem Bestand zu erhalten und die Weiterentwicklung des Rechts zu fördern. Einer Rechtsfrage kommt nicht schon deshalb grundsätzliche Bedeutung zu, weil zu ihr noch keine ausdrückliche Entscheidung des BVerwG vorliegt; auch in einem solchen Fall fehlt es an der Klärungsbedürftigkeit, wenn sich die aufgeworfene Rechtsfrage auf der Grundlage der vorhandenen Rechtsprechung und mithilfe der üblichen Regeln sachgerechter Gesetzesinterpretation ohne Weiteres beantworten lässt (BVerwG, Beschlüsse vom 14.4.2003, 3 B 167.02, juris Rdnr. 3 und vom 23.1.2003, 4 B 79.02, Buchholz 406.11 § 1 BauGB Nr. 114). So liegt es hier.

3 Die Beschwerde wirft sinngemäß die Frage auf, ob die Zwei-Monatsfrist des § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB für die Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts bereits mit der Mitteilung des Inhalts des Kaufvertrages an die Gemeinde zu laufen beginnt oder ob darüber hinaus erforderlich ist, dass der Kaufvertrag wirksam ist.

4 Das OVG ist davon ausgegangen, dass die Zwei-Monatsfrist des § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB mit der Mitteilung über das Zustandekommen eines wirksamen Kaufvertrages beginne. Ein wirksamer Kaufvertrag liege vor, wenn alle nach zivil- oder öffentlichrechtlichen Vorschriften erforderlichen Genehmigungen erteilt worden seien (...). Das sei hier erst mit der Bekanntgabe des Bescheids vom 19.3.2012 über die sanierungsrechtliche Genehmigung der Fall gewesen, sodass das Vorkaufsrecht von der Beklagten rechtzeitig ausgeübt worden sei (...).

5 Es bedarf nicht der Durchführung eines Revisionsverfahrens um die Rechtsauffassung des Oberverwaltungsgerichts zu bestätigen. § 28 Abs. 2 Satz 2 BauGB verweist u. a. auf § 463 BGB, der die Voraussetzungen für die Ausübung des Vorkaufsrechts im Privatrecht regelt. In der Rechtsprechung zu § 463 BGB ist geklärt, dass das Entstehen des Rechts zur Ausübung des Vorkaufsrechts an das Zustandekommen eines rechtswirksamen Kaufvertrages geknüpft ist. Das ist erst dann der Fall, wenn auch die für die Wirksamkeit des Vertrages erforderlichen Genehmigungen erteilt sind. Bis zu diesem Zeitpunkt können Verkäufer und Käufer den Vertrag willkürlich aufheben und damit das Vorkaufsrecht gegenstandslos machen; denn der Vorkaufsberechtigte hat kein Recht auf den Eintritt des Verkaufsfalles (vgl. BGH, Urteil vom 1.10.2010, V ZR 173/09, NJW 2010, 3774 Rdnr. 20; OLG Hamm, Urteil vom 18.12.2017, 22 U 19/16, juris Rdnr. 31). Die Zweimonatsfrist des § 469 Abs. 2 Satz 1 BGB beginnt daher erst mit der Wirksamkeit des Kaufvertrages zu laufen. Dass für die Ausübung des Vorkaufsrechts nach den §§ 24 ff. BauGB Abweichendes gelten könnte, ist nicht ersichtlich und zeigt die Beschwerde nicht auf. Auch die Zweimonatsfrist des § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB beginnt mithin erst mit Eintritt des Verkaufsfalles, also mit Rechtswirksamkeit des Kaufvertrages (allg. M., vgl. etwa Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock, BauGB, Stand: Februar 2020, § 28 Rdnr. 27; BeckOK-BauGB/Grziwotz, Stand: Mai 2020, § 28 Rdnr. 22; Brügelmann/Kronisch, BauGB, Stand: April 2020, § 28 Rdnr. 40; Jarass/Kment, BauGB, 2. Aufl. 2017, § 28 Rdnr. 2; Jäde/Dirnberger/Spieß, BauGB, 9. Aufl. 2018, § 28 Rdnr. 12 in Verbindung mit Rdnr. 2; Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt, BauGB, 14. Aufl. 2019, § 28 Rdnr. 2; Berliner Kommentar zum BauGB/Paetow, Stand: April 2020, § 28 Rdnr. 10; Schrödter/Köster, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 28 Rdnr. 8; Wirsig/Beathalter, VBIBW 2019, 309, 313, jew. m. w. N.).

6 Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 154 Abs. 2, § 162 Abs. 3 VwGO. Die Festsetzung des Streitwerts folgt aus § 47 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3, § 52 Abs. 1 GKG.

ANMERKUNG:

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

1. Abschluss eines Kaufvertrags und Mitteilung als Ausübungsvoraussetzungen

Voraussetzungen für den Fristbeginn hinsichtlich der Ausübung eines (privaten oder gesetzlichen) Vorkaufsrechtes sind

- der Abschluss eines Kaufvertrags mit einem Dritten (§ 463 BGB) und
- die Mitteilung des Inhalts dieses Vertrags durch den Verkäufer¹ oder den Erstkäufer (§ 469 Abs. 1 BGB).

§ 28 Abs. 1 Satz 1 BauGB enthält hinsichtlich der Mitteilungspflicht eine Spezialvorschrift, die inhaltlich § 469 Abs. 1 BGB entspricht. Keine Mitteilungspflicht trifft trotz der diesbezüglich teilweise von Kommunen unzutreffend vertretenen abweichenden Meinung den Notar. Dieser ist zur Mitteilung aufgrund seiner Verschwiegenheitspflicht (§ 18 BNotO) auch nicht berechtigt.² Weder die gesetzliche Vollmacht gemäß § 15 Abs. 2 GBO noch der Vollzugauftrag gemäß § 53 BeurkG enthalten eine diesbezügliche Ermächtigung. Eine Mitteilung durch den hierzu nicht bevollmächtigten Notar führt nach dem Gesetzeswortlaut nicht zum Lauf der Ausübungsfrist. Wird er jedoch mit dem Vollzug des Vertrags beauftragt und klärt er in diesem Zusammenhang auch die Frage, ob ein gemeindliches Vorkaufsrecht überhaupt besteht und ggf. ausgeübt wird,³ so soll er wegen der notariellen Verschwiegenheitspflicht und der datenschutzrechtlichen Beschränkungen ein zweistufiges Verfahren einhalten: Zunächst wird nur die Tatsache des Verkaufs mitgeteilt und erst dann, wenn die Gemeinde erklärt, dass sie nähere Informationen zur Entscheidung über die Ausübung eines bestehenden Vorkaufsrechts benötigt, der komplette Inhalt des Vertrags zweckmäßigerweise durch Übersendung einer Abschrift übermittelt.⁴ Der Notar ist bei der Anforderung der Gemeinde nicht verpflichtet zu prüfen, ob ein gesetzliches Vorkaufsrecht in Betracht kommt. Er kann davon ausgehen, dass Gemeinden als Teile der (mittelbaren) Staatsverwaltung nicht gesetzwidrig handeln und insbesondere die datenschutzrechtlichen Vorschriften beachten. Wenn Kommunen lediglich aus Neugier oder aus anderen Zwecken, zum Beispiel zur Erlangung einer Dienstbarkeit an einem Grundstück des Veräußerers ein in Wirklichkeit nicht existierendes Vorkaufsrecht vorgeben, handeln sie rechts-

¹ Siehe dazu nur Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock, Baugesetzbuch, Stand: Okt. 2020, § 28 Rdnr. 10 und 12.

² Vgl. Grziwotz, KommJur 2013, 53, 54.

³ Zum Erfordernis einer diesbezüglichen Spezialvollmacht siehe LG Frankfurt/Oder, Urteil vom 4.11.2003, 12 O 404/03, MittBayNot 2004, 358, 359.

⁴ Siehe nur Kronisch, NordÖR 2018, 366, 367; Grziwotz, CR 1991, 109 ff.; Armbrüster/Preuß/Renner/Rezori, BeurkG/DONot, 8. Aufl. 2020, § 20 BeurkG Rdnr. 16; Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 20 Rdnr. 7; Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 20 Rdnr. 12; Würzburger Notarhandbuch/Hertel, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 2 Rdnr. 397.

widrig. Die Beteiligten können in diesem Fall rechtliche Schritte gegen die betreffende Gemeinde einleiten; sie können aber auch den Notar übereinstimmend anweisen, keine Abschrift des Kaufvertrags an die rechtswidrig handelnde Gemeinde zu senden. Die Beteiligten können allerdings auch umgekehrt den Notar von vornherein anweisen, den gesamten Vertrag ohne Einhaltung des zweistufigen Verfahrens in ihrem Auftrag im Rahmen des Vollzugs an die Gemeinde zu übermitteln, um die Ausübungsfrist zum Laufen zu bringen.⁵

2. Wirksamkeit des Kaufvertrages und Aufhebung

Der Vorkaufsberechtigte kann sein Vorkaufsrecht bereits vor Wirksamkeit des Erstvertrags ausüben; dies bleibt jedoch zunächst ohne Wirkung.⁶ Er ist hierzu aber nicht verpflichtet; die Ausübungsfrist läuft erst ab Wirksamkeit des Vertrags.⁷ Auch deren Vorliegen ist dem Vorkaufsberechtigten zusätzlich mitzuteilen, wenn nicht der Vertrag ohnehin erst nach seiner Wirksamkeit übermittelt wird, was der gesetzlichen Regelung entspricht. Vor diesem Zeitpunkt können der Verkäufer und der Erstkäufer den Vertrag einvernehmlich aufheben.⁸ Dies spielt beim Vorkaufsrecht nach § 4 RSG zwischenzeitlich eine große Rolle. Die dort mögliche Fristverlängerung für die Entscheidung über die Erteilung oder Versagung der grundstücksverkehrsrechtlichen Genehmigung und die Ausübung des Vorkaufsrechtes durch die Siedlungsbehörde (§ 6 Abs. 1 GrdStVG) soll ausdrücklich auf das drohende Vorkaufsrecht hinweisen.⁹ Andernfalls ist die Vorkaufsrechtsausübung nicht wirksam.¹⁰ Ist der Vertrag dagegen rechtswirksam und wurde das Vorkaufsrecht bereits ausgeübt, bleibt der aufgrund der Ausübung des Vor-

kaufsrechts zustande gekommene Kaufvertrag von der Aufhebung des Erstvertrags unberührt.¹¹

3. Sonderfall der Gemeinde als Genehmigungsbehörde

Wird beispielsweise ein Grundstück im Sanierungsgebiet veräußert, kann hierzu gemäß § 144 Abs. 2 Nr. 1 BauGB eine sanierungsrechtliche Genehmigung erforderlich sein. Genehmigungsbehörde ist die Gemeinde (§ 145 Abs. 1 Satz 1 BauGB). Gleiches gilt für Grundstücke im Entwicklungsbereich (§ 169 Abs. 1 Nr. 3, § 144 Abs. 2 Nr. 1, § 145 Abs. 1 Satz 1 BauGB). Die Frist für die Erteilung der Genehmigungen beträgt einen Monat, kann aber um bis zu zwei Monate verlängert werden (§ 145 Abs. 1, § 22 Abs. 5, § 169 Abs. 1 Nr. 3 BauGB). Läuft die Ausübungsfrist für das Vorkaufsrecht erst ab Wirksamkeit des Kaufvertrags, konnte sich diese Frist bisher faktisch auf fünf Monate verlängern. Kommt die Abwendungsmöglichkeit nach § 27 BauGB hinzu, ist sogar eine weitere Fristverlängerung um zwei Monate möglich (§ 27 Abs. 1 Satz 3 BauGB). Nach Inkrafttreten des Baulandmobilisierungsgesetzes vom 14.6.2021, das am 23.6.2021 in Kraft getreten ist und ab diesem Zeitpunkt beurkundete Kaufverträge betrifft (§ 234 Abs. 1 BauGB), beträgt die normale Frist für die Ausübung des Vorkaufsrechts drei Monate.¹² Damit verlängern sich die vorstehenden Fristen nochmals um einen Monat. Dass die Vorkaufsrechtsfrist erst ab der Genehmigungserteilung durch die Gemeinde läuft, hat das BVerwG als allgemeine Ansicht angesehen und deshalb die Revision nicht zugelassen.¹³ Allerdings behandeln bis auf zwei der dafür als Nachweis angegebenen Fundstellen den Sonderfall der gleichzeitigen Genehmigungserteilung durch die Gemeinde nicht.¹⁴ Die Ausübungsfrist soll dem Vorkaufsberechtigten ausreichend Zeit geben, die für seine Kaufentscheidung relevanten Um-

5 BeckOK-BauGB/*Grziwotz*, Stand: 1.2.2021, § 28 Rdnr. 1.3 a. E.

6 BGH, Urteil vom 4.6.1954, V ZR 18/53, BGHZ 14, 1 = DNotZ 1954, 1035 = NJW 1954, 1442; Urteil vom 15.6.1960, V ZR 105/59, BGHZ 32, 383, 388 = MDR 1960, 751 = NJW 1960, 1808; Urteil vom 15.5.1998, V ZR 89/97, BGHZ 139, 29 = MittBayNot 1998, 336 = DNotZ 1998, 895 = MDR 1998, 893 = NJW 1998, 2352 = ZfIR 1998, 416. Vgl. auch *Wirsing/Beathalter*, VBIBW 2019, 309, 315.

7 BVerwG, Urteil vom 28.8.2020, 4 B 3/20, MittBayNot 2021, 526 (in diesem Heft); OVG Lüneburg, Beschluss vom 27.5.2008, 1 ME 77/08, MittBayNot 2008, 500.

8 BGH, Urteil vom 4.6.1954, V ZR 18/53, BGHZ 14, 1 = DNotZ 1954, 1035 = NJW 1954, 1442; Urteil vom 15.6.1960, V ZR 105/59, BGHZ 32, 383, 388 = MDR 1960, 751 = NJW 1960, 1808; Urteil vom 15.5.1998, V ZR 89/97, BGHZ 139, 29 = MittBayNot 1998, 336 = DNotZ 1998, 895 = MDR 1998, 893 = NJW 1998, 2352 = ZfIR 1998, 416. Vgl. auch *Wirsing/Beathalter*, VBIBW 2019, 309, 315.

9 BGH, Beschluss vom 23.11.2012, BLw 13/11, MittBayNot 2013, 263 = NJW 2013, 607 = NotBZ 2013, 246 und Beschluss vom 10.5.2019, BLw 1/18, MittBayNot 2019, 605 = AgrB 2020, 120. Bei zwingender Zustellung des Zwischenbescheids zur Fristverlängerung auch an den beauftragten Notar zu Verlängerung der Frist siehe BGH, Beschluss vom 3.5.1999, BLw 6/96, BGHZ 132, 368 = DNotZ 1997, 630 = MDR 1996, 853 = NJW 1996, 2102.

10 BGH, Beschluss vom 10.5.2019, BLw 1/18, MittBayNot 2019, 605 = AgrB 2020, 120.

11 BGH, Urteil vom 1.10.2010, V ZR 173/09, NJW 2010, 3774 = IMR 2010, 1123 m. Anm. *Grziwotz* = ZIP 2010, 2160. Vgl. auch § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB i. V. m. § 465 BGB.

12 Siehe hierzu kurz *Kment*, ZRP 2020, 179, 181.

13 BVerwG, Urteil vom 28.8.2020, 4 B 3/20, MittBayNot 2021, 526 (in diesem Heft).

14 Siehe nur Berliner Kommentar zum BauGB/*Paetow*, Stand: ai 2021, § 25 Rdnr. 10; Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/*Stock*, Baugesetzbuch, Stand: Febr. 2021, § 28 Rdnr. 27; Brüggemann/*Kronisch*, BauGB, Stand: Januar 2021, § 28 Rdnr. 40; *Jarass/Kment*, BauGB, 2. Aufl. 2017, § 28 Rdnr. 2; Battis/*Krautzberger/Löhr/Reidt*, BauGB, 14. Aufl. 2019, § 28 Rdnr. 2; HK-BauGB/*Michler/Kröniger*, 4. Aufl. 2018, § 28 Rdnr. 6; Rixner/Biedermann/Charlier/*May*, BauGB/BauNVO, 3. Aufl. 2018, § 28 Rdnr. 11. Lediglich *Jäde/Dirnberger/Spieß*, 9. Aufl. 2018, § 28 Rdnr. 2 und 12 und *Schrödter/Köster*, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 28 Rdnr. 8 erwähnen die sanierungsrechtliche Genehmigung, ohne auf die Besonderheit einzugehen, dass die Gemeinde selbst Genehmigungsbehörde ist. Die Problematik der vorkaufsberechtigten Gemeinde als Genehmigungsbehörde wird nur von *Wirsing/Beathalter*, VBIBW 2019, 309, 313 und BeckOK-BauGB/*Grziwotz*, § 28 Rdnr. 22 (kontrovers) erörtert. Wie das BVerwG unter Erörterung des Problems bereits *B. Döring*, Grundstücksverkehr und öffentlichrechtliche Vorkaufsrechte, 2020, zugl. Diss. Regensburg, 2019, S. 67 f.

stände zu ermitteln.¹⁵ Dieser Zweck wird auch verwirklicht, wenn die Gemeinde eine „Parallelprüfung“ vornimmt, d. h. über die Genehmigungserteilung und die Ausübung des Vorkaufsrechts in der Weise entscheidet, dass sie nach Genehmigungserteilung innerhalb der bisherigen Zweimonatsfrist und nunmehrigen Dreimonatsfrist des § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB ab Zugang des Vertragstexts die Erklärung über die Ausübung des Vorkaufsrechts abgibt. Die Ausübungsfrist soll nämlich die durch den Vorkaufsfall ausgelöste Unsicherheit, ob die Gemeinde von ihrem Recht Gebrauch machen wird, in einem überschaubaren Zeitraum beenden und für Klarheit sorgen.¹⁶ Betroffen ist nicht nur der Verkäufer, der lange Zeit auf den Kaufpreis warten muss, sondern vor allem der Erstkäufer. Dieser wird vor dem „Gang zum Notar“ seine Finanzierung klären und eventuell auch weitere Aufwendungen hinsichtlich der Nutzbarkeit für seine Zwecke tätigen bzw. vorbereiten (zum Beispiel Architekt, Steuerberater, Beauftragung eines Bauunternehmens, Möbelkauf). Seine Vertragspartner wollen ebenfalls Klarheit in einem überschaubaren Zeitraum. Insofern kann die Gemeinde entgegen der Ansicht des BVerwG im Einzelfall verpflichtet sein, die Erklärung aufgrund des Parallelverfahrens zu einem früheren Zeitpunkt abzugeben.¹⁷

Hierzu muss der Gemeinde aber mit dem Antrag auf Erteilung der erforderlichen Genehmigung gleichzeitig auch der Vertrag zur Erklärung hinsichtlich der Vorkaufsrechtsausübung zugehen. Dies kann im Vertrag so vorgesehen werden, da die Gemeinde den Vertrag wegen der Genehmigungserteilung ohnehin erhält. Ausreichend ist, wenn dies bei den Abschriften („die Gemeinde zur Erteilung der sanierungsrechtlichen Genehmigung und wegen der Vorkaufsrechtsausübung“) erfolgt. Dies vermeidet auch das Nicht-In-Lauf-Setzen der Frist wegen einer unvollständigen oder nicht hinreichend klaren Mitteilung. Die Wirksamkeit des Vertrags muss in diesem Fall der Gemeinde nicht mitgeteilt werden, da sie selbst Genehmigungsbehörde ist; die interne Zuständigkeit ist hierfür unerheblich.¹⁸ § 28 Abs. 1 Satz 1 BauGB enthält nach dem eindeutigen Wortlaut („Gemeinde“) nur eine Mitteilungspflicht an die vorkaufsberechtigte Gemeinde. Dem vorkaufsverpflichteten Bürger kann nicht zugemutet werden, die interne zuständige Dienststelle zu ermitteln. Er kann davon ausgehen, wenn nach dem Inhalt des Kaufvertrags eine gemeindliche Genehmigung erforderlich ist, auf die hingewiesen wird (§ 18 BeurkG), dass deren Erteilung innerhalb der Gemeinde mitgeteilt wird. Die diesbezügliche Mitteilung des vorkaufsverpflichteten Eigentü-

mers oder eine Übersendung einer Kopie der Genehmigungserklärung der Gemeinde an diese zurück wäre eine Förmelerei. Auch das BVerwG¹⁹ geht vom Lauf der Zweimonatsfrist im vorliegenden Fall „mit Rechtswirksamkeit des Kaufvertrags“ aus, nicht erst mit deren Mitteilung an die Gemeinde, die selbst Genehmigungsbehörde ist. Bis zu einer ausdrücklichen dieses Problem behandelnden höchstgerichtlichen Entscheidung schadet es freilich nicht, die Wirksamkeit des Verkaufs der Gemeinde nochmals vorsorglich mitzuteilen.

¹⁹ BVerwG, Urteil vom 28.8.2020, 4 B 3/20, MittBayNot 2021, 526 (in diesem Heft). Zum Problem des bedingten Kaufvertrags siehe *Koblizek/Latosik*, ZfR 2020, 608 f.

STEUERRECHT

21. Grundstückserwerb durch Treuhänder

BFH, Beschluss vom 30.11.2020, II B 41/20 (Vorinstanz: FG Niedersachsen, Urteil vom 12.3.2020, 7 K 263/19)

AO § 39 Abs. 2 Nr. 1

GrEStG § 1 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2, Abs. 2a, § 3 Nr. 8

LEITSATZ:

Ein Erwerbsvorgang ist nicht bereits deshalb grund-erwerbsteuerfrei, weil der Erwerber das Grundstück lediglich als Treuhänder für den Veräußerer als Treugeber halten soll.

Die Entscheidung ist abgedruckt in der DNotZ 2021, 620.

22. Erwerb eines Geschäftsanteils durch Pooltreuhänder – Schenkungsteuer im Managermodell

BFH, Urteil vom 6.5.2020, II R 34/17 (Vorinstanz: FG Düsseldorf, Urteil vom 14.4.2017, 4 K 2596/16 Erb)

AO § 39 Abs. 2, § 174 Abs. 5 Satz 2

ErbStG § 1 Abs. 1 Nr. 2, § 7 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 7 Satz 1

LEITSATZ:

Veräußert ein Gesellschafter einem vorformulierten Vertragswerk entsprechend seinen Geschäftsanteil an einen Pooltreuhänder, der diesen bis zur Aufnahme eines neuen Gesellschafters treuhänderisch für die verbleibenden Gesellschafter hält, unterliegt der Vorgang bei den verbleibenden Gesellschaftern nicht der Schenkungsteuer.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Kläger und Revisionsbeklagte (Kläger) ist Wirtschaftsprüfer und war seit dem 1.7.1988 Gesellschafter einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft (W GmbH). Die Gesellschafter hielten jeweils einen Geschäftsanteil im Nennbetrag von 50.000 €.

¹⁵ Erman/*Grunewald*, BGB, 16. Aufl. 2020, § 469 Rdnr. 8; Staudinger/*Mader/Schermaier*, Neub. 2014, § 469 Rdnr. 1. Zur umstr. Frage des Rechts auf Besichtigung siehe nur Soergel/*Wertenbruch*, BGB, 13. Aufl. 2009, § 469 Rdnr. 10.

¹⁶ MünchKomm-BGB/*Westermann*, 8. Aufl. 2019, § 470 Rdnr. 1.

¹⁷ So BeckOK-BauGB/*Grziwotz*, § 28 Rdnr. 22. Zum Problem auch B. *Döring*, Grundstücksverkehr und öffentlichrechtliche Vorkaufsrechte, zugl. Diss. Regensburg 2019, S. 67 f.

¹⁸ A. A. VGH Mannheim, Urteil vom 1.3.1996, 3 S 13/94, openjur 2013, 9990 (die vom BVerwG, Beschluss vom 29.10.1996, 4 B 109/96 zurückgewiesene Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision betraf nicht diesen Punkt der Entscheidung) und *Wirsing/Beathalter*, VBIBW 2019, 309, 313. Unklar Berliner Kommentar zum BauGB/*Paetow*, § 28 Rdnr. 10.

2 Am 30.6.2004 hatten die Gesellschafter die Neufassung eines notariell beurkundeten Poolvertrags beschlossen, der die Verhältnisse der Gesellschafter untereinander im Managermodell regelte. Dazu gehörte die Beendigung der Mitgliedschaft bei Vollendung des 63. Lebensjahrs. Der Gesellschafter sollte zu einem näher bestimmten Tag (gekoppelt an die Rechnungslegung) seinen Geschäftsanteil nach einem vorformulierten Vertragsmuster an einen Pooltreuhänder, der durch die Poolversammlung bestimmt wurde, verkaufen und übertragen. Der Pooltreuhänder hatte hierfür auf Rechnung der aktiven Poolmitglieder den Nominalbetrag des Geschäftsanteils zu entrichten, die W GmbH die bisher aufgelaufenen Gewinnanteile. Ein Anspruch auf Abfindung stiller Reserven oder eines Goodwills bestand nicht. Die Geschäftsanteile der ausscheidenden Poolmitglieder waren für die Aufnahme neuer Poolmitglieder vorgesehen. Der Pooltreuhänder hatte die Geschäftsanteile bis zu ihrer Übertragung treuhänderisch für alle in der W GmbH verbleibenden Poolmitglieder zu erwerben und zu halten. Diese Geschäftsanteile waren in der Poolversammlung nicht stimmberechtigt und auch bei der Gewinnverteilung grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Einzelheiten regelte ein dem Poolvertrag beigefügter Treuhandvertrag, demzufolge der Pooltreuhänder als fremdnütziger Treuhänder handelte und im Außenverhältnis Vollrechtsinhaber war. Zahlungen und sonstige Leistungen aus der Gesellschafterstellung waren grundsätzlich an den Treugeber abzuführen.

3 Gesellschafter X der W GmbH kündigte aus Altersgründen und verkaufte und übertrug seinen Geschäftsanteil nach Maßgabe der vorbeschriebenen Regelungen zum 30.6.2005 an den Pooltreuhänder für 50.000 €. Der Beklagte und Revisionskläger (das FA) nahm zunächst die W GmbH unter Berufung auf § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG auf Schenkungsteuer in Anspruch. Im Einspruchsverfahren zog das FA den Kläger unter Berufung auf § 174 Abs. 5 Satz 2 AO hinzu.

4 Wegen des Ausscheidens eines weiteren Gesellschafters setzte das FA ebenfalls Schenkungsteuer gegen die W GmbH fest. Die Klage war erfolgreich (Urteil des FG Düsseldorf vom 13.11.2013, 4 K 834/13 Erb, EFG 2014, 220), die Revision des FA erfolglos. Der BFH vertrat die Auffassung, die W GmbH sei jedenfalls nicht Steuerschuldnerin (Urteil vom 4.3.2015, II R 51/13, BFHE 249, 252 = BStBl. II 2015, S. 672).

5 Gegenüber dem Kläger setzte das FA für den Erwerb des Geschäftsanteils durch den Pooltreuhänder von X mit Bescheid vom 17.12.2015 unter Berufung auf § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG Schenkungsteuer fest, die es auf den Einspruch hin aus nicht streitrelevanten Gründen herabsetzte.

6 Das FG gab der Klage statt. Der Übergang des Geschäftsanteils beruhe schon nicht auf einem Ausscheiden eines Gesellschafters, denn § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG sei auch nach der Neufassung durch Art. 10 Nr. 2 lit. b des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 vom 24.3.1999 (BGBl. 1999 I, S. 402) nicht auf einen derivativen Erwerb anwendbar. Ferner sei der Geschäftsanteil zivilrechtlich – was maßgebend sei – nicht auf den Kläger, sondern auf den Treuhänder übergegangen. Schließlich fehle auch die Bereicherung, weil die Verfügungsbeschränkungen des Treuhandverhältnisses die Realisierung eines Wertes über dem Nennwert ausschlossen. Das FG-Urteil ist in EFG 2017, 1388 veröffentlicht.

7 Mit der Revision macht das FA die Verletzung des § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG im Hinblick auf alle drei Begründungssätze des FG geltend. Es handele sich nicht um einen derivativen, sondern um einen gesellschaftsrechtlich veranlassten Erwerb, da der Poolvertrag als wesentlicher Bestandteil des Gesellschaftsvertrags zu betrachten sei und das Entgelt eine verkappte Abfindung darstelle. Der durch den Pooltreuhänder erworbene Geschäftsanteil sei auch den Gesellschaftern zuzurechnen. Der Übergang des Geschäftsanteils auf den Pooltreuhänder sei zivilrechtlich als Abkürzung des über die verbleibenden Gesellschafter verlaufenden Leistungswegs erfolgt. Den verbleibenden Gesellschaftern hätte aber bis zur Weitergabe des Geschäftsanteils an einen Dritten ein Herausgabeanspruch gegen den Treuhänder zugestanden. Die objektive Bereicherung der Gesellschafter schließlich werde bereits durch die in § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG enthaltene Fiktion bewirkt. Im Übrigen könne es bei entsprechender Mehrheit auch zur Auflösung der W GmbH kommen.

8 Das FA beantragt,

die Vorentscheidung aufzuheben und die Klage abzuweisen.

9 Der Kläger beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

10 Die Anwendung von § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG sei schon deshalb ausgeschlossen, weil der Verkauf des Anteils auf den Hinzuerwerb von Einkommen gerichtet sei und die Schenkungsteuer von der Einkommensteuer verdrängt werde. Auch sei der Kläger weder zivilrechtlich Inhaber des Geschäftsanteils geworden noch steuerrechtlich bereichert, da dessen Wert allein aus der individuellen Leistung, nicht der Beteiligung als solcher fließe. Schließlich beruhe der Übergang des Geschäftsanteils nicht auf Gesetz oder Gesellschaftsvertrag, sondern auf einer rein schuldrechtlichen Vereinbarung.

11 II. Die Revision ist unbegründet und nach § 126 Abs. 2 FGO zurückzuweisen. Das FG hat zu Recht erkannt, dass die Übertragung des Geschäftsanteils an der W GmbH von X auf den Pooltreuhänder bei dem Kläger nicht der Schenkungsteuer unterliegt.

12 1. Der Vorgang ist nicht nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG schenkungsteuerbar.

13 a) Als Schenkung unter Lebenden i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG gilt nach § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG auch der auf dem Ausscheiden eines Gesellschafters beruhende Übergang des Anteils oder des Teils eines Anteils eines Gesellschafters einer Personengesellschaft oder Kapitalgesellschaft auf die anderen Gesellschafter oder die Gesellschaft, soweit der Wert, der sich für seinen Anteil zur Zeit seines Ausscheidens nach § 12 ErbStG ergibt, den Abfindungsanspruch übersteigt.

14 b) Die Voraussetzungen des § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG sind schon deshalb nicht erfüllt, weil der Geschäftsanteil nicht auf den Kläger übergegangen ist, sondern auf den Pooltreuhänder.

15 aa) Die Frage, ob und auf wen ein Geschäftsanteil übergeht, ist nach dem Zivilrecht zu beurteilen. Die Erbschaft- und Schenkungsteuer knüpft grundsätzlich an bürgerlichrechtliche Vorgänge an. Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ist daher

regelmäßig nicht anwendbar. So kommt es auch bei anderen Tatbeständen der Schenkungsteuer für die Prüfung, wer als Zuwendender und Bedachter an einer freigebigen Zuwendung beteiligt ist, grundsätzlich auf die Zivilrechtslage und nicht darauf an, wem nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise Vermögen oder Einkommen zuzurechnen ist, denn die Schenkungsteuer ist eine Verkehrsteuer (grundlegend BFH, Urteil vom 22.9.1982, II R 61/80, BFHE 137, 188 = BStBl. II 1983, S. 179; ferner etwa Urteile vom 25.1.2001, II R 39/98, BFH/NV 2001, 908 unter II. 1. und vom 21.5.2001, II R 10/99, BFH/NV 2001, 1404 unter II. 1.). Im Regelfall bleibt es bei der Anknüpfung an die zivilrechtlichen Verhältnisse.

16 bb) Für Treuhandverhältnisse an jedweden Treugut, mithin auch an gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen, gilt nichts anderes. Geht es im Rahmen der Erbschaft- und Schenkungsteuer um die Frage der Rechtszuständigkeit an dem Treugut, so bleibt maßgebend, wer zivilrechtlicher Rechtsinhaber ist. Das ist regelmäßig der Treuhänder. Die abweichende Zurechnungsvorschrift des § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 Alt. 1 AO betrifft eine besondere Form wirtschaftlichen Eigentums und ist im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht grundsätzlich ebenso wenig anwendbar wie § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO insgesamt (vgl. BFH-Urteil in BFH/NV 2001, 908 unter II. 1.).

17 cc) § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG bietet keine Grundlage, für den Übergang eines Geschäftsanteils nicht – wie regelmäßig – an den Erwerb zivilrechtlichen Eigentums, sondern – ausnahmsweise – an den Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums anzuknüpfen. Die Wortwahl „Übergang des Anteils“ ist eine originär zivilrechtliche. Eine den Prinzipien der Erbschaft- und Schenkungsteuer zuwiderlaufende rein wirtschaftliche Betrachtung, die die bei allen Vertragsbeteiligten eintretenden wirtschaftlichen Vor- und Nachteile beleuchtete, hätte einer besonderen gesetzlichen Anordnung bedurft. Insbesondere gibt § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG für die Besteuerung einer etwaigen bei einem Dritten eingetretenen Bereicherung keine Handhabe, da die Vorschrift nicht an die Bereicherung, sondern an den Anteilserwerb anknüpft.

18 dd) Nach diesen Maßstäben hat nicht der Kläger, sondern der Pooltreuhänder den Geschäftsanteil des X an der W GmbH erworben, sodass der Vorgang bei dem Kläger nicht nach § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG steuerbar ist. Der Pooltreuhänder ist zivilrechtlicher Eigentümer geworden. Die Annahme des FA, in Wahrheit sei lediglich der über die verbleibenden Gesellschafter verlaufende Leistungsweg abgekürzt worden, findet in dem Poolvertrag, der von vornherein den tatsächlich gewählten Übertragungsweg vorsah, keine Stütze. Es kann deshalb offenbleiben, ob dem Grunde nach die Rechtsfigur des abgekürzten Leistungswegs im Rahmen von § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG einen tatsächlich nicht stattgefundenen Übergang des Geschäftsanteils zu fingieren geeignet ist. Es ist auch nicht mehr von Bedeutung, ob den verbleibenden Gesellschaftern der W GmbH aus dem Vorgang ein vermögenswerter Vorteil zugekommen ist oder ob sie sogar als wirtschaftliche Eigentümer dieses Geschäftsanteils zu betrachten sein könnten.

19 c) Ungeachtet dessen ist der Vorgang auch deshalb nicht nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG steuerbar, weil es sich um einen von dieser Vorschrift nicht erfassten derivativen Erwerb handelt.

20 aa) Nachdem die frühere Fassung des Gesetzes ausdrücklich nach einer gesellschaftsrechtlichen Grundlage verlangt hatte (dazu BFH-Urteile vom 1.7.1992, II R 70/88, BFHE 168, 380 = BStBl. II 1992, S. 921 und vom 1.7.1992, II R 12/90, BFHE 168, 390 = BStBl. II 1992, S. 925; Beschluss vom 24.1.1990, II B 132/89, BFH/NV 1990, 675), fehlt es nach der Rechtsprechung des BFH auch unter der neueren Fassung an einem „Ausscheiden eines Gesellschafters“ sowie einer „Abfindung“, wenn – wie im Streitfall – der Geschäftsanteil unter Lebenden veräußert und dafür ein Kaufpreis entrichtet wird (vgl. BFH, Urteil vom 20.01.2016, II R 40/14, BFHE 252, 453 = BStBl. II 2018, S. 284, Rdnr. 26 bis 29).

21 bb) Es kann offenbleiben, unter welchen Voraussetzungen ein Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten i. S. d. § 42 AO angenommen werden könnte, wenn das Ausscheiden eines Gesellschafters gegen Abfindung allein der äußeren Form nach in das Rechtskleid eines Kaufvertrags gehüllt wird, ohne dass dieser inhaltlich von einem Ausscheiden gegen Abfindung zu unterscheiden wäre. In der Veräußerung eines Geschäftsanteils an einen Treuhänder, damit dieser den Geschäftsanteil interimweise bis zum Eintritt eines neuen Gesellschafters hält und verwaltet, vermag der Senat jedenfalls keinen Missbrauch zu erkennen. Das gilt erst recht, wenn der Geschäftsanteil zu demselben Preis veräußert werden muss, zu dem er erworben wurde, ohne dass ein Anspruch auf Abfindung stiller Reserven oder eines Goodwills bestünde.

22 2. Der Vorgang ist auch nicht nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG steuerbar.

23 a) Der Schenkungsteuer unterliegt als Schenkung unter Lebenden (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG) jede freigebige Zuwendung, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, vgl. § 516 Abs. 1 BGB). Erforderlich hierfür ist eine Vermögensverschiebung, d. h. eine Vermögensminderung auf der Seite des Schenkers und eine Vermögensmehrung auf der Seite des Bedachten (vgl. BFH-Urteile vom 9.12.2009, II R 28/08, BFHE 228, 169 = BStBl. II 2010, S. 566 unter II. 1. und vom 30.1.2013, II R 38/11, BFHE 240, 287 = BStBl. II 2018, S. 656 Rdnr. 16).

24 b) In subjektiver Hinsicht ist ein (einseitiger) Wille des Zuwendenden zur (Teil-)Unentgeltlichkeit seiner Leistung erforderlich. Der „Wille zur Unentgeltlichkeit“ liegt vor, wenn und soweit der Zuwendende in dem Bewusstsein handelt, zu der Vermögenshingabe weder rechtlich verpflichtet zu sein noch dafür eine mit seiner Leistung in einem synallagmatischen, konditionalen oder kausalen Zusammenhang stehende (gleichwertige) Gegenleistung zu erhalten (vgl. BFH, Urteil vom 28.10.2009, II R 32/08, BFH/NV 2010, 893 unter II. 3. a)).

25 c) In dem Poolvertrag war das Schicksal des Geschäftsanteils des jeweiligen Gesellschafters – hier des X – bei Erreichen der Altersgrenze bereits im Einzelnen geregelt. Alle Vermögensverschiebungen beruhten auf vertraglicher Verpflichtung, die ihrerseits angesichts der Verknüpfung mit dem ursprünglichen Erwerb des Geschäftsanteils schon objektiv eine Unentgeltlichkeit nicht erkennen lässt. Erst recht fehlt es an dem Willen zur Unentgeltlichkeit.

26 3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 2 FGO.

SONSTIGES

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

Auslandsberührung in der notariellen Praxis – Hinweise für Einsteiger*

Von Notarassessor Dr. **Benedikt Strauß**, Berlin

Das Recht der Auslandsberührung¹ ist kein Pflichtstoff in der universitären oder staatlichen Juristenausbildung. Dennoch hat dieses Rechtsgebiet in der notariellen Praxis eine nicht zu unterschätzende Bedeutung. Der vorliegende Beitrag soll insbesondere Notarassessoren,² künftigen Notarvertretern oder Referendaren einen grundlegenden Überblick über Grundstrukturen und Arbeitsweisen des IPR vermitteln. Der Beitrag ist bewusst als Einführung für Einsteiger angelegt und zielt nicht auf eine vertiefte Betrachtung. Daher verzichtet er auch weitgehend auf Fußnoten. Ziel des Beitrags ist es, dem Einsteiger eine Grundorientierung zu geben. Es werden in relativ loser Reihenfolge nach Art von „FAQs“ die wichtigsten Informationen bereitgestellt, die den Einsteiger in die Lage versetzen sollen, sich bei einem Fall mit Auslandsberührung besser und schneller zurechtzufinden. Die Konsultation weiterer Literatur kann dieser Beitrag nicht ersetzen.

I. Was sind die wichtigsten Informationsquellen?

Die erste Informationsquelle bei Sachverhalten mit Auslandsberührung ist in der Regel die Textsammlung von *Jayme* und *Hausmann*,³ die insbesondere alle wesentlichen Rechtsquellen des Kollisionsrechts (zum Kollisionsrecht siehe Frage 3) enthält. Das Kollisionsrecht ist durch eine Vielzahl unterschiedlicher Rechtsquellen geprägt, die unterschiedlichen Normhierarchien angehören (ungeschriebenes Recht, nationales Recht, Europarecht, völkerrechtliche Übereinkommen). Das Auffinden der richtigen Rechtsnorm ist in diesem Zusammenhang mitunter nicht trivial. Die genannte Textsammlung führt nicht jeden Normenkomplex insgesamt auf, sondern gliedert sich nach Rechtsgebieten bzw. Themengebieten. Diese zunächst

ungewohnte Strukturierung ist sehr sinnvoll, stellt sie doch für die jeweilige Rechtsfrage die in Betracht kommenden kollisionsrechtlichen Normen nebeneinander, was ein schnelles Auffinden der richtigen Norm erleichtert. Bei völkerrechtlichen Übereinkommen enthält die Textsammlung außerdem detaillierte Angaben darüber, in welchen Staaten eine Ratifizierung erfolgt ist. Daher empfiehlt sich immer die Verwendung der aktuellsten Auflage.

Insbesondere im Bereich des Erb- und Familienrechts ist es mitunter notwendig, sich auch zum ausländischen materiellen Recht zu informieren (siehe Frage V.). Hier bietet es sich an, die Bände von *Süß* sowie von *Ferid*, *Firsching* und *Hausmann* zum internationalen Erbrecht⁴ zu konsultieren. Sie beinhalten die wesentlichen Informationen zum materiellen (und internationalen) Erbrecht der europäischen Staaten bzw. fast jedes Staates der Erde. Dasselbe gilt für die umfangreiche Textsammlung von *Bergmann*, *Ferid* und *Henrich* zum internationalen Ehe- und Kindschaftsrecht⁵ sowie für diejenige von *Rieck* zum Familienrecht⁶ und von *Süß/Ring* zum Eherecht.⁷

Darüber hinaus existiert natürlich eine Vielzahl von weiteren Informationsquellen, die der individuellen Recherche vorbehalten sind. Klassische Informationsquellen wie Kommentare⁸ und Aufsätze sind zahlreich vorhanden und oftmals über die gängigen juristischen Datenbanken abrufbar. Als praxisnahe Gesamtdarstellung des Rechtsgebiets seien außerdem das Werk von *Hausmann* und *Odersky*⁹ sowie die Ausführungen von *Hertel*¹⁰ im Würzburger Notarhandbuch empfohlen. Unerlässlich für die notarielle Praxis ist außerdem natürlich das

* Aufgrund der Komplexität des IPR kann dieser Beitrag, der dem Einsteiger einen grundlegenden Überblick über das IPR in Form von FAQs vermitteln soll, die Konsultation weiterer Literatur nicht ersetzen.

1 Oftmals wird der Begriff des Internationalen Privatrechts als Bezeichnung für das Recht der Auslandsberührung gebraucht. Allerdings wird teilweise unter Internationalem Privatrecht in einem engeren Sinne nur das Kollisionsrecht bezeichnet. Daher wird hier der allgemeinere Begriff des Rechts der Auslandsberührung verwendet.

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

3 *Jayme/Hausmann*, Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 20. Aufl. 2020.

4 *Süß*, Erbrecht in Europa, 4. Aufl. 2020; *Ferid/Firsching/Hausmann*, Internationales Erbrecht, 117. Ergänzungslieferung 2021.

5 *Bergmann/Ferid/Henrich*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 241. Aktualisierung 2021.

6 *Rieck*, Ausländisches Familienrecht, 20. Aufl. 2020.

7 *Süß/Ring*, Eherecht in Europa, 4. Aufl. 2020.

8 Hier sind als Spezialkommentare etwa zu nennen *Hausmann*, Internationales und Europäisches Familienrecht, 2. Aufl. 2018; *Dutta/Weber*, Internationales Erbrecht, 2. Aufl. 2021 (im Erscheinen); *Rauscher*, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 5 Bände, 5. Aufl. 2020.

9 *Hausmann/Odersky*, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2021 (im Erscheinen).

10 *Limmer/Hertel/Frenz/Mayer/Hertel*, Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl. 2018, Teil 7.

DNotl, das auch im Bereich des ausländischen Rechts über eine umfassende Expertise verfügt.

II. Welche Grundstrukturen sollte der Rechtsanwender gedanklich präsent haben?

Weist ein Fall Berührungen mit dem Ausland auf, fällt es Einsteigern oftmals schwer, die auftretenden Fragestellungen systematisch richtig zu verorten. Dies erschwert es, zielgerichtet und rasch eine praxisnahe Lösung zu finden.

Da das Recht der Auslandsberührung in sich sehr logisch aufgebaut ist, ist es sinnvoll, sich zunächst über die folgenden, recht simplen Grundstrukturen Klarheit zu verschaffen:

Am Anfang der rechtlichen Betrachtung eines Sachverhalts mit Auslandsberührung steht das Kollisionsrecht, das sich mit der Ermittlung des anwendbaren Rechts beschäftigt. In diesem ersten Schritt findet keine Prüfung materiellrechtlicher Fragestellungen statt, sondern die „vorgeschaltete“ Prüfung, welche Rechtsnormen Anwendung finden. In einfacher gelagerten Fällen gelangt man oftmals zur Anwendung der Rechtsnormen nur eines Staates. Häufig sind aber Rechtsnormen mehrerer Staaten zur Anwendung berufen (siehe auch Fragen III., IV. und VI.).

Sind die anwendbaren materiellen Rechtsnormen ermittelt, kommt es in einem zweiten Schritt nunmehr zur Anwendung dieser Normen. Im Fall der Auslandsberührung können sich auch auf dieser Stufe mannigfaltige Sonderfragen im Rahmen der Auslegung und Anwendung ausländischer Rechtsnormen stellen, insbesondere Fragen der Substitution, der Angleichung oder des *ordre public* (siehe Frage IV.).

Die vorgenannten zwei Schritte der Rechtsanwendung werden allerdings durch Gerichtsentscheidungen überlagert, die anerkennungsfähig sind (siehe Frage VIII.). Dann kommt es nicht mehr zu einer Anwendung der materiellen Rechtsnormen selbst. Freilich ist auch im Rahmen der Prüfung der Anerkennungsfähigkeit u. a. der *ordre public* zu beachten.

Eine wiederum andere Frage ist diejenige der Internationalen Zuständigkeit. Hier geht es um die Frage, die Gerichte welches Staates für eine Entscheidung zuständig sind. Diese Frage ist auch für den Rechtsgestalter nicht ohne Interesse. Denn jedes Gericht wendet seine eigenen Kollisionsnormen an. Unterscheiden sich diese, ist auch von unterschiedlichen anwendbaren materiellen Rechten auszugehen, die bei der Gestaltung entsprechend zu berücksichtigen sind (siehe Frage VII.).

III. Wie ermittle ich das anwendbare materielle Recht?

Am Anfang der Ermittlung des anwendbaren Rechts steht das Auffinden der passenden Kollisionsnormen. Dieser Schritt wird als Qualifikation bezeichnet. Unter einer Kollisionsnorm versteht man eine Rechtsnorm, die für einen bestimmten Rechts- bzw. Lebensbereich einen Anwendungsbefehl für das Rechtssystem eines bestimmten Staates erteilt.

Zunächst gilt es, das maßgebliche kollisionsrechtliche Regelwerk zu bestimmen. Neben dem EGBGB als nationale Kodifikation des Kollisionsrechts existieren nämlich zahlreiche wei-

tere Regelwerke, die oftmals gegenüber dem EGBGB Vorrang genießen, so etwa völkerrechtliche Übereinkommen oder EU-Verordnungen.

Die Bestimmung des maßgeblichen kollisionsrechtlichen Regelwerks beginnt in der Regel damit, dass man sich in einer gut strukturierten internationalrechtlichen Textsammlung – regelmäßig in derjenigen von *Jayme* und *Hausmann* – orientiert. Dort ist das EGBGB als „Querschnittskodifikation“ insgesamt dargestellt, die sonstigen kollisionsrechtlichen Regelwerke sind nach Rechts- bzw. Lebensbereichen aufgegliedert (siehe bereits Frage 1). Meistens sind mehrere Bereiche gleichzeitig betroffen.

Beispiel: Im Rahmen eines Grundstückskaufvertrages dürfte für das Schuldrecht die Rom-I-VO, für das Sachenrecht das EGBGB und für die Form beide genannten Regelwerke einschlägig sein.

Kommen mehrere Regelwerke in Betracht, ist zunächst deren Hierarchieverhältnis zu klären. Europarechtliche Regelwerke – die auf dem Gebiet des Kollisionsrechts sehr häufig und wichtig sind – genießen hierbei bekanntlich Anwendungsvorrang. Völkerrechtliche Übereinkommen haben zwar ebenso wie das EGBGB den Rang eines einfachen Bundesgesetzes, gehen aber einer allgemeinen Kodifikation wie dem EGBGB bereits aufgrund ihrer Spezialität vor (vgl. auch § 3 Nr. 2 EGBGB). Hinzu kommt die Beschäftigung mit dem sachlichen Anwendungsbereich, der zumindest bei EU-Verordnungen in der Regel direkt in der Kodifikation oder zumindest in den Erwägungsgründen dargestellt ist. Außerdem ist, insbesondere beim völkerrechtlichen Übereinkommen, die territoriale Anwendbarkeit zu prüfen. Oftmals sind völkerrechtliche Kollisionsnormen als sog. *lois uniformes* ausgestaltet, die gegenüber jedem Drittstaat Anwendung finden. Dann reicht es aus, wenn Deutschland (oder genauer: der Staat des Forums, siehe Frage VI.) das entsprechende Übereinkommen ratifiziert hat. In anderen Fällen muss auch der in Betracht kommende Drittstaat das Übereinkommen ratifiziert haben.

Beispiel: Das KSÜ¹¹ enthält u. a. eine Kollisionsnorm für das Sorge-, Aufenthaltsbestimmungs- und Vormundschaftsrecht. Die Kollisionsnorm knüpft an den gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes an. Hierbei handelt es sich um ein internationales Übereinkommen, das keine *loi uniforme* darstellt, sondern bei dem der Drittstaat auch ein Vertragsstaat des Übereinkommens sein muss. Dies bedeutet, dass das Übereinkommen nur dann anwendbar ist, wenn sich der gewöhnliche Aufenthaltsort des Kindes in einem Vertragsstaat befindet.

Demgegenüber handelt es sich bei den meisten europarechtlichen Kollisionsnormen um *lois uniformes*, die also unabhängig davon gelten, ob das verwiesene Recht dasjenige eines Mitgliedstaates ist oder nicht; das geht in der Regel auch aus der Kodifikation selbst hervor, so etwa aus Art. 20 EuErbVO, Art. 20 EuGüVO, Art. 2 Rom-II-VO oder Art. 3 Rom-II-VO.

¹¹ Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern, BGBl. 2009 II, S. 603.

Schließlich gibt es auch Rechtsbereiche, in denen das Kollisionsrecht in Deutschland nicht festgelegt ist; dies betrifft insbesondere das internationale Gesellschaftsrecht, wobei dort Implikationen durch das Europarecht, insbesondere durch die Niederlassungsfreiheit, bestehen.

Ist das entsprechende Regelwerk gefunden, muss die einzelne Kollisionsnorm dieses Regelwerks ermittelt werden, welche auf den Sachverhalt anwendbar ist.

Beispiel: So verfügt etwa die EuErbVO in Art. 21 ff. über unterschiedliche Kollisionsnormen, die vom Allgemeinen zum Besonderen gegliedert sind. Art. 22 beschäftigt sich hierbei mit einer Rechtswahl, die gegenüber der allgemeinen Kollisionsnorm des Art. 21 vorrangig ist. Ebenso vorrangig sind die spezielleren Kollisionsnormen der Art. 24 ff., die sich etwa mit Fragen der Zulässigkeit und materiellen Wirksamkeit von Testamenten und Erbverträgen sowie mit Fragen der Formgültigkeit befassen.

Im Einzelfall kann die Abgrenzung der jeweils anwendbaren Kollisionsnorm durchaus problematisch sein. Dies gilt insbesondere, wenn Rechtsserscheinungen in Rede stehen, die dem inländischen Rechtssystem und damit auch dessen Kollisionsnormen fremd sind. Ein Paradebeispiel hierfür ist die sog. Morgengabe des arabischen Rechtskreises. Hierbei handelt es sich um eine Zahlungsverpflichtung des Ehemanns gegenüber der Ehefrau, die anlässlich der Eheschließung vereinbart wird und ihrer Versorgung dienen soll. Es wird diskutiert, diese Rechtsserscheinung kollisionsrechtlich dem Ehegüterrecht, dem Unterhaltsrecht oder den allgemeinen Ehwirkungen zu unterstellen, wobei sich der BGH für Letzteres entschieden hat.¹²

Wurde die entsprechende Kollisionsnorm gefunden, ist diese nun anzuwenden. Man spricht insoweit von der Anknüpfung. Rechtsfolge ist, dass die jeweilige Kollisionsnorm einen Anwendungsbefehl zugunsten einer oder mehrerer Rechtsordnungen ausspricht. Die Anknüpfung geschieht anhand sog. Anknüpfungspunkte, die auf die Rechtsordnung eines Staates verweisen. Angeknüpft werden kann etwa an den gewöhnlichen Aufenthaltsort einer Person, an die Staatsangehörigkeit einer Person, an eine Rechtswahl, an einen Belegenheitsort oder auch an den Ort der Vornahme eines Rechtsgeschäfts. Teilweise werden auch mehrere Anknüpfungspunkte alternativ nebeneinandergestellt; dies gilt insbesondere für Kollisionsnormen zur Form. Hierbei reicht es dann aus, wenn die Formvorschriften einer dieser Rechtsordnungen eingehalten werden, man spricht insoweit von einer sog. favor negotii.

Beispiel: So knüpft etwa die Kollisionsvorschrift des Art. 11 Abs. 1 Rom-I-VO, die sich auf die Formgültigkeit von Verträgen bezieht, alternativ an das auf einen Vertrag anzuwendende materielle Recht und an den Ort der Vornahme an. Dies bedeutet, dass es ausreicht, wenn der Vertrag nach einer der genannten Rechtsordnungen formgültig ist. Zu beachten ist hierbei jedoch speziell aus notarieller Sicht die Vorschrift des Art. 11 Abs. 5 EGBGB,¹³ die für den Fall des dinglichen Vertra-

ges über eine unbewegliche Sache, also insbesondere für den Fall der Auflassung, alleine das Recht des Belegenheitsorts des Grundstücks zur Anwendung beruft.

Ist nun klar, auf welches Recht die entsprechende Kollisionsnorm verweist, ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob diese Kollisionsnorm direkt auf die materiellrechtlichen Regelungen des „Zielstaats“ verweist (sog. Einzelverweisung) oder auf die Kollisionsnormen des „Zielstaats“ (sog. Gesamtverweisung). Wenn das Kollisionsregelwerk von einer Einzelverweisung ausgeht, ist dies in aller Regel positiv kodifiziert.¹⁴

Bei einer Einzelverweisung kann direkt mit dem Auffinden der materiellrechtlichen Norm fortgefahren werden. Handelt es sich hingegen um eine Gesamtverweisung, ist zunächst das Kollisionsrecht des fremden Staates anzuwenden. Stimmen das eigene und das fremde Kollisionsrecht im Ergebnis überein, ist die Zielrechtsordnung klar und es kann mit der Anwendung des entsprechenden materiellen Rechts fortgefahren werden. In diesen Fällen spricht man davon, dass das verwiesene Recht die Verweisung annimmt. Wenn hingegen das Kollisionsrecht des Drittstaats auf ein anderes Recht verweist, wird dieser Verweisung Folge geleistet. Handelt es sich um das Ausgangsrecht, spricht man von einer sog. Rückverweisung; in diesem Fall wird die Verweisungsprüfung dann abgebrochen und mit dem Auffinden der entsprechenden materiellrechtlichen Rechtsnormen im Ausgangsrecht fortgefahren. Verweist die Kollisionsnorm des entsprechenden Landes auf einen Drittstaat, wird dessen Kollisionsrecht weiter befragt (sog. Weiterverweisung).

Beispiel: Verweist etwa Art. 26 Abs. 1 lit. a EuGüVO für das anwendbare Güterrecht auf das norwegische Recht als Recht des ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts der Ehegatten nach der Eheschließung, so ist direkt das norwegische materielle Güterrecht anzuwenden, da es sich nach Art. 32 EuGüVO um eine Einzelverweisung handelt.

Für die Bestimmung des anwendbaren Güterrechts ist in vielen Fällen jedoch weiterhin auch das EGBGB von maßgeblicher Bedeutung, da die EuGüVO nur auf Ehen anwendbar ist, die nach dem 29.1.2019 geschlossen wurden. Das EGBGB sieht in Art. 4 Abs. 1 in der Regel eine Gesamtverweisung vor, so dass also Rück- und Weiterverweisung grundsätzlich beachtlich sind. Verweist etwa Art. 15 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB auf das rumänische Recht als Recht der gemeinsamen Staatsangehörigkeit, ist das rumänische IPR zu befragen. Dieses richtet sich nach dem gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltsort. Liegt dieser in Deutschland, kommt es zu einer Rückverweisung auf deutsches Recht. Da die Prüfung vom deutschen Recht ausging, wird die Verweisung hier abgebrochen und es kommt aufgrund der Rückverweisung zu einer Anwendung des deutschen materiellen Güterrechts. Befindet sich der gemeinsame gewöhnliche Aufenthaltsort der Eheleute in diesem Beispiel hingegen weder in Deutschland noch in Rumänien, sondern etwa in Italien, ist hierauf das italieni-

¹² BGH, Urteil vom 9.12.2009, XII ZR 107/08, DNotZ 2011, 29 f.

¹³ Art. 11 Abs. 5 Rom-I-VO ist hier hingegen nicht anwendbar, weil der sachliche Anwendungsbereich nur für schuldrechtliche, nicht aber für dingliche Verträge eröffnet ist.

¹⁴ Die meisten europarechtlichen Kollisionsregelwerke schließen die Rück- und Weiterverweisung aus, sodass es sich insoweit um eine Einzelverweisung handelt. In Ausnahme hierzu sieht die EuErbVO hingegen in Art. 34 nur einen partiellen Ausschluss der Rück- und Weiterverweisung vor.

sche IPR danach zu befragen, welches Recht dieses für anwendbar erklärt (Fall der sog. Weiterverweisung).

Teilweise wird außerdem vertreten, dass sich die Anknüpfung von Rechtsfragen, die sich im Rahmen der Anwendung eines ausländischen materiellen Rechts ergeben, nach den Kollisionsnormen dieses materiellen Rechts richten muss, sog. unselbstständige Anknüpfung. In der Regel ist jedoch zu einer selbstständigen Anknüpfung zu raten, die auch für diese Frage auf die eigenen Kollisionsnormen zurückgreift.

Beispiel: Ein Vertrag richtet sich nach russischem Recht. Das russische Recht stellt wiederum in diesem Zusammenhang eine Formvorschrift auf. Eine unselbstständige Anknüpfung würde für die Frage, welches Recht auf die Formfrage anwendbar ist, die Kollisionsnormen des russischen Rechts heranziehen, eine selbstständige Anknüpfung – so der Regelfall – hingegen die Kollisionsnormen des eigenen Rechts (des Forums, siehe Frage VI.), hier also des deutschen Rechts.

Ist nun klar, welche materielle Rechtsordnung zur Anwendung berufen ist, ist nach den entsprechenden materiellrechtlichen Normen dieser Rechtsordnung zu suchen, welche in den Anwendungsbereich der Kollisionsnorm fallen; auch dies ist noch Bestandteil des Qualifikationsvorgangs. Danach steht fest, welche materiellrechtlichen Normen zur Anwendung berufen sind.

Beispiel: Ein besonders bekanntes Beispiel hierfür ist die Einordnung des § 1371 Abs. 1 BGB, der die Erhöhung des Erbteils des überlebenden Ehegatten im Rahmen des pauschalen Zugewinnausgleichs vorsieht. Hatte der BGH diese Vorschrift bisher aufgrund ihrer güterrechtlichen Funktion dem Güterrecht zugeschlagen,¹⁵ nimmt nunmehr der EuGH eine erbrechtliche Qualifikation vor und sieht die Vorschrift als erbrechtlich im Sinne des EuErbVO an.¹⁶

Wie bereits erwähnt, kommt es in einem Sachverhalt oft zur Anwendung mehrerer Kollisionsnormen und auch mehrerer kollisionsrechtlicher Regelwerke. Dies kann dazu führen, dass für unterschiedliche Rechtsbereiche unterschiedliche Rechtsnormen Anwendung finden. Gerade in diesen Fällen der Aufspaltung eines Sachverhalts in verschiedene Rechtsordnungen (sog. *dépeçage*) ist der Vorgang der Qualifikation von besonderer Bedeutung, grenzt sie doch die anwendbaren materiellrechtlichen Rechtsnormen voneinander ab.

Beispiel: So sind etwa im Rahmen eines erbrechtlichen Sachverhalts nicht alleine die erbrechtlichen Kollisionsnormen der EuErbVO anzuwenden, sondern für die entsprechende sachenrechtliche Seite (zum Beispiel die Erfüllung eines Vermächtnisses) auch die sachenrechtlichen Kollisionsnormen. Diese Abgrenzung ist etwa im Rahmen des dinglichen Vindikationslegats, das die deutsche Rechtsordnung nicht kennt, problematisch. Bisher war die Art der Übertragung dinglicher Rechte aufgrund eines Erbfalls allein dem Sachenrecht und damit dem Recht am Belegenheitsort zugewiesen, sodass eine Umdeutung in ein lediglich schuldrechtlich wirkendes

Vermächtnis erfolgte, welches sodann nach den Regeln des Belegenheitsrechts erfüllt werden musste. Nunmehr hat der EuGH allerdings entschieden, dass auch der Erwerbmodus dem anwendbaren Erbrecht zu unterstellen ist, sodass auch ein dinglich wirkendes Vermächtnis hinsichtlich einer in Deutschland belegen Sache anzuerkennen ist.¹⁷

Kollisionsnormen zu (öffentlichrechtlich) verfahrensrechtlichen Fragen existieren in der Regel nicht. Dies liegt daran, dass Verfahrensfragen immer nach der sog. *lex fori*, also nach dem Ausgangsrecht, angeknüpft werden. Unter Ausgangsrecht ist hierbei das Recht am Sitz der entsprechenden Amtsperson oder der entsprechenden Institution zu verstehen.

Beispiel: So wendet etwa ein französisches Gericht immer französisches Verfahrensrecht an, ein deutscher Notar immer deutsches Beurkundungsrecht, ein österreichisches Grundbuch immer österreichisches Grundbuchverfahrensrecht.

IV. Welche Fragen stellen sich, wenn ich das anwendbare Recht bestimmt habe?

Steht die Gesamtheit der auf den Sachverhalt anwendbaren materiellrechtlichen Normen fest, ist zwar die kollisionsrechtliche Prüfung abgeschlossen. In einem Sachverhalt mit Auslandsberührung ergeben sich aber auch im Rahmen der Anwendung der materiellrechtlichen Normen oftmals noch Besonderheiten.

Es können sich beispielsweise Fragen der sog. Substitution stellen. Die Substitution ist nicht – wie teilweise angenommen – eine Frage des Kollisionsrechts, sondern eine Frage der Auslegung und Anwendung des materiellen Rechts. Konkret geht es darum, ob eine Rechtserscheinung eines fremden Rechts ein Tatbestandsmerkmal der zu prüfenden materiellrechtlichen Norm erfüllen kann. Die Substitutionsprüfung teilt sich in zwei Schritte. Zunächst ist die Substituierbarkeit der entsprechenden materiellen Norm zu prüfen. Wird diese verneint, ist eine Substitution grundsätzlich ausgeschlossen. Wird diese bejaht, kann das entsprechende Tatbestandsmerkmal auch durch eine einem fremden Recht entstammende Rechtserscheinung ausgefüllt werden; hierbei muss jedoch im Einzelfall untersucht werden, ob diese fremde Rechtserscheinung hinreichend gleichwertig ist, so dass sie das entsprechende Tatbestandsmerkmal ausfüllen kann.

Beispiel: Fragen der Substitution stellen sich insbesondere im Rahmen von Formvorschriften. Bei Belegenheit eines Grundstücks in Deutschland sind nach Art. 11 Abs. 5 EGBGB für den Auflassungsvertrag die deutschen Formvorschriften anzuwenden, also insbesondere § 925 BGB. Im Rahmen der Substitution stellt sich die Frage, ob die in § 925 BGB erwähnte zuständige Stelle auch ein ausländischer Notar sein kann. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ist § 925 BGB indes bereits keine substitutionsfähige Vorschrift, so dass eine Substitution hier dem Grunde nach ausscheidet.¹⁸

15 BGH, Beschluss vom 13.5.2015, IV ZB 30/14, MittBayNot 2015, 507.

16 EuGH, Urteil vom 1.3.2018, *Mahnkopf*, C-558/16, MittBayNot 2018, 375.

17 EuGH, Urteil vom 12.10.2017, C-218/16, MittBayNot 2018, 177.

18 BGH, Beschluss vom 13.2.2020, V ZB 3/16, MittBayNot 2021, 65.

Im Gesellschaftsrecht hingegen dürfte zumindest die Formvorschrift des § 15 Abs. 3 GmbHG als grundsätzlich substituionsfähig angesehen werden. Hierbei muss dann eine an den Zwecken der konkreten Formvorschrift orientierte Substitutionsprüfung stattfinden. Substitution ist nur dann möglich, wenn die ausländische Rechtserscheinung strukturell-allgemein der inländischen Beurkundung gleichkommt. Hat ein ausländischer Notar die Beurkundung vorgenommen, ist also zu prüfen, ob er nach dem ausländischen Berufs- und Beurkundungsrecht grundsätzlich eine gleichwertige Beurkundung leistet oder nicht. Dies ist insbesondere mit Blick auf das Erfordernis des Vorlesens und mit Blick auf die besonderen geldwäscherechtlichen und steuerlichen Mitteilungspflichten des deutschen Notars zumindest problematisch. Bei gesellschaftsrechtlichen Strukturmaßnahmen wie Kapitalerhöhungen oder Umwandlungen dürfte eine Substituierbarkeit ohnehin grundsätzlich ausscheiden.

Ein weiteres Beispiel für die Substitution ist die Frage, ob eine ausländische Urkunde den Voraussetzungen des deutschen Grundbuch- oder Registerverfahrensrechts entspricht. Sofern lediglich eine öffentliche Beglaubigung verlangt ist, dürfte dies dann der Fall sein, wenn die entsprechende ausländische Beglaubigung entweder mit einer Apostille versehen ist oder von der Pflicht zur Apostillierung befreit ist oder aber ein Legalisationsverfahren durchlaufen hat.

Weiter können sich im Rahmen der Rechtsanwendung auch Fragen der sog. Anpassung stellen. Dies betrifft insbesondere Sachverhalte, auf die Rechtsnormen unterschiedlicher Staaten zur Anwendung kommen. Diese Rechtsnormen sind verständlicherweise nicht aufeinander abgestimmt. Dadurch kann es sich ergeben, dass für gewisse Rechtsfragen keine Normen zur Verfügung stehen (sog. Normenmangel) und bei anderen Rechtsfragen Normen aus unterschiedlichen Staaten kumulativ anwendbar sind (sog. Normenhäufung). Beides führt zu einem Ergebnis, das keine der beteiligten Rechtsordnungen, wenn man sie isoliert betrachtet, hervorbringen würde. In diesen Fällen muss ein angemessenes Ergebnis im Einzelfall gefunden werden. Diesen Vorgang bezeichnet man als Anpassung.

Beispiel: Wie bereits angesprochen, qualifiziert der EuGH § 1371 Abs. 1 BGB erbrechtlich. Wenn nun etwa deutsches Erbrecht, aber griechisches Güterrecht auf einen Sachverhalt anwendbar ist, kann es zu der Konstellation kommen, dass nach deutschem Erbrecht eine pauschale Erhöhung des gesetzlichen Ehegattenerbteils nach § 1371 Abs. 1 BGB stattfindet (das darin enthaltene Tatbestandsmerkmal der Zugewinnsgemeinschaft muss hierbei im Wege der Substitution bejaht werden, siehe hierzu Frage VI.), gleichzeitig aber das griechische Güterrecht, welches ebenfalls den gesetzlichen Güterstand einer Zugewinnsgemeinschaft kennt, weitere güterrechtliche Ansprüche gewährt. In diesem Fall gewährt die Kombination des deutschen und des griechischen Rechts mehr, als eine dieser Rechtsordnungen bei isolierter Betrachtung gewähren würde, sog. Normenhäufung. Hierbei ist dann eine Anpassung vorzunehmen, die sich am Einzelfall zu orientieren hat. Im Beispielfall dürfte es angemessen sein, einen Ausgleichsanspruch zu gewähren, der wertmäßig dem entspricht, was bei isolierter Betrachtung beider Rechtsordnungen

von der „großzügigeren“ dieser Rechtsordnungen insgesamt zugebilligt würde.

Schließlich ist im Rahmen der Anwendung ausländischen materiellen Rechts der sog. *ordre public* zu beachten. Darunter versteht man die Grundsätze der eigenen Rechtsordnung, die auch durch die Anwendung fremden Rechts nicht aufgegeben werden dürfen. Betrachtet werden hier nicht die einzelnen Subsumtionsschritte, auch nicht die dem ausländischen Recht zugrundeliegenden Wertungen, sondern es kommt lediglich auf das Ergebnis der Rechtsanwendung an. Wenn dieses Ergebnis mit den Grundsätzen der eigenen Rechtsordnung nicht vereinbar ist, muss eine entsprechende Modifikation im Einzelfall erfolgen.

Beispiel: So kann es etwa gegen den deutschen *ordre public* verstoßen, wenn es nach einem ausländischen Unterhaltsrecht möglich ist, den nahehelichen Unterhalt eines geschiedenen Ehegatten auch für Fälle der Bedürftigkeit auszuschließen (etwa bei nach ausländischem Recht schuldig geschiedener Ehe).

V. Wie verhält es sich mit dem Urkundsgewährungsanspruch, mit der Haftung und mit der Belehrungspflicht, wenn ausländisches Recht in Rede steht?

Wenn ausländisches Recht zur Anwendung kommt oder wenn darüber Zweifel bestehen, hat der Notar nach § 17 Abs. 3 BeurkG darauf hinzuweisen und dies in der Niederschrift zu vermerken. Zur Belehrung über den Inhalt ausländischer Rechtsordnungen ist er nicht verpflichtet. Zu den ausländischen Rechtsordnungen zählen alle materiellen und kollisionsrechtlichen Rechtsnormen, die einer ausländischen Rechtsordnung entstammen. Das nationale Kollisionsrecht einschließlich des europarechtlichen Kollisionsrechts fällt jedoch nicht darunter.

Wenn die Anwendung ausländischen Rechts in Betracht kommt, muss der Notar also nicht über den Inhalt dieses Rechts belehren, sondern er kann es bei dem Hinweis auf die mögliche Anwendbarkeit ausländischen Rechts bewenden lassen. Dies muss in der Niederschrift vermerkt werden. Üblich ist darüber hinaus der Verweis auf die Möglichkeit, ein ausländisches Rechtsgutachten einzuholen oder einen ausländischen Juristen hinzuzuziehen.

Beispiel: Führt die Anwendung des deutschen Kollisionsrechts zum Ergebnis, dass italienisches Recht anzuwenden ist, ist der Notar nicht verpflichtet, über das italienische Recht Erkundigungen einzuholen und über dessen Inhalt zu belehren. Wenn es sich um eine Gesamtverweisung (siehe Frage III.) handelt, die zum italienischen Kollisionsrecht führt, gilt dies auch für das italienische Kollisionsrecht (es sei denn, dieses ist europarechtlich vereinheitlicht). Stattdessen ist der Notar nur verpflichtet, auf die Möglichkeit der Anwendbarkeit ausländischen Rechts hinzuweisen und dies in der Niederschrift zu vermerken. Üblicherweise wird zusätzlich die Möglichkeit der Einholung eines ausländischen Rechtsgutachtens erwähnt.

Da der Notar den Inhalt ausländischen Rechts nicht kennen muss, besteht hinsichtlich eines Beurkundungsersuchens auch keine Urkundsgewährungspflicht, soweit mit der Beur-

kundung eine Prüfung ausländischen Rechts und Beratung darüber verbunden wäre. Die Beurkundung eines Fremdentwurfs unter Ausschluss einer Beratung hinsichtlich des ausländischen Rechts ist hingegen möglich und dürfte auch der Urkundsgewährungspflicht unterliegen. Prüft der Notar das ausländische Recht nicht und weist darauf hin, sind Fehler bei der Anwendung des ausländischen Rechts auch keine Amtspflichtverletzung.

Beispiel: Wenn von einem deutschen Notar verlangt wird, einen Immobilienkaufvertrag nach französischem Recht zu entwerfen, dazu zu beraten und diesen zu beurkunden, kann er dieses Ersuchen ablehnen. Anders dürfte es aussehen, wenn es um die schlichte Beurkundung (ohne Vollzug) eines fremden Entwurfs geht, den der Notar, was das ausländische Recht angeht, nicht prüfen muss, es sei denn, die Beurkundung ist aus einem anderen Grund abzulehnen, etwa wegen § 4 BeurkG. Da die fehlende Prüfung des ausländischen Rechts auch keine Amtspflichtverletzung darstellt, kann der Notar insoweit auch ausdrücklich einen Haftungsausschluss vereinbaren.

Oftmals ist ein bloßer Verweis auf die mögliche Anwendbarkeit ausländischen Rechts jedoch sowohl für den Notar als auch für die Beteiligten unbefriedigend, löst dies doch bei Fällen mit Auslandsberührung die Sachlage in der Regel nur sehr unzureichend. Dem Notar ist es natürlich unbenommen, auch den Inhalt fremder Rechtsordnungen zu prüfen, eine Rechtsgestaltung nach dem ausländischen Recht vorzunehmen und darüber zu belehren. Tut er dies, kann er sich auch nicht mehr auf die eingeschränkte Belehrungspflicht nach § 17 Abs. 3 BeurkG zurückziehen.

Beispiel: Ist ein deutscher Notar Spezialist im US-amerikanischen Steuerrecht, kann er darüber natürlich belehren und entsprechende Gestaltungen vornehmen. In diesem Fall hat er jedoch richtig zu belehren und unterliegt bei entsprechenden Fehlern auch der Amtshaftung.

In aller Regel dürfte es ratsam sein, diesbezüglich einen Mittelweg zu wählen. Da der Notar überhaupt nicht verpflichtet ist, den Inhalt ausländischer Rechtsordnungen zu prüfen und darüber zu belehren, kann es ihm nicht versagt sein, eine eingeschränkte Prüfung der ausländischen Rechtsordnung vorzunehmen. So kann der Notar etwa die ihm zur Verfügung stehenden Werke über das ausländische Recht hinzuziehen und seine Urkundsgestaltung an dieser eingeschränkten Quellenlage orientieren. Gleichfalls kann er ein Gutachten des DNotI zur ausländischen Rechtslage einholen. In diesen Fällen sollte er dann ausdrücklich darüber belehren, aus welchen Quellen er sich informiert hat und dass er seine Beratung und Gestaltung auf diese Quellen beschränkt. Freilich muss er sich im Falle einer solchen Haftungsbeschränkung an grundsätzliche Sorgfaltspflichten halten, so darf er etwa nicht auf veraltete Literatur zurückgreifen, wenn aktuelle Quellen ohne großen Aufwand verfügbar sind.

Beispiel: Dies kann etwa bei Erbscheinsanträgen bedeutsam sein. Zwar richtet sich die internationale Zuständigkeit für Erbscheine nach der Besprechung des EuGH nunmehr nach der

EuErbVO,¹⁹ die im Grundsatz einen Gleichlauf zwischen der internationalen Zuständigkeit zur Ausstellung eines Erbscheins und dem anwendbaren materiellen Erbrecht herstellt, sodass ein deutscher Notar faktisch überwiegend nur Erbscheinsanträge unter Anwendung des deutschen Erbrechts beurkunden muss. Allerdings kann in Ausnahmefällen – insbesondere in den Fällen des Art. 10 EuErbVO – die Zuständigkeit eines deutschen Nachlassgerichts für die Erteilung eines Erbscheins nach ausländischem Erbrecht bestehen. Dasselbe gilt für die Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses. In all diesen Fällen bietet es sich an, nicht gänzlich auf die Prüfung ausländischen Rechts zu verzichten, sondern eine zumindest eingeschränkte Prüfung des ausländischen Erbrechts vorzunehmen und den Erbscheinsantrag bzw. den Antrag auf Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses daran zu orientieren. Hierbei sollte auf die Anwendbarkeit ausländischen Rechts verwiesen werden und insbesondere darauf, aus welchen Quellen sich der Notar informiert hat. Er kann seine Haftung dann auf die herangezogenen Quellen beschränken. Hier kommt insbesondere auch ein Gutachten des DNotI in Betracht.

VI. Gibt es weitere Gesichtspunkte, die ein Kautelarjurist bei Fällen mit Auslandsberührung besonders zu beachten hat?

Bei der Urkundsgestaltung sollte immer darauf geachtet werden, dass sog. hinkende Rechtsverhältnisse verhindert werden. Der Hintergrund ist folgender: Auch das Kollisionsrecht ist nicht weltweit vereinheitlicht. Das führt dazu, dass aus deutscher Sicht (der Kollisionsrechtler spricht insoweit vom sog. deutschen Forum) ggf. ein anderes materielles Recht zur Anwendung berufen ist als aus der Sicht eines anderen Staates (der Kollisionsrechtler spricht insoweit vom ausländischen Forum). Ist nun damit zu rechnen, dass sich auch Gerichte und Behörden des anderen Staates mit dem Sachverhalt beschäftigen, wenden diese aufgrund ihres abweichenden Kollisionsrechts ein anderes materielles Recht an, das auch zu anderen Ergebnissen führen kann. In diesen Fällen spricht man von einem sog. hinkenden Rechtsverhältnis. Dieses gilt es zu vermeiden, um nicht zu widersprüchlichen Ergebnissen zu kommen. Oftmals lässt sich dies durch eine Rechtswahl erreichen (wenn diese im jeweiligen Kollisionsrecht vorgesehen ist) oder durch eine entsprechende Gestaltung der Anknüpfungspunkte. Ist dies einmal nicht möglich, sollte die materielle Rechtslage so gestaltet werden, dass sie nach beiden in Betracht kommenden materiellen Rechtsordnungen zum selben bzw. zum gewünschten Ergebnis führt.

Beispiel: Es geht um die Erbfolge nach einem japanischen Staatsangehörigen mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland. Aus deutscher Sicht ist in diesem Falle das deutsche Erbrecht anwendbar, Art. 21 Abs. 1 EuErbVO. Das japanische internationale Erbrecht richtet sich hingegen nach der Staatsangehörigkeit des Erblassers, sodass aus japanischer Sicht das japanische Recht anwendbar ist. Sollte erblasserisches Vermögen in beiden Staaten belegen sein, ist die Anwendung unterschiedlichen Erbrechts aus deutscher und aus japanischer Sicht ggf. problematisch. Hierbei könnte daran

¹⁹ EuGH, Urteil vom 19.12.2018, C-374/17, RNotZ 2018, 486.

gedacht werden, aus deutscher Sicht nach Art. 22 Abs. 1 EuErbVO eine Rechtswahl zugunsten des japanischen Staatsangehörigkeitsrechts vorzunehmen, um einen Gleichlauf zwischen dem aus deutscher und aus japanischer Sicht anwendbaren Erbrecht herzustellen und somit ein hinkendes Rechtsverhältnis zu verhindern. Nachteil dieser Lösung aus Sicht des deutschen Notars ist freilich, dass damit mit dem japanischen Recht ein Rechtssystem zur Anwendung kommt, das er im Regelfall nicht kennt. Alternativ könnte daran gedacht werden, testamentarisch eine möglichst einfache Lösung zu finden, die sowohl aus Sicht des deutschen wie aus Sicht des japanischen Erbrechts im Wesentlichen dieselben Rechtsfolgen herbeiführt, sodass Friktionen vermieden werden. Eine solche Lösung zu finden, ist freilich oftmals herausfordernd und wohl nur unter Hinzuziehung eines ausländischen Juristen sinnvoll darstellbar.

Im sachlichen Zusammenhang zu den hinkenden Rechtsverhältnissen steht auch das sog. Handeln unter falschem Recht. Ein solches liegt dann vor, wenn die materiellrechtliche Gestaltung sich nach einem bestimmten materiellen Recht richtet, wenn aber nach den Vorschriften des Kollisionsrechts ein anderes Recht Anwendung findet. Derartiges Handeln unter falschem Recht muss tunlichst vermieden werden. Kommt es dennoch im Einzelfall vor, kann man durch entsprechende Auslegung oftmals zu dem gewünschten Ergebnis gelangen. Der Rechtsgestalter sollte diesen Fall jedoch nicht eintreten lassen. In diesem Fall kann und sollte man die materiellrechtliche Gestaltung – ähnlich wie beim hinkenden Rechtsverhältnis – möglichst nach beiden in Betracht kommenden materiellen Rechten ausrichten. Hilfreich hierbei ist auch eine zusätzliche Klausel, die zum Ausdruck bringt, welche grundsätzlichen Ziele die Beteiligten durch die entsprechende Gestaltung erreichen wollen und dass, sollte ein anderes als das in Aussicht genommene materielle Recht zur Anwendung berufen sein, die Beteiligten wünschen, dass durch Auslegung möglichst dasselbe Ergebnis herbeigeführt wird.

Beispiel: Wenn im vorgenannten Beispiel der Erblasser lediglich Vermögen in Deutschland belegen hat, dürfte es ratsam sein, keine Rechtswahl zu treffen, sondern die Regelanknüpfung der EuErbVO an den gewöhnlichen Aufenthaltsort zu nutzen, um aus deutscher Sicht das deutsche Erbrecht zur Anwendung zu bringen. In diesem Fall laufen nämlich Belegenheit des Vermögens und anwendbares Erbrecht gleich, was mit großen Vorteilen für die praktische Abwicklung verbunden ist. Die Testamentsgestaltung orientiert sich in diesem Fall dann am deutschen Erbrecht. Sollte der Erblasser hingegen doch wieder nach Japan umziehen, wäre aufgrund der Anknüpfung des anwendbaren Erbrechts an den gewöhnlichen Aufenthaltsort in diesem Fall dann japanisches Erbrecht anwendbar. Die nach deutschem Recht vorgenommene Gestaltung des Testaments stellte dann ein Handeln unter falschem Recht dar, welches ggf. nur über eine Auslegung noch zu „retten“ ist. Möchte man dieses Risiko vermeiden, empfiehlt es sich auch hier, das Testament – ähnlich wie oben zum hinkenden Rechtsverhältnis beschrieben – nach beiden in Betracht kommenden materiellen Rechten auszurichten. Ist dies nicht möglich, empfiehlt es sich zumindest, die Motive des Erblassers besonders klar darzustellen, um bei Wandelung des anwendbaren Erbrechts die Auslegung im neuen Erbrecht zu erleichtern. In die-

sem Fall sollte zusätzlich auch darüber belehrt werden, dass es bei einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltsortes sehr sinnvoll ist, eine neue Gestaltung nach dem dann anwendbaren Erbrecht vorzunehmen.

VII. Wann sind Fragen der sog. Internationalen Zuständigkeit für Notare relevant?

Die Internationale Zuständigkeit beschäftigt sich mit der Frage, wann ein Zivilgericht eines Staates bei einem Fall mit Auslandsberührung zuständig ist. Ähnlich wie das Kollisionsrecht, das anhand von Anknüpfungspunkte zur Anwendung des materiellen Rechts eines bestimmten Staates gelangt, bestimmen die Vorschriften zur Internationalen Zuständigkeit anhand von Anknüpfungspunkten, wann die entsprechenden Gerichte zuständig sind.

Diese Frage ist natürlich auf den ersten Blick nur im Rahmen des Prozessrechts von Bedeutung. Aber auch für den Notar kann die Internationale Zuständigkeit wichtig sein. Wenn sich nämlich herausstellt, dass für eine bestimmte Rechtsfrage die Gerichte eines ausländischen Staates international zuständig sind, muss der Notar seine Rechtsgestaltung an der Sicht dieser ausländischen Gerichte orientieren. Dies bedeutet insbesondere, dass das entsprechende Kollisionsrecht dieses ausländischen Staates heranzuziehen ist, um hinkende Rechtsverhältnisse bzw. Handeln unter falschem Recht (siehe dazu Frage VI.) zu verhindern.

Beispiel: So ergibt sich etwa eine Internationale Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte im vorgenannten Beispiel eines Erblassers mit japanischer Staatsangehörigkeit, aber gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland aus Art. 4 EuErbVO. Hingegen richtet sich die Internationale Zuständigkeit japanischer Gerichte für Verfahrensfragen wie die Bestellung eines Nachlassverwalters u. a. nach der Belegenheit des Nachlasses. Daher ist hinkenden Rechtsverhältnissen und einem Handeln unter falschem Recht (siehe Frage VI.) vorzubeugen.

VIII. Was ist die Entscheidungsanerkennung? Wann wird diese für den Notar relevant?

Unter Entscheidungsanerkennung wird die Anerkennung einer ausländischen gerichtlichen Entscheidung verstanden. In Deutschland gilt das Prinzip der sog. Inzidentanerkennung, was bedeutet, dass die Anerkennung der entsprechenden Entscheidung keiner zwischengeschalteten gerichtlichen Bestätigung durch ein deutsches Gericht bedarf, vgl. etwa § 328 ZPO und § 108 FamFG.²⁰ Vielmehr wird die ausländische Gerichtsentscheidung im Umfang ihrer Rechtskraft quasi automatisch anerkannt. Lediglich wenn sog. Anerkennungs Hindernisse entgegenstehen, findet keine Anerkennung statt. Die Anerkennung führt dazu, dass insoweit keine materiellrechtliche Prüfung mehr stattzufinden hat, sog. Verbot der *révision au fond*. Insbesondere findet auch keine Prüfung statt, wo das ausländische Gericht das Kollisionsrecht richtig angewandt hat. Mit anderen Worten überlagert eine anerkennungsfähige ausländische Gerichtsentscheidung im Umfang ihrer Rechts-

²⁰ Die Vorschriften des deutschen Rechts werden allerdings weitgehend durch europäische Rechtsquellen überlagert, vgl. etwa Art. 36 Abs. 1 Brüssel-Ia-VO.

kraft eine materiellrechtliche Prüfung.

Beispiel: Ein russisches Gericht hat verurteilt, ohne Gegenleistungen ein Grundstück auf B zu übertragen. Anerkennungs- hindernisse sind nicht ersichtlich. Damit wird die Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung als schuldrechtliche Causa anerkannt; eine Prüfung der kollisions- und materiellrechtlichen Grundlagen der Causa findet nicht statt.

Im notariellen Bereich ist die Anerkennung ausländischer Entscheidungen insbesondere bei Gestaltungsentscheidungen, wie etwa Ehescheidungen, von Bedeutung. Bei Ehescheidungen verlangt freilich § 107 Abs. 1 Satz 2 FamFG abweichend vom Prinzip der Inzidentanerkennung eine Feststellung durch die Landesjustizverwaltung, es sei denn, beide Ehegatten gehörten zum Zeitpunkt der Scheidung demselben Staat an und ein Gericht dieses Staates hat entschieden, § 107 Abs. 1 Satz 2 FamFG. Im Anwendungsbereich der Brüssel-IIa-VO sind abweichend davon Scheidungsurteile immer ohne weitere Voraussetzung anzuerkennen.

Beispiel: Der türkische Staatsangehörige A war mit einer Syrerin verheiratet und möchte eine Immobilie zum Alleineigentum erwerben. Die Ehe wurde von einem syrischen Gericht geschieden. Der Notar wird sicherstellen wollen, dass der Beteiligte tatsächlich geschieden ist und somit keinen güterrechtlichen Bindungen unterliegt, die einen Erwerb zum Alleineigentum ausschließen könnten. Damit die genannte Scheidung auch in Deutschland anerkannt wird, ist eine entsprechende Feststellung durch die Landesjustizverwaltung erforderlich. Anders wäre dies, wenn beide Ehegatten die-

selbe Staatsangehörigkeit gehabt hätten oder wenn ein Gericht im Anwendungsbereich der Brüssel-IIa-VO die Scheidung vorgenommen hätte.

Von der Anerkennung einer ausländischen Entscheidung ist die Vollstreckung der ausländischen Entscheidung abzugrenzen. Soll aus einer ausländischen Gerichtsentscheidung vollstreckt werden, ist regelmäßig ein bestätigendes Urteil eines deutschen Gerichts nötig, das dann auch als Vollstreckungstitel dient (sog. exequatur), vgl. § 722 ZPO. Teilweise existieren aber auch europa- oder völkerrechtliche Rechtsnormen, die ein derartiges Urteil für entbehrlich erklären, vgl. etwa Art. 39 Brüssel-Ia-VO.

Im notariellen Zusammenhang ist natürlich insbesondere die Vollstreckbarkeit notarieller Urkunden von Bedeutung. Hier liegt keine Gerichtsentscheidung zugrunde, sondern eine freiwillige Unterwerfung der Beteiligten unter die Zwangsvollstreckung. Die Grundsätze über die Entscheidungsanerkennung finden daher naturgemäß keine Anwendung. Eine Urkundsanerkennung in diesem Sinne existiert nicht (vgl. aber die „Anerkennung“ einer ausländischen Urkunde im Rahmen der Substitution, siehe Frage IV.; diese wird oftmals als „Urkundsanerkennung“ bezeichnet). Allerdings ist es möglich, auch aus ausländischen notariellen Urkunden zu vollstrecken, wenn hierfür spezielle Rechtsvorschriften existieren. Dies ist im europäischen Zusammenhang etwa in Art. 58 EuGVO der Fall. Weiter dürften auch die Vorschriften des nationalen Rechts zur Vollstreckung ausländischer Gerichtsentscheidungen analog auf ausländische notarielle Urkunden anwendbar sein.

VERANSTALTUNGSHINWEISE

9. Jahrestagung des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen der Bucerius Law School

Werte in Familienunternehmen

Freitag, 29. Oktober 2021, 8.45 Uhr

Helmut Schmidt Auditorium der Bucerius Law School

Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg

Aus dem Programm:

Werte in Familienunternehmen – Unternehmergespräch (*Bonita Grupp*, Head of E-Commerce & HR bei TRIGEMA Inh. W. Grupp e.K., im Gespräch mit Dr. *Christian Bochmann*, Rechtsanwalt und Direktor des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen)

Legitimation einer Vermögensperpetuierung in Familienunternehmen (Prof. Dr. *Anatol Dutta*, Ludwig-Maximilians-Universität München)

Die Familienverfassung (Prof. Dr. *Susanne Kalss*, Wirtschaftsuniversität Wien)

Reform des Personengesellschaftsrechts: Stand der Diskussion nach dem Entwurf der Expertenkommission (Prof. Dr. *Alfred Bergmann*, Vorsitzender Richter am BGH a.D. und Mitglied der vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eingesetzten Expertenkommission zur Reform des Personengesellschaftsrechts, Karlsruhe)

Inhaltskontrolle im Erbrecht (Prof. Dr. *Anne Röthel*, Direktorin des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen)

Gesellschaftsvertragliche Abfindungsregelungen und Pflichtteilsrecht (Prof. Dr. *Christopher Keim*, Notar, Ingelheim)

Tagungsbeitrag:

50,00 € für Notarassessoren, 100,00 € für Mitglieder der NotRV oder der Hamburgischen Notarkammer und 150,00 € für alle anderen Teilnehmer.

Von Angehörigen einer wissenschaftlichen Einrichtung oder der Justiz wird keine Teilnahmegebühr erhoben.

Kontakt/Anmeldung:

Bis zum 22. Oktober 2021 unter www.law-school.de/jahrestagung-nzf (Anmeldemaske).

Ausschreibung

Ausschreibung des „Helmut-Schippel-Preises“ für das Jahr 2022

Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V. in Würzburg setzt für eine hervorragende praxisbezogene wissenschaftliche Arbeit auf dem Gebiet des Notarrechts den

„Helmut-Schippel-Preis“

in Höhe von **5.000 €** aus.

Zum Notarrecht zählen alle Fragen des materiellen oder formellen Rechts, die mit der Notariatspraxis im weitesten Sinne oder der Vertragsgestaltung im Zusammenhang stehen (z. B. auch Grundstücksrecht, Erbrecht, Familienrecht, Gesellschafts- und Unternehmensrecht).

Über die Vergabe entscheidet der Gesamtvorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. unter Ausschluss des Rechtsweges. Bewerber werden gebeten, ihre Forschungs-

arbeiten bis spätestens **30.6.2022** bei der

**Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.,
Gerberstraße 19,
97070 Würzburg**

in drei gedruckten Exemplaren (verbleiben bei der Notarrechtlichen Vereinigung) sowie als PDF-Datei an notrv@dnoti.de einzureichen (maßgebend ist der Eingang). Ein weiteres Exemplar wird im Falle des Preiserhalts zur Archivierung der Helmut-Schippel-Preisträgerarbeiten zur Verfügung gestellt. Die endgültige Vergabeentscheidung wird voraussichtlich Anfang 2023 getroffen. Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung behält sich eine Aufteilung des Preises auf mehrere Bewerberinnen/Bewerber vor. Die Preisverleihung findet im Rahmen einer wissenschaftlichen Vortragsveranstaltung statt. Nähere Informationen erhalten Sie unter www.notrv.de.

Veranstaltungen des DAI

1. **Online-Vortrag LIVE: Die Reform des Wohnungseigentumsgesetzes und ihre Auswirkungen auf die Gestaltung von Teilungserklärungen**
(Tondorf)
1.9.2021 online
2. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Löffler)
1.9.2021 in Bonn
3. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Onyeukwu/Selgert)
2.9.2021 in Bochum und als Livestream
4. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Tondorf)
2.9.2021 in Berlin
5. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Frohn)
2.9.2021 in Rostock-Warnemünde
6. **Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare**
(Berkefeld)
3.9.2021 in Kassel
7. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Klein/Kühnelt)
6.9.2021 in Kiel
8. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Onyeukwu/Selgert)
6.9.2021 in Hagen
9. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Büttner)
7.9.2021 in Heusenstamm (bei Frankfurt am Main)
10. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Danninger/Sauer)
8.9.2021 in Fürth
11. **19. Jahresarbeitstagung des Notariats**
(Frenz)
9.9.2021 bis 11.9.2021 in Berlin und als Livestream
12. **Grundstückskaufvertrag für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**
(Tondorf)
10.9.2021 in Oldenburg
13. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Kögel)
14.9.2021 in Baunatal
14. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Schwecherl)
14.9.2021 in Stade
15. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Flache/Frohn)
15.9.2021 in Leipzig
16. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Küpperbusch/Sankühler)
15.9.2021 in Bochum und als Livestream
17. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(de Buhr/Miedtank)
16.9.2021 in Osnabrück
18. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Sauer/Schäfer)
16.9.2021 in Fürth
19. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Thelen)
20.9.2021 in Duisburg
20. **46. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung, Bochum**
(Bosch/Forschner/Leidner/Meier/Monreal/Sikora/Wengenmayer)
20.9.2021 bis 25.9.2021 in Bochum und als Livestream
21. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Behrens/Schäfer)
21.9.2021 in Heusenstamm (bei Frankfurt am Main) und als Livestream
22. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Strauß/Thelen)
21.9.2021 in Augsburg
23. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Tondorf)
22.9.2021 in Berlin
24. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Onyeukwu/Selgert)
22.9.2021 in Münster
25. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2020/2021**
(Herrler/Hertel/Kessler)
23.9.2021 in Berlin und als Livestream
26. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(de Buhr/Miedtank)
23.9.2021 in Braunschweig
27. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2020/2021**
(Herrler/Hertel/Kessler)
24.9.2021 in Weimar
28. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Schwecherl)
27.9.2021 in Lüneburg
29. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Tondorf)
27.9.2021 in Lahnstein

30. **Der digitale Nachlass in der Gestaltungspraxis**
(Raude)
28.9.2021 in Bochum und als Livestream
31. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Klein/Kühnelt)
28.9.2021 in Lübeck
32. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Büttner)
29.9.2021 in Ulm
33. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Küpperbusch/Sandkühler)
29.9.2021 in Bochum und als Livestream
34. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Klein/Kühnelt)
30.9.2021 in Bremen
35. **Aktuelles Kostenrecht im Notariat**
(Tondorf)
30.9.2021 in Bochum
36. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2020/2021**
(Herrler/Hertel/Kessler)
30.9.2021 in Düsseldorf
37. **Intensivkurs Überlassungsvertrag**
(Berkefeld/Oertel)
1.10.2021 bis 2.10.2021 in Köln
38. **Umsetzung der WEG-Reform in die notarielle Praxis**
(Lehmann-Richter/Wobst)
1.10.2021 in Potsdam und als Livestream
39. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2020/2021**
(Herrler/Hertel/Kessler)
1.10.2021 in Heusenstamm (bei Frankfurt am Main) und als Livestream
40. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Flache)
4.10.2021 in Berlin und als Livestream
41. **Unterstützung bei der Abwicklung notarieller Urkunden von A-Z**
(Tondorf)
4.10.2021 in Bochum und als Livestream
42. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Küpperbusch/Sandkühler)
5.10.2021 in Münster
43. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Kögel/Vilgertshofer)
5.10.2021 in Ingolstadt
44. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Tondorf)
5.10.2021 in Bochum und als Livestream
45. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Büttner)
6.10.2021 in Heusenstamm (bei Frankfurt am Main)
46. **Modularer Intensivkurs der Notarkasse für Privat-angestellte 2021/2022**
(Falkner/Gutfried/Pelikan/Storch)
6.10.2021 bis 8.10.2021 in Nürnberg und als Livestream
47. **Ausgewählte Probleme des Grundstückskaufvertrags für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**
(Thon)
7.10.2021 in Bochum und als Livestream
48. **DAI advanced: Erfahrungsaustausch zur Hauptversammlung der AG**
(Reul)
7.10.2021 in Bochum
49. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Strauß/Vilgertshofer)
7.10.2021 in Augsburg
50. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Thelen)
9.10.2021 in Köln
51. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Flache/Frohn)
11.10.2021 in Dresden Radebeul
52. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Büttner)
11.10.2021 in Baden-Baden
53. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Bosch/Frohn)
12.10.2021 in München
54. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Siegel/Strauß)
14.10.2021 in Leer
55. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Tondorf)
15.10.2021 in Homburg
56. **Update Vorsorgevollmacht und Betreuung**
(Müller-Engels/Reetz)
16.10.2021 in Bochum und als Livestream
57. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Klein/Kühnelt)
18.10.2021 in Kiel
58. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Sauer/Schnelle)
19.10.2021 in Regensburg
59. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Büttner)
20.10.2021 in Stuttgart
60. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Frohn)
21.10.2021 in Weimar
61. **Sozialrechtliche Fragestellungen bei der Testamentsgestaltung**
(Pfuhlmann-Riggert)
23.10.2021 in Kiel

62. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Müller/Schäfer)
25.10.2021 in Wiesbaden
63. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Tondorf)
25.10.2021 in Potsdam
64. **Erbrechtliche Gestaltung in Patchworkfamilien**
(Keim)
26.10.2021 in Berlin und als Livestream
65. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Löffler/Sauer)
26.10.2021 in Würzburg
66. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(de Buhr/Miedtank)
26.10.2021 in Hamburg
67. **GmbH-Recht für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**
(Herzog)
27.10.2021 in Köln
68. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Strauß/Thelen)
27.10.2021 in Berlin und als Livestream
69. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Thelen)
28.10.2021 in Düsseldorf
70. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Onyeukwu/Selgert)
29.10.2021 in Münster
71. **Update Vorsorgevollmacht und Betreuung**
(Müller-Engels/Reetz)
30.10.2021 in Heusenstamm (bei Frankfurt am Main) und als Livestream

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

NEUERSCHEINUNGEN

1. Borth: Versorgungsausgleich. In anwaltlicher und familiengerichtlicher Praxis. 9. Aufl., Luchterhand, 2021. 852 S., 119,00 €
2. Brambring/Dorsel: Ehevertrag und Vermögenszuordnung unter Ehegatten. 8. Aufl., Beck, 2021. 219 S., 49,00 €
3. Bürgers/Körber/Lieder: Aktiengesetz. 5. Aufl., C.F. Müller, 2021. 2700 S., 249,00 €
4. Diehn: Notarkostenberechnungen. Muster und Erläuterungen zum Gerichts- und Notarkostengesetz (GNotKG). 7. Aufl., Beck, 2021. 512 S., 39,00 €
5. Dutta/Weber: Internationales Erbrecht. EuErbVO, Erbrechtliche Staatsverträge, EGBGB, IntErbRVG, IntErbStR, IntSchenkungsR. 2. Aufl., Beck, 2021. 773 S., 189,00 €
6. Faßbender: Notariatskunde. 20. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2021. 1008 S., 69,00 €
7. Formularbuch Recht und Steuern. Gesellschaftsverträge, Sonstige Verträge, Besteuerungsverfahren, Rechtsmittelverfahren, Steuerstrafverfahren. 10. Aufl., Beck, 2021. 1858 S., 199,00 €
8. Gottwald: Münchener Prozessformularbuch Familienrecht. 6. Aufl., Beck, 2021. 1372 S., 179,00 €
9. Hinz/Junker/von Rechenberg/Sternel: Formularbuch des Fachanwalts Miet- und Wohnungseigentumsrecht. 4. Aufl., Luchterhand, 2021. 1200 S., 139,00 €
10. Hirte/Mülbert/Roth: Aktiengesetz. AktG, Band 7/3. §§ 147-149. 5. Aufl., De Gruyter, 2021. 417 S., 119,95 €
11. Kroiß: Rechtsprobleme durch COVID-19 in der anwaltlichen Praxis. 2. Aufl., Nomos, 2021. 616 S., 68,00 €
12. Leuschner: AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr. Kommentar zu den §§ 305-310 BGB mit Klauselteil, Erläuterungen zur Rechtswahl und Länderberichten. 1. Aufl., Beck, 2021. 1197 S., 229,00 €
13. Prütting/Gehrlein: ZPO – Kommentar. Zivilprozessordnung. 13. Aufl., Luchterhand, 2021. 3796 S., 139,00 €
14. Prütting/Wegen/Weinreich: BGB – Kommentar. Bürgerliches Recht. 16. Aufl., Luchterhand, 2021. 3812 S., 130,00 €
15. Reinhardt/Kemper/Grünenwald: Adoptionsrecht. AdVermiG, AdÜbAG, AdWirkG, BGB, EGBGB, FamFG. 4. Aufl., Nomos, 2021. 365 S., 44,00 €
16. Röcken: Vereinssatzungen. Strukturen und Muster erläutert für die Vereinspraxis. 4. Aufl., Erich Schmidt, 2021. 285 S., 35,00 €
17. Schneider/Volpert/Fölsch: Gesamtes Kostenrecht. Justiz, Anwaltschaft, Notariat. 3. Aufl., Beck, 2021. 3400 S., 198,00 €
18. Schröder: Bayerisches Datenschutzgesetz. Handkommentar. 1. Aufl., Nomos, 2021. 500 S., 98,00 €
19. Weingärtner: DNot / NotAktVV – Kommentar. Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 14. Aufl., Heymanns, 2021. 800 S., 149,00 €

STANDESNAHRICHTEN

PERSONALÄNDERUNGEN

1. Verstorben:

Notar Dr. Markus Vierling
verstorben am 10.7.2021

Notar a. D. Hermann Metzger
verstorben am 13.7.2021

2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 1.8.2021:

Notar Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

Mit Wirkung zum 5.8.2021:

Notar Dr. Roman Forthauer, Bad Griesbach i. Rottal

Mit Wirkung zum 1.9.2021:

Notar Peter Füller, Heilsbronn
Notar Kurt Kling, Neukirchen b. Hl. Blut

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.8.2021:

Günzburg der Notarassessorin
(in Sozietät mit Dr. Vera Richter
Notar Benedikt (bisher in Ochsenfurt,
Goslich) Notarstellen
Dr. Falkner/Dr. Serr)

München dem Notar
Dr. Johannes Hecht
(bisher in Hengersberg)

Regen der Notarassessorin
(in Sozietät mit Angelika Sträuber
Notarin Roswitha (bisher in München, Notarstellen
Vogt-Grziwotz) Kirchner/Prof. Dr. Reich)

Mit Wirkung zum 31.8.2021:

Wörth a. d. Donau der Notarin a. D.
Anja Schaller

Mit Wirkung zum 1.9.2021:

Heilsbronn der Notarin a. D.
(in Sozietät mit Dr. Andrea Issad
Notarin Dr. Kathrin
Maniak)

Neukirchen b. Hl. Blut dem Notarassessor
Dr. Fabian Vilgertshofer
(bisher in München, Landes-
notarkammer Bayern und
Notarkasse A. d. ö. R.)

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.9.2021:

Kristina Cyglakow, Erlangen
(Notarstelle Siegler)

Christina Herbst, Starnberg
(Notarstellen Volmer/Klöcker)

Christian Zach, Friedberg
(Notarstelle Brandt)

5. Sonstige Veränderungen

Notarin Anne Bergmann, Bad Kissingen,
wurde mit Wirkung vom 22.7.2021 promoviert.

ANSCHRIFTEN- UND RUFNUMMERN- ÄNDERUNGEN:

Pegnitz, Notarstelle Dr. Manuela Müller
Telefon: 09241 8095330
Fax: 09241 80953333

Simbach a. Inn, Notarstelle Katharina Trommler
Münchner Straße 4
84359 Simbach a. Inn

Abonnement

MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon: (089) 551660, Telefax: (089) 55166234, E-Mail: mittbaynot@notare-bayern-pfalz.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 56,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Universal Medien GmbH, Geretsrieder Straße 10, 81379 München,
Telefon: (089) 5482170, Telefax: (089) 555551, Internet: www.universalmedien.de/notarkammer.



Notare Bayern

www.notare.bayern.de