

BW NotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

1 | 2021

Februar 2021

HERAUSGEBER

Württembergischer Notarverein e.V.

in Verbindung mit dem

Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A

70174 Stuttgart

SCHRIFTFÜHRUNG

Notarassessor Anton Gordon,

Sindelfingen

ISSN-Nummer 1434-2979

www.notare-wuerttemberg.de
www.badischer-notarverein.de

ABHANDLUNGEN

- Zur Einziehung von Geschäftsanteilen,
mit Besprechung des BGH-Urteils vom 10.11.2020 (II ZR 211/19)
von Dr. Annette Späth-Weinreich,
Rechtsanwältin und Notarvertreterin, Stuttgart 2
- Verfügungen über Stockwerkseigentum unter (Nicht-)Beachtung
der Vereinigung von Stockwerksrechten
von Notar Dr. Steffen Ott, MBLT, Weinheim 10
- Schwerpunktreihe Nachfolgeplanung
von Andreas Panz, Markus Schenk und Martina Weisheit,
Ebner Stolz Stuttgart 12

RECHTSPRECHUNG

BERUFS- UND KOSTENRECHT

- BGH (V. Zivilsenat), Beschluss vom 01.10.2020 – V ZB 67/19
Getrennte Beurkundung von Grundstückskaufvertrag und Auflassung keine
unrichtige Sachbehandlung im Sinne von § 21 Abs. 1 S. 1 GNotKG 17
- OLG Köln (Senat für Notarsachen), Beschluss vom 23.11.2020 – Not 7/20
Gewichtung des Ergebnisses der Zweiten juristischen
Staatsprüfung bei der Besetzung von Notarstellen 24

ERBRECHT

- OLG Bremen (5. Zivilsenat), Urteil vom 19.11.2020 – 5 U 22/20
Erbrecht, hier: Voraussetzungen und Grenzen der Anwendung
der Zweifelsregelung des § 2166 BGB 41

HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

- BGH (II. Zivilsenat), Urteil vom 10.11.2020 – II ZR 211/19
Einziehung des Geschäftsanteils eines nicht mehr in der
Gesellschafterliste eingetragenen materiell Berechtigten 54

LIEGENSCHAFTSRECHT

- BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 18.09.2020 – V ZR 28/20 mit Anmerkung Dr. Stephan
Durch eine Grunddienstbarkeit gesichertes Recht,
ein Grundstück „als Übergang zu benutzen“ berechtigt auch dazu,
dieses mit einem Kraftfahrzeug zu überqueren 61

Ich suche zur Verstärkung meines Teams einen

**Württ. Notariatsassessor oder
Bezirksnotar/ Notar a.D. oder
Juristen (m/w/d)**

in Voll- oder Teilzeit zum sofortigen oder auch späteren Eintritt in meine Kanzlei.

Ich biete eine verantwortungsvolle und abwechslungsreiche Tätigkeit in allen notariellen Tätigkeitsfeldern. Sie erwartet ein modern ausgestatteter Arbeitsplatz in einem angenehmen Umfeld mit sehr netten Kollegen in zentraler Lage von Ludwigsburg und eine attraktive Vergütung.

Ihre Bewerbungsunterlagen senden Sie bitte per E-Mail an: anna.fessler@notarin-fessler.de.



NOTARIN
ANNA FESSLER

Schulgasse 2 • 71638 Ludwigsburg • Telefon 07141 96 15 0 • Fax 07141 902 905
E-Mail: kanzlei@notarin-fessler.de

87. BAND

BWNotZ

AUSGABE 1|2021 INHALTSVERZEICHNIS

HERAUSGEBER

Württembergischer Notarverein e.V.

in Verbindung mit dem

Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A, 70174 Stuttgart

SCHRIFTFÜHRUNG

Notarassessor Anton Gordon, Sindelfingen

ISSN-Nummer 1434-2979

Erscheinungsweise: 6x pro Jahr

BESTELLUNGEN | ANZEIGEN

Geschäftsstelle des

Württembergischen Notarvereins e.V.

Friedrichstraße 9A, 70174 Stuttgart,

Tel. 0711 2237951, Fax 0711 2237956

E-Mail: wuertt.NotV@t-online.de

Der Bezugspreis beträgt jährlich 60,- Euro einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt. Einzelhefte 10,50 Euro einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden. Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

HERSTELLUNG

Erich Schretzmann Siebdruck GmbH

siebdruck-schretzmann.de.

Huber Werbung, 73547 Lorch

www.huber-werbung-loorch.de

ABHANDLUNGEN

Seite

- Von Dr. Annette Späth-Weinreich, Rechtsanwältin und Notarvertreterin, Stuttgart
Zur Einziehung von Geschäftsanteilen, mit Besprechung des BGH-Urteils vom 10.11.2020 (II ZR 211/19) 2
- Von Notar Dr. Steffen Ott, MBLT, Weinheim
Verfügungen über Stockwerkseigentum unter (Nicht-)Beachtung der Vereinigung von Stockwerksrechten 10
- Von Andreas Panz, Markus Schenk und Martina Weisheit, Ebner Stolz Stuttgart
Schwerpunktreihe Nachfolgeplanung 12

RECHTSPRECHUNG

BERUFS- UND KOSTENRECHT

- BGH (V. Zivilsenat), Beschluss vom 01.10.2020 – V ZB 67/19 17
- LG Wuppertal (9. Zivilkammer), Beschluss vom 19.10.2020 – 9 T 132/20 22
- OLG Köln (Senat für Notarsachen), Beschluss vom 23.11.2020 – Not 7/20 24
- LG Köln (5. Zivilkammer), Urteil vom 29.09.2020 – 5 O 171/19 34
- OLG Köln, Beschl. v. 18.12.2020 – 2 Wx 300/20 39

ERBRECHT

- OLG Bremen (5. Zivilsenat), Urteil vom 19.11.2020 – 5 U 22/20 41
- OLG Rostock (3. Zivilsenat), Beschluss vom 25.08.2020 – 3 W 94/19 46
- OLG Stuttgart (8. Zivilsenat), Beschluss vom 23.11.2020 – 8 W 359/20 49
- OLG Köln, Beschl. v. 9.12.2020 – 2 Wx 293/20 51

HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

- BGH (II. Zivilsenat), Urteil vom 10.11.2020 – II ZR 211/19 54
- KG (1. Zivilsenat), Beschluss vom 24.09.2020 – 1 W 1347/20 59

LIEGENSCHAFTSRECHT

- BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 18.09.2020 – V ZR 28/20
mit Anmerkung Dr. Stephan 61
- OLG Nürnberg (15. Zivilsenat), Beschluss vom 25.11.2020 – 15 W 3458/20 67
- KG (1. Zivilsenat), Beschluss vom 15.12.2020 – 1 W 1450 + 1451/2020 69
- OLG Stuttgart (8. Zivilsenat), Beschluss vom 06.10.2020 – 8 W 125/19 71

BUCHBESPRECHUNGEN

- Der Bauträgervertrag, 10. Auflage**
(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M, Sindelfingen) 74
- Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Auflage**
(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M, Sindelfingen) 75
- Baumbach / Hopt HGB, 40. Auflage**
(Besprechung von Notarassessor Dr. Wendelin August Mayer, Würzburg) 76
- Bamberger / Roth BGB, 4. Auflage**
(Besprechung von Notarassessor Dr. Tobias Kobitzsch) 78
- Demharter GBO, 32. Auflage**
(Besprechung von Notar a.D. Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz) 82
- Münchener Vertragshandbuch Band II Wirtschaftsrecht I, 8. Auflage**
(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M, Sindelfingen) 84
- Münchener Vertragshandbuch Band VI Bürgerliches Recht II, 8. Auflage**
(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M, Sindelfingen) 85
- Vermögensnachfolge, 3. Auflage**
(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M, Sindelfingen) 86

ABHANDLUNGEN

Zur Einziehung von Geschäftsanteilen, mit Besprechung des BGH-Urteils vom 10.11.2020 (II ZR 211/19)¹

Annette Späth-Weinreich, Dr. iur., Rechtsanwältin und Notarvertreterin, Stuttgart

I. Einleitung

Mit Urteil vom 10.11.2020 (II ZR 211/19)² hat der BGH wie folgt entschieden (amtlicher Leitsatz):

Eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist durch die negative Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG nicht gehindert, einen nach einem möglicherweise fehlgeschlagenen Einziehungsversuch aus der Gesellschafterliste entfernten, aber materiell bestehenden Geschäftsanteil aus einem in der Person des materiell berechtigten Gesellschafters liegenden wichtigen Grund einzuziehen.

Hintergrund der Entscheidung war folgender Sachverhalt (stark verkürzt):

Der Geschäftsanteil eines Gesellschafters war durch Gesellschafterbeschluss eingezogen worden. In der beim Registergericht eingereichten und freigeschalteten Gesellschafterliste wurde der Inhaber des eingezogenen Geschäftsanteils gestrichen. Anschließend wurde (vorsorglich) noch weitere zwei Mal die Einziehung dieses (bereits eingezogenen) Geschäftsanteils beschlossen. Später wurde rechtskräftig festgestellt, dass die ersten beiden Einziehungsbeschlüsse nichtig waren. Das Berufungsgericht war der Auffassung, dass auch der dritte/letzte Einziehungsbeschluss nichtig sei – mit der Begründung, dass die Einziehung einen nach der Gesellschafterliste nicht existenten Geschäftsanteils betroffen habe und dieser Beschluss deshalb ins Leere gegangen sei. Dem widersprach der BGH mit dem hier zitierten Urteil.

Diese Entscheidung des BGH soll hier besprochen werden und ihre Auswirkungen auf die Einziehung von Geschäftsanteilen näher beleuchtet werden. Gleichzeitig soll

die Entscheidungsbesprechung zum Anlass genommen werden, die Voraussetzungen, den Ablauf und das Wirksamwerden nebst Form und Vollzug einer Einziehung von Geschäftsanteilen im Überblick darzustellen.

II. Zu den materiellen Voraussetzungen einer Einziehung von Geschäftsanteilen

1. Regelung im Gesellschaftsvertrag

Die Möglichkeit zur Einziehung von Geschäftsanteilen an einer GmbH ist ausdrücklich in § 34 GmbHG vorgesehen, unter der Voraussetzung, dass der Gesellschaftsvertrag entsprechende Regelungen enthält.

a) Freiwillige Einziehung

Die Einziehung von Geschäftsanteilen darf gemäß § 34 Abs. 1 GmbHG nur erfolgen, soweit sie im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich zugelassen ist. Eine Anteilseinziehung kann also nur auf eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag gestützt werden. Es genügt dabei eine allgemeine Satzungsbestimmung, dass die Einziehung von Geschäftsanteilen zulässig ist; nähere Voraussetzungen muss der Gesellschaftsvertrag nur bei einer Zwangseinziehung regeln.³

Fehlt im Gesellschaftsvertrag eine solche allgemeine Regelung zur (freiwilligen) Einziehung von Geschäftsanteilen, bleibt den Gesellschaftern diese Möglichkeit verwehrt.

Auch für die Einziehung eigener Geschäftsanteile ist eine satzungsmäßige Grundlage gemäß § 34 Abs. 1 GmbHG erforderlich.⁴

¹ in diesem Heft Seite 54

² BGH v. 10.11.2020 (II ZR 211/19), veröffentlicht in: NZG 2021, 117; WM 2020, 2375; ZIP 2020, 2513; DB 2020, 2624; DSr 2021, 177; GmbHR 2021, 84; MDR 2021, 108.

³ Baumbach/Hueck/Kersting, § 34, Rn. 4.

⁴ H.M., Baumbach/Hueck/Kersting, § 34, Rn. 11; 13 m.w.N.; MüKoGmbHG/Strohn, § 34, Rn. 9, 88: Mehrheitsbeschluss soll genügen.

b) Zwangseinziehung

(1) Satzungsregelung bei Erwerb des Geschäftsanteils

Weiter ist in § 34 Abs. 2 GmbHG geregelt, dass ohne die Zustimmung des Anteilsberechtigten die Einziehung nur dann stattfindet, wenn die Voraussetzungen derselben vor dem Zeitpunkt, in welchem der Berechtigte den Geschäftsanteil erworben hat, im Gesellschaftsvertrag festgesetzt waren.

Die entsprechende Satzungsregelung muss damit zwingend auch die (materiellen) Voraussetzungen einer zwangsweisen Anteilseinziehung definieren, und zwar spätestens in dem Zeitpunkt, in dem der betroffene Gesellschafter den Anteil erworben hat. Dadurch soll der Erwerber eines Geschäftsanteils in seinem Vertrauen auf den Bestand seines Anteils geschützt werden, indem er bereits bei dessen Erwerb abschätzen kann, ob er aufgrund seiner individuellen Verhältnisse möglicherweise mit einer Einziehung rechnen muss oder nicht.⁵

(2) Spätere Satzungsregelung mit Zustimmung aller Gesellschafter

§ 34 Abs. 2 GmbHG schließt aber nicht aus, dass mit Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter die Möglichkeit einer zwangsweisen Einziehung auch nachträglich in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen wird.⁶

§ 34 Abs. 2 GmbHG soll einen Gesellschafter davor schützen, dass er ungewollt seine Beteiligung auf eine Weise einbüßt, mit der er bei seinem Eintritt in die Gesellschaft nicht zu rechnen brauchte. Dieses Schutzes bedarf der Gesellschafter nicht, wenn er selbst dabei mitgewirkt hat, durch eine Satzungsänderung die Voraussetzungen für die Zwangseinziehung zu schaffen. Er steht dann einem Gesellschafter gleich, der sich einer im Gesellschaftsvertrag bereits festgelegten Einziehungsregelung durch den Erwerb der Mitgliedschaft unterworfen hat.⁷

(3) Sachlicher Grund

Eine Einziehung gegen den Willen eines Gesellschafters ist immer nur dann zulässig, wenn dafür ein im Gesellschaftsvertrag festgelegter sachlicher Grund vorliegt. Ein sachlicher Grund muss dabei nicht das Gewicht eines wichtigen Grundes haben, da insoweit bereits eine Ausschlussklage ohne besondere Satzungsregelung möglich ist.⁸

Die Ausgestaltung der Einziehungsgründe ist jedoch auch nicht beliebig zulässig; eine Zwangseinziehung nach freiem Belieben der Mehrheit (bloßer Mehrheitsbeschluss) oder einzelner Gesellschafter (Hinauskündigungsklausel) ist grundsätzlich unzulässig, weil eine Abhängigkeit vom Wohlwollen der Gesellschaftermehrheit zu Aushöhlung des Kernbereichs der Mitgliedschaft führen würde.⁹

c) Einziehung nach Ausschließung aus wichtigem Grund

Ohne entsprechende Satzungsregelung kann die Einziehung ausnahmsweise auch dann zulässig sein, wenn ein Gesellschafter aus wichtigem Grund ausgeschlossen wurde.

Dabei ist folgendes zu beachten: Ausschließung und Einziehung sind verschiedene Begrifflichkeiten. Die Ausschließung betrifft den Gesellschafter persönlich und bezieht sich im Allgemeinen nicht auf bestimmte Geschäftsanteile; sie ist bei Vorliegen wichtiger Gründe auch ohne ausdrückliche Regelung im Gesellschaftsvertrag zulässig.¹⁰ Die Einziehung hingegen richtet sich unmittelbar gegen den einzelnen Geschäftsanteil und vernichtet diesen; sie setzt entweder die Ausschließung des Gesellschafters aus wichtigem Grund oder sonst eine Satzungsbestimmung gemäß § 34 GmbHG voraus und ist nur in den Grenzen der Vorschriften zum Schutz des Stammkapitals zulässig.¹¹

Bei einer Ausschließung ohne ausdrückliche Regelung im Gesellschaftsvertrag wird zunächst ein Gesellschafterbeschluss über die Ausschlussklage gefasst, anschließend die Ausschlussklage durchgeführt und schließlich der Anteil des durch Urteil ausgeschlossenen Gesellschafters verwertet.

Die Ausschließung des Gesellschafters führt nicht notwendig zum Untergang des Geschäftsanteils, sondern kann auch in der Weise durchgeführt werden, dass der Anteil an einen Dritten veräußert oder von der Gesellschaft selbst übernommen wird.¹² Eine abschließende Verwertung in Form der Einziehung des Geschäftsanteils des ausgeschlossenen Gesellschafters ist dabei auch dann zulässig, wenn die Einziehung als solche nicht im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist.¹³

5 Stefanink/Punte, GWR 2018, 425.

6 H.M., OLG Stuttgart v. 27.06.2018 (14 U 33/17), GmbHR 2019, 67, Rn. 107 m.w.N.; Baumbach/Hueck/Kersting, § 34, Rn. 8.

7 BGH v. 19. 9. 1977 (II ZR 11/76), NJW 1977, 2316.

8 Baumbach/Hueck/Kersting, § 34, Rn. 31.

9 BGH v. 09.07.1990 (II ZR 194/89), NJW 1990, 2622; Baumbach/Hueck/Kersting, § 34, Rn. 31.

10 BGH v. 01.04.1953 (II ZR 235/52), NJW 1953, 780; Baumbach/Hueck/Kersting, Anhang nach § 34, Rn. 2.

11 BGH v. 19.09.1977 (II ZR 11/76), NJW 1977, 2316.

12 BGH v. 19.09.1977 (II ZR 11/76), NJW 1977, 2316.

13 BGH v. 01.04.1953 (II ZR 235/52), NJW 1953, 780; BGH v. 19.09.1977 (II ZR 11/76), NJW 1977, 2316; Baumbach/Hueck/Kersting, Anhang nach § 34, Rn. 10.

2. Schutz des Stammkapitals

Die Einziehung darf die Aufbringung und die Erhaltung des Stammkapitals nicht beeinträchtigen, § 34 Abs. 3 i.V.m. § 30 GmbHG.

a) Volleinzahlung

Zum Schutz des Stammkapitals darf die Einziehung eines Geschäftsanteils nach allgemeiner Meinung nur nach Volleinzahlung der Einlage erfolgen.¹⁴ Dies folgt aus dem in § 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG normierten Verbot der Befreiung von der Einlageverpflichtung, da die Einziehung den Geschäftsanteil und alle damit verbundenen Rechte und Pflichten untergehen lässt.¹⁵

b) Abfindung aus freiem Vermögen der Gesellschaft

Soweit die Einziehung gegen Abfindung erfolgt, darf die Abfindung nicht aus den nach § 30 Abs. 1 GmbHG gebundenen Mitteln geleistet werden. Die Gesellschaft darf also die Abfindung für den eingezogenen Anteil nur aus dem Überschuss des reinen Gesellschaftsvermögens über das Stammkapital gewähren, etwa aus geeigneten Rücklagen.¹⁶ Auszahlungen an ausgeschiedene Gesellschafter dürfen nicht zur Entstehung oder Vertiefung einer Unterbilanz führen.¹⁷

Ein Einziehungsbeschluss ist entsprechend § 241 Nr. 3 AktG wegen eines Verstoßes gegen § 30 Abs. 1 Satz 1, § 34 Abs. 3 GmbHG nichtig, wenn bereits bei Beschlussfassung feststeht, dass das Einziehungsentgelt nicht aus freiem, die Stammkapitalziffer nicht beeinträchtigenden Vermögen der Gesellschaft gezahlt werden kann.¹⁸

Bei der Einziehung eigener Geschäftsanteile, die wegen der Regelung in § 33 Abs. 1 GmbHG in der Regel voll eingezahlt sind, steht eine Abfindung nicht in Frage. Deshalb ist die Einziehung eigener Geschäftsanteile grundsätzlich ohne Rücksicht auf § 30 Abs. 1 GmbHG zulässig.¹⁹

3. Eintragung in Gesellschafterliste

Nach der oben zitierten Entscheidung des BGH vom 10.11.2020 (II ZR 211/19) ist die Eintragung des Gesellschafters in der Gesellschafterliste keine Voraussetzung für die wirksame Einziehung eines Geschäftsanteils.

Der BGH führt hierzu folgende Gründe an:

a) Negative Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG

Zwar gilt nach § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG im Verhältnis zur Gesellschaft als Inhaber eines Geschäftsanteils nur, wer als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Greift diese Vermutung, stehen dem als Inhaber eines Geschäftsanteils in die Gesellschafterliste Eingetragenen sämtliche Mitgliedschaftsrechte zu, ohne dass es auf seine wahre Berechtigung ankommt.

Diese Legitimationswirkung greift auch bei einem eingezogenen Geschäftsanteil. Durch die Löschung des Geschäftsanteils des Gesellschafters aus der Gesellschafterliste wird dessen durch § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG vermittelte formale Gesellschafterstellung beendet, so dass er der Gesellschaft gegenüber keine Mitgliedschaftsrechte mehr geltend machen kann.²⁰

b) Materiellrechtliche Gesellschafterstellung

Allerdings hängt die im Geschäftsanteil verkörperte materiellrechtliche Gesellschafterstellung nicht von der Eintragung des einzuziehenden Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste ab. Die materielle und die formelle Gesellschafterstellung können entkoppelt sein.²¹ Die Wirksamkeit der Einziehung ist allein vom materiellrechtlichen Bestehen des Geschäftsanteils abhängig und nicht von der Eintragung des Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste.²²

Wenn also ein Geschäftsanteil vorsorglich mehrfach durch Beschluss eingezogen wird, sind die Folgebeschlüsse nur dann nichtig bzw. gehen ins Leere, wenn der jeweils vorige Einziehungsbeschluss wirksam war und der Geschäftsanteil materiellrechtlich nicht mehr existiert.

c) Vorsorglich korrigierte Gesellschafterliste nicht erforderlich

Solange nicht rechtskräftig über die Wirksamkeit des ersten Einziehungsbeschlusses entschieden wurde, ist es nicht erforderlich, dass vor der erneuten Beschlussfassung über die Einziehung eine korrigierte Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht wird, in der der materiell (möglicherweise) weiterhin berechtigte Gesellschafter wieder als Inhaber des einzuziehenden Geschäftsanteils eingetragen ist.²³

¹⁴ Baumbach/Hueck/Kersting, § 34, Rn. 11.

¹⁵ BGH v. 02.12.2014 (II ZR 322/13), NJW 2015, 1385 Rn. 31;

Baumbach/Hueck/Kersting, § 34, Rn. 11.

¹⁶ Baumbach/Hueck/Kersting, § 34, Rn. 39.

¹⁷ BGH, v. 04.08.2020 (II ZR 171/19), NZG 2020, 1067 Rn. 31 m.w.N.

¹⁸ BGH v. 26.06.2018 (II ZR 65/16), DNotZ 2019, 64, Rn. 13 m.w.N.;

Baumbach/Hueck/Kersting, § 34, Rn. 12.

¹⁹ Baumbach/Hueck/Kersting, § 34, Rn. 12.

²⁰ BGH, a.a.O., Rn. 13 f. m.w.N.

²¹ BGH, a.a.O., Rn. 17 m.w.N.

²² BGH, a.a.O., Rn. 18.

²³ BGH, a.a.O., Rn. 22.

Eine lediglich vorsorgliche Wiederaufnahme in die Gesellschafterliste ist, anders als die vorsorgliche Annahme der materiellen Gesellschafterstellung als Voraussetzung des erneuten Einziehungsbeschlusses, nicht möglich.²⁴

d) Legitime weitere Beschlussfassung

Die erneute Beschlussfassung (nach Streichung des Geschäftsanteils aus der Gesellschafterliste) hat den legitimen Zweck, Zweifel an der Wirksamkeit eines vorigen Einziehungsbeschlusses auszuräumen oder für den Fall des Fehlschlagens des ersten Einziehungsversuchs wegen neu aufgetretener oder bekannt gewordener Einziehungsgründe den Geschäftsanteil vorsorglich noch einmal einzuziehen.²⁵

III. Zum Ablauf und Wirksamwerden einer Einziehung von Geschäftsanteilen

1. Gesellschafterbeschluss

Die Einziehung eines Geschäftsanteils erfolgt gemäß § 46 Nr. 4 GmbHG durch Beschluss der Gesellschafterversammlung.

Eine Einziehung ohne besonderen Einziehungsbeschluss allein kraft Satzung durch Erfüllung der satzungsmäßigen Voraussetzungen dürfte nicht möglich sein; dagegen sprechen Gründe der Rechtssicherheit, insbesondere die Abhängigkeit der Einziehung von der Volleinzahlung des Geschäftsanteils und der Vermögenslage der Gesellschaft für die Leistung der Abfindung.²⁶

a) Einberufung der Gesellschafterversammlung

Bei einer Zwangseinziehung gegen den Willen des Gesellschafters sind die gesetzlichen und statutarischen Voraussetzungen zur Einberufung und Durchführung der (außerordentlichen) Gesellschafterversammlung streng zu beachten, um eine mögliche Anfechtbarkeit des Gesellschafterbeschlusses zu vermeiden. So sind in der Ladung die Gründe für die beabsichtigte Anteilseinziehung genau und nachvollziehbar zu benennen.²⁷

Wenn wie in dem hier besprochenen Urteil des BGH vom 10.11.2020 (II ZR 211/19) der Geschäftsanteil eines Gesellschafters (vorsorglich nochmals) eingezogen werden soll, so sind die Rechte dieses Gesellschafters zu wahren. Auch wenn der betroffene Gesellschafter aus der Gesell-

schafterliste gestrichen wurde, ist er wie ein Gesellschafter zu laden, wenn die Gesellschaft ihn hinsichtlich der Einziehung wieder als Gesellschafter behandeln will.²⁸

b) Teilnahmerecht

Bei der Abhaltung der Gesellschafterversammlung hat der betroffene Anteilsinhaber ein Recht zur Teilnahme sowie ein Recht zur Stellungnahme zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen, andernfalls ist der Beschluss anfechtbar.²⁹

c) Stimmrecht

Umstritten ist, ob bei der Zwangseinziehung ein grundsätzlicher Stimmrechtsausschluss nach § 47 Abs. 4 GmbHG vorliegt.³⁰ Kein Stimmrecht hat der betroffene Gesellschafter aber wohl dann, wenn die Zwangseinziehung aus wichtigem bzw. sonst in seiner Person liegendem Grund erfolgt, da er nicht „Richter in eigener Sache“ sein kann.³¹

d) Mehrheitsbeschluss

Für die Beschlussfassung ist mangels abweichender Regelung im Gesellschaftsvertrag eine einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen gemäß § 47 Abs. 1 GmbHG ausreichend.³²

e) Form

Auch wenn es sich bei der Einziehung eines Geschäftsanteils um einen gravierenden Eingriff in die Rechte eines Gesellschafters handelt, muss der Einziehungsbeschluss nicht notariell beurkundet werden.

Eine notarielle Beurkundung des Beschlusses ist nicht erforderlich, da es sich bei der Einziehung weder um eine beurkundungsbedürftige Übertragung des Geschäftsanteils gemäß § 15 Abs. 3 GmbHG, noch um eine gemäß § 53 Abs. 2 GmbHG beurkundungsbedürftige Satzungsänderung handelt.³³

2. Mitteilung an den Gesellschafter

Die Einziehung setzt neben dem Gesellschafterbeschluss eine Mitteilung dieses Beschlusses an den von der Einziehung betroffenen Gesellschafter voraus.³⁴ Die Mitteilung

24 BGH, a.a.O., Rn. 22.

25 BGH, a.a.O., Rn. 20 ff.

26 Str., so Baumbach/Hueck/Kersting, § 34, Rn. 14 m.w.N.;

a.A. MüKoGmbHG/Strohn, § 34, Rn. 28.

27 Stefanink/Punte, GWR 2018, 425, 426.

28 BGH, a.a.O., Rn. 33 m.w.N.

29 BGH v. 07.07.1997 (II ZR 221/96), DStR 1997, 1257; Baumbach/Hueck/Kersting, § 34, Rn. 14.

30 Baumbach/Hueck/Kersting, § 34, Rn. 14 m.w.N.

31 OLG Celle v. 6. 8. 1997 (9 U 224–96), NJW-RR 1998, 175 (176) m.w.N.;

MüKoGmbHG/Strohn, § 34, Rn. 20; Baumbach/Hueck/Kersting, § 34, Rn. 14.

32 Baumbach/Hueck/Kersting, § 34, Rn. 14.

33 OLG Karlsruhe v. 16.10.2003 (12 U 63/03), GmbHR 2003, 1482 m.w.N.

34 Allg.M., s. MüKoGmbHG/Strohn, § 34, Rn. 33 m.w.N.

ist eine nach § 130 BGB empfangsbedürftige Willenserklärung, die keiner bestimmten Form bedarf.³⁵

Wenn der betroffene Gesellschafter an der Beschlussfassung über die Einziehung teilnimmt, liegt die Mitteilung der Einziehung regelmäßig konkludent in der Mitteilung des Beschlussergebnisses durch den Versammlungsleiter.³⁶

Ist der betroffene Gesellschafter bei der Beschlussfassung über die Einziehung nicht anwesend, ist eine konkludente Vollmacht für die Geschäftsführer zur Mitteilung gegenüber dem betroffenen Gesellschafter anzunehmen, wenn der Einziehungsbeschluss keine anderweitige Regelung über die Mitteilung der Einziehung enthält.³⁷ So entsteht ein Gleichklang der Befugnisse zur Mitteilung der Einziehung und zur Einreichung der Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG.

3. Abfindung

Eine Einziehung ist grundsätzlich nur gegen angemessene Abfindung zulässig. Der Abfindungsanspruch des von der Einziehung betroffenen Gesellschafters richtet sich gegen die Gesellschaft, nicht gegen die Mitgesellschafter.³⁸

a) Abfindungshöhe

Soweit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, hat der Gesellschafter gegen die Gesellschaft einen Anspruch auf Abfindung in Höhe des vollen wirtschaftlichen Werts seiner Beteiligung; maßgeblich ist dabei der Verkehrswert des eingezogenen Geschäftsanteils.³⁹

Die Abfindungshöhe muss aber weder im Gesellschaftsvertrag festgelegt werden, noch im Einziehungsbeschluss – vorbehaltlich einer anders lautenden Satzungsregelung.⁴⁰

Die Bestimmung einer zu niedrigen Abfindung berührt weder die Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrages noch die des Einziehungsbeschlusses im Übrigen.⁴¹

Auf die Einzelheiten zum Inhalt der möglichen Abfindungsklauseln und Abfindungsbeschränkungen im Gesellschaftsvertrag soll hier nicht näher eingegangen werden, weil dies den Rahmen dieses Beitrags sprengen würde.

b) Sicherung der Abfindung

Ist bei Beschlussfassung über die Einziehung des Geschäftsanteils noch nicht klar absehbar, ob die Abfindung aus ungebundenem Vermögen der Gesellschaft geleistet werden kann, besteht die Gefahr, dass die Einziehung wirksam wird und der betroffene Gesellschafter seinen Geschäftsanteil verliert, die Zahlung der Abfindung jedoch in der Folge an § 30 GmbHG scheitert, weil die Gesellschaft nicht über ausreichend freie Mittel verfügt.

Zur Sicherung des Abfindungsanspruchs des betroffenen Gesellschafters wurden deshalb verschiedene Lösungen entwickelt.

(1) Früher: Bedingungslösung

Nach der früher herrschenden Meinung wurde die Sicherung der Abfindung des ausscheidenden Gesellschafters dadurch herbeigeführt, dass der Einziehungsbeschluss unter die aufschiebende gesetzliche Bedingung gestellt wurde, dass die Zahlung der Abfindung ohne Beeinträchtigung des Stammkapitals erfolgt. Danach blieben der Geschäftsanteil und mit ihm die Gesellschafterstellung bis zur vollständigen Zahlung der Abfindung bestehen.⁴²

(2) Heute: Haftungslösung

Zwischenzeitlich hat der BGH die Unabhängigkeit der Einziehung von der Abfindung anerkannt, in Kombination mit einer subsidiären anteiligen Haftung der Gesellschafter, die den Einziehungsbeschluss gefasst haben, wie folgt:⁴³

Wenn ein Einziehungsbeschluss weder nichtig ist noch für nichtig erklärt wird, wird die Einziehung mit der Mitteilung des Beschlusses an den betroffenen Gesellschafter und nicht erst mit der Leistung der Abfindung wirksam. Die Gesellschafter, die den Einziehungsbeschluss gefasst haben, haften dem ausgeschiedenen Gesellschafter anteilig, wenn sie nicht dafür sorgen, dass die Abfindung aus dem ungebundenen Vermögen der Gesellschaft geleistet werden kann, oder sie die Gesellschaft nicht auflösen.

Darauf, ob die Einziehung gegen den Willen des betroffenen Gesellschafters oder mit seiner Zustimmung erfolgt, kommt es nicht an.⁴⁴

³⁵ MüKoGmbHG/Strohn § 34, Rn. 33.

³⁶ Baumbach/Hueck/Kersting, § 34, Rn. 16; MüKoGmbHG/Strohn, § 34, Rn. 36.

³⁷ Baumbach/Hueck/Kersting, § 34, Rn. 16; MüKoGmbHG/Strohn, § 34, Rn. 35.

³⁸ BGH v. 10.05.2016 – II ZR 342/14, NZG 2016, 742 Rn. 19.

³⁹ BGH v. 16.12.1991 (II ZR 58/91), NJW 1992, 892 (896); Baumbach/Hueck/Kersting, § 34, Rn. 22.

⁴⁰ BGH v. 20.02.1995 (II ZR 46/94), NJW-RR 1995, 667 (668).

⁴¹ BGH v. 19. 9. 1977 (II ZR 11/76), NJW 1977, 2316 (2317).

⁴² BGH v. 28.4.1997 (II ZR 162/96), DStR 1997, 1336.

⁴³ BGH v. 24.01.2012 (II ZR 109/11), NZG 2012, 259 Rn. 12 ff., 21.

⁴⁴ BGH v. 10.5.2016 (II ZR 342/14), NZG 2016, 742 Rn. 24.

Der betroffene Gesellschafter verliert demnach seine Mitgliedschaft mit allen Rechten und Pflichten mit Mitteilung eines wirksamen Einziehungsbeschlusses, unabhängig von der Zahlung einer Abfindung.

IV. Zum Konvergenzgebot des § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG

Nach dem mit dem MoMiG neu gefassten § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG muss die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile mit dem Stammkapital übereinstimmen.

Das Stammkapital wird durch das Wirksamwerden der Einziehung grundsätzlich nicht berührt. Vielmehr bleibt es in gleicher Höhe erhalten, sofern nicht zugleich mit dem Einziehungsbeschluss ein Beschluss über die Herabsetzung des Stammkapitals getroffen wird.⁴⁵

Allerdings entspricht die Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile durch die Einziehung nicht mehr dem Stammkapital, denn die Einziehung lässt den betroffenen Geschäftsanteil untergehen.

Durch den ersatzlosen Untergang des eingezogenen Geschäftsanteils verändern sich die Stimm- und Beteiligungsquoten sowie der Umfang der die Gesellschafter anteilig treffenden Haftung gem. §§ 24, 31 Abs. 3 GmbHG nach dem Verhältnis der verbleibenden Geschäftsanteile zueinander.⁴⁶ Auf deren Nennbeträge hat die Einziehung selbst keinen Einfluss; es kommt weder zu einer Anwachsung gem. § 738 Abs. 1 S. 1 BGB noch zu einer „automatischen“ Erhöhung.⁴⁷

1. Keine Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Einziehungsbeschlusses

Umstritten war deshalb, welche Konsequenzen es hat, wenn der eingezogene Geschäftsanteil planmäßig nach dem Gesetz untergeht und die Gesellschafter keine Maßnahmen ergreifen, um dem in § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG normierten Konvergenzgebot Rechnung zu tragen.

Der BGH hat sich dabei der Ansicht angeschlossen, dass ein einziehungsbedingtes Auseinanderfallen der Summe der Geschäftsanteile und der Stammkapitalziffer weder zur Anfechtbarkeit noch zur Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses führt.⁴⁸

2. Revalorisierung

Allerdings dürfte § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG weiterhin als Normbefehl an die Gesellschafter zu verstehen sein, eine Anpassung dergestalt vorzunehmen, dass die Nennbeträge der Geschäftsanteile und das Stammkapital wieder übereinstimmen.⁴⁹

Auch die Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die Praxis der Registergerichte spricht dafür, in der Regel schon bei Einziehung die Konvergenz zwischen Stammkapital und den Nennbeträgen der Geschäftsanteile wiederherzustellen. Als Maßnahmen kommen dabei insbesondere die Aufstockung der Nennbeträge der verbleibenden Geschäftsanteile sowie die Neubildung eines Geschäftsanteils für die Gesellschaft in Betracht, sog. Revalorisierung ohne Kapitalerhöhung.

a) Aufstockung der verbleibenden Geschäftsanteile

In einem Gesellschafterbeschluss über die verhältnismäßige Aufstockung der verbleibenden Geschäftsanteile liegt materiell keine Satzungsänderung, weil der Nennbetrag des Geschäftsanteils kein materieller Satzungsbestandteil ist.⁵⁰ Der Beschluss bedarf deshalb weder einer notariellen Beurkundung noch einer Eintragung in das Handelsregister⁵¹ und kann gem. § 47 Abs. 1 GmbHG mit einfacher Mehrheit gefasst werden.⁵²

b) Neubildung eines Geschäftsanteils

Die Gesellschafter können anstelle des eingezogenen und damit untergegangenen Geschäftsanteils auch einen neuen Geschäftsanteil durch Gesellschafterbeschluss bilden. Der neu geschaffene Geschäftsanteil steht zunächst der Gesellschaft zu, sodass die damit verbundenen Mitgliedschaftsrechte ruhen und sich an den Beteiligungsquoten der Gesellschafter im Ergebnis zunächst nichts ändert.⁵³ Die Gesellschaft hat anschließend die Möglichkeit, den Anteil zu veräußern und so neues Eigenkapital zu erhalten, ohne dass sich die Stammkapitalziffer verändert.

Die Neubildung eines Geschäftsanteils nach Einziehung stellt keine Satzungsänderung dar, insbesondere bedarf der Gesellschafterbeschluss keiner notariellen Beurkundung.

⁴⁵ BayObLG v. 25.10.1991 (BReg. 3 Z 125/91), NJW-RR 1992, 736.

⁴⁶ Henssler/Strohn *GesR/Fleischer GmbHG*, § 34, Rn. 23.

⁴⁷ BGH v. 2.12.2014, NJW 2015, 1385.

⁴⁸ BGH v. 02.12.2014 (II ZR 322/13), NJW 2015, 1385 Rn. 17 ff.

⁴⁹ MüKoGmbHG/Strohn, § 34, Rn. 65.

⁵⁰ BayObLG v. 25.10.1991 (BReg. 3 Z 125/91), NJW-RR 1992, 736;

MüKoGmbHG/Strohn, § 34, Rn. 68.

⁵¹ BGH v. 06.06.1988 (II ZR 318/87), NJW 1989, 168 (169) (*obiter dictum*);

MüKoGmbHG/Strohn, § 34, Rn. 68.

⁵² BayObLG v. 25.10.1991 (BReg. 3 Z 125/91), NJW-RR 1992, 736.

⁵³ BGH v. 30.01.1995 (II ZR 45/94), NJW 1995, 1027 (1028); MüKoGmbHG/Strohn, § 34, Rn. 69.

derung nach § 53 Abs. 2 GmbHG.⁵⁴ Ob der Beschluss einstimmig oder mit einer Dreiviertelmehrheit gefasst werden muss, ist umstritten.⁵⁵

► V. Zur Gesellschafterliste nach der Einziehung von Geschäftsanteilen

1. Zuständigkeit

Wenn der Einziehungsbeschluss nicht ausnahmsweise notariell beurkundet wurde, sind die Geschäftsführer der Gesellschaft gem. § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG verpflichtet, unmittelbar nach Wirksamwerden der Einziehung eine neue Gesellschafterliste beim Handelsregister einzureichen. Sofern mit der Einziehung eine Revalorisierung in Form einer Aufstockung oder Neubildung von Geschäftsanteilen beschlossen wurde, sind diese Veränderungen ebenfalls durch die Geschäftsführer in der neuen Gesellschafterliste mitzuteilen.

Wird der Einziehungsbeschluss auf Wunsch der Beteiligten dennoch beurkundet, gilt folgendes: Die Veränderung im Gesellschafterbestand erfolgt erst mit der Mitteilung der wirksamen Einziehung an den betroffenen Gesellschafter, siehe oben. Die Beteiligung des Notars am Einziehungsbeschluss als Teil- und Vorbereitungsakt ist gleichwohl als Mitwirkung bei Veränderung im Sinne von § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG anzusehen, so dass dann der Notar gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG anstelle der Geschäftsführer die neue Gesellschafterliste nach der wirksamen Einziehung zu unterschreiben und einzureichen hat.⁵⁶

2. Zeitpunkt

In dem oben zitierten Urteil vom 10.11.2020 (II ZR 211/19) führt der BGH aus, dass die Einreichung der neuen Gesellschafterliste durch die Geschäftsführer verfrüht gewesen sei, weil die neue Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG das Wirksamwerden der Veränderung voraussetzt.⁵⁷ Ein Einziehungsbeschluss wird mit der Mitteilung an den betroffenen Gesellschafter aber nur wirksam, wenn er nicht nichtig ist oder für nichtig erklärt wird.⁵⁸

Vor Ablauf der Anfechtungsfrist und gegebenenfalls des Anfechtungsprozesses konnte der Geschäftsführer nicht sicher davon ausgehen, dass der Gesellschafterbeschluss

nicht für nichtig erklärt wird; die Einreichung der neuen Gesellschafterliste war deshalb verfrüht.⁵⁹

Das verfrühte Einreichen einer Gesellschafterliste löst gemäß § 40 Abs. 3 GmbHG eine Schadensersatzverpflichtung des Geschäftsführers aus; sie hindert jedoch nicht eine erneute Beschlussfassung der Gesellschafter über eine vorsorgliche nochmalige Einziehung des Geschäftsanteils.⁶⁰

Auch im Fall der notariellen Beurkundung des Einziehungsbeschlusses erfolgt die Veränderung im Gesellschafterbestand gleichfalls erst mit der Mitteilung der wirksamen Einziehung an den betroffenen Gesellschafter. Damit entsteht auch die Einreichungspflicht des Notars gem. § 40 Abs. 2 GmbHG erst mit nachgewiesener Wirksamkeit der Einziehung des Geschäftsanteils, was u.U. erst nach langem Rechtsstreit über die Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses feststeht.⁶¹

3. Inhalt

Nach erfolgter wirksamer Einziehung ist die Veränderung des Gesellschafterbestands in die Gesellschafterliste einzutragen und diese zum Handelsregister einzureichen.

a) Veränderungsspalte

Gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 3 der Gesellschafterlistenverordnung (GesLV) von 2018 wird die Einziehung von Geschäftsanteilen in die Veränderungsspalte eingetragen.

Im Falle einer Aufstockung der verbleibenden Geschäftsanteile oder der Neubildung eines Geschäftsanteils zum Zwecke der Revalorisierung sind diese Veränderungen ebenfalls einzutragen, mit Kennzeichnung in der Veränderungsspalte gemäß § 2 Abs. 4 GesLV.

b) Prozentuale Beteiligung

Außerdem ist gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 2. Hs. GmbHG: „... die durch den jeweiligen Nennbetrag eines Geschäftsanteils vermittelte jeweilige prozentuale Beteiligung am Stammkapital“ anzugeben.

Im Falle einer Einziehung ohne Revalorisierung stellt sich deshalb die Frage, ob sich die Angabe der prozentualen Beteiligung in der Gesellschafterliste am Stammkapital⁶² oder an der Summe der Nennbeträge der verbliebenen

⁵⁴ MüKoGmbHG/Strohn, § 34, Rn. 69.

⁵⁵ MüKoGmbHG/Strohn, § 34, Rn. 69 m.w.N.

⁵⁶ Löbbe, GmbHR 2012, 7 (12); Baumbach/Hueck/Servatius, § 40, Rn. 55; einschränkend BeckOK GmbHG/Heilmeyer Rn. 99.

⁵⁷ BGH, a.a.O., Rn. 30.

⁵⁸ BGH v. 24.01.2012 (II ZR 109/11), NZG 2012, 259 Rn. 8.

⁵⁹ BGH, a.a.O., Rn. 30.

⁶⁰ BGH, a.a.O., Rn. 31.

⁶¹ Baumbach/Hueck/Servatius, § 40, Rn. 55.

⁶² so z. B. Wachter, GmbHR 2017, 1177, 1191.

Geschäftsanteile⁶³ zu orientieren hat – diese Werte stimmen nach der Einziehung ohne Revalorisierung nicht mehr überein, siehe oben.

Für eine Orientierung an der Summe der Nennbeträge der verbliebenen Geschäftsanteile spricht dabei der Gedanke, dass die verbleibenden (zu geringen) Nennbeträge der Geschäftsanteile eine höhere gesellschaftsrechtliche Beteiligung repräsentieren als sie tatsächlich ausweisen.⁶⁴

VI. Zusammenfassung

Da weder der Beschluss zur Einziehung noch ein möglicher, damit zusammenhängender Beschluss zur Revalorisierung notariell beurkundet werden müssen, ist der Pflichtenkreis des Notars bei der Einziehung von Geschäftsanteilen im Grundsatz überschaubar.

Die neue Gesellschafterliste ist gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG von den Geschäftsführern zu unterzeichnen und einzureichen, wenn der Beschluss zur Einziehung nicht ausnahmsweise beurkundet wurde. Eine Prüfungs- und Belehrungspflicht trifft den Notar bei einer bloßen elektronischen Übermittlung einer neuen, von den Geschäftsführern unterzeichneten, Gesellschafterliste nicht.

Insbesondere auf Wunsch der Beteiligten ist der Notar aber häufiger mit dem komplexen Themenkreis der Einziehung befasst, als dies nach den gesetzlichen Vorgaben grundsätzlich erforderlich ist. Immerhin handelt es sich bei der Einziehung um einen gravierenden Eingriff in die Rechte eines Gesellschafters, bei dem die Beteiligten häufig auf die Begleitung durch einen Notar vertrauen. Deshalb sind die Voraussetzungen und Folgen einer Einziehung von Geschäftsanteilen auch regelmäßig in der notariellen Praxis relevant – nicht zuletzt bei der entsprechenden Ausgestaltung von Gesellschaftsverträgen.

Zu beachten sind dabei insbesondere die materiellen und die formellen Voraussetzungen für die Einziehung von Geschäftsanteilen. In diesem Zusammenhang wichtig ist auch das hier besprochene Urteil des BGH vom 10.11.2020 (II ZR 211/19), wonach zwischenzeitlich aus der Gesellschafterliste gelöschte Geschäftsanteile vorsorglich nochmals durch Beschluss eingezogen werden können.

Beurkundet der Notar den Beschluss über die Einziehung eines Geschäftsanteils, ist er gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG für die Unterzeichnung und Einreichung der neuen Gesellschafterliste verantwortlich. In diesem Fall ist – neben den Vorgaben für die Angaben in der Gesellschafterliste – insbesondere auf den Zeitpunkt des Entstehens der Einreichungspflicht (erst nach Wirksamwerden der Einziehung) zu achten.

⁶³ so z.B. MüKoGmbHG/Heidinger, § 40, Rn. 135; Melchior/Böhringer, GmbHR 2017, 1074, 1076 f.; Scholz/Seibt, GmbHG, § 40, Rn. 31; Wachter, GmbHR 2018, 1129, 1138.
⁶⁴ DNottl, Gutachten Nr. 174879 vom 17.04.2020.

Verfügungen über Stockwerkseigentum unter (Nicht-)Beachtung der Vereinigung von Stockwerksrechten

Notar Dr. Steffen Ott, MBLT, Weinheim

► 1. Vorbemerkung

Auch wenn seine Neubegründung nicht mehr zulässig ist,¹ so begegnet einem das Stockwerkseigentum in mehr oder weniger regelmäßigen Abständen nach wie vor in der notariellen Praxis, was die Beachtung einiger Besonderheiten dieser aussterbenden Eigentumsform bedingt. Bei der Beurkundung von Kaufverträgen etwa denkt man unweigerlich an Regelungen zum Eintritt des Käufers in das Gemeinschaftsverhältnis der Stockwerkseigentümer und an Vorkehrungen mit Blick auf das nach Art. 228 Anlage zum AGBGB B/W in Rede stehende Vorkaufsrecht der anderen Stockwerkseigentümer. Darüber hinaus sind jedoch bei allen Verfügungsgeschäften auch die Folgen des Zusammentreffens von mehreren Stockwerksrechten in einer Hand zu beachten.

► 2. Zusammentreffen mehrerer Stockwerksrechte in einer Hand

§ 36 Abs. 1 AGBGB B/W in Verbindung mit Art. 227 der Anlage zu diesem Gesetz bestimmen, dass beim Zusammentreffen mehrerer Stockwerksrechte in einer Hand sich diese Rechte zu einem einheitlichen Recht vereinigen, und zwar unbeschadet der an den bisher getrennten Eigentumsrechten begründeten besonderen Rechte. Die Rechtsfolge der Vereinigung tritt demnach *ipso iure* ein, ohne dass es weiterer (rechtsgeschäftlicher) Erklärungen des Eigentümers oder etwaiger im Grundbuch eingetragener Drittberechtigter bedarf. Die Regelung dient dem vom Gesetzgeber verfolgten Ziel, die Stockwerksrechte allmählich zu beseitigen.²

Ein Zusammentreffen mehrere Stockwerksrechte „in einer Hand“ liegt nur dann vor, wenn die gleichen Eigentumsverhältnisse am jeweiligen Stockwerksrecht bestehen. Besteht etwa an einem Stockwerksrecht eine Bruchteils- oder Gesamthandsgemeinschaft und erwirbt einer der Mit- bzw.

Gesamthandseigentümer ein weiteres Stockwerksrecht zu Alleineigentum, so bleibt es bei der rechtlichen Selbständigkeit der verschiedenen Stockwerksrechte. Eine Vereinigung tritt demnach – wie im Fall einer rechtsgeschäftlichen Vereinigung nach § 890 BGB³ – nur dann kraft Gesetzes ein, wenn einheitliche Eigentumsverhältnisse bestehen. Ist die Einheitlichkeit jedoch gegeben, so ist es unerheblich, ob das Zusammentreffen der mehreren Stockwerksrechte auf einem rechtsgeschäftlichen Erwerb eines weiteren Stockwerkseigentums beruht oder ob das weitere Stockwerkseigentum kraft Gesamtrechtsnachfolge auf den Stockwerkseigentümer übergegangen ist.

Die Rechtsfolge der Vereinigung tritt materiell-rechtlich ein, sobald demselben Eigentümer mehrere Stockwerksrechte gehören. Diese werden – wenn daneben noch weitere Stockwerksrechte anderer Eigentümer existieren – zu einem einheitlichen vergrößerten Stockwerksrecht. Gehören demselben Eigentümer alle Stockwerksrechte, so erlischt das Sondereigentum an den einzelnen Gebäudeteilen und es entsteht „normales“ Grundeigentum, für welches die §§ 93, 94 BGB uneingeschränkt gelten.⁴ Diese gesetzliche Folge steht nicht zur Disposition der Beteiligten und ist daher auch nicht ausschließbar. Bei rechtsgeschäftlichem (Zu-) Erwerb eines weiteren Stockwerksrechts tritt die Rechtsfolge der Vereinigung nicht bereits mit dem Abschluss des schuldrechtlichen oder dinglichen Geschäfts ein, sondern erst mit Eintragung des Erwerbs im Grundbuch. Dieses wird hierdurch unrichtig, so dass die Eintragung der Vereinigungswirkung im Grundbuch auf Antrag des Eigentümers im Wege der Grundbuchberichtigung erfolgt.

► 3. Folgen für die notarielle Praxis

Die Rechtsfolge der Vereinigung wirkt sich sowohl mit Blick auf die Verfügung über (vermeintlich noch beste-

¹ Vgl. § 36 Abs. 2 AGBGB B/W.

² Thümmel, JZ 1980, 125, 131.

³ OLG Köln, Beschl. v. 11.4.2019, 2 Wx 69/19, MittBayNot 2020, 254; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 8.2.1990 - 3 W 163/89, DNotZ 1991, 605; BeckOK/Eckert, BGB, 55. Ed., § 890 Rn 6.

⁴ Thümmel, BWNotZ 1980, 97, 103; dort auch zu den Folgen der Vereinigung für im Grundbuch eingetragene Belastungen.

hende) Stockwerksrechte als auch mit Blick auf den Erwerb von (weiteren) Stockwerksrechten aus.

3.1 Verfügungsperspektive

Hat A (dem bereits ein Stockwerksrecht an einem Gebäude gehört) von B ein weiteres Stockwerksrecht an diesem Gebäude erworben (etwa rechtsgeschäftlich durch Kauf oder im Wege der Gesamtrechtsnachfolge infolge Erbfalls), so hat dies – wie oben dargestellt – die (materiell-rechtlich) kraft Gesetzes eintretende Folge, dass sich die beiden Stockwerksrechte zu einem einheitlichen Recht vereinigt haben. Wurde das Grundbuch jedoch nicht dahingehend berichtigt, so ist A als Eigentümer des von B erworbenen Stockwerkseigentums im Grundbuch eingetragen.⁵ Beabsichtigt nunmehr A das von B erworbene Stockwerksrecht zu veräußern oder zu belasten, so scheitert dies an der fehlenden Sonderrechtsfähigkeit des Verfügungsgegenstandes.⁶

Aus Sicht des mit der Beurkundung beauftragten Notars empfiehlt es sich daher zu prüfen, ob dem Verfügenden noch weitere Stockwerksrechte an dem Gebäude gehören. Wenn keine Anhaltspunkte vorliegen, so besteht nach hier vertretener Auffassung keine Pflicht des Notars, entsprechende Grundbuchrecherchen zu veranlassen. Vielmehr genügt die Angabe des verfügenden Urkundsbeteiligten, die in der Urkunde entsprechend vermerkt werden sollte, dass ihm keine weiteren Stockwerksrechte an dem Gebäude gehören.

3.2 Erwerbsperspektive

Mit Blick auf den Erwerb von Stockwerkseigentum gilt entsprechend, dass abgefragt werden sollte, ob dem

Erwerber bereits Stockwerksrechte an dem Gebäude gehören. Wenn dies zutrifft, ist der Erwerber über die Folge des Zusammentreffens zu belehren. Ein auf die Berichtigung des Grundbuchs gerichteter Antrag, der zugleich mit dem Antrag auf Eigentumsumschreibung gestellt werden kann, könnte wie folgt formuliert werden:

„Gemäß § 36 Abs. 1 AGBGB B/W in Verbindung mit Art. 227 der Anlage zu diesem Gesetz vereinigt sich mit Eigentumsumschreibung das in dieser Urkunde erworbene Stockwerkseigentum mit dem bereits dem Erwerber gehörenden Stockwerkseigentum (eingetragen im Grundbuch von [...], Blatt [...]) zu einem einheitlichen Recht. Die hierauf gerichtete Berichtigung des Grundbuchs wird vom Erwerber beantragt.“

4. Fazit

Die Nichtbeachtung des Zusammentreffens mehrerer Stockwerksrechte in einer Hand kann, insbesondere in der Verfügungsperspektive, zu einschneidenden (Haftungs-)Folgen führen, da sowohl der Erwerb des Stockwerkseigentums als auch die Belastung z.B. mit einem Grundpfandrecht mangels Sonderrechtsfähigkeit des Verfügungsgegenstandes – vorbehaltlich eines etwaigen gutgläubigen Erwerbs, auf den sich der Praktiker aber nicht verlassen kann/darf - scheitert. Die notarielle Praxis sollte der Vereinigungswirkung daher die gebotene Beachtung zukommen lassen.

⁵ In der Praxis wird – zumindest bei Erwerb infolge Erbfalls – eine Grundbuchberichtigung die Ausnahme sein, da die Berichtigung des Grundbuchs nur auf Antrag des Eigentümers erfolgt, dem als juristischen Laien regelmäßig die Kenntnis über die Rechtsfolge des Zusammentreffens mehrerer Stockwerksrechte in einer Hand fehlen dürfte.

⁶ Zu der Frage, ob in solchen Fällen ein gutgläubiger Erwerb möglich ist, vgl. Thümmel, BWNotZ 1980, 97, 106f.

Schwerpunktreihe Nachfolgeplanung

von Andreas Panz, Markus Schenk und Martina Weisheit¹

Diese heutige Schwerpunktreihe soll den Auftakt für eine fortan in regelmäßigen Abständen erscheinende Übersicht an einer natürlich subjektiv geprägten Auswahl unterschiedlicher Autoren für den Bereich der Nachfolgeplanung interessanten Themen aus dem Zivil- und Steuerrecht bieten. Sämtliche Autoren sind dabei ausgewiesene Experten im Bereich der Unternehmens- und Vermögensnachfolge und für die Kanzlei Ebner Stolz in Stuttgart tätig.

A. Zivilrecht

I. Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts

Das Vormundschafts- und Betreuungsrecht wird aktualisiert. Dafür ist es auch an der Zeit. Denn das Vormundschaftsrecht stammt in weiten Teilen aus der Entstehungszeit des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Durch zahlreiche Ergänzungen und Änderungen ist es unübersichtlich geworden und bildet die aktuelle Praxis nicht (mehr) zutreffend ab.

So hat die Bundesregierung den Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vorgelegt (19/24445), der vom Bundestag in 1. Lesung am 26. November 2020 beraten wurde, wobei mit der 2./3. Lesung noch in dieser Legislaturperiode zu rechnen ist.

Wie es unter anderem darin heißt, ist im Wesentlichen eine neue Struktur vorgesehen. Im Vormundschaftsrecht soll der Mündel mit seinen Rechten als Subjekt im Zentrum stehen. Die Rechte der Pflegeperson sollen gestärkt werden. Die Reform der materiell- und verfahrensrechtlichen Vorschriften des Betreuungsrechts sei auf das zentrale Ziel ausgerichtet, eine konsequent an der Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts der Betroffenen orientierte Anwendungspraxis zu gestalten, die sie im Wege der Unterstützung zur Ausübung ihrer rechtlichen Handlungsfähigkeit befähigt.

Für die Vermögensnachfolge ergeben sich dabei u.a. folgende bedeutsame Änderungen:

¹ Andreas Panz ist Württ. Notariatsassessor und Zert. Testamentsvollstrecker (AGT), Markus Schenk ist Rechtsanwalt und Steuerberater, Martina Weisheit ist Rechtsanwältin und Steuerberaterin und alle Autoren sind als Counsel bei Ebner Stolz, Stuttgart im Bereich Vermögens-/Unternehmensnachfolge tätig.

1. Notvertretungsrecht für Ehegatten

Bereits im Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode² hatten sich die Vertragspartner darauf verständigt, „Ehepartnern zu ermöglichen, im Betreuungsfall füreinander Entscheidungen über medizinische Behandlungen zu treffen, ohne dass es hierfür der Bestellung einer Betreuerin bzw. eines Betreuers oder der Erteilung einer Vorsorgevollmacht bedarf.“ Dies soll nun in § 1358 BGB-E dahingehend umgesetzt werden, dass Ehegatten „von Gesetzes wegen“ die Vertretung in allen Angelegenheiten der Gesundheitssorge eingeräumt wird. Dieses Vertretungsrecht wird auf die Dauer von drei Monaten befristet und an die Voraussetzungen geknüpft, dass beide nicht getrennt leben, der zu vertretende Ehegatte keine Vorsorgevollmacht errichtet hat und dass im Zentralen Vorsorgeregister kein Widerspruch eingetragen ist.

Bundesrechtsanwaltskammer³ und Bundesnotarkammer⁴ lehnen diese Neuerung ab und befürchten eine „Missbrauchsgefahr“ durch „Erbschleicherei“.

2. Kindschaftsrecht

§ 1639 BGB (Verwaltungsanordnungen) wird dahingehend erweitert, dass nunmehr auch solche für „unentgeltliche Zuwendungen auf den Todesfall“ möglich sein werden.

3. Vormundschaftsrecht (künftig Abschnitt 3, Titel 1 und 2, §§ 1773 bis 1808 BGB-E)

Wenig erfreulich ist der Umstand, dass künftig nicht mehr mehrere Personen zu Vormündern bestellt werden können, so wie es derzeit gem. § 1775 BGB noch möglich ist. Allein Ehegatten sollen künftig noch gemeinschaftlich zu Vormündern bestellt werden können. Eine Trennung der Aufgabenbereiche betreffend die Vermögenssorge zum einen und die Personensorge zum anderen wird daher nicht mehr möglich sein. Hintergrund, so die Begründung zum Gesetzesent-

² Zeilen 6252 ff.; <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1>.

³ <https://brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmendeutschland/2020/maerz/stellungnahme-der-brak-2020-10.pdf>.

⁴ https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/081020_Stellungnahme_BNotK_RefE_Vormundschaft.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

wurf, ist, dass „damit der Grundsatz bekräftigt wird, dass die Verantwortung für den Mündel grundsätzlich ungeteilt bei einem einzigen Vormund liegen soll.“ Wie sich dies mit dem Umstand verträgt, dass auch künftig mehrere Betreuer für einen Betreuten bestellt werden können (§ 1817 Absatz 1 BGB-E), vermag dahingestellt bleiben.

Positiver zu werten ist demgegenüber der Umstand, dass künftig die Stellung der tatsächlich pflegenden Person gestärkt werden soll und zwar dadurch, dass die Möglichkeit geschaffen wird, dass das Familiengericht einzelne Sorgeangelegenheiten vom Vormund auf einen Pfleger überträgt. Hier wäre ggf. Korrekturbedarf dahingehend angezeigt, dass jedenfalls den Eltern die Möglichkeit eingeräumt wird, neben einem Vormund für einzelne Bereiche einen Pfleger zu benennen.

4. Betreuungsrecht (künftig Abschnitt 3, Titel 3, §§ 1814 bis 1881 BGB-E)

Die zuletzt immer wieder vorgenommenen Änderungen und Anpassungen als Stückwerk haben ein Ende, da die Paragraphen nun aus einem Guss sein werden. So ist insb. eine Betreuung künftig danach auszurichten, dass der Betreute sein Leben „nach seinen Wünschen“ gestalten kann (§ 1821 Absatz 2 BGB-E).

Die Möglichkeit, eine Betreuungsverfügung zu errichten, bleibt auch weiterhin bestehen (§§ 1897 Absatz 4, 1816 Absatz 2 BGB-E).

Insgesamt zeigt sich auch hier die Anpassung an den Stand der Zeit, weswegen das Gesetz vom bargeldlosen Zahlungsverkehr ausgehen wird (§ 1840 BGB-E) und erstmals im Gesetz Begriffsbestimmungen für das Anlage- und Verfügungsgeld zu finden sein werden. Verfügungsgeld ist dabei dasjenige Geld, das der Betreute für die laufenden Aufgaben benötigt und das auf einem Girokonto bereitzuhalten ist (§ 1839 BGB-E). Dagegen ist Anlagegeld, das „nicht für die Aufgaben nach § 1839 BGB-E benötigt wird“, anzulegen (§ 1841 BGB-E).

Sehr erfreulich und für die praktische Gesetzesarbeit besonders begrüßenswert ist ferner der Umstand, dass die sich nach geltendem Recht aus §§ 1819 bis 1822 BGB ergebenden Genehmigungserfordernisse fortan in die §§ 1848 bis 1854 BGB-E überführt und dort mit den weiteren, derzeit in anderen Teilen des BGB „verstreuten“ Genehmigungstatbeständen zusammengeführt werden, so insb. auch denjenigen aus dem Erbrecht.

§ 1851 BGB-E sieht dabei die Genehmigungserfordernisse für erbrechtliche Rechtsgeschäfte vor, so auch „bei einem Verzicht auf die Geltendmachung eines Vermächtnisses oder Pflichtteilsanspruchs“, zu einem „Auseinandersetzungsvertrag“ sowie zu einer „Abschichtungsvereinbarung“.

Interessanterweise ist nach aktuellem Entwurfswortlaut lediglich die Ausschlagung einer Erbschaft und eines Vermächtnisses genehmigungsbedürftig, nicht jedoch die Anfechtung der Annahme bzw. der Ausschlagung. Hierbei wird es sich aber sicherlich um ein Redaktionsversehen handeln.

§ 1852 BGB-E fasst zukünftig alle Fälle genehmigungspflichtiger Rechtsgeschäfte des Handels- und Gesellschaftsrechts zusammen, wobei der Erwerb von Aktien nicht als handels- oder gesellschaftsrechtliches Geschäft gilt, sondern als Erwerb von Wertpapieren angesehen wird. Dabei wird ergänzend klargestellt, dass sich die Genehmigungspflicht auch auf das Verpflichtungsgeschäft bezieht und auch Beteiligungen an Kapital- und Personengesellschaften grundsätzlich von der Genehmigungspflicht erfasst sind. Zudem gilt die Genehmigungspflicht zukünftig auch für den unentgeltlichen Erwerb, da auch hier trotz der Unentgeltlichkeit für den Betreuten entsprechende Haftungsrisiken entstehen können.

Rechtsklarheit schafft künftig § 1858 Absatz 3 BGB-E, der die Hemmung der kurzen Ausschlagungsfrist nach § 1944 BGB für die Dauer des Genehmigungsverfahrens bestimmt, sodass ein Rückgriff auf § 206 BGB (Hemmung bei höherer Gewalt) nicht mehr erforderlich ist. Auch wird künftig das Betreuungsgericht bei einer Ausschlagung durch den Betreuer als gesetzlichen Vertreter dem Nachlassgericht nach Rechtskraft des Genehmigungsbeschlusses die Erteilung oder Versagung der Genehmigung automatisch mitteilen, sodass die Ausschlagung ohne weitere Mitwirkung durch den Betreuer (wie es derzeit noch der Fall ist), wirksam wird. Zwar wird damit dem Betreuer die ihm derzeit noch gegebene Möglichkeit genommen, zu entscheiden, ob er die Ausschlagung wirksam werden lassen will. Allerdings stellt die angedachte Vorgehensweise auch eine Erleichterung im Verfahrensablauf dar und vermeidet insb. Haftungsrisiken des Betreuers, sollte dieser in der Vermutung, bereits alles erledigt zu haben, den Genehmigungsbeschluss nach Eingang bei ihm nicht weiterleiten und damit durch Fristablauf einen Vermögensschaden beim Betreuten verursachen.

II. Reform des Personen- gesellschaftsrecht

Das Bundeskabinett hat am 20. Januar 2021 den Entwurf eines Gesetzes für ein modernisiertes Personengesellschaftsrecht⁵ beschlossen.

Wie auch bei der Reform des Vormundschafts- und Betreuungswerts hatten sich die Vertragspartner bereits im Koalitionsvertrag⁶ darauf verständigt, das Personengesellschaftsrecht zu reformieren.

Der Gesetzentwurf folgt nun also zwei Grundsätzen: So viel Rechtssicherheit wie möglich, so viel Bürokratie wie nötig.

Der Entwurf, der im Wesentlichen, auf dem sog. „Mauracher Entwurf“ beruht⁷, enthält ein sog. Artikelgesetz, bei dem in insgesamt 134 Artikeln in ebenso viele Gesetze eingegriffen wird. Die bedeutendsten Eingriffe finden sich dabei im BGB, im HGB und in der Grundbuchordnung.

Vorab lässt sich festhalten, dass in Anbetracht der großen Verbreitung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine Reform zu begrüßen ist.

Gerade für die notarielle Praxis ist die Grundstücks-GbR von großer Bedeutung, da sie in weiten Teilen die Miteigentumsgemeinschaft als Rechtsform für den gemeinsamen Erwerb von Immobilien verdrängt hat. Darüber hinaus sind Gesellschaften bürgerlichen Rechts nicht selten Inhaber von Geschäftsanteilen an GmbHs, nehmen in einer Vielzahl (vgl. insbesondere die ARGE's) am Rechtsverkehr teil und haben auch bei der Poolung von Stimmrechten eine große Bedeutung.

Gerade deshalb ist es misslich, dass im BGB u.a. Regelungen zur Rechtspersönlichkeit, zur Haftung, Detailregelungen zur Vertretung / Ermächtigungsmöglichkeit, zur *actio pro socio*, zur Frage der Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen sowie Detailregelungen an fast allen Stellen fehlen. Andere Regelungen wie diejenigen zur Auflösung werden von der Praxis praktisch stets abgeändert.

Für die tägliche Arbeit von besonderer Bedeutung ist insbesondere auch der „Wechsel“ von einer Rechtsform der Personengesellschaften in eine andere. Es bestehen hier erhebliche Unklarheiten und Fragen zur Beweisführung, wenn es beispielsweise darum geht, das auf eine GbR eingetragene Grundstück nach einem Statuswechsel in eine GmbH & Co. KG/PartG im entsprechenden Grundbuch auf diese GmbH & Co. KG/PartG als Eigentümerin berichtigen zu lassen.

Auch ist die GbR aus schwer nachvollziehbaren Gründen angesichts der Rechtsformalternative der Partnerschaftsgesellschaft immer noch für Freiberufler die am weitesten verbreitete Organisationsform und für Sozietäten von Notaren sogar die einzig zulässige Organisationsform (auch wenn die Rechtsprechung inzwischen aufgrund berufsrechtlicher Regelungen die Auffassung vertritt, dass Steuerberater und Wirtschaftsprüfer in die Rechtsform der GmbH & Co. KG wechseln können⁸).

Der sonach vom Bundeskabinett beschlossene Regierungsentwurf wird nun dem Bundesrat zur Stellungnahme zugeleitet und nach einer Gegenäußerung der Bundesregierung an den Deutschen Bundestag weitergeleitet und dort beraten.

Es bleibt abzuwarten, ob auch dieses Reformvorhaben noch in der aktuellen Legislaturperiode verabschiedet wird.

Wir werden den weiteren Weg des Gesetzgebungsverfahrens beobachten und über Einzelheiten des Gesetzesentwurfs voraussichtlich im kommenden Heft detaillierter berichten.

B. Steuerrecht – Erbschaftsteuer

Das Jahressteuergesetz wurde durch Zustimmung des Bundesrates am 18. Dezember 2020 beschlossen und am 21. Dezember 2020 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht⁹. Mit dem Jahressteuergesetz werden auch zahlreiche Änderungen des Erbschaftsteuergesetzes vorgenommen, wie die Erfassung von Steuererstattungsansprüchen des Erblassers als steuerpflichtigen Erwerb sowie eine Kürzung des Schuldenabzugs, der in wirtschaftlichem Zusammenhang mit steuerbefreitem Vermögen steht. Die Neuregelungen finden auf alle Erwerbe Anwendung, für die die Steuer nach dem Tag der Verkündung des Jahressteuergesetzes 2020, d.h. mit Wirkung vom 29. Dezember

5 <https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Personengesellschaftsrecht.html?nn=670502>.

6 Zeilen 6162 f; Fn. 3.

7 Erarbeitet durch eine durch das Bundesjustizministerium eingesetzte Kommission; abrufbar unter https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/042020_Entwurf_Moepg.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

8 OLG Hamm, Beschl. v. 12.07.2018 – 27 W 24/18, RNotZ 2019, 483.

9 BGBl. I 2020, S. 3096 f..

2020, entsteht (§ 37 Abs. 18 ErbStG). Im Überblick die wesentlichen Änderungen der Reform:

► I. Erwerbe von Todes wegen in Abfindungsfällen (§ 3 Abs. 2 Nr. 5 ErbStG)

Eine Abfindung für ein aufschiebend bedingtes, betagtes oder befristetes Vermächtnis, die vor dem Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung oder des Ereignisses gewährt wird, ist als Erwerb von Todes wegen der Besteuerung nach § 3 Abs. 2 Nr. 5 ErbStG zu unterwerfen. Die Regelung trägt dem Umstand Rechnung, dass das Entstehen und die Fälligkeit des Vermächtnisanspruchs auf einen späteren Zeitpunkt als den Zeitpunkt des Erbfalls (§ 2176 BGB) hinausgeschoben werden können. Die Erbschaftsteuer kann demnach auch erst zu einem späteren Zeitpunkt entstehen. Die Vorschrift schließt die Besteuerungslücke, die entsteht, wenn vor dem erbschaftsteuerlichen Entstehungszeitpunkt auf den Vermächtniserwerb verzichtet wird. Die Norm wurde durch die Reform insofern klarstellend geändert, als dass die Vorschrift nun darauf abstellt, dass der Vermächtnisnehmer das Vermächtnis angenommen hat und nicht wie bisher darauf, dass die Ausschlagungsfrist abgelaufen ist, da es eine solche bei Vermächtnissen gerade nicht gibt (§ 2180 BGB). Ist dagegen die Abfindung selbst nach der Vereinbarung aufschiebend bedingt, entsteht die Steuerschuld nicht mit dem Verzicht auf das Vermächtnis, sondern mit Eintritt der Bedingung¹⁰.

► II. Ausgleichsforderung bei der Zugewinnsgemeinschaft (§ 5 Abs. 1 S. 6 ErbStG)

Die geänderte Regelung führt dazu, dass im Rahmen der Steuerbefreiung für den überlebenden Ehegatten bzw. Lebenspartner die Höhe der fiktiven Zugewinnausgleichsforderung um im Rahmen der Bereicherung des überlebenden Ehegatten bzw. Lebenspartners berücksichtigte Steuerbefreiungen zu kürzen ist. Bei der Berechnung der fiktiven Ausgleichsforderung ist das Endvermögen um das steuerbefreite Vermögen zu mindern. Aus Sicht des Gesetzgebers führte die aktuelle Fassung des § 5 Abs. 1 ErbStG zu einer nicht gerechtfertigten Doppelbegünstigung des überlebenden Ehegatten bzw. Lebenspartners, da die fiktive Zugewinnausgleichsforderung nach den maßgebenden zivilrechtlichen Verkehrswerten berechnet wurde, ohne Rücksicht darauf, ob im Endvermögen Steuerbefreiungen nach §§ 13 ff. gewährt worden sind.

► III. Steuerpflichtiger Erwerb

1. Steuererstattungsansprüche / Steuerschulden (§ 10 Abs. 1 Satz 3 ErbStG)

Die Neuregelung führt dazu, dass Erstattungsansprüche aus der Einkommensteuer, die das Todesjahr des Erblassers betreffen, in den steuerpflichtigen Erwerb nach § 10 Abs. 1 ErbStG fallen, auch wenn sie erst nach Ablauf des Todesjahres entstehen. Nach der Rechtsprechung des BFH fielen die Steuererstattungsansprüche nicht in den steuerpflichtigen Erwerb nach § 10 Abs. 1 ErbStG¹¹, dafür aber die Steuerschulden¹². Damit können nach der Neufassung sowohl die das Todesjahr des Erblassers betreffenden Steuererstattungsansprüche als auch die abzuziehenden Steuerschulden zeitgleich angesetzt werden.

2. Schulden und Lasten in wirtschaftlichem Zusammenhang mit steuerbefreiten Vermögensgegenständen (§ 10 Abs. 6 ErbStG)

Schulden und Lasten sind nach der bisherigen Rechtslage nicht abzugsfähig, soweit sie in wirtschaftlichem Zusammenhang mit einzelnen Vermögensgegenständen stehen, die ganz oder teilweise von der Erbschaft- und Schenkungsteuer befreit sind. Schulden und Lasten, die dagegen in wirtschaftlichem Zusammenhang mit nicht steuerbefreiten Vermögensgegenständen stehen, sind ungekürzt abzugsfähig. In der Neufassung des § 10 Abs. 6 S. 3 ErbStG wird dieser Grundsatz beibehalten.

Um einen ungerechtfertigten steuerlichen Vorteil durch den unbegrenzten Abzug von Schulden und Lasten zu vermeiden, erfolgt nun jedoch eine anteilige Kürzung von Schulden und Lasten, die nicht in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit einzelnen Vermögensgegenständen stehen (§ 10 Abs. 6 S. 5 – 10 ErbStG, darunter fallen z.B. Pflichtteilsansprüche, Zugewinnausgleichsforderungen und Untervermächtnisse).

Solche Schulden und Lasten sind dann nur noch anteilig in Höhe der jeweiligen Zuordnung zu den einzelnen, steuerpflichtigen Vermögensgegenständen abziehbar. Der Anteil der jeweiligen Schuld oder Last, der dem einzelnen Vermögensgegenstand zugerechnet wird, soll sich nach dem Verhältnis des Werts des jeweiligen Vermögensgegenstandes nach Abzug der mit diesem in wirtschaftlichem Zusammenhang stehenden Schulden und Lasten zum Gesamtwert der Vermögensgegenstände nach Abzug aller mit diesen im wirtschaftlichen Zusammenhang stehenden Schulden und Lasten bemessen. Bei

¹⁰ Gottschalk, in: Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk, § 3 ErbStG, Rz. 342 m.w.N..

¹¹ BFH v. 16.1.2008 - II R 30/6, BStBl. II 2008, 626.

¹² BFH v. 4.7.2012 - II R 15/11, BStBl. II 2012, 790.

einer Steuerbefreiung nach §§ 13a und 13c ErbStG ist bei der Aufteilung der wirtschaftlich nicht direkt zurechenbaren Schulden nicht auf den einzelnen Vermögensgegenstand abzustellen, sondern auf die Summe des begünstigten Vermögens, da die Steuerbefreiung auch auf den Gesamtbetrag des begünstigten Vermögens entfällt (§ 10 Abs. 6 S. 8 ErbStG).

Von der anteiligen Kürzung der abziehbaren Schulden und Lasten ausgenommen sind allein Kosten i.S.d. § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG (z.B. Beerdigungskosten, Kosten der Abwicklung oder Regelung des Nachlasses), da diese regelmäßig erst nach dem Eintritt des Erbfalls durch den Erwerber begründet werden.

3. Keine Abzugsfähigkeit der eigenen Erbschaftsteuer (§ 10 Abs. 8 S. 2 ErbStG)

Die eigene Erbschaftsteuer, die der Erwerber entrichten muss, ist nach § 10 Abs. 8 ErbStG nicht abzugsfähig, da die Zahlung der Erbschaftsteuer als eine unbeachtliche Erwerbsverwendung angesehen wird. Die Neuregelung stellt in Satz 2 klar, dass auch die nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG zu entrichtende Erbersatzsteuer die steuerliche Bemessungsgrundlage nicht mindert.

▶ IV. Vorwegabschlag bei Familienunternehmen (§ 13a Abs. 9a ErbStG)

Unter bestimmten Voraussetzungen haben Erwerber von Familiengesellschaften einen Anspruch auf einen Vorwegabschlag von 30% (§ 13a Abs. 9 i.V. mit § 13b Abs. 2 ErbStG). Durch das Jahressteuergesetz wurde zur verfahrensrechtlichen Absicherung, um die Voraussetzungen und die Höhe des Vorwegabschlags festzustellen, ein gesondertes Feststellungsverfahren (§§ 179 ff. AO) eingeführt (§ 13a Abs. 9a ErbStG). Bisher fand nur eine nachrichtliche Mitteilung des Betriebsfinanzamtes ohne eigenes Feststellungsverfahren statt.

▶ V. Erweiterung des Feststellungsverfahrens (§ 13b Abs. 10 S. 1 ErbStG)

Betriebsvermögen, das einer in einem Drittstaat belegenen Betriebsstätte zugehörig ist, rechnet nicht zum begünstigten Vermögen, so dass es nicht selbst begünstigungsfähig ist. Ebenso gehören auch Finanzmittel des Unternehmens zum nicht begünstigten Verwaltungsvermögen, soweit ihr Wert nach Abzug der betrieblichen Schulden 15 % des Werts des Betriebsvermögens des Betriebs oder der Gesellschaft übersteigt (sog. „Sockelbetrag“; § 13b Abs. 4

Nr. 5 ErbStG). Die Gesetzesreform sieht sowohl für das Vorliegen der Voraussetzungen des Sockelbetrages als auch für den Wert des Betriebsvermögens, das zu einer in einem Drittstaat belegenen Betriebsstätte gehört, nun ein gesondertes Feststellungsverfahren vor (§§ 179 ff. AO). Zuständig für den Erlass des Feststellungsbescheids ist das jeweils für die Bewertung der wirtschaftlichen Einheit zuständige Betriebsfinanzamt.

▶ VI. Berücksichtigung früherer Erwerbe (§ 14 Abs. 2 ErbStG)

Mehrere innerhalb von zehn Jahren bei derselben Person anfallende Erwerbe sind bei der Erbschaft- und Schenkungsteuer des jeweils letzten Erwerbs im Zehnjahreszeitraum mit diesem letzten Erwerb zusammenzurechnen (§ 14 Abs. 1 S. 1 ErbStG). Nach zuvor geltender Rechtslage hatte eine Aufhebung oder Änderung der Steuerfestsetzung für den Vorerwerb keine Wirkung auf die Steuerfestsetzung für den Nacherwerb. Der Gesetzgeber hat nun § 14 Abs. 2 ErbStG neu strukturiert. In § 14 Abs. 2 Satz 1 ErbStG sieht eine Änderungsmöglichkeit zur Korrektur einer Steuerfestsetzung für den nachfolgenden Erwerb vor, wenn die Steuerfestsetzung für einen Vorerwerb aufgrund eines rückwirkenden Ereignisses i.S. des § 175 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AO geändert wird. In § 14 Abs. 2 S. 2 ErbStG ist nun auch sichergestellt, dass auch der erstmalige Erlass, die Änderung und die Aufhebung einer Steuerfestsetzung für einen Vorerwerb ein rückwirkendes Ereignis im Sinne des § 175 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AO für die Steuerfestsetzung des nachfolgenden Erwerbs darstellt und die Steuerfestsetzung für den Nacherwerb geändert werden kann.

▶ VII. Ersatzerbschaftsteuer

Die Neuregelung sieht für die Ersatzerbschaftsteuer eine schriftliche Anzeige nach § 30 Abs. 5 ErbStG durch die Stiftung oder den Verein innerhalb von drei Monaten nach dem ersten Vermögensübergang bei dem für den Vermögensübergang zuständigen Finanzamt vor. Nach dem neu gefassten § 35 Abs. 4 ErbStG ist das Finanzamt für die Anzeige örtlich zuständig ist, an dem sich der Ort der Geschäftsleitung der Stiftung oder des Vereins befindet. Die Pflicht zur Abgabe der Steuererklärung in Ersatzerbbschaftsfällen betrifft nach der Neuregelung sowohl die Stiftung und den Verein selbst als auch das Familienmitglied bzw. beim Verein das Vereinsmitglied (§ 31 Abs. 1 S. 3, 4 ErbStG). Das Finanzamt kann damit von allen Beteiligten die Abgabe einer Steuererklärung verlangen.

RECHTSPRECHUNG

BERUFS- UND KOSTENRECHT

Getrennte Beurkundung von Grundstückskaufvertrag und Auflassung keine unrichtige Sachbehandlung im Sinne von § 21 Abs. 1 S. 1 GNotKG

GNotKG § 21 Abs. 1 S. 1; BeurkG § 17 Abs. 1 S. 2; BNotO § 14 Abs. 2, § 19; BGB § 313b Abs. 1, § 387

1. Eine unrichtige Sachbehandlung im Sinne von § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG liegt nur bei einem offen zutage tretenden Verstoß gegen eindeutige gesetzliche Normen oder bei einem offensichtlichen Versehen des Notars sowie dann vor, wenn der Notar von mehreren gleich sicheren Gestaltungsmöglichkeiten die teurere wählt. (Rn. 6)

2. Die getrennte Beurkundung von Grundstückskaufvertrag und Auflassung stellt keine unrichtige Sachbehandlung im Sinne des § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG dar; dies gilt auch, wenn der Notar die Beteiligten nicht über kostengünstigere andere Gestaltungsmöglichkeiten belehrt. (Rn. 7 und 18 – 28)

BGH (V. Zivilsenat),
Beschluss vom 01.10.2020 – V ZB 67/19

► I. Tatbestand:

1 Die Kostenschuldnerin gab am 2. Mai 2014 vor einem Notar in Bonn ein Angebot auf Abschluss eines Vertrages über den Kauf einer noch zu errichtenden Eigentumswohnung in Berlin ab. Nach § 6 des Vertrages waren die Vertragsparteien zur Erklärung der Auflassung erst nach Vorliegen bestimmter Voraussetzungen, unter anderem der vollständigen Kaufpreiszahlung und der Abnahme des Sondereigentums durch den Käufer im Rahmen einer Begehung, verpflichtet; zugleich erteilte die Kostenschuldnerin dem Verkäufer (Bauträger) die Vollmacht, die Auflassung für den Kaufgegenstand zu erklären und entgegen zu nehmen. Der Verkäufer nahm dieses Angebot durch eine von dem Kostengläubiger in Berlin errichtete Urkunde vom 7. Mai 2014 an. Nach Vorliegen der vertraglichen Voraussetzungen beurkundete der Kostengläubiger am 14. Dezember 2015 zur UR-Nr. 1875/2015 die Auflassung

des Wohnungseigentums. Hierüber erteilte er der Kostenschuldnerin die Kostenberechnung vom 21. Dezember 2015 über eine Gebühr nach GNotKG KV 21102 i.H.v. 685 € nebst Bescheinigungsgebühr, Auslagen und Umsatzsteuer, insgesamt 877,51 €.

2 Das Landgericht hat den Antrag der Kostenschuldnerin auf gerichtliche Entscheidung gegen die Kostenberechnung zurückgewiesen. Auf die Beschwerde der Kostenschuldnerin hat das Kammergericht die Berechnung aufgehoben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde, deren Zurückweisung die Kostenschuldnerin beantragt, wendet sich der Kostengläubiger gegen die Beschwerdeentscheidung mit dem Ziel der Wiederherstellung der Entscheidung des Landgerichts.

► II. Aus den Gründen:

3 Nach Ansicht des Beschwerdegerichts, dessen Entscheidung u.a. in RNotZ 2019, 412 veröffentlicht ist, ist die Kostenberechnung aufzuheben, weil die geltend gemachten Gebühren Folge einer unrichtigen Sachbehandlung im Sinne von § 21 GNotKG seien. Dies ergebe sich daraus, dass der Kostengläubiger die getrennte Beurkundung von Annahme und Auflassung vorgenommen habe, ohne vorher die möglichen Alternativen mit den jeweiligen Vor- und Nachteilen und insbesondere die damit verbundenen Risiken und Kosten mit den Beteiligten zu erörtern und ihre eigenverantwortliche Entscheidung einzuholen. Hierin sei eine Amtspflichtverletzung im Sinne des § 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG zu sehen. Der Notar habe die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Kostenfolgen abzuwägen. Sodann habe er die Beteiligten auf die Vor- und Nachteile der möglichen Gestaltungen für die eine oder die andere Vertragspartei und die jeweiligen Kostenfolgen hinzuweisen. Nur wenn die Beteiligten sich dann übereinstimmend für die mehr Sicherheit bietende, aber auch mehr Kosten verursachende Vertragsgestaltung entschieden, könne der Notar dem entsprechen, ohne sich dem Vorwurf amtspflichtwidrigen Verhaltens auszusetzen.

4 Die Rechtsbeschwerde ist aufgrund der Zulassung durch das Beschwerdegericht gemäß § 129 Abs. 2, § 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG, § 70 Abs. 1 FamFG statthaft (vgl. zum Zulassungserfordernis Senat, Beschluss vom 4. Juli

2019 – V ZB 53/19, NJW 2019, 3524 Rn. 3 mwN) und auch im Übrigen zulässig (§ 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG i.V.m. § 71 Abs. 1 FamFG). In der Sache ist die Rechtsbeschwerde begründet. Die Kostenberechnung vom 21. Dezember 2015 ist nicht zu beanstanden.

5 1. Die in der Kostenberechnung angesetzten Gebühren sind richtig berechnet. Hinsichtlich der in Streit stehenden Beurkundung der Auflassung ergibt sich bei einem Geschäftswert von 339.278 € nach GNotKG KV Nr. 21102 Nr. 1 eine 1,0-Gebühr von 685 €. Diese Gebühr wäre allerdings nach § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG nicht zu erheben, wenn sie bei richtiger Sachbehandlung nicht entstanden wäre. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts stellt es aber keine unrichtige Sachbehandlung im Sinne dieser Vorschrift dar, dass der Kostengläubiger die Auflassung getrennt von der Annahmeerklärung des Bauträgers beurkundet und die Beteiligten nicht auf die mit der getrennten Beurkundung der Auflassung verbundenen Mehrkosten hingewiesen hat.

6 a) Wie das Beschwerdegericht im Ausgangspunkt zutreffend sieht, liegt eine unrichtige Sachbehandlung i.S.v. § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG nur bei einem offen zutage tretenden Verstoß gegen eindeutige gesetzliche Normen oder bei einem offensichtlichen Versehen des Notars (vgl. Senat, Beschluss vom 26. Juli 2012 – V ZB 288/11, NJW-RR 2012, 1457 Rn. 7 unter Bestätigung von OLG Hamm, Beschluss vom 2. Dezember 2011 – I-15 W 6/11, juris Rn. 11, jeweils noch zu § 16 Abs. 1 Satz 1 KostO; zu Gerichtskosten schon BGH, Beschluss vom 24. September 1962 – VII ZR 20/62, NJW 1962, 2107; Beschluss vom 26. September 2002 – III ZR 165/96, juris Rn. 1) sowie dann vor, wenn der Notar von mehreren gleich sicheren Gestaltungsmöglichkeiten die teurere wählt (vgl. Senat, Beschluss vom 26. Juli 2012 – V ZB 288/11, aaO mit krit. Anm. Kessler, RNotZ 2013, 25 zur Gleichwertigkeit im konkreten Fall).

7 b) Nach diesen Maßstäben stellt die getrennte Beurkundung der Annahmeerklärung des Bauträgers und der Auflassung durch den Kostengläubiger keine unrichtige Sachbehandlung dar.

8 aa) Allerdings ist die getrennte Beurkundung von Kaufvertrag und Auflassung teurer, und zwar – entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde – auch in dem Fall, dass Kaufvertragsangebot und -annahme durch verschiedene Notare beurkundet werden.

9 (1) Beurkundet ein Notar einen Grundstückskaufvertrag mit Auflassung, fällt hierfür eine 2,0-fache Gebühr nach Nr. 21100 KV GNotKG an. Da die Auflassung der Erfüllung des Kaufvertrages dient, ist für sie nach § 109 Abs. 1 Satz 2 GNotKG keine gesonderte Gebühr zu erheben (vgl. etwa Hartmann/Toussaint/Forbriger, Kostenrecht, 50. Aufl., GNotKG § 109 Rn. 7). Beurkundet

derselbe Notar hingegen zunächst nur den Kaufvertrag und dann getrennt davon die Auflassung, so fällt für diese Beurkundung eine zusätzliche 0,5-fache Gebühr nach Nr. 21101 Nr. 1 KV GNotKG an, bei Beurkundung der Auflassung durch einen anderen Notar sogar eine 1,0-Gebühr nach Nr. 21102 Nr. 1 GNotKG. Die getrennte Beurkundung ist somit teurer als die Mitbeurkundung der Auflassung in der Kaufvertragsurkunde.

10 (2) Dies gilt gleichermaßen bei der – hier vorliegenden – sukzessiven Beurkundung von Kaufvertragsangebot und -annahme durch verschiedene Notare.

11 (a) Beurkundet der Annahmenotar Annahme und Auflassung gemeinsam, fällt für die Annahme die 0,5-fache Gebühr nach Nr. 21101 Nr. 1 KV GNotKG an. Für die Auflassung ist – wie in dem Fall, dass der Grundstückskaufvertrag in einem Verfahren beurkundet wurde – Nr. 21102 Nr. 1 KV GNotKG anzuwenden (vgl. BeckOK Kostenrecht/Hagedorn [1.6.2020], Nr. 21101 KV GNotKG Rn. 8 f.; Sommerfeldt in Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, 3. Aufl., KV 21102 Rn. 10; Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 21. Aufl., Nr. 21101 KV Rn. 10 und Nr. 21102 KV Rn. 3; Leipziger Gerichts- und Notarkosten-Kommentar/Deecke, 2. Aufl., Nr. 21101 KV GNotKG Rn. 6; Leipziger Kostenspiegel, 2. Aufl., Rn. 2.1000 f.; Fackelmann in Schneider/Volpert/Fölsch, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl., KV GNotKG Nr. 21100-21102 Rn. 54; Diehn, Notarkostenberechnungen, 6. Aufl., Rn. 452 ff.; Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl., Rn. 160 ff. und Rn. 3264; Sikora, MittBayNot 2013, 446, 447), denn auch bei gleichzeitiger Beurkundung von Annahme und Auflassung ist das zugrundeliegende Rechtsgeschäft (der Kaufvertrag) beurkundet und dient die Auflassung nur dessen Erfüllung. Es entspricht sowohl den Vorstellungen des Gesetzgebers (vgl. BT-Drucks. 17/11471 S. 219) als auch Sinn und Zweck des Privilegierungsstatbestands, die ermäßigte Gebühr – und nicht die 2,0-fache Gebühr nach Nr. 21100 KV GNotKG – auch in diesem Fall anzuwenden, da den Notar, der nur die Annahme beurkundet, worauf noch zurückzukommen sein wird, keine Aufklärungs- und Belehrungspflichten hinsichtlich des Inhalts des Angebots treffen und damit nicht hinsichtlich des Inhalts des Kaufvertrages. Die 0,5-fache Gebühr nach Nr. 21101 Nr. 1 KV GNotKG für die Annahme kommt gemäß § 94 Abs. 2 Satz 1 GNotKG in diesem Fall indes nicht zum Tragen, da Annahme und Auflassung denselben Beurkundungsgegenstand betreffen (§ 109 Abs. 1 Satz 1 u. 2 GNotKG) und die Gebühr somit nach dem höchsten in Betracht kommenden Gebührensatz berechnet wird (vgl. BeckOK Kostenrecht/Bachmayer [1.6.2020], § 109 GNotKG Rn. 15). Damit fällt insgesamt eine 1,0-fache Gebühr an.

12 (b) Werden Annahme und Auflassung durch den Annahmenotar getrennt beurkundet, findet § 94 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 109 GNotKG hingegen keine Anwendung, so

dass die 0,5-Gebühr für die Annahme gemäß Nr. 21101 Nr. 1 KV GNotKG und die 1,0-Gebühr für die Auflassung gemäß Nr. 21102 Nr. 1 KV GNotKG nebeneinander entstehen. Die getrennte Beurkundung von Annahme und Auflassung löst somit insgesamt eine 1,5-fache Gebühr aus, ist also um eine 0,5-fache Gebühr teurer als die gemeinsame Beurkundung.

13 bb) Vorliegend kann die getrennte Beurkundung von Annahme und Auflassung aber schon deshalb keine unrichtige Sachbehandlung durch den Kostengläubiger darstellen, weil dieser als Annahmehonorar für die Gestaltung des Kaufvertrages nicht verantwortlich und der Bauträger nach dessen Inhalt nicht verpflichtet war, die Auflassung bereits mit der Annahme des Angebots zu erklären.

14 (1) Die Vertragsparteien waren nach § 6 des Kaufvertrages zur Erklärung der Auflassung erst nach Vorliegen bestimmter Voraussetzungen, unter anderem der vollständigen Kaufpreiszahlung, verpflichtet. Der Kaufpreis sollte nach § 3 Abs. 2 des Kaufvertrages nach Vorliegen bestimmter Voraussetzungen fällig werden, insbesondere erst, nachdem der Vertrag rechtswirksam ist. Nach dieser vertraglichen Regelung mussten die Beteiligten davon ausgehen, dass der Bauträger zum Zeitpunkt der die Wirksamkeit des Vertrages herbeiführenden Erklärung der Annahme des Kaufvertragsangebots noch nicht zur Auflassung verpflichtet sein würde. Hinsichtlich dieser vertraglichen Gestaltung trafen den Kostengläubiger keine Belehrungspflichten. Die Aufklärungs- und Belehrungspflichten des Notars, der allein die Annahme eines vorgegebenen Vertragsangebots beurkunden soll, beschränken sich nämlich grundsätzlich auf die rechtliche Bedeutung der Annahme. Der Inhalt des Vertragsangebotes gehört nicht zur rechtlichen Tragweite dieses Urkundsgeschäfts (vgl. BGH, Urteil vom 4. März 2004 – III ZR 72/03, BGHZ 158, 188, 193 mwN).

15 (2) Es ist auch nicht ersichtlich, welchen Sinn eine Belehrung durch den Kostengläubiger bei der Beurkundung der Annahmeerklärung des Bauträgers hätte haben sollen. Adressat einer Belehrung über die Möglichkeit der Kostenersparnis durch die gleichzeitige Erklärung der Auflassung wäre nur der allein bei der Annahmeerklärung anwesende Vertreter des Bauträgers gewesen (vgl. BGH, Urteil vom 4. März 2004 – III ZR 72/03, BGHZ 158, 188, 194). Die Kosten des Vertrages waren aber nach § 7 des Angebots vom Käufer zu tragen. Es war daher nicht zu erwarten, dass der Bauträger ohne entsprechende vertragliche Verpflichtung die Auflassung sogleich mit der Annahme des Vertragsangebots erklären würde, obwohl dies für ihn einen Verlust an Sicherheit bedeutet und zu keiner Kostenersparnis geführt hätte. Wäre der Vertreter des Bauträgers – wie zu erwarten – zu einer sofortigen Mitbeurkundung der Auflassung nicht bereit gewesen,

so hätte der Kostengläubiger, da eine dahingehende Verpflichtung des Bauträgers nicht bestand, die Beurkundung der Annahmeerklärung ohne Auflassung auch nicht nach § 14 Abs. 2 BNotO verweigern dürfen.

16 (3) Soweit die Kostenschuldnerin in der Beschwerdeerwidderung darauf verweist, dass der Kostengläubiger als sog. Zentralnotar tätig geworden sei, rechtfertigt dies keine andere rechtliche Beurteilung. Zwar kann der Zentralnotar aufgrund seiner besonderen Stellung bei der sukzessiven Beurkundung von Angebot und Annahme in besonders gelagerten Ausnahmefällen gehalten sein, die Annahme nur unter Änderung des angebotenen Kaufvertrages zu beurkunden, etwa wenn zwischenzeitlich eine Dienstbarkeit in das Grundbuch eingetragen wurde, die den Vertragszweck gefährdet (vgl. BGH, Urteil vom 4. März 2004 – III ZR 72/03, BGHZ 158, 188, 197). So liegt es hier aber nicht, denn das von der Kostenschuldnerin abgegebene Angebot – über dessen Inhalt sie der Notar in Bonn zu belehren hatte – ließ von vornherein nicht erwarten, dass die Auflassung mit der Annahmeerklärung beurkundet werden würde.

17 cc) Selbst wenn der Kostengläubiger als sog. Zentralnotar aufgrund seiner überragenden Stellung im gesamten Verfahren auch die Verantwortung für die vertragliche Gestaltung trüge, nach der die Annahmeerklärung und die Auflassung bei normalem Verlauf getrennt zu beurkunden waren, wäre ihm eine unrichtige Sachbehandlung nicht anzulasten.

18 (1) Allerdings ist umstritten, ob die getrennte Beurkundung von Grundstückskaufvertrag und Auflassung im Hinblick auf die im Vergleich zur gemeinsamen Beurkundung höheren Gebühren eine unrichtige Sachbehandlung im Sinne des § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG darstellt.

19 (a) Teilweise wird vertreten, die getrennte Beurkundung von Kaufvertrag und Auflassung sei wegen des höheren Gebührenanfalls in aller Regel als falsche Behandlung der Sache anzusehen, wenn nicht besondere Umstände, insbesondere besondere Sicherungsinteressen eines Beteiligten, zeitlich divergierende Beurkundungen nahelegten (vgl. OLG Düsseldorf, DNotZ 1990, 674; DNotZ 1996, 324, 325; MittRhNotK 2000, 261, 262; OLG Schleswig, OLGR 1997, 163 f.; *Neie* in Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, 3. Aufl., § 21 Rn. 22; Rohs/Wedewer/Waldner, GNotKG [August 2017], § 21 Rn. 28; *Winkler*, BeurKG, 19. Aufl., § 17 Rn. 269; *Macht* in Schneider/Volpert/Fölsch, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl., § 21 GNotKG Rn. 21; zur getrennten Beurkundung der Eintragungsbewilligung OLG Köln, MDR 1997, 892 f.).

20 (b) Nach anderer Ansicht ist die getrennte Beurkundung grundsätzlich nicht als unrichtige Sachbehandlung im Sinne des § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG zu werten, weil es dem Notar obliege, im jeweiligen Einzelfall darüber

zu entscheiden, ob Sicherungsinteressen der Beteiligten dieses Vorgehen rechtfertigen (vgl. BayObLG, OLGR 2001, 22, 23; KG, DNotZ 1976, 434, 435 ff.; OLG Frankfurt, DNotZ 1978, 118, 120; MDR 1989, 650; OLG Hamm, FG Prax 1998, 154 f.; LG Berlin, BeckRS 2017, 153184 Rn. 14; Korintenberg/*Tiedtke*, GNotKG, 21. Aufl., § 21 Rn. 22 und 86; Staudinger/*Pfeifer/Diehn*, BGB [2017], § 925 Rn. 145; *Wolfsteiner*, Rpfleger 1990, 505; *Schmitz-Valckenberg*, DNotZ 1990, 674, 676 ff.; *Mümmeler*, JurBüro 1990, 736 f.; *Kanzleiter*, DNotZ 1996, 242, 249; *Tiedtke*, ZNotP 2001, 78, 80; *Mensch*, ZNotP 2014, 172, 174).

21 (c) Der Senat entscheidet die Frage im Sinne der zuletzt genannten Ansicht. Die getrennte Beurkundung von Grundstückskaufvertrag und Auflassung stellt keine unrichtige Sachbehandlung im Sinne des § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG dar.

22 (aa) Der Notar hat in allen Phasen seiner Tätigkeit den sichersten Weg zu gehen, das heißt den Beteiligten zur sichersten Gestaltung zu raten (vgl. BGH, Urteil vom 15. Januar 1962 – III ZR 177/60, NJW 1962, 586, 587; Urteil vom 21. Januar 2016 – III ZR 159/15, BGHZ 208, 302 Rn. 14). Nur wenn zur Erreichung des angestrebten Erfolgs mehrere in jeder Hinsicht gleich sichere und zweckmäßige Wege zur Verfügung stehen, hat er die Pflicht, unter diesen Wegen den kostengünstigsten zu wählen (vgl. KG, DNotZ 1976, 434, 437; OLG Schleswig, OLGR 1997, 163, 164; BeckOK BGB/*Litzenburger* [1.8.2020], § 17 BeurkG Rn. 1; Korintenberg/*Tiedtke*, GNotKG, 21. Aufl., § 21 Rn. 12 und 23; *Rohs/Wedewer/Waldner*, GNotKG [März 2018], § 21 Rn. 26; vgl. auch Senat, Beschluss vom 26. Juli 2012 – V ZB 288/11, NJW-RR 2012, 1457).

23 (bb) Bei der Veräußerung eines Grundstücks stehen verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung, um sicherzustellen, dass der Verkäufer sein Eigentum nicht vor vollständiger (Sicherstellung der) Kaufpreiszahlung verliert.

So kann etwa dem Notar die Anweisung erteilt werden, die Eintragung des Eigentumswechsels erst zu beantragen, wenn ihm die Zahlung des Kaufpreises nachgewiesen ist (oder der Kaufpreis auf dem Notaranderkonto auszahlsreif hinterlegt ist; Vorlagensperre) und vorher dem Käufer und dem Grundbuchamt keine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift der Urkunde zu erteilen, die die Auflassung enthält (Ausfertigungssperre). In Betracht kommt auch, dass in der Kaufvertragsurkunde die Bewilligung der Eigentumsumschreibung noch nicht erklärt, sondern dem Notar Vollmacht erteilt wird, die Eintragungsbewilligung namens des Veräußerers zu erklären, sobald ihm die Kaufpreiszahlung nachgewiesen ist (sog. Bewilligungslösung; vgl. zum Ganzen Senat, Urteil vom 14. September 2018 – V ZR 213/17, NJW 2018, 1308 Rn. 20). Daneben besteht die vorliegend von dem Notar

gewählte Möglichkeit, die Auflassung erst nach Zahlung des Kaufpreises in einer gesonderten Urkunde zu beurkunden.

24 (cc) Je nach der konkreten Interessenlage der Vertragsparteien können für und gegen die gemeinsame oder getrennte Beurkundung von Kaufvertrag und Auflassung verschiedene Argumente sprechen. So kann das bei der gemeinsamen Beurkundung unter weiteren Voraussetzungen entstehende Anwartschaftsrecht des Käufers (vgl. hierzu Senat, Beschluss vom 1. Dezember 1988 – V ZB 10/88, BGHZ 106, 108, 111) als positive Nebenwirkung der mitbeurkundeten Auflassung (vgl. *Krauß* in BeckNotar-HdB, 7. Aufl., § 1 Rn. 448; *Bambring*, FS Hagen, 1999, 251, 265), aber auch als möglichst zu vermeidende ungesicherte Vorleistung des Verkäufers angesehen werden (vgl. BayObLG, OLGR 2001, 22, 23; OLG Hamm, FGPrax 1998, 154, 155; LG Berlin, BeckRS 2017, 153184 Rn. 17; *Kanzleiter*, DNotZ 1996, 242, 253; *Mensch*, ZNotP 2014, 172, 173 f.). Ebenso kann der Umstand, dass Änderungen des Kaufvertrags, die zeitlich der Auflassung nachfolgen, anders als nachträgliche Änderungen vor Auflassung nicht der Form des § 313b Abs. 1 BGB bedürfen (st. Rspr., vgl. zuletzt Senat, Urteil vom 14. September 2018 – V ZR 213/17, NJW 2018, 3523 Rn. 11), sowohl für eine Mitbeurkundung der Auflassung sprechen, etwa bei Bauträgerverträgen, wenn umfangreiche nachträgliche Sonderwünsche zwischen Bauträger und Käufer absehbar sind, die dann einfacher und kostengünstiger ohne Beurkundung vereinbart werden können (vgl. *Bambring*, FS für Hagen, 1999, 251, 259; *Amann*, MittBayNot 2001, 150, 152; *Wessels*, jurisPR-BGHZivilR 20/2018 Anm. 1 unter D.), als auch dagegen, weil den Beteiligten der vom Gesetz vorgesehene Schutz der notariellen Beratung bei Änderungsvereinbarungen nach der Auflassung verloren geht (vgl. LG Berlin, BeckRS 2017, 153184 Rn. 17; *Bambring*, FS Hagen, 1999, 251, 258; *Kanzleiter*, DNotZ 1996, 242, 253; ders., DNotZ 1998, 954, 955; ders., DNotZ 2004, 199, 200), was etwa bei geschäftsungewandten Beteiligten von Nachteil sein kann (vgl. OLG Hamm, FGPrax 1998, 154, 155; *Amann*, MittBayNot 2001, 150, 152; *Kanzleiter*, DNotZ 1996, 242, 253; *Schmitz-Valckenberg*, DNotZ 1990, 674, 677).

25 (dd) Die Entscheidung darüber, welche der verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten der am besten geeignete Weg zur Wahrung der Interessen der Beteiligten ist, obliegt dem Notar, dem aufgrund seiner gesetzlich gewährleisteten Unabhängigkeit (§ 1 BNotO) hierbei ein weiter Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum einzuräumen ist (zutreffend Korintenberg/*Tiedtke*, GNotKG, 21. Aufl., § 21 Rn. 40; BeckOK BNotO/*Sander* [1.8.2020], § 17 Rn. 19 ff.; *Wolfsteiner*, Rpfleger 1990, 505; *Schmitz-Valckenberg*, DNotZ 1990, 674, 677 f.). Dies gilt auch für

die Beurteilung, ob die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten im Hinblick auf die Interessen der Beteiligten gleich sicher und zweckmäßig sind. Daher stellt es keine unrichtige Sachbehandlung dar, wenn der Notar die Auflassung erst beurkundet, nachdem der Kaufvertrag wirksam geworden und der Kaufpreis gezahlt bzw. hinterlegt ist (zutreffend Leipziger Gerichts- und Notarkosten-Kommentar/*Wudy*, 2. Aufl., § 21 Rn. 58; *Wolfsteiner*, Rpfleger 1990, 505; *Schmitz-Valckenberg*, DNotZ 1990, 674, 677 f.; *Amann*, MittBayNot 2001, 150, 151; zu den Risiken der anderen möglichen Gestaltungen *Mensch*, ZNotP 2014, 172, 175).

26 (3) Eine unrichtige Sachbehandlung liegt auch dann nicht vor, wenn der Notar die Beteiligten nicht über kostengünstigere andere Gestaltungsmöglichkeiten belehrt.

27 (a) Den Notar trifft grundsätzlich keine Belehrungspflicht über die Kostenfolge seiner Urkundstätigkeit, da allgemein bekannt ist, dass die Inanspruchnahme eines Notars die gesetzliche Gebührenpflicht auslöst (vgl. OLG Zweibrücken, DNotZ 1988, 391, 392; BeckOGK BeurkG/Regler [15.8.2020], § 17 Rn. 91; *Neie* in Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, 3. Aufl., § 21 Rn. 4; *Korintenberg/Tiedtke*, GNotKG, 21. Aufl., § 21 Rn. 20; *Macht* in Schneider/Volpert/Fölsch, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl., § 21 GNotKG Rn. 17; *Winkler*, BeurkG, 19. Aufl., § 17 Rn. 268; *Ganter* in *Ganter/Hertel/Wöstmann*, Handbuch der Notarhaftung, 4. Aufl., Rn. 1143). Etwas Anderes gilt, wenn die Beteiligten den Notar auf die Kosten ansprechen (vgl. *Neie* in Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, 3. Aufl., § 21 Rn. 5; *Korintenberg/Tiedtke*, GNotKG, 21. Aufl., § 21 Rn. 17 und 86; *Macht* in Schneider/Volpert/Fölsch, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl., § 21 GNotKG Rn. 18).

28 (b) Das gilt auch in Bezug auf die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten für die Abwicklung eines Grundstückskaufvertrages. Welche im konkreten Fall am geeignetsten erscheint, hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab; aus diesem Grund ist dem Notar – wie dargestellt – bei seiner Entscheidung für den einen oder anderen Weg ein weiter Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum zuzubilligen. Die Kosten stellen dabei regelmäßig nur einen Aspekt dar, der – angesichts der Risiken, die es bei der Abwicklung zu bedenken und zu vermeiden bzw. verringern gilt – meist auch nicht der ausschlaggebende sein wird. Die Belehrungspflicht des Notars im Hinblick auf die Kostenbelastung würde deshalb überspannt und das Beurkundungsverfahren mit Kostenfragen überfrachtet, wenn dem Notar auch die Verpflichtung auferlegt würde, die – oftmals rechtsunkundigen – Beteiligten über andere Gestaltungsmöglichkeiten zu belehren, die gegenüber der von ihm gewählten Art der Vertragsgestaltung zwar nicht in jeder Hinsicht gleichwertig, aber kostengünstiger sind (zutreffend OLG Hamm, FGPrax 1998, 154, 156).

29 2. Der Gebührenanspruch des Kostengläubigers ist auch nicht durch eine Aufrechnung mit einem Anspruch der Kostenschuldnerin auf Schadensersatz wegen einer Amtspflichtverletzung des Kostengläubigers gemäß § 19 BNotO erloschen.

30 a) Dabei kann dahinstehen, ob eine solche Aufrechnung hinreichend deutlich erklärt wurde. Ebenso kommt es nicht darauf an, ob ein solcher, mit dem notariellen Geschäft in Zusammenhang stehender Schadensersatzanspruch dem Kostenanspruch des Notars in dem Verfahren nach § 127 GNotKG überhaupt im Wege der Aufrechnung entgegengehalten werden kann, was streitig ist (dafür BayObLG, OLGR 2006, 23, 24; KG, DNotZ 1976, 434, 436; DNotZ 1996, 132, 134; NJOZ 2015, 1781 f.; OLG Hamm, FGPrax 2004, 49, 50; *Neie* in Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, 3. Aufl., § 127 Rn. 19; *Korintenberg/Sikora*, GNotKG, 21. Aufl., § 127 Rn. 36; *Rohs/Wedewer/Rohs*, GNotKG [November 2017], § 127 Rn. 13; *Heinemann* in *Schneider/Volpert/Fölsch*, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl., § 127 GNotKG Rn. 64; BeckOK KostenR/*Schmidt-Räntsch* 1.6.2019, § 127 GNotKG Rn. 25; dagegen [Aufrechnung nur mit rechtskräftig festgestellten Gegenansprüchen] LG Halle, NotBZ 2003, 316; LG Kleve, NotBZ 2015, 359; LG Lüneburg, NJOZ 2017, 1179; *Lappe*, NJW 2004, 489, 495) und woran im Hinblick darauf, dass materiell-rechtliche Einwände in Kostenfestsetzungsverfahren grundsätzlich nicht zu berücksichtigen sind (vgl. Senat, Beschluss vom 7. Mai 2014 – V ZB 102/13, NZM 2014, 588 Rn. 14 mwN), Zweifel bestehen. Denn der Kostenschuldnerin steht ein solcher Anspruch nicht zu.

31 b) Zwar wird teilweise vertreten, dass die getrennte Beurkundung von Kaufvertrag und Auflassung, wenngleich sie keine unrichtige Sachbehandlung i.S.v. § 21 GNotKG sei, jedenfalls dann eine zum Schadensersatz verpflichtende Amtspflichtverletzung des Notars nach § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO darstelle, wenn der Notar die Beteiligten nicht über kostengünstigere Alternativen belehre (vgl. OLG Frankfurt, MDR 1989, 650, 651; OLG Bremen, Beschluss vom 3. September 1992 – 1 W 77/91, juris Rn. 5; OLG Schleswig, OLGR 1997, 163, 164). Dies trifft aber nach dem zuvor Gesagten nicht zu. Da die getrennte Beurkundung von Kaufvertrag und Auflassung eine geeignete Variante der Abwicklung des Grundstückskaufvertrages darstellt, verstößt der Notar nicht gegen seine Amtspflichten, wenn er die Beteiligten nicht über kostengünstigere andere Wege der Vertragsabwicklung belehrt (zutreffend Leipziger Gerichts- und Notarkosten-Kommentar/*Wudy*, 2. Aufl., § 21 Rn. 58).

Geschäftsfähigkeit, Notarvertretung

GNotKG § 36 Abs. 1; BNotO § 15 Abs. 2 S. 3

Amtlicher Leitsatz:

Will ein Notar, der unter anderem eine Vorsorgevollmacht beurkundet hat, dem Bevollmächtigten entsprechend den in der Urkunde festgelegten Voraussetzungen eine Ausfertigung erteilen, obwohl der Vollmachtgeber inzwischen den Widerruf der Vollmacht erklärt hat, so handelt er grundsätzlich amtspflichtwidrig. Bloße Zweifel des Notars an der Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers zur Zeit der Erklärung des Widerrufs ändern daran nichts. In Zweifelsfällen muss der Notar zunächst bemüht sein, selbst Feststellungen zur Geschäftsfähigkeit zu treffen. Allenfalls eine auf diese Weise erlangte Überzeugung des Notars, die Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers habe gefehlt, könnte es ihm erlauben, den Widerruf nicht zu beachten.

LG Wuppertal (9. Zivilkammer),
Beschluss vom 19.10.2020 – 9 T 132/20

I. Tatbestand:

1 Die im Sommer 1927 geborene Beschwerdeführerin widerrief am 19.07.2019 mit notariell beurkundeter Erklärung eine früher erteilte notarielle Generalvollmacht und erteilte den Eheleuten M und Frank R eine Generalvollmacht mit Einzelvertretungsberechtigung (Urkundenrolle Nr. ...#). Die Vertretungsberechtigung sollte nur dann bestehen, wenn die bevollmächtigte Person bei der jeweiligen Vertretungshandlung eine auf ihren Namen lautende Ausfertigung der Urkunde vorlegen würde, wobei Ausfertigungen nur erteilt werden sollten, wenn dem Notar durch Vorlage eines ärztlichen Attestes nachgewiesen würde, dass die Beschwerdeführerin geschäftsunfähig sei oder Zweifel an ihrer Geschäftsfähigkeit bestehen würden. Am selben Tag erteilte die Beschwerdeführerin der vorgenannten Frau M sowie einer Frau C unter gleichzeitigem Widerruf einer früheren notariell erteilten Vorsorgevollmacht unter anderem eine solche mit Einzelvertretungsberechtigung (Urkundenrolle Nr. ...). Hinsichtlich des Erfordernisses der Vorlage einer Ausfertigung dieser Vollmacht wurde dasselbe geregelt wie in der Urkunde ... Jedoch sollten die Bevollmächtigten sofort eine Ausfertigung zu Händen der Beschwerdeführerin erhalten und sollten die bevollmächtigten Personen auf deren Verlangen jederzeit weitere Ausfertigungen erteilt werden. Eingangs beider Urkunden hieß es, der Notar habe sich durch eingehendes Befragen von der uneingeschränkten

Geschäftsfähigkeit der Beschwerdeführerin überzeugt. Zeitgleich war der Notar anscheinend mit Entwurf und Beurkundung eines Testaments der Beschwerdeführerin beauftragt, wobei Näheres nicht bekannt ist. Unter dem 08.08.2019 übermittelte der Notar der Beschwerdeführerin je eine Ausfertigung der Vorsorgevollmachten. Mit Schreiben vom 03.07.2020 übersandte der Verfahrensbevollmächtigte der Beschwerdeführerin dem Notar zur UR-Nr. ... eine Abschrift seines Schreibens an Frau M vom selben Tag, in dem er dieser gegenüber die zur genannten Urkundennummer ausgestellte Vorsorgevollmacht, Patientenverfügung und Betreuungsverfügung sowie eine etwaige Generalvollmacht widerrufen habe. Die Fachärztin für Allgemeinmedizin A attestierte (anscheinend am 05.08.2020) auf der Grundlage einer Untersuchung vom 04.08.2020 das Bestehen eines Verdachtes auf ein dementielles Syndrom. Der Beschwerdeführerin sei nicht erinnerlich, bei einem Notar gewesen zu sein und dort Vollmachten erteilt zu haben. Die Ärztin regte die Einrichtung einer Betreuung an. Unter dem 05.08.2020 attestierte sie: (Frau E) „... erscheint mir nach dem Gespräch am 04.08.2020 nicht geschäftsfähig.“ Gestützt hierauf hat das Amtsgericht Langenfeld am 07.08.2020 einen Beschluss erlassen und in diesem unter anderem ausgeführt, es bestünden erhebliche Zweifel an der Geschäftsfähigkeit der Betroffenen. Der Notar hat am 12.08.2020 den angefochtenen notariellen Vorbescheid erlassen und angekündigt, „den Widerruf als unwirksam zu behandeln“ und den in den Urkunden genannten Bevollmächtigten Ausfertigungen unter den in der Urkunde genannten Voraussetzungen zu erteilen. Zur Begründung hat der Notar ausgeführt, es bestünden „starke Anhaltspunkte“ dafür, dass der Widerruf unwirksam gewesen sei, weil die Beschwerdeführerin „ggf. dementiell erkrankt und ggf. geschäftsunfähig sei“, und sich auf den Beschluss des Amtsgerichts Langenfeld vom 07.08.2020 (7 XVII 351/20) bezogen. Hiergegen hat die Beschwerdeführerin mit anwaltlichem Schreiben vom 14.08.2020 Beschwerde unter Angabe beider Urkundenrollennummern eingelegt. Der in Bezug genommene Beschluss des Amtsgerichts sei ausschließlich auf Betreiben von Personen, die unüberprüfte ärztliche Gefälligkeitsbescheinigungen herbeigeführt hätten, zustande gekommen, nachdem dasselbe Gericht unter dem 05.08.2020 bereits einen Beweisbeschluss zur Überprüfung der Geschäftsfähigkeit erlassen gehabt habe. Der Notar vertrete offensichtlich die Interessen der 2019 bevollmächtigten Personen. Unter dem 20.08.2020 hat der Notar einen Nichtabhilfebescheid erlassen und angekündigt, die Sache dem Landgericht Wuppertal zur Entscheidung vorzulegen. Mit Schriftsatz vom 18.09.2020 hat die Beschwerdeführerin gegenüber dem Landgericht Stellung genommen und unter anderem ausgeführt, der

Notar vertrete allein die Interessen der Frau M. Aus der Betreuungsakte würden sich ersichtlich über Frau M gelenkte Andeutungen einer Geschäftsunfähigkeit ergeben, die noch nicht einmal den Zeitpunkt des in Rede stehenden Widerrufs der Bevollmächtigung erfassen würden. Die Beschwerdeführerin habe ihre jetzigen Verfahrensbevollmächtigten am 02.07.2020 (erstmalig) aufgesucht. An der Besprechung habe auch der nunmehr bevollmächtigte (Anm.: anscheinend erheblich vorbestrafte) Herr C2 teilgenommen. Die Beschwerdeführerin habe geäußert, Frau M hätte ihr gegenüber sehr deutlich erwartet, dass sie sofort die Kosten für eine teure Wohnungsrenovierung der Frau M übernehmen solle. Die Beschwerdeführerin sei an diesem Tag deutlich orientiert gewesen, habe sachgerecht auf Nachfragen reagiert und ihren Willen glasklar zum Ausdruck bringen können. Sie habe Weisung gegeben, die Vollmacht für Frau M zu widerrufen und unter anderem, eine Änderung testamentarischer Anordnungen vorzubereiten. Die von dem Notar vertretene Frau M sei nunmehr im Besitz der Sparbücher der Beschwerdeführerin.

2 Die Beschwerdeführerin beantragt,

1. den Beschluss des Notars U zu Urkundenrolle Nr. ... vom 12.08.2020 aufzuheben;
2. dem beteiligten Notar U die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

II. Aus den Gründen:

3 Die Beschwerde der Betroffenen ist auslegungsbedürftig, aber auch auslegungsfähig. Während der formulierte Beschwerdeantrag vom Wortlaut her allein die Urkunde ... erfasst, waren in der Beschwerdeschrift vom 14.08.2020 beide Urkundennummern aufgeführt worden. Da zudem in dem angefochtenen Vorbescheid seitens des Notars angekündigt worden war, den in den beiden Urkunden ... und ... genannten Bevollmächtigten Ausfertigungen unter den in der betreffenden Urkunde genannten Voraussetzungen zu erteilen, ist davon auszugehen, dass die Beschwerde – nach wie vor – beide Urkunden anbelangt. Andererseits betrifft die Beschwerde nur die bevollmächtigte Frau M, da nur die dieser erteilte Vorsorge- und Generalvollmacht widerrufen worden sein soll. Die so verstandene Beschwerde ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. Der Notar verweigert zu Unrecht die Beachtung des Vollmachtswiderrufs und kündigt unberechtigt an, den in den Urkunden ... und ... genannten Bevollmächtigten Ausfertigungen unter den in den Urkunden genannten Voraussetzungen zu erteilen.

4 1. Nach § 15 I 1, II 1 BNotO darf der Notar seine Urkundstätigkeit nicht ohne ausreichenden Grund verweigern.

Gegen die Verweigerung der Urkunds- oder sonstigen Tätigkeit des Notars findet die Beschwerde statt. Dass vorliegend im Vordergrund nicht eine Verweigerung des Notars steht, tätig zu werden, sondern seine Ankündigung, die Urkunde ... weiter zu vollziehen, ist unschädlich. Zur Vermeidung von Rechtsschutzlücken ist § 15 II BNotO so zu verstehen, dass der Notar im Wege der Beschwerde auch auf ein Unterlassen in Anspruch genommen, d. h. daran gehindert werden kann, eine Amtshandlung vorzunehmen. Denn Amtspflicht des Notars ist es nicht nur, eine gebotene Amtshandlung vorzunehmen, sondern auch, eine nicht zulässige, die pflichtwidrig wäre, zu unterlassen (*Sandkühler* in: Arndt und andere, Bundesnotarordnung, 7. Aufl., § 15, Rn. 95 mit weiteren Nachweisen; BeckOK BNotO/Sander, 3. Ed. 1.8.2020, BNotO § 15 Rn. 113).

5 2. Die Beschwerdeführerin hat unter dem 03.07.2020 den Widerruf der verfahrensgegenständlichen Vollmachten erklärt und den Notar gebeten, „gegenüber der Zentralstelle ... zu informieren.“ Diesen Widerruf zu beachten, wurde Amtspflicht des Notars. Die Befolgung des Willens der Beteiligten ist nämlich grundsätzlich Amtspflicht eines Notars (BGH, VI ZR 229/80, juris; *Sandkühler*, a.a.O., § 19, Rdn. 50 und 87). Hiervon könnte der Notar im gegebenen Zusammenhang allenfalls (BGH, V ZB 119/18, juris: „Nur der ... auf eine Evidenzkontrolle beschränkte Prüfungsmaßstab trägt der Aufgabenverteilung zwischen dem Notar und den Zivilgerichten hinreichend Rechnung.“) dann befreit sein, wenn die Beschwerdeführerin nach seiner Überzeugung bei Abgabe der unter dem 03.07.2020 getätigten Erklärungen geschäftsunfähig gewesen wäre. Denn nach § 11 I 1 und 2 BeurkG hat der Notar eine gewünschte Beurkundung abzulehnen, wenn nach seiner Überzeugung einem der Beteiligten die erforderliche Geschäftsfähigkeit fehlt. Bestehen dagegen nur Zweifel an der Geschäftsfähigkeit, hat der Notar diese in der Urkunde festzustellen. In Zweifelsfällen muss der Notar bemüht sein, selbst Feststellungen zur Geschäftsfähigkeit zu treffen (*Rinsche*, Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars, 6. Aufl., II 366 – 367; *Winkler*, Beurkundungsgesetz, 19. Aufl., § 11, Rn. 3 ff.). Dabei ist grundsätzlich von der Geschäftsfähigkeit auszugehen. Nachforschungen zur Geschäftsfähigkeit sind jedoch erforderlich, wenn der Notar Anhaltspunkte für die zumindest eingeschränkte Geschäftsfähigkeit des Beteiligten hat. Dabei berührt die Betreuung als solche die Geschäftsfähigkeit nicht. Den Umfang seiner Ermittlungen zur Überprüfung der Geschäftsfähigkeit bestimmt der Notar nach seinem pflichtgemäßen Ermessen. Er darf sich auch bei Urkundsbeteiligten hohen Alters zunächst auf eine normale Unterredung mit diesen beschränken, kann jedoch zu weiteren Nachforschungen im Einzelfall verpflichtet sein (*Winkler*,

a.a.O., Rn. 3, 4 und 8). Vorliegend hat sich der Notar hinreichender Nachforschungen zur Frage der Geschäftsfähigkeit enthalten und schon deshalb pflichtwidrig gehandelt. Denn er hat sich nicht einmal durch ein persönliches Gespräch mit der Beschwerdeführerin hinsichtlich deren Geschäftsfähigkeit ein eigenes Bild gemacht. Irgendein Attest einer Allgemeinmedizinerin, in der diese – gerade nicht die Diagnose, sondern – den bloßen Verdacht auf das Vorliegen einer Demenz geäußert hat, entthob ihn von dieser Verpflichtung jedenfalls nicht. Darüber hinaus hatte und hat der Notar auch nur Zweifel hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit der Beschwerdeführerin. Er ist nicht vom Fehlen der Geschäftsfähigkeit überzeugt. Das ergibt sich aus dem Inhalt seines Vorbescheides. Denn dort ist davon die Rede, es bestünden „starke Anhaltspunkte“ dafür, dass der Widerruf unwirksam sei, da die Beschwerdeführerin „ggf. dementiell erkrankt und ggf. geschäftsunfähig“ sei. Es spreche nach seiner Auffassung „mehr dafür“, dass die erteilten Vollmachten noch gültig seien. Bloße Zweifel an der Geschäftsfähigkeit berechtigen den Notar jedoch nicht, seine Amtstätigkeit zu verweigern.

Gewichtung des Ergebnisses der Zweiten juristischen Staatsprüfung bei der Besetzung von Notarstellen

BNotO § 7

1. Die nach § 7 Abs. 2 S. 1 BNotO gebotene „besondere Berücksichtigung“ der Leistungen in der die juristische Ausbildung abschließenden Staatsprüfung kann sich auf die Beurteilung der fachlichen Eignung beschränken, muss dabei aber gegenüber der Beurteilung eines fachlichen Auswahlgesprächs ein deutliches Übergewicht haben. (Rn. 49)

2. Die Beurteilung der persönlichen Eignung darf nicht mit mehr als 50% in die Gesamtbeurteilung einfließen. (Rn. 43)

OLG Köln (Senat für Notarsachen),
Beschluss vom 23.11.2020 – Not 7/20

I. Tatbestand:

1 Der am 00.00.198X geborene Antragsteller, der die Erste juristische Staatsprüfung (12,61 Punkte) und die Zweite juristische Staatsprüfung (11,65 Punkte) jeweils mit der Note gut abgelegt hatte, befindet sich seit dem

00.00.2019 im Bereich der Notarkammer Y als Notarasessor im Anwärterdienst des Landes Z.

2 Am 19.03.2020 bewarb sich der Antragsteller bei der Antragsgegnerin auf eine der insgesamt sechs im Justizministerialblatt des Landes Nordrhein-Westfalen vom 15.03.2020 ausgeschriebenen Stellen für Notarassessorinnen und Notarassessoren.

3 Zu den im Rahmen des Bewerbungsverfahrens anberaumten Vorstellungsgesprächen am 18./19.05.2020, die gemäß § 5 Abs. 2 S. 3 AVNot von der Rheinischen Notarkammer durchgeführt wurden, waren nach einem gewichteten Schlüssel der beiden Staatsexamen (das Erste Staatsexamen bzw. bei Ablegung einer Ersten juristischen Prüfung das Ergebnis der staatlichen Pflichtfachprüfung zählte einfach und das Zweite Staatsexamen dreifach) 12 der insgesamt 21 noch verbliebenen Bewerber eingeladen worden. Die für die Einladung zum Vorgespräch maßgeblichen gewichteten Punkte setzten sich beim Antragsteller und den Beigeladenen wie folgt zusammen:

	1.	2.	gewichtet
	Staatsexamen	Staatsexamen	ePunkte
	25%	75%	
Beigeladener zu 4.	11,80	12,97	12,68
Antragsteller	12,20	11,65	11,79
Beigeladenen zu 5.	12,00	10,82	11,12
Beigeladener zu 6.	12,10	10,77	11,10
Beigeladenen zu 1.	13,30	10,28	11,04
Beigeladener zu 2.	9,00	10,85	10,39
Beigeladener zu 3.	12,10	9,80	10,38

4 Der Antragsteller hatte schon einmal im November 2019 an einem derartigen Auswahlgespräch teilgenommen, da er sich bereits ohne Erfolg auf eine im Justizministerialblatt Nordrhein-Westfalen vom 15.09.2019 ausgeschriebene Stelle für Notarassessorinnen und Notarassessoren beworben hatte.

5 Die Auswahlkommission bestand aus dem Notarassessor Dr. A als Geschäftsführer der Rheinischen Notarkammer sowie der Notarin B und den Notaren C und Dr. D als Vertreter der Rheinischen Notarkammer und den Vertretern der Oberlandesgerichte in Person der Richterin am Oberlandesgericht E für das Oberlandesgericht Köln, dem Richter am Oberlandesgericht Dr. F für das Oberlandesgericht Düsseldorf sowie der Richterin am Oberlandesgericht G als Gleichstellungsbeauftragte am Oberlan-

desgericht Düsseldorf. Kommissionsvorsitzender war der Notar C.

6 Ausgehend davon, dass die Bewerber und Bewerberinnen ihre Eignung im allgemein juristisch fachlichen Sinne bereits durch die abgelegten juristischen Examina bewiesen haben, gliederte sich das ca. einstündigen Bewerbungsgespräch in einen fach- und berufspezifischen Teil und einen persönlichen Teil. Der fach- und berufspezifische Gesprächsteil begann mit einer Aufgabe aus dem Alltagsspektrum des Notariats, für die die Kandidaten jeweils eine zehnminütige Vorbereitungszeit in einem separaten Raum erhielten. Gemäß der Aufgabenstellung sollten die Kandidaten erläutern, was in einer Situation zu raten ist, in der eine Beteiligte mit zwei Töchtern in unterschiedlichen Lebenssituationen ihren Nachlass regeln möchte und dabei verschiedene Fragen stellt. Dem schloss sich eine zweite mündlich gestellte und spontan zu beantwortende berufsrechtliche Frage an. Die Bewerber sollten sich dabei dazu äußern, ob es berufsrechtlich zulässig ist, Beratungen mittels „H-Videos“ zu unterstützen. Im zweiten Teil des Gesprächs erfragte die Kommission zur Beurteilung der persönlichen Eignung für die Übernahme in den Anwärterdienst, ob die inneren und äußeren Eigenschaften des Bewerbers keinen begründeten Zweifel aufkommen lassen, dass er oder sie die Aufgaben und Pflichten eines Notars oder einer Notarin erfüllen wird. Neben den Eigenschaften von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, Gewissenhaftigkeit, Redlichkeit, Lauterkeit und Verschwiegenheit ging es um die Fähigkeit, auf die Anliegen der Rechtsuchenden im Sinne der Anforderungen der rechtsvorsorgenden Rechtspflege einzugehen, sowie um die Belastbarkeit, Stressresistenz und die örtliche Flexibilität des Bewerbers, sich perspektivisch auf jede freie Notarstelle im Kammerbezirk zu bewerben. Weiter sollten die Kandidaten die Kommission von der Ernsthaftigkeit ihrer Bewerbungen und ihrem überzeugend gebildeten Willen, den notariellen Anwärterdienst vollständig abzuleisten und den angestrebten Beruf als Notar dauerhaft auszuüben, überzeugen. Für jeden Gesprächsteil vergab die Kommission eine Punktzahl, die in der Zusammenschau von amtspezifischer und persönlicher Eignung ausdrücken sollte, auf welchem Niveau sich der Kandidat im Vergleich zu seinen Mitbewerbern befindet. Innerhalb der fachlichen Eignung wurde das Ergebnis des zweiten Staatsexamens mit einem Drittel der Bewertung „gesetzt“ hinzu traten die Beurteilungen im fachspezifischen und berufspezifischen Teil des Gesprächs mit ebenfalls jeweils einem Drittel. Die Beurteilung der persönlichen Eignung floss mit 50% in die Gesamtbeurteilung ein.

7 Nach Durchführung aller Vorstellungsgespräche und dem Ausscheiden eines Kandidaten platzierte die An-

tragsgegnerin den Antragsteller in ihrem Besetzungsvermerk vom 01.07.2020 (Bl. 227 ff. d. A.) entsprechend dem von der Rheinischen Notarkammer mit Schreiben vom 24.06.2020 unterbreiteten Vorschlag auf der Grundlage der nachfolgend dargestellten, vom Vorsitzenden der Auswahlkommission mit Schreiben vom 24.08.2020 (Bl. 246 ff. d. A.) erläuterten Punktwerten auf Platz 8 und stuften ihn damit als zweiten Nachrücker für die sechs ausgeschriebenen Stellen ein.

		2. Staats-examen	fachliche Leistung	persönliche Eignung	Gesamt-ergebnis
		16,67%	33,33%	50,00%	
1.	Beigeladener zu 1.	10,28	15	16	14,71
2.	Beigeladener zu 2.	10,85	16	15	14,64
3.	Beigeladener zu 3.	9,80	16	15	14,46
4.	Beigeladener zu 4.	12,97	13	15	14,00
5.	Beigeladenen zu 5.	10,82	14	15	13,97
6.	Beigeladener zu 6.	10,77	14	15	13,96
7.	I	10,09	15	14	13,68
8.	Antragsteller	11,65	10	8	9,28

8 Mit Schreiben vom 06.07.2020 teilte die Antragsgegnerin dem Antragsteller aufgrund dessen mit, dass sie beabsichtige, die im Justizministerialblatt vom 15.03.2020 ausgeschriebenen Stellen für Notarassessorinnen und Notarassessoren Mitbewerbern zu übertragen.

9 Nachdem er mit Schriftsatz vom 15.07.2020 um Akteneinsicht und Mitteilung des Bewertungsschlüssels gebeten hatte, wurden dem Antragsteller von der Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 24.07.2020 auszugsweise ein Teil des Besetzungsvermerks vom 01.07.2020 mitgeteilt, die Zusammensetzung des Bewertungsschlüssels erläutert und ergänzend die Ergebnisse der Zweiten Staatsexamen der Mitbewerber offengelegt. Dem Antrag auf Einsichtnahme in den gesamten Besetzungsvorgang wurde aus datenschutzrechtlichen Gründen insbesondere im Hinblick auf die dem Antragsteller gegenüber nicht vorrangig berücksichtigten Bewerber/-innen nicht entsprochen, gleichzeitig aber versichert, dem Besetzungsverfahren bis zum 14.08.2020 keinen Fortgang zu geben. Weiter teilte die Antragsgegnerin dem Antragsteller auf dessen Bitte vom 03.08.2020 mit Schreiben vom 05.08.2020 auch noch die Noten der Ersten juristischen Staatsprüfung und der staatlichen Pflichtfachprüfung der ihm vorgehenden Bewerber/-innen mit.

10 Mit dem am 09.08.2020 beim Oberlandesgericht Köln eingegangenen Eilantrag machte der Antragsteller gel-

tend, das Auswahlverfahren leide an materiellen und formellen Verfahrensfehlern zu seinen Lasten, die seinen Bewerbungsverfahrensanspruch verletzen. Da sich die Antragsgegnerin bei der Ausübung des ihr im Besetzungsverfahren zustehenden Ermessens an dem durch Art. 33 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich verbürgten und in § 7 Abs. 2 BNotO einfachgesetzlichen konkretisierten Grundsatz der Bestenauslese (Leistungsgrundsatz) zu orientieren und er die zweitbeste Erste juristische Prüfung, die zweitbeste Pflichtfachprüfung und das zweitbeste Zweite juristische Staatsexamen aller Bewerber gehabt habe, sei sein Abrutschen auf Platz acht der Kandidatenliste nach Durchführung des Vorstellungsgesprächs nicht nachvollziehbar. Gerade weil die Antragsgegnerin aber nur relationale Angaben aufgestellt habe („Bewerber X besser als Bewerber Y“) und keine Bepunktung der von ihr zugrunde gelegten Eignungskriterien mitgeteilt habe, könne er nicht vorhersehen, zu welcher Ranglistenplatzierung eine andere Gewichtung bei zutreffendem Verständnis des gesetzlichen Auswahlmaßstabes führen würde. Da nicht abzusehen sei, welcher der anderen Kandidaten bei einem rechtsfehlerfreien Bewertungsschlüssel hinter ihn zurückfalle, könne derzeit noch keine der sechs ausgeschriebenen Stellen besetzt werden.

11 Bei der Beurteilung der fachlichen Eignung sei die Antragsgegnerin aufgrund einer Untergewichtung des Zweiten juristischen Staatsexamens und einer Übergewichtung des Fachinterviews von einer unzutreffenden Beurteilungsgrundlage ausgegangen. § 6 Abs. 3 S. 1 BNotO ordne für die Reihenfolge unter mehreren geeigneten Bewerbern für das Amt eines Notars nach der persönlichen und fachlichen Eignung die „Berücksichtigung“ der die juristische Ausbildung abschließenden Staatsprüfung und der bei der Vorbereitung auf den Notarberuf gezeigten Leistungen an und konkretisiere in § 6 Abs. 3 S. 3 BNotO den Ansatz des Zweiten juristischen Staatsexamens mit 40 % bei der Beurteilung der fachlichen Eignung. Da die Anwärter für das Amt eines Notars im Allgemeinen noch keine besonderen Fachkenntnisse aufzuweisen haben, bestimme demgegenüber § 7 Abs. 2 S. 1 BNotO, dass die Auswahl unter mehreren geeigneten Bewerbern um die Aufnahme in den Anwärterdienst nach der persönlichen und fachlichen Eignung unter „besonderer Berücksichtigung“ der Leistungen in der die juristische Ausbildung abschließenden Staatsprüfung vorzunehmen sei. Damit stelle das Ergebnis der Zweiten juristischen Staatsprüfung ein vorrangiges Auswahlkriterium dar, das mit 75 % oder 66 %, keinesfalls aber unter 50 % in die Entscheidung einfließen müsse. Demgegenüber dürfe dem Vorstellungsgespräch nicht nur aufgrund seiner geringen Aussagekraft als „Momentaufnahme“ nur eine geringe Bedeutung zukommen.

12 Weiter habe man nicht alle in Betracht kommenden Erkenntnisquellen ausgeschöpft und sich nicht mit den getroffenen Feststellungen entgegenstehenden Umständen auseinandergesetzt. Soweit seine Bereitschaft angezweifelt worden sei, sich auf alle frei werdenden Notarstellen zu bewerben, sei nicht hinreichend berücksichtigt worden, dass er bereits als Notarassessor in der Notarkammer Y, die von ihrer räumlichen Ausdehnung einen vergleichbaren Zuschnitt wie die Rheinischen Notarkammer habe, tätig sei. Insoweit verwahrte er sich dagegen, gesagt zu haben, er werde sich nur auf „attraktive“ Stellen bewerben. Die Stichwörter „attraktiv“ und „Vorrücken“ seien von ihm allein in Beantwortung der Frage genannt worden, warum er einen Wechsel von der Notarkammer Y in die Rheinische Notarkammer anstrebe. Hier habe er erläutert, dass er in einem Gebiet mit einer gewissen Mindestbevölkerungsdichte und Mindestverkehrsanziehung leben wolle, was bei allen Stellen in der Rheinischen Notarkammer, nicht aber in der Notarkammer Y ausreichend und zufriedenstellend der Fall sei. Weiter habe er erläutert, dass in der Rheinischen Notarkammer eine höhere Flexibilität bestehe, da er dort von einer kleinen über eine mittelgroße in eine Großstadt vorrücken könne. Dies sei aber nur eine von ihm angesprochene Möglichkeit für spätere Lebensphasen gewesen. Er habe aber nie zum Ausdruck gebracht, insoweit bereits einen festen Plan zu haben, sich von Stelle zu Stelle vor zu arbeiten. Dass sich Offenhalten einer Amtssitzverlegung sei darüber hinaus nicht verboten, sondern nach Ablauf einer fünfjährigen Mindestverweildauer zulässig, sodass es ihm nicht als Eignungsmangel angelastet werden könne. Bei der Wertung, er habe nicht in gleichem Maße seinen Berufswunsch, Notar werden zu wollen, darlegen können, wäre eine intensivere Auseinandersetzung mit dem Umstand zu erwarten gewesen, dass er bereits Notarassessor sei, sich sehr mit seinem derzeitigen Beruf identifiziere und es bislang keinerlei kritische Nachfragen oder Bedenken im Zusammenhang mit seiner Motivation, Notaranwärter bleiben zu wollen, gegeben habe. Weiter liege auch eine Verletzung der Chancengleichheit wegen Voreingenommenheit vor, da man einen Bewerber, der sich bereits einmal für den Anwärterdienst beworben habe, nicht schlechter stellen dürfe, als einen Bewerber, der sich bereits zum zweiten Mal auf den Anwärterdienst bewirbt, weil er beim ersten Mal unterlegen sei. Auch wenn die erste Befassung der Kommissionsmitglieder mit dem Altbewerbungsverfahren keine Befangenheitsgründe darstelle, hätte auf diesen Eindruck nicht ausdrücklich Bezug genommen werden dürfen. Soweit ausgeführt worden sei, der diesbezügliche Eindruck aus dem ersten Vorstellungsgespräch sei bestehen geblieben, liege zudem ein Verfahrensfehler vor, weil

die Richterin am Oberlandesgericht E als Kommissionsmitglied am ersten Bewerbungsgespräch nicht teilgenommen habe.

13 Jedenfalls seien aber Dokumentationspflichten bezogen auf seine persönliche und fachliche Eignung verletzt worden, die eine Neubescheidung seiner Bewerbung notwendig machten. Es habe keine aussagekräftige Dokumentation seiner Antworten im Auswahlverfahren zumindest in Grundzügen oder in Stichworten stattgefunden, wobei sich das Gespräch überhaupt nicht – wie später wiedergegeben – auf eine „notarielle Beurkundungssituation“ bezogen habe. Im Besetzungsvermerk fehlten Angaben zu den jeweils vergebenen Punkten, die eine Überprüfung, wie viel besser ein anderer Kandidat gewesen sein soll, unmöglich machten. Woraus bei der persönlichen Eignung seine angeblich fehlende Bereitschaft, sich auf jede freiwerdende Notarstelle zu bewerben, bzw. seine im Vergleich zu anderen Bewerbern geringere Motivation, Notar werden zu wollen, hergeleitet worden sei, sei dort ebenfalls nicht schriftlich festgehalten worden. Auf den Eindruck aus dem vorherigen Vorstellungsgespräch hätte nicht abgestellt werden dürfen, da die damals getroffenen Wertungen nie dokumentiert worden seien. Zudem fehle eine Auseinandersetzung mit dem ganz erheblichen Notenunterschieden bei den Examina zu den anderen Bewerbern. Derartige Informationen ergäben sich auch nicht aus dem Schreiben des Kommissionsvorsitzenden C vom 24.08.2020. Soweit in diesem Schreiben darüber hinaus ausgeführt worden sei, er habe die Begriffe „Nießbrauch“ und „Vermächtnis“ nicht hinreichend laienverständlich erläutern können, handele es sich um einen neuen Aspekt, der nicht berücksichtigt werden dürfe, da er im Besetzungsvermerk nicht angesprochen worden sei.

14 Der Antragsteller beantragt,

1. der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu untersagen, die sechs im Justizministerialblatt vom 15.03.2020 ausgeschriebenen Stellen als Notarasessoren oder Notarassessorinnen zu besetzen, bevor nicht über seine Bewerbung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu entschieden ist, hilfsweise,

2. der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu untersagen, mindestens eine der sechs im Justizministerialblatt vom 15.03.2020 ausgeschriebenen Stellen als Notarasessoren oder Notarassessorinnen zu besetzen, bevor nicht über seine Bewerbung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu entschieden ist.

15 Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zurückzuweisen.

16 Sie ist der Ansicht, dass weder der Hauptantrag noch der Hilfsantrag des Antragstellers begründet seien. Es bestehe bereits kein Anordnungsanspruch, der voraussetzen würde, dass die Auswahlentscheidung fehlerhaft gewesen wäre und sich dies dahingehend ausgewirkt hätte, dass die Auswahl des Antragstellers bei rechtsfehlerfreier Auswahl jedenfalls möglich erschienenen wäre. Beides sei vorliegend aber nicht der Fall. Die Überprüfung der Auswahlentscheidung im Rahmen von § 123 VwGO unterliege zwar nach den Grundsätzen für ein Konkurrentenstreitverfahren nicht lediglich einer summarischen Prüfung, sondern bleibe im Prüfungsmaßstab, -umfang und -tiefe nicht hinter einem Hauptsacheverfahren zurück. Gleichwohl bestehe für das Gericht aber nur eine beschränkte Kontroll-dichte, da die Gewichtung der einzelnen Auswahlkriterien im pflichtgemäßen Ermessen der Justizverwaltung liege und deren Beurteilungsspielraum nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar sei. Unter Zugrundelegung dieses Maßstabes seien keine Fehler bei der grundsätzlichen Gestaltung des Auswahlverfahrens, insbesondere der Festlegung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung, sowie bei der konkreten Durchführung des Verfahrens und der Auswahl unter den Bewerbern erkennbar. Insbesondere sei das Zweite juristische Staatsexamen für die Beurteilung der fachlichen Eignung im Sinne von § 7 BNotO wie auch der fachlichen Leistung gemäß Art. 33 GG ausreichend berücksichtigt und das Auswahlgespräch in zulässigem Maße zur Bewertung herangezogen worden. Der zu beurteilende Tatbestand sei verfahrensfehlerfrei festgestellt worden. Insbesondere sei durch das Auswahlgespräch in zulässiger Weise ein Eindruck sowohl von der praktischen Tauglichkeit in fachlicher Hinsicht als auch von der persönlichen Eignung gewonnen worden. Daneben seien auch alle Erkenntnisquellen hinsichtlich der persönlichen und fachlichen Eignung berücksichtigt worden. Allgemein gültige Wertmaßstäbe seien beachtet und sachwidrige Erwägungen ausgeschlossen worden. Insbesondere habe keine Voreingenommenheit der Auswahlkommission vorgelegen. Schließlich seien auch die wesentlichen Auswählerwägungen im Auswahlvermerk ausreichend dokumentiert worden. Im Auswahlvermerk sei allein insoweit ein Übertragungsfehler aufgetreten, als zwischen den einleitenden Passagen, nach der die Bewerber an 7., 8. und 9. Stelle „für das Notaramt sehr gut geeignet“ seien, und der Beurteilung am Ende der jeweiligen Passagen der Bewerber, wonach der Bewerber an 7. Stelle für das Amt des Notars „gut geeignet“ und die Bewerber an 8. und 9. Stelle „geeignet“ sei, ein Widerspruch bestehe. Dieser beruhe darauf, dass zunächst eine Verschriftlichung der Bewertungen der einzelnen Bewerber in sogenannten Einzelvoten erfolgt sei und bei dem im zweiten Schritt zusammengestellten Besetzungsvermerk bei der hinzugefügten Ein-

gangsformulierung die Steigungsform „sehr gut“ verwendet wurde, obwohl sich diese in keinem der Einzelvoten der Kandidaten wiederfindet. Die Bewertung der Bewerber sei aber ersichtlich unter Berücksichtigung der verschriftlichten Einzelbewertungen „gut geeignet“ bzw. „geeignet“ erfolgt. Ansonsten seien die textlichen Bewertungen ausreichend gewesen, da in der Auswahlentscheidung lediglich zu begründen und herauszuarbeiten sei, warum Abstufungen im Verhältnis und im Vergleich zu den anderen Kandidaten erfolgen. Hierbei greife der Besetzungsvermerk, der sich auf eine unbestimmte Vielzahl nicht benannter Einzeleindrücke und Einzelbeobachtungen während der Fragerunde begründe und zurückhaltend formuliert werde, um die Bewerber nicht zu desavouieren, hauptsächlich negative Aspekte auf, die für die Bewertung im Vergleich zu den übrigen Bewerbern von Bedeutung seien.

17 Einem Erfolg der vom Antragsteller geltend gemachten Anträge stehe auch entgegen, dass er bei einer erneuten Entscheidung über seine Bewerbung mit anderer Gewichtung der Auswahlkriterien keine Aussicht habe, für die ausgeschriebenen Stellen ausgewählt zu werden. Selbst wenn man im Rahmen der fachlichen Eignung einzig die Note des Zweiten juristischen Staatsexamens berücksichtige, verbliebe der Antragsteller auf dem letzten Platz des Bewerberfeldes.

18 Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird ansonsten auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze, die Sitzungsniederschrift vom 21.09.2020 und den Besetzungsvorgang 3830 NotAss. 56 (7) sowie die Bewerbungsunterlagen des Antragstellers und der Beigeladenen verwiesen.

► **II. Aus den Gründen:**

19 Der vom Antragsteller geltend gemachte Anspruch, der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu untersagen, eine Besetzung der sechs im Justizministerialblatt vom 15.03.2020 ausgeschriebenen Stellen für Notarassessorinnen und Notarassessoren vorzunehmen, bevor über seine Bewerbung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu entschieden worden ist, ist gemäß den § 111b Abs. 1 S. 1 BNotO i.V.m. § 123 Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 VwGO i.V.m. mit den §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO gerechtfertigt, da der Antragsteller das Bestehen eines Anordnungsanspruchs auf Neubescheidung wegen einer verfahrensfehlerhafter Auswahlentscheidung sowie das Bestehen einer Gefahr, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines seiner Rechte vereitelt oder wesentlich erschwert wird, hinreichend aufgezeigt hat.

20 A. Es ist von einer fehlerhaften Auswahlentscheidung auszugehen, die den Antragsteller in seinen Rechten verletzt und einen Anspruch auf Neubescheidung rechtfertigt. Zum einen ist die Benotung der persönlichen Eignung des Antragstellers mit lediglich acht Punkten für den Senat nicht nachvollziehbar dargelegt worden. Zum anderen entspricht die Berücksichtigung des Zweiten juristischen Staatsexamens der Bewerber bei der getroffenen Auswahlentscheidung nicht den gesetzlichen Vorgaben des § 7 Abs. 2 S. 1 BNotO. Dies führt in der Summe dazu, dass zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Antragsteller infolge einer Neubescheidung doch noch mit seiner Bewerbung Erfolg haben wird.

21 1. Bei der Überprüfung der vom Antragsteller angegriffenen Entscheidung der Antragsgegnerin, ihn bei den ausgeschriebenen Notarassessorstellen nicht zu berücksichtigen, ist zunächst zu beachten, dass die Entscheidung über die Besetzung der ausgeschriebenen Stellen grundsätzlich dem pflichtgemäßen Ermessen der Antragsgegnerin obliegt. Diese hat sich bei der Ermessensausübung aber an den durch Art. 33 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich verbürgten und in § 7 Abs. 2 BNotO einfachgesetzlich geregelten Grundsatz der Bestenauslese zu orientieren. § 7 Abs. 2 S. 1 BNotO und § 4 Abs. 1 S. 2 AVNot regeln insoweit inhaltsgleich, dass die Auswahl unter mehreren geeigneten Bewerbern um die Aufnahme in den Anwärterdienst nach der persönlichen und fachlichen Eignung unter besonderer Berücksichtigung der Leistungen in der die juristische Ausbildung abschließenden Staatsprüfung vorzunehmen ist.

22 Bei der konkreten Auswahlentscheidung steht der Antragsgegnerin ein Beurteilungsspielraum zu, der einer nur eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Das angerufene Gericht hat bei der Rechtskontrolle den Charakter der Auswahlentscheidung als Akt wertender Erkenntnis zu beachten. Dieser ist vom Gericht nicht zu wiederholen, sondern nur darauf zu überprüfen, ob ihm ein zutreffendes Verständnis des gesetzlichen Auswahlmaßstabes zugrunde liegt, ob allgemein gültige Wertmaßstäbe beachtet und sachwidrige Erwägungen ausgeschlossen sind und ob schließlich der zu beurteilende Tatbestand verfahrensfehlerfrei festgestellt wurde (BGH, Beschluss vom 13.11.2017 – NotZ (Brfg) 2/17 –, DNotZ 2018, 469, juris Rn. 20 m.w.N.).

23 Zur Gewichtung des persönlichen Eindrucks aus einem Vorstellungsgespräch hat der Bundesgerichtshof in Zusammenhang mit der Bewerberauswahl für eine ausgeschriebene (Nur-)Notarstelle durch Beschluss vom 14.03.2005 (NotZ 27/04 –, NJW-RR 2006, 55, juris Rn. 26/27) zwar ausgeführt, dass solche Gespräche nur

eine „Momentaufnahme“ von den Fähigkeiten des jeweiligen Bewerbers vermitteln können und in besonders hohem Maße einer subjektiven Wertung unterliegen. Gleichwohl hat er aber auch hervorgehoben, dass der Dienstherr dem Vorstellungsgespräch etwa dann eine ausschlaggebende Bedeutung beimessen dürfe, wenn keine schriftlichen Leistungsbeurteilungen vorliegen, die wegen ihres sachlichen Gehaltes aussagekräftige Erkenntnisquellen zur persönlichen Eignung des Bewerbers darstellen, und insoweit ausdrücklich auf die Bewerbung um den Anwärterdienst hingewiesen. Bei der Auswahl um die Aufnahme in den Anwärterdienst liegen anders als bei der Besetzung einer Notarstelle keine dienstlichen Beurteilungen über die vorangegangene Tätigkeit als Amtsanwärter oder Prüfungen der Amtstätigkeit des Notars vor. Dies gilt auch für den Antragsteller, denn zum Zeitpunkt des Auswahlgesprächs gab es noch keine Beurteilung seiner Leistungen im Anwärterdienst bei der Notarkammer Y, diese hat der Antragsteller erst im Laufe dieses Verfahrens vorgelegt. Aufgrund dessen ist die Durchführung eines Vorstellungsgesprächs mit den Bewerberinnen und Bewerbern für die zu treffende Beurteilung der persönlichen und fachlichen Eignung im Sinne von § 7 Abs. 2 BNotO nach § 5 Abs. 2 AVNot – ebenfalls anders als bei der Bestellung zum Notar – sogar zwingend vorgeschrieben. Durch diese Vorschriften wird zum Ausdruck gebracht, dass dem Auswahlgespräch nicht nur eine untergeordnete Bedeutung zukommen kann.

24 2. Entgegen der vom Antragsteller vertretenen Ansicht hat der Senat keine grundlegenden Bedenken gegen die Verwertung der erfolgten Benotungen der fachlichen und persönlichen Eignung der Bewerber aus den am 18. und 19.05.2020 durchgeführten Vorstellungsgesprächen.

25 a. Dass bei der Auswahlentscheidung verfahrensfehlerhaft nicht alle Erkenntnisquellen ausgeschöpft worden wären, ist nicht erkennbar. Bereits aus dem dem Antragsteller mit Schreiben vom 24.07.2020 übersandten Auszug aus dem Besetzungsvermerk vom 01.07.2020 ergibt sich, dass nicht nur der Eindruck in den Auswahlgesprächen berücksichtigt wurde, sondern – neben den eingereichten Bewerbungsunterlagen mit entsprechenden Lebensläufen und Zeugnissen – auch die beigezogenen Personalakten studiert worden sind. Ersichtlich hatte eine Gesamtabwägung aller Umstände stattgefunden.

26 b. Auch kann weder von einer Verletzung der Chancengleichheit noch einer Voreingenommenheit der Auswahlkommission ausgegangen werden, nur weil angesprochen worden ist, dass der Antragsteller bereits einmal ein Bewerbungsverfahren durchlaufen hatte. So-

weit im Zusammenhang mit dem Eindruck bezüglich der Motivation, den Beruf des Notars im Bezirk der Rheinischen Notarkammer zu ergreifen, das zuvor bereits einmal vom Antragsteller absolvierte Vorstellungsgespräch angesprochen worden war, wird aus dem Gesamtzusammenhang des Besetzungsvermerks ohne weiteres deutlich, dass lediglich der Eindruck aus dem Vorstellungsgespräch vom 18.05.2020 Grundlage der getroffenen Entscheidung war. Mit dem Hinweis auf den Umstand, dass der Antragsteller bereits einmal an einem derartigen Vorstellungsgespräch teilgenommen hatte, ist lediglich zum Ausdruck gebracht worden, dass man überrascht war, dass der Antragsteller beim Vorstellungsgespräch vom 18.05.2020 nicht besser abgeschnitten hat; anders als bei einzelnen Mitbewerbern, die ebenfalls zum wiederholten Mal an dem Vorstellungsgespräch teilgenommen hatten, wurde bei ihm eine positive Entwicklung nicht festgestellt. Von daher kommt es auch nicht darauf an, dass RichterIn am Oberlandesgericht E an diesem ersten Vorstellungsgespräch nicht teilgenommen hat. Darüber hinaus ist insoweit anzumerken, dass unabhängig davon Frau E durch Vermittlung der anderen Mitglieder der Auswahlkommission einen hinreichend deutlichen Eindruck von dem ersten Vorstellungsgespräch gewinnen konnte, um sich der Beurteilung der anderen Kommissionsmitglieder auch insoweit anschließen zu können.

27 Ausgehend davon, dass die Beurteilung eines jeden Bewerbers seiner individuellen Persönlichkeit gerecht werden muss und die im Rahmen des Vorstellungsgesprächs gestellten Fragen auf der Grundlage der jeweiligen Biografie des Bewerbers gestellt werden, ist daraus, dass seine erfolglose Teilnahme an einem vorangegangenen Vorstellungsgespräch angesprochen worden ist, genauso wenig ein Umstand herzuleiten, der unter dem Gesichtspunkt der Chancengleichheit zu beanstanden wäre, wie aus der Berücksichtigung seiner derzeitigen Tätigkeit als Notarassessor im Bezirk der Notarkammer Y. Maßgeblich ist allein, dass nicht festgestellt werden kann, dass dem Antragsteller nicht gleichwohl die gleichen Chancen bei seiner Bewerbung um die ausgeschriebenen Notarassessorenstellen eingeräumt worden sind.

28 3. Auch eine erhebliche Verletzung von Dokumentationspflichten ist nicht erkennbar. Wie der Bundesgerichtshof (Beschluss vom 12.07.2004 – NotZ 4/04 –, ZNotP 2004, 449, juris Rn. 7) im Zusammenhang mit der Besetzung einer ausgeschriebenen Notarstelle deutlich gemacht hat, ist die Protokollierung eines Auswahlgesprächs nicht erforderlich. Der Inhalt des Vorstellungsgesprächs kann auch noch später zum Zwecke der gerichtlichen Überprüfung schriftlich niedergelegt werden. Auswahlgespräche,

die nicht die eigentliche Auswahlentscheidung darstellen, sondern lediglich dieser vorangehen und deren Grundlage bilden, müssen lediglich den Gegenstand sowie die Bewertungen in Grundzügen nachvollziehbar wiedergeben (OVG NRW, Beschluss vom 09.07.2019 – 6 B 344/19 –, NVwZ-RR 2020, 264, juris Rn. 9). Ausgehend davon, dass sich Art und Umfang der Dokumentationspflicht nach den Umständen des Einzelfalls richten (BVerwG, Beschluss vom 27.01.2010 – 1 WB 52/08 –, BVerwGE 136, 36, juris Rn. 34), muss aber auch beachtet werden, dass eine Dokumentation der Auswählerwägungen bis zum Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung erfolgen muss und nicht – erstmalig oder in ausgewechselter Form – im gerichtlichen Verfahren nachgeschoben werden kann; denn für die Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung kommt es (unter anderem) auf die Erwägungen an, die die personalbearbeitende Stelle in Ausübung ihres Ermessens und ihres Beurteilungsspielraums definitiv als wesentlich angesehen hat (BVerwG, Beschluss vom 27.01.2010, a.a.O., juris Rn. 37).

29 Da die vom Antragsteller angegriffene Entscheidung der Antragsgegnerin vom 06.07.2020, ihn bei der Besetzung der im Justizministerialblatt vom 15.03.2020 ausgeschriebenen Stellen für Notarassessorinnen und Notarassessoren nicht zu berücksichtigen, auf der Grundlage des Besetzungsvermerk zum 01.07.2020 getroffen worden war, hat dies zur Folge, dass die Ausführungen im Schreiben des Kommissionsvorsitzenden C vom 24.08.2020 zwar insoweit zu berücksichtigen sind, wie sie bereits im Besetzungsvermerk zumindest grob angesprochene Aspekte ergänzen und substantiieren, nicht aber soweit durch dieses Schreiben neue Gesichtspunkte angeführt werden.

30 a. Ausgehend hiervon sind die Benotungen der fachlichen und persönlichen Eignung der Beigeladenen, wie sie auf Seite 5 des im Einvernehmen mit den weiteren Mitgliedern der Auswahlkommission Notar Dr. D und Notarassessor Dr. A gefertigten Schreibens des Kommissionsvorsitzenden C vom 24.08.2020 wiedergegeben sind, aus Sicht des Senats nicht zu beanstanden. Die Grundlagen dieser Benotungen sind bereits hinreichend im Besetzungsvermerk vom 01.07.2020 zum Ausdruck gebracht worden und konnten daher insoweit konkretisiert werden. Hierbei ist entsprechend den Erläuterungen der Antragsgegnerin davon auszugehen, dass grundsätzlich nur die Umstände dokumentiert worden sind, die bei der Beurteilung der fachlichen und persönlichen Eignung der Bewerber negativ aufgefallen sind, während in den Bereichen, in denen die Antworten der Kandidaten der Erwartungshaltung der Auswahlkommission entsprachen, eine Dokumentation – nachvollziehbar – für nicht erforderlich gehalten wurde, da es

insoweit folgerichtig nichts zu erläutern gab. Die geringfügigen Differenzierungen im Bereich zwischen 13 und 16 Punkten wurden unter Berücksichtigung des der Auswahlkommission zustehenden Beurteilungsermessens nachvollziehbar dargelegt, indem die einzelnen Kandidaten im jeweiligen Verhältnis zueinander bewertet worden sind. Eine darüberhinausgehende weitere Dokumentation und Erläuterung der vergebenen Noten hält der Senat auch unter Berücksichtigung der Interessen unterlegener Bewerber, die Entscheidung nachvollziehen zu können, nicht für erforderlich.

31 b. Auch bei der Bewertung der fachlichen Leistung des Antragstellers mit zehn Punkten sind für den Senat Beurteilungsfehler nicht zu erkennen. Bereits im Besetzungsvermerk vom 01.07.2020 ist insoweit dargelegt worden, dass der Antragsteller die ihm im fachlichen Teil des Vorstellungsgesprächs gestellten Fragen zu den geschilderten Fällen nicht in demselben Maße souverän und fehlerfrei beantworten konnte wie die ihm vorgehenden Bewerber, sodass es ihm nicht in gleichem Maße wie den ihm vorgehenden Bewerbern gelang, sein Vorgehen in der notariellen Beurkundungssituation stringent und plausibel zu begründen. Diese Bewertung war im Schreiben des Kommissionsvorsitzenden C vom 24.08.2020 dahingehend konkretisiert, dass der Antragsteller bei der Beantwortung des ihm schriftlich gestellten Falles zunächst nur eher ambivalente Vorschläge im Lichte der Wünsche der Beteiligten unterbreitete, aber im Gegensatz zu seinen Mitbewerbern keine stringenten Lösungsangebote unterbreiten konnte. Nur auf Nachfrage kam der Antragsteller auf den entscheidenden Punkt, dass ein konkreter Ratschlag in Form einer alltagspraktischen Lösung gegeben werden sollte. Der hieraus von der Auswahlkommission gewonnene Eindruck, der Antragsteller tue sich in der Beratungssituation im Umgang mit lösungsoffenen Beteiligten schwer, wurde nachvollziehbar damit begründet, dass er mehrere, im Sachverhalt angelegte und für die Entscheidung wichtige Fragen (Prüfung der Alleinerbenstellung der Erschienenen, Prüfung von Pflichtteilsansprüchen der Kinder) an die Beteiligte nicht erkannt hat. Soweit der Antragsteller diesen Ausführungen entgegengehalten hat, es sei vertretbar, dass er von einem feststehenden Sachverhalt ausgegangen sei sowie keine Fragen gestellt oder Tatsachen hinzugedacht habe, übersieht er, dass bei der Bearbeitung des Falls unmissverständlich vorgegeben worden war, dass er in der Rolle eines Notars einer um Rat bittenden Witwe gegenübersteht. In einer derartigen Beratungssituation eines Notars mit einem neuen Mandanten gehört jedoch die Hinterfragung des ihm von einem in der Regel rechtlich nicht geschulten Mandanten unterbreiteten Sachverhaltes ersichtlich zu

den Grundvoraussetzungen eines jeden Beratungsgesprächs. Auch wenn bei der Bearbeitung dieses Falles sicherlich mehrere mögliche Lösungen vertretbar sind, lässt diese unterschiedliche Herangehensweise aus Sicht des Senats die Bewertung des fachlichen Teils des Vorstellungsgesprächs mit einer gegenüber den Mitbewerbern deutlich geringeren Punktzahl vertretbar erscheinen.

32 4. Die der Besetzungsentscheidung der Antragsgegnerin zugrunde liegende Beurteilung der persönlichen Eignung des Antragstellers, die deutlich schlechter ausgefallen ist als die bei allen Mitbewerbern – der Abstand beträgt mindestens sechs Punkte –, begegnet demgegenüber Bedenken. Nach dem Besetzungsvermerk wird diese Beurteilung auf zwei Gesichtspunkte gestützt, nämlich zum einen auf die im Verhältnis zu den Mitbewerbern geringere Bereitschaft, „sich auf jede freie Notarstelle im Gebiet der Rheinischen Notarkammer zu bewerben“ und zum anderen darauf, dass ihm die „Begründung des Berufswunsches Notar trotz seiner derzeitigen Tätigkeit als Notarassessor nicht in jeder Hinsicht gelang“. Diese beiden Aspekte sind für sich genommen geeignet, um die persönliche Eignung des Antragstellers zu beurteilen. Es fehlt jedoch an der Darlegung der für die Auswahlkommission maßgeblichen Umstände, die eine Bewertung der persönlichen Eignung des Antragstellers mit lediglich acht Punkten rechtfertigen.

33 a. Aus dem Besetzungsvermerk selbst ergibt sich nicht, auf welche tatsächlichen Äußerungen des Antragstellers die vorstehend zitierten Bewertungen zurückzuführen sind. Anhaltspunkte hierfür ergeben sich nur, wenn man – was aus Sicht des Senates vertretbar erscheint – ergänzend die Ausführungen des Notars C in dessen Schreiben vom 24.08.2020 heranzieht.

34 b. Für die fehlende Bereitschaft, sich auf jede freie Notarstelle im Gebiet der Rheinischen Notarkammer zu bewerben, ergibt sich aus dem Schreiben des Notars C, dass es hier um die Bewertung der Vorstellungen des Antragstellers geht, sich im Bereich der Rheinischen Notarkammer eher als im Bezirk der Notarkammer Y von einer kleinen über eine mittelgroße in eine Großstadt fortentwickeln zu können und dort auch das Gesellschaftsrecht bearbeiten zu können.

35 aa. Insoweit ist zunächst einmal anzumerken, dass hier zwei unterschiedliche Gesichtspunkte miteinander vermischt werden. Die Angabe des Antragstellers, im Bezirk der Rheinischen Notarkammer eher auf eine für ihn interessante Stelle „vorrücken“ zu können, bezieht sich auf die an ihn gerichtete Frage, warum er den Wunsch hat, vom Bezirk der Notarkammer Y in den Bezirk der Rheinischen Notarkammer zu wechseln. Dies ist eine Frage, die sich allein für den Antragsteller gestellt hat, nicht

aber für die anderen Bewerber, die sämtlich noch nicht Notarassessoren in einem anderen Bezirk sind. Von daher ist diese Aussage schon vom Grundsatz her gänzlich ungeeignet für eine vergleichende Beurteilung zwischen dem Antragsteller und den Mitbewerber, wie sie jedoch in dem Besetzungsvermerk zum Ausdruck kommt, wenn es dort heißt

„... dazu sich auf jede freie Notarstelle im Gebiet der Rheinischen Notarkammer zu bewerben, allerdings nicht im gleichen Maße wie die ihm vorhergehenden Bewerber begründen.“

36 bb. Darüber hinaus ist aber auch nicht erkennbar, warum sich aus der Aussage, im Bezirk der Rheinischen Notarkammer beständen größere Entwicklungsmöglichkeiten, ergeben soll, dass der Antragsteller nicht bereit sei, sich auf jede freie Stelle im Gebiet der Rheinischen Notarkammer zu bewerben. Entwicklungsmöglichkeiten im Sinne eines „Vorrücken“ bestehen überhaupt nur dann, wenn eine erste Stelle angetreten worden ist. Zudem setzt ein „Vorrücken“ auf attraktivere Stellen denotwendig voraus, dass man zunächst auf einer unattraktiveren Stelle zum Notar bestellt worden ist. Der Umstand, dass ein Bewerber nicht von vornherein ausschließt, vielleicht sogar die Möglichkeit ernsthaft ins Auge fasst, nicht auf einer ersten Stelle zu verharren, sondern sich möglicherweise im Laufe seines Lebens später auf eine andere, aus seiner Sicht attraktivere Stelle zu bewerben, besagt nichts über seine grundsätzliche Bereitschaft, jedenfalls zunächst einmal eine in seinen Augen auch weniger attraktive Stelle anzutreten. Von daher ist auch die später auftretende Würdigung seiner Aussage, er „könne sich ein ländlich ebenso wie ein städtisches geprägtes Amt vorstellen“ als „insoweit nicht ganz stringent“ eine so nicht nachvollziehbare Wertung. Zutreffend wäre diese nur, wenn der Antragsteller zum Ausdruck gebracht hätte, dass er sich von vornherein nur auf eine Stelle im großstädtischen Bereich bewerben würde, bei der er vorzugsweise im Bereich des Gesellschaftsrechts arbeiten könnte. Eine solche Erklärung hat der Antragsteller nach den vorliegenden Unterlagen jedoch weder wörtlich noch sinngemäß abgegeben. Nach seiner eigenen, unwidersprochen gebliebenen Darstellung hat er überhaupt nur über die größeren Veränderungsmöglichkeiten im Bezirk der Rheinischen Notarkammer und die damit einhergehende Möglichkeit einer Spezialisierung als aus seiner Sicht vorzugswürdig gesprochen, ohne damit für sich selbst schon eine entsprechende konkrete Lebensplanung verbunden zu haben.

37 cc. Es bleibt damit allein der Umstand, dass der Antragsteller sich bereits in dieser Phase mit der Möglichkeit befasst, nach seiner Ernennung zum Notar einen Amtssitzwechsel vorzunehmen. Es ist jedoch nicht er-

kennbar, warum ihn dies in seiner persönlichen Eignung gegenüber Mitbewerbern als weniger qualifiziert erscheinen lassen könnte. Zum einen ist dem gesamten Vorgang nicht zu entnehmen, ob die Mitbewerber auch mit der Frage eines möglichen späteren Amtssitzwechsels konfrontiert worden sind, sodass von daher unklar bleibt, wie sie sich dazu verhalten haben bzw. hätten. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass die Möglichkeit des Amtssitzwechsels nicht nur im Gesetz vorgesehen ist, sondern auch durchaus häufiger in der Praxis der Rheinischen Notarkammer anzutreffen ist.

38 dd. Soweit in der Klageerwiderung und in der mündlichen Verhandlung angeklungen ist, dass der Wunsch des Antragstellers, aus dem Bezirk der Notarkammer Y in den Bezirk der Rheinischen Notarkammer zu wechseln, die Besorgnis begründen könne, dass er auch in diesem Bezirk nicht dauerhaft verbleiben werde, ergeben sich hierfür weder aus dem Besetzungsvermerk noch aus dem Schreiben von Herrn C irgendwelche Anhaltspunkte. Es handelt sich damit um eine reine Spekulation, die allerdings vor dem Hintergrund erfolgt sein mag, dass es jüngst im Bezirk der Rheinischen Notarkammer den Fall einer Assessorin gegeben hat, die in den Bezirk der Notarkammer Hamburg gewechselt ist.

39 ee. Ebenfalls als eine durch Tatsachen nicht begründete Spekulation stellt sich die in dem Schreiben von Herrn C mitgeteilte Auffassung dar, „dass der Kandidat im falschen Beruf am falschen Ort gebunden zu sein scheint statt im richtigen Beruf am falschen Ort zu sein“. Ungeachtet des Umstandes, dass nicht nachvollziehbar offengelegt worden ist, auf welche Tatsachengrundlage diese Vermutung gestützt wird, erschließt sich dem Senat bereits nicht, wieso die Auswahlkommission und ihr folgend die Antragsgegnerin den Antragsteller als für den Beruf des Notars geeignet ansieht und ihn als Nachrücker in Betracht zieht, wenn denn die Auffassung besteht, er befindet sich „im falschen Beruf“.

40 c. Für die weitere (Be-)Wertung, dem Antragsteller sei „die Begründung des Berufswunsches Notar ... nicht in jeder Hinsicht“ gelungen, findet sich weder in dem Besetzungsbericht vom 01.07.2020 noch in dem Schreiben von Herrn C vom 24.08.2020 eine tatsächliche Grundlage. Mangels tatsächlicher Anknüpfungspunkte für diese Bewertung ist dieser bei der Bewertung der persönlichen Eignung des Antragstellers berücksichtigte Aspekt damit für den Senat nicht nachvollziehbar.

41 d. Grundsätzlich geeignet, die persönliche Eignung des Antragstellers in Zweifel zu ziehen wäre allerdings die im Schreiben von Herrn C zum Ausdruck gekommene mangelnde Fähigkeit zur Erklärung juristischer Sachverhalte gegenüber Laien. Dies ist eine Aufgabe, der sich ein Notar in seiner täglichen Praxis stellen muss. Insoweit

bestehen aber in zweifacher Hinsicht Bedenken. Zum einen ist unklar, ob auch die anderen Bewerber mit einer entsprechenden Fragestellung konfrontiert worden sind. Nur wenn das der Fall wäre, wäre die „Minderleistung“ des Antragstellers bei dieser Frage geeignet, im Rahmen einer vergleichenden Betrachtungsweise, wie sie im Besetzungsvermerk angestellt worden ist, zu begründen, warum andere Bewerber für die ausgeschriebenen besser Stellen geeignet sind. Zum anderen klingt diese Kritik an der persönlichen Eignung des Antragstellers aus dem Schreiben des Kommissionsvorsitzenden C vom 24.08.2020 weder im Besetzungsvermerk der Antragsgegnerin vom 01.07.2020 noch in dem diesem Vermerk zugrunde liegenden Bericht der Auswahlkommission vom 24.06.2020 an. Von daher kann der Senat nicht nachvollziehen, ob und in welchem Umfang gerade diesem Umstand für die Beurteilung der persönlichen Eignung des Antragstellers bei der von der Antragsgegnerin getroffenen Entscheidung über die Besetzung der ausgeschriebenen Stellen maßgebliche Bedeutung beigemessen worden ist.

42 5. Neben dieser nicht nachvollziehbar erläuterten Benotung der persönlichen Eignung des Antragstellers entspricht auch das Maß der Berücksichtigung des Zweiten juristischen Staatsexamens der Bewerber bei der getroffenen Auswahlentscheidung nicht den gesetzlichen Vorgaben des § 7 Abs. 2 S. 1 BNotO.

43 a. Bei der nach § 7 Abs. 2 S. 1 BNotO „nach der persönlichen und fachlichen Eignung unter besonderer Berücksichtigung der Leistungen in der die juristische Ausbildungsabschließenden Staatsprüfung“ vorzunehmenden Auswahl unter mehreren geeigneten Bewerbern um die Aufnahme in den Anwärterdienst differenziert das Gesetz zum einen zwischen der „fachlichen“ und zum anderen zwischen der „persönlichen“ Eignung. Diese beiden Aspekte als gleichwertig anzusehen und mit jeweils 50 % in die Auswahlentscheidung einfließen zu lassen, ist daher im Rahmen des grundsätzlich bestehenden Beurteilungsspielraums der Antragsgegnerin ebenso vertretbar, wie eine geringere Gewichtung der Beurteilung der persönlichen Eignung und damit korrespondierend eine höhere Gewichtung der Beurteilung der fachlichen Eignung rechtlich nicht zu beanstanden wäre.

44 b. Da das bei der Auswahlentscheidung besonders zu berücksichtigende Ergebnis der Zweiten juristischen Staatsprüfung keinen konkreten Aussagewert für die Beurteilung der persönlichen Eignung eines Bewerbers für den Notaranwärterdienst hat, ist es auch nicht zu beanstanden, dass die Note des Zweiten juristischen Staatsexamens allein im Rahmen der fachlichen Eignung Berücksichtigung gefunden hat. Dies entspricht im Übrigen auch der aus § 6 Abs. 3 S. 3 BNotO zu entnehmenden rechtli-

chen Wertung, wonach die Berücksichtigung der die juristische Ausbildung abschließenden Staatsprüfung bei der Bestimmung der Reihenfolge bei der Auswahl unter mehreren geeigneten Bewerbern für das Amt eines Anwaltsnotars mit 40 % ebenfalls nur bei der Bewertung der fachlichen Eignung einfließt, soweit nicht bei einem Bewerber, der Notar ist oder war, im Einzelfall nach Anhörung der Notarkammer ausnahmsweise besondere, die fachliche Eignung vorrangig kennzeichnende Umstände zu berücksichtigen sind.

45 c. Die Berücksichtigung der Noten aus den Zweiten juristischen Staatsexamen mit lediglich einem Drittel und des Ergebnisses des Vorstellungsgesprächs mit zwei Dritteln bei der Beurteilung der fachlichen Eignung der Bewerber wird der vom Gesetz vorgegebenen „besonderen“ Berücksichtigung der Leistungen der die juristische Ausbildung abschließenden Staatsprüfung dagegen nicht mehr gerecht.

46 Bereits aus § 6 Abs. 3 S. 3 BNotO ergibt sich, dass für die Beurteilung der fachlichen Eignung eines Notarbewerbers das Ergebnis der die juristische Ausbildung abschließenden Staatsprüfung zu 40% in die Beurteilung der fachlichen Eignung eines Bewerbers einzufließen hat. Umso höher ist aber das Gewicht der Staatsprüfung in der hier vorliegenden Konstellation der Bewerbung um eine Notarassessorenstelle anzusetzen. Dafür spricht zunächst einmal schon, dass das Gesetz in § 6 Abs. 3 S. 1 BNotO lediglich die „Berücksichtigung“ des Ergebnisses der abschließenden Staatsprüfung verlangt, während in § 7 Abs. 2 S. 1 BNotO von „besonderer Berücksichtigung“ die Rede ist. Aus dieser Betonung im Gesetz ergibt sich, dass dem Ergebnis der Staatsprüfung im Fall der Einstellung in den Anwärterdienst ein höheres Gewicht beizumessen ist als bei der Bestellung zum Notar, wo der Gesetzgeber für die Besetzung von Stellen für nebenberufliche Notare in § 6 Abs. 3 S. 3 BNotO eine Gewichtung von 40 % ausreichen lässt. Diese geringere Gewichtung findet ihre Rechtfertigung aber dadurch, dass das mit 60% zu gewichtende Ergebnis der notariellen Fachprüfung auf einer in seiner Ausgestaltung der Staatsprüfung vergleichbaren Prüfung beruht (vgl. §§ 7b, 7c BNotO), in der zudem spezifische Fachkenntnisse eines Notars bewertet werden. Damit ist der fachliche Teil des Vorstellungsgesprächs aber nicht im Ansatz vergleichbar. Zum einen können bei diesem, der Ausbildung noch vorgelagerten Gespräch spezifische Fachkenntnisse noch gar nicht erwartet werden. Zum anderen ist die Ausgestaltung dieses Gesprächs nicht geeignet, Kenntnisse und Fähigkeiten eines Bewerbers in gleicher Weise zu ermitteln, wie die notarielle Fachprüfung. Der Erkenntnisgewinn eines solchen Gesprächs kann hier zwangsläufig über einen Eindruck nicht hinausgehen.

47 Es trifft zwar zu, dass den Noten aus dem Zweiten juristischen Staatsexamen bereits in einem ersten Schritt eine ganz besondere Bedeutung bei der Auswahl der Bewerber für die ausgeschriebenen Notarassessorenstellen beigemessen worden ist, die überhaupt zu den Vorstellungsgesprächen am 18./19.05.2019 eingeladen worden sind, indem bei der insoweit getroffenen Vorauswahl die Note aus dem Ersten juristischen Staatsexamen bzw. bei Ablegung einer Ersten juristischen Prüfung das Ergebnis der staatlichen Pflichtfachprüfung mit $\frac{1}{4}$ und die Note des Zweiten juristischen Staatsexamens mit $\frac{3}{4}$ eingeflossen ist. Bei der Einladung zum Vorstellungsgespräch handelt es sich aber nur um eine Vorauswahl, während die eigentliche Auswahlentscheidung erst nach dem Vorstellungsgespräch erfolgt. Nach der gesetzlichen Vorgabe hat aber gerade diese Entscheidung unter der „besonderen Berücksichtigung“ der Note aus der Zweiten juristischen Staatsprüfung zu erfolgen. Dieser Anforderung wird aber nicht mehr hinreichend Rechnung getragen, wenn diese nur noch zu einem Drittel in die fachliche Beurteilung und damit letztlich nur noch zu 16,6 % in die Gesamtbeurteilung einfließt.

48 Das Bundesverfassungsgericht (Beschluss vom 20.04.2004 – 1 BvR 838/01, 1 BvR 1303/01, 1 BvR 340/02, 1 BvR 1436/01, 1 BvR 1450/01 –, BVerfGE 110, 304, juris Rn. 70) hat zu der in § 7 Abs. 2 S. 1 BNotO bei der Auswahl unter mehreren geeigneten Bewerbern um die Aufnahme in den Anwärterdienst nach der persönlichen und fachlichen Eignung angeordneten „besonderen Berücksichtigung“ der Leistungen in der die juristische Ausbildung abschließenden Staatsprüfung unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Anwärter im Allgemeinen noch keine besonderen Fachkenntnisse aufweisen, ausgeführt, dass die Auswahl „vorrangig“ anhand der Examennoten getroffen werden muss. Auch der Bundesgerichtshof (Beschluss vom 08.04.2019 – NotZ (Brfg) 9/18 –, WM 2019, 2038, juris Rn. 16) hat unter Betonung, dass die Gewichtung und Bewertung der einzelnen Auswahlkriterien im pflichtgemäßen Ermessen der Landesjustizverwaltung liegt, festgestellt, dass den Prüfungsergebnissen des Zweiten juristischen Staatsexamens bei der Bewerberauswahl nach § 7 Abs. 2 BNotO „herausragende“ Bedeutung zukommt.

49 Ausgehend davon, dass dem Ergebnis des Zweiten juristischen Staatsexamens deshalb eine besondere Aussagekraft beim fachlichen Vergleich verschiedener Bewerber zukommt, weil es wesentlich auf der Beurteilung namentlich nicht gekennzeichneten Arbeiten beruht und von einem finanziellen Interesse der prüfenden Stelle an der Nachfrage nach Prüfungsleistungen frei ist und weil darüber hinaus in der Zweiten juristischen Staatsprüfung nicht nur Kenntnisse, d.h. kon-

krete Inhalte, abgefragt werden, sondern durch die Ex-
amensnoten auch die Beurteilung des juristischen
Grundverständnisses und der Fähigkeit der prakti-
schen Rechtsanwendung, zum Denken in juristischen
Kategorien und zur Lösung unbekannter Rechtsproble-
me in vertretbarer Zeit zum Ausdruck kommt (BGH, Be-
schluss vom 14.03.2005 – NotZ 27/04 –, ZNotP 2005,
434, juris Rn. 19), muss der Note aus dem Zweiten ju-
ristischen Staatsexamen im Verhältnis zum Ergebnis
des insgesamt nur ca. halbstündigen fachlichen Teils
des Vorstellungsgesprächs eine deutlich höhere Be-
deutung bei der Beurteilung der fachlichen Eignung ei-
nes Bewerbers um die Aufnahme in den Anwärter-
dienst beigemessen werden. Dies gilt insbesondere
auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die
Fähigkeiten eines Notars nicht Voraussetzung für die
Auswahl für den Anwärterdienst sind, sondern von den
Bewerbern in der Assessorenzeit erst noch erworben
werden sollen. In Anlehnung an § 6 Abs. 3 S. 3 BNotO
sieht der Senat die Untergrenze für die Berücksichti-
gung der Note des Zweiten juristischen Staatsexamens
bei 40% der Gesamtbeurteilung. Bei der derzeit prakti-
zierten und vom Senat für vertretbar gehaltenen hälfti-
gen Aufteilung zwischen fachlicher und persönlicher
Eignung erfordert dies ein Gewicht der Staatsprüfung
von 80% der fachlichen Eignung. Bei einer anderen,
ebenfalls vertretbaren Gewichtung der Beurteilung von
fachlicher oder persönlicher Eignung mag sich das re-
lative Gewicht der Staatsprüfung für die Feststellung
der fachlichen Eignung reduzieren, muss dabei aber für
das Gesamtergebnis von herausgehobener Bedeutung
bleiben.

50 d. Bei der anstehenden Neubescheidung wird die An-
tragsgegnerin auch zu bedenken haben, dass die zwi-
schenzeitlich vorgelegte Beurteilung des Antragstellers
aus Anlass des Wechsels seines Ausbildungsnotars Er-
kenntnisse über dessen persönliche und fachliche Ei-
gnung ergibt.

51 B. Der für den Erlass der begehrten einstweiligen An-
ordnung erforderliche Anordnungsgrund ist zu bejahen,
da bei der vorliegenden Konkurrentenstreitigkeit die
von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 06.07.2020
angekündigte Ernennung der Mitbewerber dazu führen
kann, dass ein effektiver Rechtsschutz des Antragstellers
vereitelt wird. Die Ernennung der in einem Stellenbeset-
zungsverfahren erfolgreichen Bewerber wäre nämlich
ein Verwaltungsakt mit Drittwirkung, der in die Rechte
der unterlegenen Bewerber aus Art. 33 Abs. 2 GG ein-
greift und nur ausnahmsweise unter eingeschränkten
Voraussetzungen wieder aufgehoben werden kann
(BVerwG, Urteil vom 04.11.2010 – 2 C 16/09 –, BVerwGE
138, 102).

Notar, Verkauf, Eigentumswohnung, Beurkundung, Auskunft, steuerrecht- liche Folge, Spekulationssteuer, Beleh- rungspflicht, Amtspflichtverletzung

*BNotO § 14 Abs. 1 S. 2, § 19 Abs. 1 S. 1;
BeurkG § 17 Abs. 1 S. 1*

Leitsatz der Schriftleitung:

**Zum Umfang der Belehrungspflicht des Notars hinsicht-
lich einer möglichen Versteuerung des Spekulationsge-
winns.)**

**LG Köln (5. Zivilkammer),
Urteil vom 29.09.2020 – 5 O 171/19**

I. Tatbestand:

1 Mit Urkunde des Notars B vom 10.08.2007 erwarb die
Klägerin eine Eigentumswohnung in Köln zum Preis von
105.000,-- € zzgl. 10.000,-- € für die mitverkaufte Küche
und Einbauschränke.

2 Am 19.07.2017 beurkundete der Beklagte einen Ver-
trag, mit dem die Klägerin die Wohnung zum Preis von
220.000,-- € an ihre vorherigen Mieter, die Zeugen L und
S verkaufte. Dabei wurde unter anderem die Klausel in
Ziffer VIII. vorgelesen, die lautete: „Der Notar hat keine
steuerliche Beratung vorgenommen; er hat lediglich auf
die Steuerpflicht privater Veräußerungsgeschäfte inner-
halb von 10 Jahren hingewiesen.“

3 Mit Bescheid vom 15.02.2019 setzte das Finanzamt L1
für das Jahr 2017 Einkommensteuern in Höhe von insge-
samt 49.978,53 € gegen die Klägerin fest, die hiergegen
keinen Einspruch einlegte. Dabei wurden wegen des in-
nerhalb von 10 Jahren erfolgten Verkaufs der Wohnung
Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften in Höhe
von 112.576,-- € zugrunde gelegt.

4 Die Klägerin ist der Ansicht, der Beklagte habe ihn
betreffende Amtspflichten verletzt. Sie hat zunächst be-
hauptet, er habe die Passage aus Ziffer VIII. recht zügig
vorgelesen, dabei aber nicht darauf hingewiesen, dass
sich diese Frist als Zeitraum zwischen dem Datum der
Beurkundung des Kaufs des Objekts und demjenigen der
Beurkundung seines Verkaufs berechnete und folglich
knapp noch nicht abgelaufen gewesen sei. Hierüber habe
der Beklagte auch während der weiteren Beurkundung
kein Wort mehr verloren.

5 Sie behauptet nunmehr, der Beklagte habe hinsichtlich
der Steuerpflichtigkeit privater Veräußerungsgeschäfte
nicht darauf hingewiesen, dass sich der 10-Jahres-Zeitraum

auf die Daten der Kaufverträge beziehe, was ihr gerade nicht bekannt gewesen sei. Er habe im Gegenteil davon gesprochen, dass die Klägerin eine „Punktlandung“ hingelegt habe. Hierdurch sei die Klägerin in ihrer Annahme bestärkt worden und habe angenommen, in Bezug auf die 10-Jahres-Frist alles richtig gemacht zu haben; sonst hätte sie an dieser Stelle nachgefragt und im Falle einer für sie ungünstigen Auskunft die Beurkundung noch abgebrochen.

6 Die Klägerin behauptet weiter, der Beklagte habe während des Beurkundungsvorgangs ein sehr emotionales Telefonat geführt, in dessen Verlauf der Gesprächspartner auf der anderen Seite aufgelegt habe. Sie vermute, dass dies mit der Teilung der Kanzlei wenige Tage zuvor zusammengehangen habe und es offenbar diesbezüglich Unstimmigkeiten gegeben habe. Es stehe deshalb zu vermuten, dass der Beklagte während der fraglichen Beurkundung unkonzentriert gewesen sei und sich deshalb so schnell wie möglich „durchgekämpft“ habe.

7 Hätte der Beklagte darauf hingewiesen, dass im konkreten Fall bei Beurkundung am konkreten Tag die Spekulationssteuer anfele, hätte dies dazu geführt, dass die Klägerin den Verkauf bzw. die Beurkundung um drei Wochen verschoben hätte, wodurch die Steuer nicht mehr angefallen wäre und wozu auch die Käufer bereit gewesen wären. Das Datum der Beurkundung des Kaufvertrages habe der Beklagte aus dem ihm vorliegenden Grundbuchauszug ersehen können, mithin auch, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit der 10-Jahres-Zeitraum zum Zeitpunkt der Beurkundung des Verkaufs noch nicht abgelaufen gewesen sei. Aus dem Umstand, dass im Grundbuch lediglich eine Belastung von 35.000,-- € eingetragen gewesen sei, habe der Beklagte zudem den Schluss ziehen müssen, dass die Klägerin die Wohnung seinerzeit zu einem Preis erheblich unter ihrem Wert erworben hatte.

8 Im Zeitpunkt der Beurkundung sei die Klägerin steuerlich nicht beraten gewesen. Ihren Steuerberater habe sie erst im April 2018 hinzugezogen, der die Einkommensteuererklärung für 2017 erstellt habe. Zu diesem Zeitpunkt sei eine Rückabwicklung des Vertrages, wie ein Anruf beim Notariat des Beklagten ergeben habe, nicht mehr möglich gewesen.

9 Aufgrund der Besteuerung des Spekulationsgewinns habe die Klägerin 48.972,05 € mehr Einkommensteuer zahlen müssen. Der Steuerberater habe in Verhandlungen mit der Finanzverwaltung eine Einigung bezüglich der Anschaffungskosten erzielt; der steuerpflichtige Betrag habe damit letztlich bei 112.576,-- € gelegen. Weitere Rechtsmittel hätten keine Aussicht auf Erfolg versprochen.

10 Die Klägerin beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an sie 49.982,17 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.05.2019 zu zahlen.

11 Der Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

12 Er behauptet, es entspreche seiner üblichen Praxis, nach dem Verlesen des Hinweises auf eine eventuelle Steuerpflicht eine Pause einzulegen und den Passus kurz zu erläutern. Diese Erläuterung leite er mit den Worten ein: „Das bedeutet“ und erkläre anschließend, dass der Gewinn aus dem Verkauf zu versteuern sei. Er verwende in diesem Zusammenhang alternativ den Begriff „Einkommensteuergesetz“, „Spekulationssteuer“ oder „Einkommensteuer“. Anschließend pausiere er die Beurkundung noch einmal kurz, um den Beteiligten die Möglichkeit zu Nachfragen zu eröffnen. Wenn hiervon kein Gebrauch gemacht werde, fahre der Beklagte mit der Beurkundung fort, während derer sämtlichen Beteiligten auch Kopien des zu beurkundenden Kaufvertrages zum Mitlesen vorlägen.

13 Der Beklagte ist der Ansicht, dass ihn keine Pflicht zu einer weitergehenden Belehrung getroffen habe. Weder habe er positive Kenntnis davon besessen, dass die Klägerin die Wohnung innerhalb der Spekulationsfrist erworben hatte und die Anschaffungskosten unter dem Verkaufspreis lagen, noch sei er zu weiteren Nachforschungen verpflichtet gewesen, insbesondere nicht hinsichtlich der für die Besteuerung ebenfalls relevanten Renovierungskosten. Wenn er – insbesondere aufgrund des Grundbuchauszuges – Anhaltspunkte dafür gehabt hätte, dass der Verkauf knapp vor Ablauf der 10-Jahres-Frist erfolgte, hätte er gerade nicht von einer „Punktlandung“ gesprochen, sondern der Klägerin empfohlen, die Beurkundung um den noch verbleibenden Zeitraum von knapp drei Wochen zu verschieben.

14 Auch eine erweiterte Belehrungspflicht sei nicht anzunehmen, da der Klägerin die Möglichkeit der Versteuerung eines Spekulationsgewinns bekannt gewesen sei oder zumindest hätte bekannt sein müssen. Jedenfalls hätte sie den Beklagten im Vorfeld ansprechen oder noch während der Beurkundung nachhaken können.

15 Wenn der Beklagte zur Frage der Steuerpflichtigkeit keine Aussage getroffen hätte, wäre der Vertrag ebenso geschlossen worden, weshalb es an der erforderlichen Kausalität fehle.

16 Des Weiteren habe es die Klägerin versäumt, gegen den Steuerbescheid vorzugehen, und ihr sei ein Mitverschulden anzulasten, weil der Kaufvertrag hätte wieder aufgehoben und sodann nach Ablauf der 10-Jahres-Frist neu geschlossen werden können, wodurch deutlich geringere Kosten entstanden wären als der nunmehr eingeklagte Steuer Schaden. Weiterhin beanstandet der Beklagte die Schadenshöhe, und er ist der Ansicht, der Klägerin stehe eine anderweitige Ersatzmöglichkeit zu, weil nach ihrem Vortrag eine Haftung ihres Steuerberaters in Betracht komme.

17 Anlässlich eines später erfolgten Anrufs der Klägerin habe der bei dem Beklagten tätige Zeuge S1 mitgeteilt, dass man möglicherweise daraus „Honig saugen“ könne, wenn die zur Wirksamkeit des Vertrages erforderliche Verwalterzustimmung nach Ablauf des 10-Jahres-Zeitraums erklärt worden sei. Eine mögliche Aufhebung des Vertrages sei nicht Gegenstand der Telefonate gewesen. Diese wäre im April 2018 auch noch unproblematisch möglich gewesen.

18 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

19 Das Gericht hat Beweis erhoben gemäß Beschluss vom 24.09.2019. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 11.02.2020 verwiesen.

► **II. Aus den Gründen:**

20 Die Klage ist im erkannten Umfang begründet.

21 Die Klägerin hat gegen den Beklagten Anspruch auf Schadenersatz aus § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO.

22 Durch seine Äußerung im Beurkundungstermin vom 19.07.2017, auf die Klägerin träfe die Steuerpflicht für Veräußerungsgewinne aus privaten Grundstücksgeschäften nicht zu, hat der Beklagte eine ihn treffende Amtspflicht verletzt.

23 Zwar ist der Notar regelmäßig nicht nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG aufgrund seiner Pflicht zur Rechtsbelehrung oder seiner allgemeinen Betreuungspflicht aus § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO gehalten, auf steuerrechtliche Folgen des beurkundeten Geschäfts hinzuweisen. Denn diese gehören typischerweise nicht zum Inhalt eines Kaufvertrages selbst, sondern ergeben sich kraft Gesetzes als Folgen daraus. Eine sichere Beurteilung der steuerlichen Folgen wird dem Notar allein aufgrund der Beurkundung ebenso wenig möglich sein wie die Klärung der für die Beurteilung maßgeblichen tatsächlichen Verhältnisse des Einzelfalls mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln. Der Notar ist nicht verpflichtet, Tatsachen zu ermitteln, die für das mögliche Eingreifen von Steuertatbeständen von Bedeutung sein können. Im Bedarfsfalle müssen sich die Beteiligten über Steuerfragen von Fachkräften gesondert beraten lassen. Jedoch kann eine erweiterte Belehrungspflicht im Hinblick auf eine in besonderen Umständen des Einzelfalls wurzelnde, den Beteiligten unbewusste steuerliche Gefahrenlage bestehen, wenn der Notar diese erkennt oder zumindest erkennen kann. Inhalt und Umfang der Belehrungspflicht hängen davon ab, wie konkret der Notar die drohenden steuerlichen Folgen kennt. Kennt er sie positiv, muss er davor warnen. Kennt er sie zwar nicht, muss er aber annehmen, dass das geplante Geschäft von

allen Beteiligten wegen mangelnder Kenntnis der Rechtslage nicht erkannte und nicht gewollte steuerliche Auswirkungen haben könnte, muss er empfehlen, die steuerliche Seite von einem Fachmann überprüfen zu lassen. Der Umfang der Belehrungspflicht richtet sich auch danach, ob die Beteiligten einer notariellen Beurkundung geschäftsgewandt und einschlägig beraten sind (BGH, Urteil vom 20. September 2007 – III ZR 33/07 –, Rn. 10 m.w.N., juris). Das gilt insbesondere für das Entstehen der sogenannten Spekulationssteuer (BGH, Urteil vom 13. Juni 1995 – IX ZR 203/94 –, Rn. 10 m.w.N., juris). Auf die Möglichkeit der Versteuerung eines Spekulationsgewinns (§ 2 Abs. 1 Nr. 7, § 22 Nr. 2, § 23 Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 4 EStG), die den Rechtssuchenden weithin unbekannt ist, muss der Notar grundsätzlich hinweisen, wenn er vor oder während der Beurkundung des Kaufvertrages davon Kenntnis erhält, dass der Verkäufer das Grundstück vor weniger als zwei Jahren erworben hat und die Anschaffungskosten unter dem Verkaufspreis liegen (BGH, Urteil vom 10. November 1988 – IX ZR 31/88 –, Rn. 10, juris). Auch kann ein objektiver Anlass für die Besorgnis, ein Beteiligter habe das Risiko der Steuerpflichtigkeit nicht erkannt, darin liegen, dass der Notar hiernach gefragt wird (BGH, Urteil vom 13. Juni 1995 – IX ZR 203/94 –, Rn. 11, juris).

24 Es konnte dahinstehen, ob für den Beklagten vorliegend Anlass zu einer ungefragten Information oder gar Warnung der Klägerin bestand, der die grundsätzliche Steuerpflichtigkeit privater Veräußerungserlöse aus Immobiliengeschäften unstreitig bekannt war, oder ob er die Klägerin zusätzlich darüber aufklären musste, dass es darauf ankam, ob zwischen den für Anschaffung und Veräußerung maßgeblichen Zeitpunkten des jeweiligen Verpflichtungsgeschäfts (vgl. *Haug/Zimmermann*, Die Amtshaftung des Notars, 4. Aufl., Rn. 561) mehr als zehn Jahre lagen.

25 Ebenso wenig kam es für die Entscheidung darauf an, ob der Beklagte im vorliegenden Fall Kenntnis von den Umständen hatte, aufgrund derer der von der Klägerin beabsichtigte Vertrag eine Steuerpflichtigkeit des Veräußerungserlöses nach sich zog, und ob er verpflichtet war, sich diese Kenntnis zu verschaffen, insbesondere durch Einsichtnahme in das Grundbuch (vgl. auch hierzu BGH, Urteil vom 13. Juni 1995 – IX ZR 203/94 –, Rn. 13f., juris).

26 Auch ohne eine allgemeine Pflicht zur Belehrung über steuerrechtliche Fragen kann sich eine solche daraus ergeben, dass der Notar im Zusammenhang mit dem beurkundeten Rechtsgeschäft über steuerrechtliche Fragen berät und dabei eine unrichtige, unklare oder nicht erkennbar unvollständige Auskunft erteilt (BGH, Urteil vom 05. November 1982 – V ZR 217/81 –, Rn. 15 m.w.N.; Urteil vom 20. September 2007 – III ZR 33/07 –, Rn. 16, juris).

27 So liegt der Fall hier. Unstreitig hatte der Beklagte in den von ihm entworfenen und beurkundeten Vertrag den Passus aufgenommen: „Der Notar hat keine steuerliche Beratung vorgenommen; er hat lediglich auf die Steuerpflicht privater Veräußerungsgeschäfte innerhalb von 10 Jahren hingewiesen.“ Darüber hinaus hat er nach eigenem Bekunden standardmäßig eine Erläuterung dahingehend vorgenommen, dass er die Vertragsparteien bzw. die Klägerin darüber informiert habe, dass unter den gesetzlichen Voraussetzungen eine Steuerpflichtigkeit zum persönlichen Einkommenssteuersatz anfallen könne.

28 Nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme steht zudem zur Überzeugung der Kammer fest, dass der Beklagte an dieser Stelle von sich aus eine Bemerkung getätigt hat, wonach die Klägerin von der Steuerpflichtigkeit nicht betroffen sei. Dies haben die Zeugen S und L übereinstimmend glaubhaft bekundet.

29 Nach der Aussage der Zeugin S hat der Beklagte die Klägerin nach dem Verlesen der die Steuerpflicht betreffenden Passage darauf hingewiesen, dass die Klägerin von der Steuer befreit sei. Sinngemäß habe der Beklagte geäußert, das würde die Klägerin nicht betreffen, weil die Frist ja abgelaufen sei.

30 Der Zeuge L hat bekundet, der Beklagte habe im Zusammenhang mit der Verlesung des Hinweises bezüglich der Spekulationssteuer sinngemäß gegenüber der Klägerin geäußert: „Das trifft ja dann auf sie nicht zu.“ Weiter sei ein Verweis darauf erfolgt, dass das Datum des Verkaufs der Wohnung außerhalb der Zehnjahresfrist liegen würde. Die Klägerin habe hier nicht etwa nachgefragt, sondern der Beklagte habe die Äußerung von sich aus getätigt.

31 Auch wenn sich beide Zeugen nicht erinnern konnten, dass – wie von der Klägerin behauptet – der prägnante Begriff „Punktlandung“ gefallen war, so waren die Aussagen doch detailreich und lebensnah und frei von inneren sowie Widersprüchen zueinander. Es spricht auch nicht gegen die Glaubhaftigkeit, dass sich beide Zeugen noch an diesen für sie unwichtigen Punkt erinnerten. Insbesondere die Zeugin S hat dies plausibel damit erklärt, dass es für sie als Französin neu gewesen sei, dass es in Deutschland eine Steuer auf Erlöse aus Grundstücksverkäufen gebe, was sie auf dem Nachhauseweg noch mit dem Zeugen L erörtert habe. Dieser hatte insgesamt eine recht präzise Erinnerung an die Verhandlungen, was angesichts der mit dem Wohnungskauf verbundenen wirtschaftlichen Bedeutung auch nachvollziehbar ist.

32 Die Zeugenaussagen sind auch nicht durch die Aussage des als Partei vernommenen Beklagten erschüttert worden. Dieser hatte an die fragliche Beurkundung keine konkrete Erinnerung mehr. Soweit er seine übliche Vorgehensweise geschildert hat, stand dies nicht im Wider-

spruch zu den Bekundungen der Zeugen S und L. Ob es an der Stelle betreffend die Steuerpflicht zu einer Diskussion gekommen war, wusste der Zeuge nicht mehr. Dass er in diesem Fall weiter in die Thematik eingestiegen wäre, mag sein, schließt aber nicht aus, dass der Beklagte zuvor die von den Zeugen wiedergegebene Äußerung getätigt hatte, aufgrund derer es für die Klägerin dann gerade keinen Anlass zu weiteren Nachfragen gab.

33 Dass die so erteilte Auskunft falsch war, weil zwischen der Beurkundung des Ankaufs- und des Verkaufsgeschäftes noch keine zehn Jahre verstrichen waren, ist zwischen den Parteien letztlich unstreitig geblieben.

34 Dem Beklagten fällt auch ein Verschulden zur Last, denn hinsichtlich der die Steuerpflicht begründenden Tatsachen und der Unkenntnis des Gefährdeten genügt entsprechend der allgemeinen Grundsätze auch fahrlässige Unkenntnis des Notars (Staudinger/Hertel (2017) Beurkundungsgesetz, Rn. 516 m.w.N.). Die fehlerhafte Auskunft lässt sich nur damit begründen, dass der Beklagte die ihm zur Verfügung stehenden Informationen und Unterlagen nicht sorgfältig genug daraufhin ausgewertet hat, ob der Zehnjahreszeitraum bereits abgelaufen war, oder er hat die Aussage zur nicht bestehenden Steuerpflichtigkeit gänzlich „ins Blaue hinein“ getroffen.

35 Die Pflichtverletzung ist kausal für den der Klägerin entstandenen Schaden geworden. Als „Schaden“ im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes kommt auch das Entstehen einer Steuerpflicht in Betracht (BGH, Urteil vom 05. November 1982 – V ZR 217/81 –, Rn. 15 m.w.N., juris).

36 Hat sich der Beklagte in dem Sinne geäußert, für die Klägerin träfe der Hinweis auf die Spekulationssteuer nicht zu, konnte und durfte sie dies vom objektiven Empfängerhorizont so verstehen, dass der Beklagte die Frage anhand der ihm vorliegenden Informationen geprüft und aufgrund seiner – gegenüber der Klägerin überlegenen – Sachkunde verneint hatte.

37 Hätte der Beklagte die Äußerung nicht getätigt, hätte die Klägerin diesbezüglich nochmals nachgefragt, was die Verpflichtung des Beklagten nach sich gezogen hätte, eine zutreffende Auskunft zu erteilen oder aber darauf zu verweisen, dass er die Frage nicht beantworten könne und die Klägerin sich anderweitig beraten lassen müsse. In beiden Fällen wäre der Kaufvertrag am 19.07.2017 nicht beurkundet worden. Dass der Vertrag auch ohne die fehlerhafte Aussage des Beklagten zustande gekommen wäre, kann ausgeschlossen werden.

38 Insofern bedurfte es letztlich keiner Entscheidung, welche Partei insofern die Beweislast trägt, wenngleich die Kammer der Ansicht ist, dass die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens für die Klägerin streitet. Danach ist derjenige, der Beratungspflichten verletzt,

beweispflichtig dafür, dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten entstanden wäre.

39 Der Zweck von Aufklärungspflichten, die dazu bestimmt sind, den Vertragsgegner zu einer eigenen Entscheidung über Maßnahmen zu bewegen, durch die ihm möglicherweise Schaden droht, besteht auch darin, Klarheit darüber zu schaffen, ob der Vertragsgegner, wenn ihm das jeweilige Risiko in seiner ganzen Tragweite bewusst gemacht wird, trotzdem an der ins Auge gefassten Maßnahme festhalten, oder ob er von ihr Abstand nehmen will. Die Aufklärung soll also gerade die in Fällen dieser Art häufig auftretende Beweisnot beseitigen, die darin besteht, dass sich nachträglich nur schwer mit der erforderlichen Zuverlässigkeit beurteilen lässt, wie der Betroffene bei rechtzeitiger Kenntnis von etwaigen schadendrohenden Umständen gehandelt hätte. Dem vorzubeugen, ist einer der Zwecke der Pflicht zur Aufklärung (BGH, Urteil vom 05. Juli 1973 – VII ZR 12/73 –, BGHZ 61, 118-124, Rn. 19).

40 Dem Ersatzberechtigten wäre wenig damit gedient, wenn er seinen Vertragsgegner zwar an sich aus schuldhafter Verletzung einer solchen Hinweispflicht in Anspruch nehmen könnte, aber regelmäßig daran scheitern würde, dass er den meist schwer zu führenden Beweis nicht erbringen konnte, wie er auf den Hinweis reagiert hätte, wenn er gegeben worden wäre. Der Aufklärungspflichtige dagegen hätte nicht viel zu befürchten, wenn er bei Verletzung seiner Hinweispflicht sich darauf zurückziehen dürfte, dass kaum zu beweisen sei, was der andere Teil auf den Hinweis hin getan hätte. Damit würde der mit der Aufklärungspflicht verfolgte Schutzzweck verfehlt. Die besondere Interessenlage der beteiligten Vertragspartner erfordert deshalb, dass in diesen Fällen derjenige, der die vertragliche Hinweispflicht verletzt, auch das Risiko der Unaufklärbarkeit des Ursachenzusammenhangs zumindest insoweit trägt, als in Frage steht, wie der andere Teil gehandelt hätte, wenn er pflichtgemäß ins Bild gesetzt worden wäre (BGH, Urteil vom 05. Juli 1973 – VII ZR 12/73 –, BGHZ 61, 118-124, Rn. 20 m.w.N.).

41 Diese Erwägungen lassen sich ohne weiteres auf den vorliegenden Fall einer überobligatorischen, aber unzutreffenden Auskunft übertragen, denn auch hier befindet sich die Klägerin in einer typischen Beweisnot bezüglich ihres Verhaltens bei unterstellt zutreffender oder zumindest unterbliebener fehlerhafter Auskunft.

42 Die Gegenansicht wird damit begründet, dass selbst im Falle eines pflichtwidrig unterbliebenen Hinweises nicht zwingend davon auszugehen sei, dass die Beurkundung bei pflichtgemäßer Belehrung verschoben worden wäre. Der Anfall der Steuer lasse nicht den Schluss zu, dass die Verschiebung die einzig vernünftige Handlungsweise für den Veräußerer wäre. Vielmehr könne das Ge-

schäft trotz Besteuerung durchaus sinnvoll sein. Daher habe der Anspruchsteller im Haftungsprozess darzulegen und zu beweisen, dass er die Beurkundung bei einem Hinweis des Notars auf den möglichen Anfall von Spekulationssteuer verschoben hätte (*Haug/Zimmermann*, Die Amtshaftung des Notars, 4. Aufl., Rn. 562).

43 Dies überzeugt jedenfalls im hier zu entscheidenden Fall nicht, in dem die Beurkundung des Verkaufs lediglich um drei Wochen hätte verschoben werden müssen, um den Anfall der Steuerbelastung zu vermeiden, zumal kein Anhaltspunkt dafür besteht, warum der Kaufvertrag bereits am 19.07.2017 abgeschlossen werden musste. Eine finanzielle Notlage der Klägerin ist nicht dargetan, und die Käufer, die die Wohnung ohnehin schon bewohnten, wären nach eigenem Bekunden zu der kurzen Verschiebung bereit gewesen.

44 Selbst wenn jedoch davon ausgegangen wird, die Klägerin müsste den Kausalitätsbeweis führen, hält die Kammer ihre Aussage für überzeugend, wonach sie im Beurkundungstermin nach dem Verlesen der Passage betreffend die Steuerpflichtigkeit von Veräußerungserlösen nochmals nachgefragt hätte, hätte der Beklagte nicht von sich aus die betreffende Äußerung getätigt. Es handelte sich um eine Thematik, die der Klägerin allgemein bekannt war, und sie hatte sich diesbezüglich seinerzeit nicht anderweitig beraten lassen. Dass sie trotz der ihr bereits vorab seitens des Büros des Beklagten erteilten Informationen diesen im Beurkundungstermin „sicherheitshalber“ nochmals persönlich befragt hätte, erscheint angesichts dessen, dass seit dem Kauf der Wohnung noch keine ganzen zehn Jahre vergangen waren, sowie des mit der Steuerbelastung verbundenen hohen Risikos absolut plausibel.

45 Der Beklagte kann sich nicht auf § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO berufen. Das Bestehen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit als negative Anspruchsvoraussetzung ist zwar von dem Anspruchsteller auszuräumen (*BeckOK BNotO/Schramm*, 3. Ed. 1.8.2020, BNotO § 19 Rn. 142). Die Klägerin hat indessen substantiiert vorgetragen, warum sie erst ab April 2018 die Unterstützung eines Steuerberaters in Anspruch genommen hat, während sie vorher ihre Steuererklärungen selbst angefertigt hat. Dem ist der Beklagte nicht erheblich entgegen getreten. Einfaches Bestreiten genügt insofern nicht mehr; es hätte zumindest der Darlegung bedurft, aufgrund welcher Umstände davon auszugehen sei, dass die Klägerin auch schon im Vorfeld des in Rede stehenden Grundstücksverkaufs steuerlich beraten war. Ohne nähere Angaben stellt sich das diesbezügliche Vorbringen des Beklagten als spekulativ dar.

46 Entsprechend verhält es sich, soweit sich der Beklagte auf den Haftungsausschluss des § 839 Abs. 3 BGB beruft, der über § 19 Abs. 1 Satz 3 BNotO auch für die Notar-

haftung gilt (BeckOK BNotO/Schramm, 3. Ed. 1.8.2020, BNotO § 19 Rn. 146). Welchen Erfolg die Klägerin mit Rechtsbehelfen gegen den Steuerbescheid für 2017 hätte erzielen können, wird nicht konkret mitgeteilt, obwohl sie sämtliche Steuerunterlagen vorgelegt hatte.

47 Ob daneben noch Raum für eine Anwendung des § 254 BGB war (vgl. BeckOK BNotO/Schramm, 3. Ed. 1.8.2020, BNotO § 19 Rn. 147), konnte erneut dahinstehen. Der Beklagte hat nicht substantiiert dargelegt, auf welche Weise der eingetretene Schaden noch hätte beseitigt oder zumindest verringert werden können. Insbesondere ist nicht dargetan, dass die Erwerber an einer nachträglichen Aufhebung des Kaufvertrages mit anschließendem Neuabschluss mitgewirkt hätten.

48 Die mit den Schriftsätzen vom 25.05. und 17.07.2020 vorgelegte Schadensberechnung, die auf einem Vergleich zwischen den Vermögenslagen mit und ohne das schädigende Ereignis beruht, hält die Kammer für schlüssig. In welchen Punkten diese unrichtig sein soll, hat der Beklagte danach nicht mehr erheblich vorgetragen. Dass bei dem Verkauf einer Eigentumswohnung 10.000,-- € auf eine mitverkaufte Einbauküche und Einbauschränke entfallen, ist jedenfalls nicht unrealistisch, so dass dieser Betrag nicht dem Anschaffungspreis hinzuzurechnen war. Die weiteren 8.117,-- € wirkten sich sogar schadensmindernd aus, und die Erwerbsnebenkosten sind unstreitig geblieben. Für die Richtigkeit spricht schließlich auch, dass der Betrag von 112.576,-- € vom Finanzamt im Rahmen der Prüfung der Einkommensteuererklärung anerkannt worden ist.

Kostenfestsetzungsverfahren im Beschwerdeverfahren nach § 15 Abs. 2 BNotO; Terminsgebühr bei Entscheidung des Beschwerdegerichts ohne mündliche Verhandlung

FamFG § 68 Abs. 3 S. 2; BNotO § 15 Abs. 2; ZPO § 104; RVG VV Nr. 3014 Abs. 1 Nr. 1

1. Bei einer Beschwerde gem. § 15 Abs. 2 S. 1 BNotO gegen eine Tätigkeit eines Notars ist das Landgericht Beschwerdeinstanz (§ 15 Abs. 2 S. 2 BNotO).
2. Die Entscheidung über die Festsetzung der anwaltlichen Kosten in einem Beschwerdeverfahren nach § 15 Abs. 2 BNotO trifft nicht der Notar, sondern der Rechtspfleger beim Landgericht. Gegen dessen Entscheidung ist die Erstbeschwerde gem. § 85 FamFG i.V.m. § 104 Abs. 3 S. 1 ZPO zum Oberlandesgericht statthaft.

3. Entscheidet das Beschwerdegericht in einem Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit gem. § 68 Abs. 3 S. 2 FamFG ohne mündliche Verhandlung, so entsteht für den Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten keine Terminsgebühr.

OLG Köln, Beschl. v. 18.12.2020 – 2 Wx 300/20

I. Tatbestand:

1 Durch Beschluss vom 03.07.2020 hat das Landgericht Köln die Beschwerde der Beteiligten zu 1) vom 07.10.2019 gegen den Vorbescheid des Notars N. vom 05.09.2019 ohne Durchführung eines Gerichtstermins zurückgewiesen und die Gerichtskosten sowie die notwendigen Auslagen der Beteiligten zu 2) der Beteiligten zu 1) auferlegt (Bl. 169 ff. d.A.).

2 Mit Antrag vom 27.07.2020 hat die Beteiligte zu 2) Festsetzung von Kosten in Höhe von 4.352,78 € nebst Zinsen beantragt, und zwar ausgehend von einem Streitwert von 78.000,00 € eine 1,6 Verfahrensgebühr Nr. 3200 VV RVG in Höhe von 2.132,80 €, eine 1,2 Terminsgebühr Nr. 3202 VV RVG in Höhe von 1.599,60 €, eine Pauschale Nr. 7002 VV RVG in Höhe von 20,00 € sowie Umsatzsteuer gem. Nr. 7008 VV RVG in Höhe von 600,38 € (B. 186 d.A.). Die Entstehung der Terminsgebühr hat die Beteiligte zu 2) damit begründet, dass die Entscheidung des Beschwerdegerichts gem. §§ 68 Abs. 3 S. 1, 113 FamFG, 128 ZPO vorsehe, dass ein Gerichtstermin statfinde.

3 Durch Beschluss vom 09.10.2020 hat der Rechtspfleger des Landgerichts antragsgemäß außergerichtliche Kosten der Beteiligten zu 2) in Höhe von 4.352,78 € nebst Zinsen gegen die Beteiligte zu 1) festgesetzt (Bl. 194 d.A.).

4 Gegen diesen der Beteiligten zu 1) am 22.10.2020 zugestellten Beschluss hat diese mit am 05.11.2020 beim Landgericht Köln eingegangenen Schriftsatz vom 27.10.2020 sofortige Beschwerde eingelegt (Bl. 205 f. d.A.). Sie hat vorgetragen, dass ein Termin nicht stattgefunden habe und auch § 128 ZPO nicht einschlägig sei. Eine Terminsgebühr sei daher nicht entstanden.

5 Die Beteiligte zu 2) ist der sofortigen Beschwerde mit Schriftsatz vom 17.11.2020 entgegengetreten.

6 Durch Beschluss vom 24.11.2020 hat der Rechtspfleger des Landgericht Köln der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Köln zur Entscheidung vorgelegt (Bl. 212 d.A.).

II. Aus den Gründen:

7 Die sofortige Beschwerde gegen den Kostenfestsetzungsbeschluss des Rechtspflegers des Landgerichts ist

statthaft gem. §§ 15 Abs. 2 S. 3 BNotO, 85 FamFG, 104 Abs. 3 S. 1, 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, 11 Abs. 1 RPfFG und auch im Übrigen zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt worden (§ 569 ZPO). Das Oberlandesgericht ist für die Entscheidung über die sofortige Beschwerde gegen den Kostenfestsetzungsbeschluss auch sachlich zuständig gem. § 119 Abs. 1 Nr. 2 GVG. Zwar wäre gegen die Beschwerdeentscheidung des Landgerichts in der Hauptsache im vorliegenden Fall nicht die sofortige Beschwerde zum Senat, sondern – im Falle ihrer Zulassung – nur die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof statthaft (§§ 15 Abs. 2 S. 3 BNotO, 70 Abs. 1 FamFG). Indes hat das Landgericht über die Kostenfestsetzung nicht als Beschwerdegericht entschieden, sondern gem. § 104 Abs. 1 S. 1 ZPO als die erste mit der Sache befassten Instanz (Keidel/Weber, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 85 Rn. 8 m.w.N.; Senat, FGPrax 2008, 216 für das Bundesamt für Justiz). Denn der Notar ist kein Gericht im Sinne des § 104 Abs. 1 S. 1 ZPO. Hier liegt daher eine Erstbeschwerde vor, so dass der Rechtsmittelzug des Kostenfestsetzungsverfahrens der Zivilprozessordnung zur Anwendung gelangt und das Oberlandesgericht zur Entscheidung über diese Erstbeschwerde gegen den Beschluss des Landgerichts zuständig ist (Zöller/Herget, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 104 Rn. 20; im Ergebnis ebenso: BGH NJW-RR 2011, 286, 287).

8 Der Einzelrichter des Senats, der gem. § 568 S. 1 ZPO für die Entscheidung über die Beschwerde grundsätzlich zuständig ist, weil die angefochtene Entscheidung von einem Rechtspfleger erlassen wurde, überträgt das Verfahren dem Senat zur Entscheidung in seiner im Gerichtsverfassungsgesetz vorgeschriebenen Besetzung, weil die Sache grundsätzliche Bedeutung hat (§ 568 S. 2 Nr. 2 ZPO).

9 Die sofortige Beschwerde, die sich nicht gegen den Kostenfestsetzungsbeschluss vom 09.10.2020 insgesamt, sondern nur gegen die Festsetzung der Terminsgebühr richtet, hat auch in der Sache Erfolg. In dem angefochtenen Kostenfestsetzungsbeschluss ist die Terminsgebühr gem. Nr. 3202 VV RVG nebst Umsatzsteuer zu Unrecht in Ansatz gebracht worden.

10 Da das Beschwerdegericht einen Termin zur mündlichen Verhandlung nicht durchgeführt hat, kommt eine

unmittelbare Anwendung von Nr. 3202 VV RVG nicht in Betracht. Zwar kann eine Terminsgebühr auch unter den Voraussetzungen der Nr. 3104 VV RVG, auf die Nr. 3202 VV RVG teilweise verweist, entstehen. Nach Nr. 3104 Abs. 1 Nr. 1 VV RVG setzt dies jedoch voraus, dass in einem Verfahren, für das mündliche Verhandlung vorgeschrieben ist, im Einverständnis mit den Parteien oder Beteiligten ohne mündliche Verhandlung entschieden worden ist. Diese Voraussetzungen liegen aber nicht vor. Dabei kann dahinstehen, ob für das Verfahren hier eine mündliche Verhandlung vorgeschrieben war. Die Kammer hat jedenfalls ohne mündliche Verhandlung entschieden. Diese Vorgehensweise beruhte aber nicht, wie es für das Entstehen der Terminsgebühr erforderlich gewesen wäre, auf einem Einverständnis der Beteiligten, sondern darauf, dass die Kammer gem. § 68 Abs. 3 S. 2 FamFG von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung abgesehen hat. Nach dieser Bestimmung kann das Beschwerdegericht unter anderem von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung absehen, wenn die weiteren in § 68 Abs. 3 S. 2 FamFG angeführten Voraussetzungen vorliegen. Von einer Zustimmung der Beteiligten ist diese Vorgehensweise nicht abhängig.

11 Für die Entscheidung über die Festsetzung oder Nichtfestsetzung der Terminsgebühr ist es unerheblich, ob das Beschwerdegericht mit Recht von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung nach § 68 Abs. 3 S. 2 FamFG abgesehen hat. Für die Frage, welche Gebühren entstanden sind, kommt es allein darauf an, wie das Verfahren tatsächlich durchgeführt worden ist, und nicht darauf, wie es verfahrensrechtlich richtig gewesen wäre. Für die anderenfalls erforderliche Überprüfung des Verfahrens auf seine prozessuale Ordnungsgemäßheit ist das Kostenfestsetzungsverfahren weder bestimmt noch geeignet (OLG Naumburg JurBüro 2013, 306; Keidel/Sternal, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 68 Rn. 111).

12 Die Terminsgebühr nebst Umsatzsteuer in Höhe von insgesamt 1.855,53 € ist daher abzusetzen. Es sind nur Kosten in Höhe von 2.497,25 € zu erstatten. Der Kostenfestsetzungsbeschluss ist entsprechend abzuändern, der Kostenfestsetzungsantrag teilweise zurückzuweisen.

ERBRECHT

Erbrecht, hier: Voraussetzungen und Grenzen der Anwendung der Zweifelsregelung des § 2166 BGB

BGB § 119 Abs. 2, § 426 Abs. 1, § 1954 Abs. 1, § 1957 Abs. 1, § 2032, § 2166

Amtliche Leitsätze:

1. § 2166 BGB ist auch dann entsprechend auf die mit einer Grundschuld an einem vermachten Grundstück gesicherte Darlehnsforderung anzuwenden, wenn das Darlehen zur Erwerbsfinanzierung eines anderen Grundstücks genutzt worden ist.
2. Die Zweifelsregel des § 2166 BGB greift nicht ein, wenn ein entgegengesetzter Wille des Erblassers erwiesen ist (Anschluss an OLG Hamm, Beschluss vom 6.12.2007, BeckRS 2009, 87887).
3. Ein die Anfechtung der Annahme einer Erbschaft rechtfertigender Grund kann auch darin liegen, dass der anfechtende Miterbe davon ausgeht, dass eine zur Überschuldung des Nachlasses führende Nachlassverbindlichkeit infolge von § 2166 BGB von dem anderen Miterben allein zu tragen ist.
4. Die bloße schriftliche Erklärung des ein Testament des Erblassers beurkundenden Notars zu den Vorstellungen des Erblassers bei dessen Abfassung kann unter Umständen nicht ausreichend sein, um dem Anfechtungsberechtigten die hinreichende Kenntnis von den Umständen zu vermitteln, die auf eine Überschuldung des Nachlasses schließen lassen (hier: Entfallen der Zweifelsregelung des § 2166 BGB infolge entgegenstehenden Willens des Erblassers).
5. Der Anfechtungsberechtigte ist in diesem Fall auch nicht gehalten, zur Wahrung der Anfechtungsfrist eine sog. Eventualanfechtung zu erklären, weil es sich bei der Frage des Erblasserwillens nicht um eine Rechtsbeziehung handelt.

OLG Bremen (5. Zivilsenat),
Urteil vom 19.11.2020 – 5 U 22/20

► I. Tatbestand:

1 Die Parteien sind je zu ½ die alleinigen Erben ihrer am 29.12.2015 verstorbenen Mutter [...] (Erblasserin). In deren von dem Notar S. beurkundeten Testament vom 21.04.2015 (Anl. K 1 = Bl. 8 d.A.) hatte diese die Parteien zu gleichen Teilen als Erben eingesetzt und zudem unter

Ziffer III. in einem Vorausvermächtnis verfügt:

„Mein Hausgrundstück (Mehrfamilienhaus) in B., A.-straße, eingetragen im Grundbuch..., einschließlich darauf ruhender Belastungen erhält im Wege des Vorausvermächtnisses mein Sohn, Herr H.H.S.) geboren... wohnhaft... Diese Vermächtnisanordnung erfolgt vor dem Hintergrund, dass meine Tochter bereits zu Lebzeiten das Hausgrundstück (Einfamilienhaus) W.-Straße, B., ... lastenfrei erhalten hat.“

2 Das erwähnte Haus in der W-Str., das von der stark sehbehinderten Erblasserin über lange Jahre mit ihrem 2012 verstorbenen Lebenspartner bewohnt worden war, hatte die Beklagte im Jahre 2013 zu einem Kaufpreis von 160.000,00 € erworben. Finanziert wurde der Kaufpreis durch ein von der Erblasserin bei der X-Bank in B. aufgenommenes Darlehen mit einer Valuta von 170.000,00 €, welches die Erblasserin bediente, die auch die Nebenkosten des Erwerbs übernahm. In diesem Zusammenhang gewährte die Beklagte der Erblasserin ein Wohnrecht, welches diese bis zu ihrem Tode auch in Anspruch nahm. Besichert wurde das Darlehen über eine Buchgrundschuld mit einem Betrag von 170.000,00 €, die an dem Objekt A.-str. 121 eingetragen wurde (Abt. III lfd. Nr. 14). Nach dem Tode der Erblasserin übertrug die Beklagte dem Kläger in Erfüllung des Vorausvermächtnisses das Eigentum an dem Grundstück A.-str.; der Wert des Grundstücks wurde dabei mit 280.000,00 € angegeben (vgl. Anl. B 1 = Bl. 45 ff. d.A.). Der Kläger löste die Grundschuld durch Zahlung von insgesamt 184.471,19 € ab. Ausweislich eines vom Kläger vorgelegten Nachlassverzeichnisses belief sich der Aktivnachlass (unter Einbeziehung einer zwischen den Parteien strittigen Darlehnsforderung auf 20.123,65 € und der Passivnachlass (unter Einbeziehung der Darlehnschuld gegenüber der X-Bank) auf 175.614,67 € (vgl. Anl. K 2 = Bl. 11 d.A.).

3 Der Kläger hat die Beklagte als Miterbin auf Zahlung der Hälfte des Darlehnsbetrages (und – nur in erster Instanz – auf die Rückzahlung eines ihr angeblich gewährten Darlehns) in Anspruch genommen. Die Beklagte hat mit notariell beglaubigtem Schreiben vom 19.08.2019 (Anlage B 4 = Bl. 178f. d.A.) gegenüber dem zuständigen Nachlassgericht die Anfechtung der Annahme der Erbschaft nach ihrer Mutter sowie deren Ausschlagung wegen Irrtums mit der Begründung erklärt, dass sie im Hinblick auf den Verlauf des Rechtsstreits davon ausgehen müsse, dass der Nachlass überschuldet sei, was sie bei Annahme der Erbschaft nicht gewusst habe.

4 Der Kläger hat vorgetragen, die Erblasserin habe nicht gewollt, dass mit dem Eigentum am belasteten Vermächtnisgrundstück auch die durch die Grundschuld besicherte persönliche Darlehnschuld im Verhältnis zur Erbengemeinschaft auf ihn habe übergehen sollen. Das Vermächtnis habe ein Ausgleich dafür sein sollen, dass die Beklagte

bereits das Hausgrundstück in der W-Straße lastenfrem erhalten habe. Diese Anordnung habe dabei unter der Maxime der Erblasserin gestanden, beide Parteien gleichmäßig zu bedenken. Da die beiden Grundstücke jeweils in etwa den gleichen Wert hätten, sei folgerichtig der Begriff „dar- auf beruhender Belastungen“ dahingehend zu verstehen, dass er, der Kläger, wie schon die Beklagte, das Grundstück A-straße lastenfrem von persönlichen Schulden habe erwerben sollen, diese also von beiden Parteien zu gleichen Teilen hätten getragen werden sollen. Die Anfechtung hat der Kläger für unbegründet und verfristet gehalten.

5 Der Kläger hat – soweit für die Berufung von Bedeutung – erstinstanzlich beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn, den Kläger, € 92.235,59 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf € 6.492,93 seit Rechtshängigkeit der Klage vom 12.10.2017 und übrigen seit Rechtshängigkeit der Klage vom 04.12.2018 sowie die Beklagte zu verurteilen, an ihn, den Kläger, vorgerichtlich entstandene Kosten von € 2.554,93 zu zahlen.

6 Die Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt.

7 Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, der Kläger habe mit dem Erwerb des vermachten Grundstücks nicht nur die dingliche Last, sondern auch die durch sie besicherte Schuld übernommen; jedenfalls aber die Verpflichtung, sie von dieser Schuld zu befreien. Dies ergebe der klare Wortlaut der Regelung. Sollte man aber das Testament in diesem Punkte für unklar halten, so ergebe sich die „Übernahme“ der persönlichen Schuld jedenfalls aus der „Zweifelsfall“-Regelung der §§ 1192, 2166 Abs. 1 BGB. Es werde bestritten, dass die Erblasserin die persönliche Schuld nicht mit dem Vermächtnisgrundstück und der darauf ruhenden dinglichen Last auf den Kläger habe übergehen lassen wollen. Zutreffend sei zwar, dass es der Erblasserin darauf angekommen sei, die Parteien gleichmäßig zu bedenken. Dies erfordere aber nicht die Verlagerung der Darlehensschuld auf die Erbengemeinschaft, denn dann bliebe unberücksichtigt, dass der Wert des Grundbesitzes in der W-Str. mit 146.000,00 € (2012) ganz erheblich hinter dem des Grundstücks A-str. zurückbleibe, den die Beklagte auf 360.000,00 € schätzt. Jedenfalls sei sie aber durch die von ihr erklärte Anfechtung der Erbschaftsannahme aus der Erbengemeinschaft ausgeschieden. Die Annahme der Erbschaft sei in Unkenntnis der Tatsache erfolgt, dass der Nachlass überschuldet sei. Diese Unkenntnis beruhe auf der Tatsache, dass sie nach dem Inhalt des Vermächtnisses davon habe ausgehen müssen, dass das X-Bank-Darlehen von dem Kläger übernommen worden sei. Erst im Laufe dieses Rechtsstreits hätte sich herausgestellt, dass das Gericht in diesem Punkt eine andere Auffassung vertreten wolle.

8 Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen S.(Notar), B., G. und Sch.. Wegen des

Ergebnisses der erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme nimmt der Senat Bezug auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 15.07.2019. Mit dem angefochtenen Urteil vom 16.03.2020 – in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 27.04.2020 – hat das Landgericht der Klage – soweit für die Berufung von Bedeutung – stattgegeben. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei das Gericht davon überzeugt, dass die Erblasserin die Tragung der Darlehensschuld durch die Erbengemeinschaft gewollt habe. Damit könne sich die Beklagte nicht auf die Zweifelsregelung des § 2166 BGB berufen. Die Anfechtung der Beklagten sei verfristet, denn diese habe schon aufgrund des vorprozessual gewechselten Schriftverkehrs davon Kenntnis gehabt, dass der Notar S. mit der Formulierung des Vermächtnisses den vom Kläger behaupteten Willen der Erblasserin umgesetzt habe.

9 Wegen des Sachverhalts einschließlich der von den Parteien gestellten Anträge wird im Übrigen ergänzend auf den Inhalt der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

10 Gegen diese, der Beklagten zu Händen ihres Prozessbevollmächtigten am 25.03.2020 zugestellte Entscheidung hat die Beklagte am 20.04.2020 Berufung eingelegt und diese – nach einmaliger Verlängerung bis zum 25.06.2020 – mit ihrem am 10.06.2020 eingereichten Schriftsatz begründet.

11 Mit ihrer Begründung macht die Beklagte geltend, das Landgericht habe übersehen, dass die Erbengemeinschaft einen Freistellungsanspruch gegen den Kläger im Hinblick auf die bei der X-Bank bestehende Darlehensverbindlichkeit gehabt habe. Das habe auch das Landgericht offenbar zunächst so gesehen, wie der ursprüngliche Einleitungssatz der Gründe belege. Angesichts der auch im Berichtigungsbeschluss offenbarten Zweifel verwundere es, aus welchem Grunde das Gericht nicht die Regelung des § 2166 BGB angewendet habe, wonach der Kläger mit der Grundschuld auch das persönliche Darlehen übernommen habe. Das Landgericht habe nicht hinreichend gewürdigt, dass der Wortlaut des Vermächtnisses eindeutig sei, weil die übernommenen „Belastungen“ selbstverständlich auch die persönliche Schuld der Erblasserin umfassten. Das Landgericht habe aber auch dem Erblasserwillen nicht hinreichend Rechnung getragen. Zutreffend sei zwar davon auszugehen, dass die Erblasserin beide Kinder gleichmäßig habe bedenken wollen. Tatsächlich werde dies aber bei der vom Landgericht bevorzugten Auslegung nicht erreicht, denn die Grundstücke seien, wie die Beklagte schon in erster Instanz unter Beweisanspruch behauptet habe, im Wert erheblich verschieden: das der Beklagten zugewandte Grundstück sei lediglich 160.000,00 € wert, während das dem Kläger zugewandte Objekt einen Wert von ca. 360.000,00 € gehabt habe. Nur wenn man die Übernahme der Darlehens-

schuld durch den Kläger mitberücksichtige, ermäßige sich die Zuwendung an den Kläger auf rd. 180.000,00 € und liege damit nahe am Wert der Zuwendung für die Beklagte. Nicht nachvollziehbar sei auch, aus welchem Grund der Notar das Vermächtnis so unklar formuliert habe, wenn ihm doch die Existenz der Zweifelsregel des § 2166 BGB bekannt gewesen war. Schließlich habe das Landgericht im Hinblick auf die angenommene Versäumung der Anfechtungsfrist nicht erkannt, dass diese noch gar nicht zu laufen begonnen hatte, als die Beklagte die Anfechtung erklärt habe. Notwendig sei die positive Kenntnis vom Anfechtungsgrund; diese habe aber erst in dem Augenblick einer rechtskräftigen Entscheidung eintreten können, mit der über die rechtliche Einordnung der Darlehensschuld als vom Kläger oder der Erbengemeinschaft zu übernehmenden Verbindlichkeit geurteilt werde. Den Angaben des Notars S. in seinem Schreiben vom 18.01.2017 sei so lange keine rechtliche Bedeutung zugekommen, wie sie nicht durch das Gericht als für die Auslegung des Erblasserwillens maßgeblich angesehen worden seien.

12 Die Beklagte beantragt, die Klage unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils abzuweisen.

13 Der Kläger beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

14 Der Kläger verteidigt die angefochtene Entscheidung. Er verweist darauf, dass nach der klaren Regelung des Testaments beide Parteien Erben und damit zur Tragung der von der Erblasserin begründeten Verbindlichkeiten verpflichtet seien. Daran ändere auch die Formulierung des Vermächtnisses nichts, wenn man sie entsprechend dem im Rahmen der Beweisaufnahme festgestellten Erblasserwillen auslege. Für die Anwendung des § 2166 BGB sei daneben kein Raum. Für den Beginn der Anfechtungsfrist komme es entscheidend darauf an, wann der Anfechtende Kenntnis von den für das Bestehen eines Anfechtungsgrundes maßgeblichen Tatsachen habe, wobei die volle Überzeugung vom Bestehen dieses Grundes nicht notwendig sei. Diese Kenntnis sei der Beklagten durch das Schreiben des Notars S. vom 18.01.2017 vermittelt worden, denn darin habe der Notar nicht etwa seine Meinung geäußert, sondern den von ihm ermittelten Erblasserwillen wiedergegeben. Jedenfalls hätte die Beklagte das Schreiben des Notars zum Anlass nehmen müssen, eine sog. Eventualanfechtung zu erklären.

II. Aus den Gründen:

15 Auf die zulässige Berufung der Beklagten ist das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen, weil dem Kläger der von ihm verfolgte Ausgleichsan-

spruch nicht (mehr) zusteht, denn die Beklagte ist nicht (mehr) Miterbin.

16 1. Der vom Kläger verfolgte Ausgleichsanspruch aus § 426 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass beide Parteien Gesamtschuldner hinsichtlich der hier in Rede stehenden Darlehensschuld gegenüber der X-Bank sind. Dieses Gesamtschuldverhältnis folgt aus § 2058 BGB, wenn beide Parteien Miterben sind und es sich um eine gemeinschaftliche Nachlassverbindlichkeit handelt. Nach Ziff. I des Testaments der Erblasserin vom 21.04.2015 waren beide Parteien zu gleichen Teilen zu Miterben eingesetzt worden, sie waren damit gemeinschaftliche Miterben i.S.v. § 2032 BGB. Die Darlehensschuld stellt eine vom Erblasser herührende Verbindlichkeit i.S.v. 1967 Abs. 2 BGB dar, so dass beide Erben hierfür gem. § 1967 Abs. 1 BGB haften. Danach bestand grundsätzlich ein Ausgleichsanspruch des Klägers gegen die Beklagte.

17 Hinsichtlich des Umfangs der Ausgleichspflicht bestimmt § 426 Abs. 1 BGB einen Ausgleich zu gleichen Teilen, soweit nichts anderes bestimmt ist. Eine anderweitige Bestimmung liegt nicht in der testamentarischen Regelung („zu gleichen Teilen“), denn diese führt ebenfalls zum hälftigen beiderseitigen Ausgleich. Soweit die Beklagte darüber hinaus geltend macht, der Kläger müsse diese Verbindlichkeit allein tragen, ist sie hierfür darlegungs- und beweispflichtig (Palandt/*Grüneberg*, 79. Aufl., § 426 Rn. 8).

18 Die Beklagte sieht in der Regelung des Vorausvermächtnisses i.V.m. der Norm des § 2166 BGB eine anderweitige Bestimmung. Nach der Regelung des Vorausvermächtnisses soll der Vermächtnisnehmer die „darauf (auf dem Grundstück A-straße) ruhenden Belastungen“ übernehmen. Mit „Darauf ruhend“ sind ersichtlich die auf dem Grundbesitz lastenden Grundpfandrechte gemeint, was zwischen den Parteien auch nicht im Streit steht. Hinsichtlich einer an einem Grundstück bestellten Hypothek regelt § 2166 BGB, dass der Vermächtnisnehmer, dem ein mit einer Hypothek belastetes Grundstück vermacht wurde, „im Zweifel dem Erben gegenüber zur rechtzeitigen Befriedigung des Gläubigers verpflichtet ist“. Damit haftet der Vermächtnisnehmer in einem solchen Fall auch für die durch die Hypothek gesicherte persönliche Schuld. Gem. § 1192 Abs. 1 BGB gilt § 2166 BGB auch für Grundschulden, sofern sich nicht etwas anderes aus dem Umstand ergibt, dass die Grundschuld eben keine akzessorische Forderung voraussetzt. Nach allgemein vertretener Ansicht haftet der Vermächtnisnehmer im Fall eines vermachten, mit einer Grundschuld belasteten Grundstücks auch für die damit gesicherte persönliche Forderung, sofern es sich um einen typischen Realkredit (Sicherungsgrundschuld) und um die Sicherung einer einzigen, in ihrer Natur und Höhe nach von vorneherein grundsätzlich

festliegenden Forderung handelt, weil in diesem Fall eine der hypothekarischen Sicherung ähnliche Situation besteht (vgl. BGH Urt. v. 22.05.1963, V ZR 112/61 = NJW 1963, S. 1612, MüKoBGB/Rudy BGB § 2166 Rn. 5). Vorliegend handelt es sich bei der hier in Rede stehenden Darlehensschuld um eine typische Sicherungsgrundschuld, die das von der Erblasserin aufgenommene Darlehen sichern sollte. Allerdings weist der vorliegende Fall insoweit eine Besonderheit auf, als die Darlehensvaluta nicht für den Erwerb oder andere, auf das Grundstück „A-straße“ bezogene Zwecke verwendet wurde, sondern zum Erwerb des Grundstücks in der W-Straße. Nach einer durchaus verbreiteten Auffassung soll § 2166 BGB dann nicht auf die mit einer Grundschuld gesicherte Forderung angewendet werden, wenn die abgesicherte Forderung weder in Bezug zum Grundstück steht noch diesem zugutekommt (vgl. Palandt/Weidlich § 2166 Rn. 3 m.w.N.; BeckOGK/Schellenberger, 1.8.2020, BGB § 2166 Rn. 29 m.w.N.; a.A. MüKoBGB/Rudy, 8. Aufl. 2020, BGB § 2166 Rn. 3). Abgeleitet wird diese Auffassung aus § 2166 Abs. 3 BGB, wonach die Regelung des Abs. 1 nicht im Falle einer Höchstbetragshypothek anwendbar ist und es einer der Rechtslage bei der Hypothek ähnlichen Verknüpfung zwischen Forderung und Grundbesitz fehlt. Letzteres ist aber im vorliegenden Fall zu bejahen, denn anders als bei einer Höchstbetragshypothek oder einer Forderung, die in ihrem Bestand einem stetigen Wechsel unterworfen ist, wird lediglich eine einzelne, in ihrem Bestand feststehende Forderung gesichert. Zudem wäre es der Erblasserin auch im Falle einer hypothekarischen Sicherung des aufgenommenen Darlehens möglich gewesen, dieses zum Erwerb des Grundstücks W-Str. zu verwenden. Die Wahl der dinglichen Sicherung steht also hier in keinem Zusammenhang mit der Verwendung des Darlehens, so dass es einer entsprechenden Anwendung von § 2166 Abs. 3 BGB nicht bedarf.

19 Allerdings greift die in § 2166 BGB normierte Zweifelsregel vorliegend nicht ein, weil ein entgegenstehender Wille der Erblasserin erwiesen ist (vgl. OLG Hamm Urt. v. 6.12.2007 – 10 U 37/07, BeckRS 2009, 87887, sub II.1. b) BB) (2)). Sowohl der das Testament beurkundende Notar S. als auch der bei der Beurkundung anwesende Zeuge B. haben bekundet, dass nach dem ihnen gegenüber erklärten Willen der Erblasserin der Kläger das Grundstück A-straße, die Beklagte das Grundstück W-Str. erhalten und die Verbindlichkeiten geteilt werden sollten. Dieses Ergebnis der Beweisaufnahme hat das Landgericht rechtsfehlerfrei gewürdigt; die dagegen erhobenen Bedenken überzeugen den Senat nicht. Insbesondere steht diesem Ergebnis der Einwand der Beklagten, der Wille der Erblasserin, beide Kinder gleichermaßen zu bedenken, werde missachtet, weil es auf diese Weise angesichts

der von der Beklagten behaupteten erheblichen Differenz der Grundstückswerte zu einer deutlichen Ungleichbehandlung komme, nicht entgegen. So kann schon nicht festgestellt werden, dass der Erblasserin die behaupteten Wertunterschiede klar vor Augen standen. Zwar kann unterstellt werden, dass die Erblasserin sich des Grundstückswerts der Immobilie W-Str. bewusst war, weil sie im Juni 2013 – also knapp zwei Jahre vor dem Testament – das für die Finanzierung des Kaufpreises erforderliche Darlehen von 170.000,00 € selbst aufgenommen hatte. Inwieweit sie aber Vorstellungen zum Wert des Grundbesitzes in der A-straße hatte, ist nicht vorgetragen, so dass nicht auszuschließen ist, dass sie den von der Beklagten behaupteten erheblichen Wertunterschied gar nicht realisiert hatte. Die Beklagte kann auch nicht erfolgreich geltend machen, die Darstellung des Zeugen S. sei vor dem Hintergrund unglaublich, dass die von ihm verwendete Formulierung („einschließlich darauf ruhender Belastungen“) im Sinne eines auf die nur dingliche Belastung beschränkten Verständnisses dieses Begriffs überflüssig wäre, weil dingliche Lasten ohnehin kraft Gesetzes übergingen. Das übersieht, dass gerade im Hinblick auf die Verwendung der Darlehensvaluta für ein anderes Grundstück – nämlich die der Beklagten zugewandte W-Str. – der Kläger bei Auslassung dieser Formulierung möglicherweise die Meinung hätte vertreten können, ihm sei das Grundstück A-straße gänzlich lastenfrei zu übereignen.

20 2. Die Beklagte ist indes nicht Miterbin, weil sie die Annahme der Erbschaft wirksam angefochten hat. (§§ 1954, 1957 Abs. 1 BGB).

21 Gem. § 1942 Abs. 1, 1943 u. 1944 Abs. 1 BGB geht die Erbschaft nach Annahme durch den Erben auf diesen über; von der Annahme ist auszugehen, wenn die Erbschaft nicht ausgeschlagen ist; die Frist hierfür beträgt 6 Wochen und beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Erbe von dem Anfall der Erbschaft Kenntnis erlangt hat. Wann dies war, ist nicht dargetan, angesichts der seit dem Erbfall verstrichenen Zeit (29.12.2015) und der Tatsache, dass eine Ausschlagung zeitnah nicht erfolgt ist, ist von der Annahme auszugehen.

22 Die Beklagte hat die Annahme der Erbschaft gem. §§ 1954, 119 Abs. 2 BGB wirksam angefochten, so dass die die Erbschaft als ausgeschlagen gilt (§ 1957 Abs. 1 BGB).

23 Nach ganz h.M. stellt die Überschuldung des Nachlasses eine verkehrswesentliche Eigenschaft i.S.v. § 119 Abs. 2 BGB dar; der Erbe kann also die Annahme der Erbschaft wegen Irrtums gem. § 119 Abs. 2 BGB anfechten, wenn er die Überschuldung nicht bemerkt und er in Kenntnis der Sachlage die Erbschaft ausgeschlagen hätte (vgl. OLG München, Beschluss vom 28.07.2015, 31 Wx 54/15 = FamRZ 2015, S. 2195; OLG Düsseldorf Urt. v.

18.11.1998,, 11 U 49/1998 = ZEV 2000, S. 64; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 16.02.1996, 3 W 260/95 = ZEV 1996, S. 428). Vorliegend ist der Sachverhalt insoweit besonders, als der Beklagten die Überschuldung im Grundsatz bekannt war, sie aber davon ausging, sie trete aufgrund der Regelung im Vorausvermächtnis nicht ein, weil die durch die Grundschuld gesicherte Forderung nur vom Kläger zu befriedigen sei. Der BGH (Urt. v. 8.02.1989, IV a ZR 98/87 = FamRZ 1989, 523) hat hierzu die Auffassung vertreten (a.a.O. juris Rn 12), dass ein Irrtum über die Überschuldung auch vorliegen kann, wenn es um die Belastung des Nachlasses mit einer wesentlichen Verbindlichkeit geht, deren rechtlicher Bestand ungeklärt ist (das war im dortigen Fall ein Vermächtnis, bei dem streitig war, ob es wirksam war; ebenso: Staudinger/Otte (2017) § 1954 BGB Rn. 15 aE; J. Schmidt in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1954 Rn. 5b). Das OLG München (a.a.O.) hat basierend auf dieser Entscheidung die Auffassung vertreten, zu den wertbildenden Faktoren des Nachlasses gehöre auch die Frage, mit welchen Nachlassverbindlichkeiten dieser belastet sei. Daher könne ein – beachtlicher – Irrtum auch dann vorliegen, wenn der Erbe die die Überschuldung bedingende Nachlassverbindlichkeit (rechts-) irrig für verjährt hält und sich später das Gegenteil erweist (a.a.O. Rn. 9, 10). Ähnlich liegt es hier.

24 Die Beklagte macht geltend, sie habe erst nach der Beweisaufnahme erster Instanz erkannt, dass der Nachlass überschuldet sei. Zuvor sei sie – irrtümlich – davon ausgegangen, dass die Darlehensverbindlichkeit der Erblasserin gegenüber der X-Bank von dem Kläger als Begünstigtem des Vorausvermächtnisses zu tragen gewesen sei. Da die Beklagte Nutznießerin des von der Klägerin aufgenommenen Darlehens war, ist davon auszugehen, dass ihr der Umstand der Darlehensaufnahme bekannt war; etwas Gegenteiliges hat sie nicht behauptet. Daher musste sie bei Annahme der Erbschaft und in Ansehung des Nachlassverzeichnisses davon ausgehen, dass der Nachlass mit der Verbindlichkeit aus diesem Darlehen belastet war, für das sie als Miterbin neben dem Kläger haftete. Damit war aber klar, dass der Nachlass überschuldet war, wenn nicht der Kläger verpflichtet war, die Darlehensschuld allein zu tragen. Die Vorstellung, der Kläger müsse die Darlehensschuld allein tragen, konnte die Beklagte aus der Formulierung des Vorausvermächtnisses „einschließlich darauf ruhender Belastungen“ aber gewinnen. Selbst wenn man mit dem Kläger davon ausging, dass die Beklagte schon frühzeitig anwaltlich beraten war, konnte auch ihr Prozessbevollmächtigter vor dem Hintergrund der oben dargestellten Rechtslage bei der Anwendung des § 2166 BGB auf Sicherungsschulden die Überzeugung gewinnen, der Kläger müsse als Vermächtnisnehmer auch die grundpfandrechtlich ge-

sicherte persönliche Schuld tragen, so lange nicht ein entgegenstehender Erblasserwille erwiesen war.

25 Damit hat sich die Beklagte in einem beachtenswerten Eigenschaftsirrtum befunden, indem sie annahm, der Kläger sei von Rechts wegen verpflichtet, die Darlehensschuld allein zu begleichen.

26 Entgegen der Annahme des Landgerichts geht der Senat davon aus, dass die Beklagte die sechswöchige Anfechtungsfrist (§ 1954 BGB) eingehalten hat, die mit der Kenntnis von dem Anfechtungsgrund zu laufen beginnt. „Kenntnis“ vom Anfechtungsgrund hat der Anfechtende, wenn ihm die dafür maßgeblichen Tatsachen bekannt werden; dabei ist volle Überzeugung nicht erforderlich (Palandt/Weidlich, § 1954 Rn. 7). Ausreichend ist, dass er eine feste Vorstellung gewonnen hat, aufgrund derer er sich entschließen kann (OLG Düsseldorf ZEV 2017, 262). Dafür soll es nicht ausreichen, dass ein Nachlassgericht in der mündlichen Verhandlung seine vorläufige Auffassung zur Auslegung eines Testaments durch einen entsprechenden Hinweis erkennen lässt (OLG Hamm, Beschluss vom 18.03.2004 – 15 W 38/04 = ZEV 2004, 286). Andererseits kann die Kenntnis durch ein dem Anfechtungsberechtigten bekannt gewordenes Urteil vermittelt werden, selbst wenn gegen dieses Rechtsmittel eingelegt wurden (OLG Düsseldorf a.a.O.; Staudinger/Otte (2017) BGB § 1954, Rn. 21).

27 Nach der Überzeugung des Senats konnte die Beklagte die Kenntnis von der Überschuldung des Nachlasses erst in dem Augenblick erlangen, als das Gericht dem Ergebnis der Beweisaufnahme folgend die Mithaftung der Beklagten für die Darlehensschuld annahm. Insbesondere ist die notwendige Kenntnis der Beklagten nicht durch das Schreiben des Notars S. vom 18.01.2017 (Bl. 195 d.A.) vermittelt worden. In Anbetracht der Zweifelsregelung in § 2166 BGB war hinreichend Raum für die Vorstellung der Beklagten (und ihres Prozessbevollmächtigten), dass die zu übernehmenden „Belastungen“ auch die persönliche Darlehensschuld der Erblasserin gegenüber der X-Bank umfassten. Zwar kann – s.o. – der Wille des Testierenden diese Zweifelsregelung beseitigen, dies kann aber rechtsverbindlich nur das Ergebnis einer wertenden Betrachtung durch ein Gericht sein. So war die Beklagte bei der Beurkundung nicht zugegen; wer – außer dem Notar – zugegen war und mit wem sich die Erblasserin zuvor besprochen hatte, war ihr nicht bekannt. Dass der Zeuge B. der Beurkundung beigewohnt hatte, deutet sich im Schreiben des Prozessbevollmächtigten des Klägers vom 18.01.2017, dem eine Stellungnahme des Notars S. anlag, an; dieser soll danach eine „inhaltsgleiche Stellungnahme“ abgegeben haben, die indes dem Schreiben nicht beilag. Das war aus der Sicht der Beklagten geeignet, Argwohn zu erwecken, der dahingehen durfte, Zweifel an

der Eindeutigkeit der Erklärung des Notars zu haben. Aus der Sicht der Beklagten war nicht auszuschließen, dass die scheinbar klaren Angaben des Notars zu den Vorstellungen der Erblasserin im Verlauf einer gerichtlichen Beweisaufnahme durchaus in Zweifel gezogen werden könnten; damit war es im Bereich des Möglichen, dass es dem Gericht trotz der Angaben des Notars nicht möglich war, eine sichere Überzeugung von dem behaupteten Erblasserwillen zu erlangen. Diese Zweifel wurden durch die Formulierung des Vorausvermächnisses genährt. Ausgehend von der Annahme, dass dem Notar die Regelung des § 2166 BGB und die hierzu ergangene Rechtsprechung im Hinblick auf durch Grundschild gesicherte Forderungen bekannt gewesen sein müsste, stellt sich die gewählte Formulierung im Vorausvermächnis als unnötig undeutlich dar, wenn es denn darum gehen sollte, beide Kinder der Erblasserin zu Schuldner der Darlehnsforderung zu machen.

28 Der Kläger kann der Beklagten auch nicht erfolgreich vorhalten, sie hätte – nach Kenntnisnahme des Schreibens vom 18.01.2017 – eine sog. Eventualanfechtung erklären müssen. Da die Anfechtungserklärung als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung grundsätzlich bedingungsfeindlich ist, ist für eine Eventualanfechtung nur Raum, wenn die Bedingung, unter die die Erklärung gestellt wird, die künftige gerichtliche Klarstellung eines für die Parteien noch ungewissen, aber objektiv bereits feststehenden Rechtszustandes ist (BeckOGK/Rehberg, 1.09.2020, BGB § 121 Rn. 23 m.w.N.). So kann eine Partei, die vertragliche Gewährleistungsansprüche verfolgt, die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung für den Fall erklären, dass das Gericht den Gewährleistungsanspruch verneint (BGH, Urt. v. 22.02.1991, V ZR 299/89 = NJW 1991, 1673). So liegt es indes hier aber nicht. Zwar wäre die Frage, ob das Vorausvermächnis zugunsten des Klägers die Mithaftung der Beklagten für die Darlehensschuld unberührt lässt, auf den ersten Blick eine Rechtsfrage, die für eine Eventualanfechtung Raum lassen könnte. Tatsächlich beruht die Entscheidung aber nicht auf der bloßen Feststellung des objektiv bereits feststehenden Rechtszustandes, sondern setzt auch ein bestimmtes Ergebnis der Beweisaufnahme über den Willen der Erblasserin und damit die Feststellung umstrittener Tatsachen voraus. Hätte nämlich die Beweisaufnahme ergeben, dass sich der Wille der Erblasserin, die Beklagte für die Darlehensschuld mithaften zu lassen, nicht sicher feststellen lässt, so wäre es bei der Zweifelsregel des § 2166 BGB geblieben. Mithin war die Anfechtung nicht ausschließlich von Rechtsbedingungen, sondern auch von Tatsachen – einem bestimmten Aussageverhalten der Zeugen – abhängig, so dass eine Eventualanfechtung nicht in Betracht kam. Die Anfechtungserklärung vom 19.08.2019 erfolgte mithin rechtzeitig.

Beschränkung der Wechselbezüglichkeit eines Testaments auf die Lebzeit der Testierenden

BGB § 2247, § 2269, § 2270 Abs. 1, § 2271 Abs. 1 u. Abs. 2

Amtlicher Leitsatz:

Da es den Ehegatten freisteht zu bestimmen, ob und inwieweit ihre letztwilligen Anordnungen wechselbezüglich sein sollen, sind sie auch als befugt anzusehen, die Widerruflichkeit wechselbezüglicher Verfügungen über dem im Gesetz vorgesehenen Rahmen hinaus zu erweitern bzw. zu beschränken oder auszuschließen und dem Überlebenden sogar ein freies Widerrufsrecht einzuräumen.

OLG Rostock (3. Zivilsenat),

Beschluss vom 25.08.2020 – 3 W 94/19

I. Tatbestand:

1 Die Erblasserin war in zweiter Ehe mit dem am 23.03.2013 vorverstorbenen F. E. B. verheiratet. Die Erblasserin hatte aus ihrer ersten Ehe drei Kinder und zwar die Beteiligten zu 1) bis 3). Ihr vorverstorbenen Ehemann hatte zwei Kinder und zwar die Beteiligten zu 4) und 5).

2 Die Eheleute hatten am 03.11.2009 vor der Notarin F. in S. zu deren Urkundenrolle – Nr. 1271 / 2009 ein gemeinschaftliches Testament beurkunden lassen. Hierin hatten sie sich zunächst gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt und zu Schlusserben des zuletzt Sterbenden sämtliche Abkömmlinge der Ehefrau und des Ehemanns zu gleichen Teilen.

3 In § 5 (Wechselbezüglichkeit und Bindung) haben sie folgendes testiert:

„ ... Dieses Testament soll nicht gemäß § 2079 BGB (Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten) angefochten werden können.

Die vorstehenden Erbeinsetzungen sind wechselbezüglich. Sie können somit zu unserer beider Lebzeiten nur gemeinschaftlich geändert oder durch einseitigen notariell beurkundeten Widerruf beseitigt werden.

Nach dem Tod des zuerst Sterbenden kann der Überlebende über das beiderseitige Vermögen frei verfügen. Er ist darüber hinaus auch berechtigt, letztwillig anderweitig über den beiderseitigen Nachlass zu verfügen “.

4 Nachdem ihr Ehemann verstorben war hat die Erblasserin am 19.02.2014 ein handschriftliches Testament aufgesetzt. Hierin hat sie verfügt:

„dass nach meinem Ableben meine Kinder zu gleichen Teilen erbberechtigt sind:

U. Z., geboren am ...1960

O. Z., geboren am ...1962

G. G. W., geborene Z., geboren am ...1964 “.

5 Im letzten Satz ihres handschriftlichen Testaments heißt es sodann:

„ ... Das notarielle Testament vom 05.11.2009 verliert hiermit seine Gültigkeit “.

6 Die Beteiligte zu 3) hat nach dem Versterben der Erblasserin am 22.02.2019 die Notarin F. aus S. zu deren Urkundenrolle – Nr. 221 / 2019 um die Beurkundung eines Antrags auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins ersucht, nach dem die Erblasserin von ihren Kindern, den Beteiligten zu 1) bis 3), zu gleichen Teilen beerbt worden ist. Der entsprechende Antrag der Notarin F. ging am 26.02.2019 beim Amtsgericht S. – Nachlassgericht – ein.

7 Die Tochter des vorverstorbenen Ehemanns der Erblasserin, die Beteiligte zu 4) hat indes Einwände gegen die Erteilung des beantragten Erbscheins erhoben. Sie vertritt die Auffassung, dass die Erbeinsetzung im ursprünglichen Testament bindend gewesen sei und nicht nachträglich durch die Erblasserin habe geändert werden können. Das handschriftliche Testament der Erblasserin sei mit dem mutmaßlichen Willen ihres Vaters nicht vereinbar.

8 Das Amtsgericht – Nachlassgericht – S. hat die Notarin F. daraufhin zur Stellungnahme aufgefordert. Diese hat unter dem 25.04.2019 eine Stellungnahme abgegeben.

9 Das Amtsgericht – Nachlassgericht – Schwerin hat mit Beschluss vom 01.07.2019 sodann die zur Erteilung des beantragten Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet, wonach die Erblasserin von ihren Kindern, den Beteiligten zu 1) bis 3) jeweils zu 1/3 beerbt worden sei. Dies hat das Amtsgericht im Wesentlichen damit begründet, dass sich die im Testament vereinbarte Wechselbezüglichkeit nur auf die Lebzeiten beider Eheleute bezogen hätte. Nach dem Tod des Erststerbenden sei es dem Überlebenden unbenommen geblieben, über den beiderseitigen Nachlass frei zu verfügen. Dies finde seine Bestätigung in der Stellungnahme der Notarin F. vom 25.04.2019.

10 Hiergegen hat die Beteiligte zu 4) Beschwerde eingelegt, der das Amtsgericht indes nicht abgeholfen und die Sache stattdessen dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt hat.

II. Aus den Gründen:

11 Die nach §§ 58, 63 FamFG zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. 1.

12 Bei dem notariellen Testament der Eheleute B. vom 03.11.2009 handelt es sich um ein gemeinschaftliches Ehegattentestament im Sinne des § 2269 BGB, durch das die Ehegatten sich zunächst gegenseitig zu Erben eingesetzt und die Beteiligten zu 1) bis 5) nach dem Tode des Letztversterbenden zu Schlusserben berufen haben.

13 Nach § 2271 Abs. 2 BGB erlischt das Recht des Ehegatten zum Widerruf der in einem gemeinschaftlichen Testament getroffenen wechselbezüglichen Verfügung mit dem Tode des anderen Ehegatten. Der überlebende Ehegatte ist damit an eine wechselbezügliche Verfügung gebunden und an einer beeinträchtigenden anderweitigen letztwilligen Verfügung gehindert (vgl. hierzu OLG Hamm, Beschluss v. 07.11.1994 – 15 W 288/94 –, zit. n. juris, Rn. 33).

14 Wechselbezüglich sind nach § 2270 Abs. 1 BGB dabei diejenigen in einem gemeinschaftlichen Ehegattentestament getroffenen Verfügungen, von denen anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde, also jeder Ehegatte seine Verfügungen gerade deshalb getroffen hat, weil auch der andere Ehegatte eine bestimmte Verfügung getroffen hat und jede Verfügung nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden mit der anderen stehen oder fallen soll (vgl. hierzu, OLG Brandenburg, Urteil v. 12.05.1999 – 10 U 35/97 –, zit. n. juris, Rn. 59 m.w.N.; OLG Hamm, a.a.O.). Die Wechselbezüglichkeit muss dabei für jede einzelne Verfügung des Testaments gesondert geprüft werden, wobei der Wille der gemeinschaftlich testierenden Ehegatten durch Auslegung zu ermitteln ist (vgl. OLG Brandenburg, a.a.O.; OLG Hamm, a.a.O., Rn. 34). Maßgeblich ist dabei der Wille zum Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments.

15 Ob vorliegend eine Wechselbezüglichkeit vorliegt – wovon der Senat bei der gegenseitigen Einsetzung der Eheleute als jeweilige Alleinerben sowie der Bestimmung der Beteiligten zu 1) bis 5) als jeweilige Schlusserben ausgeht – kann letztlich dahingestellt bleiben, denn beanstandungsfrei ist das Amtsgericht – Nachlassgericht – in diesem Zusammenhang zu dem Ergebnis gelangt, dass sich die im gemeinschaftlichen Testament vereinbarte Wechselbezüglichkeit letztlich nur auf die Lebzeiten beider Eheleute beschränken sollte.

16 Da es den Ehegatten freisteht zu bestimmen, ob und inwieweit ihre letztwilligen Anordnungen wechselbezüglich sein sollen, sind sie auch als befugt anzusehen, die Widerruflichkeit wechselbezüglicher Verfügungen über dem im Gesetz vorgesehenen Rahmen hinaus zu erweitern bzw. zu beschränken oder auszuschließen und dem Überlebenden sogar ein freies Widerrufsrecht

einzuräumen (vgl. Palandt/*Weidlich*, BGB, 79. Aufl., § 2271, Rn. 20; OLG Hamm, a.a.O., Rn. 40 m. w. N.; OLG Bremen, Beschluss v. 30.08.2017 – 5 W 27/16 –, zit. n. juris, Rn. 11; vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss v. 18.08.2011 – 11 Wx 46/10 –, zit. n. juris, Rn. 35).

17 Das dies vorliegend erfolgt ist, ergibt sich aus der gebotenen Auslegung der Abänderungsklausel in § 5 des gemeinschaftlichen Testaments der Eheleute.

18 Die Testamentsauslegung hat zum Ziel, den wirklichen Willen des Erblassers zu erforschen. Dabei ist vom Wortlaut auszugehen. Dieser ist jedoch nicht bindend. Vielmehr sind der Wortsinn und die vom Erblasser benutzten Ausdrücke zu hinterfragen, um festzustellen, was er mit seinen Worten hat sagen wollen und ob er mit ihnen genau das wiedergegeben hat, was er zum Ausdruck bringen wollte (vgl. BGH, Urteil v. 07.10.1992 – IV ZR 160/91 –, zit. n. juris, Rn.10). Maßgeblich ist insoweit allein sein subjektives Verständnis der von ihm verwendeten Begriffe (vgl. Palandt/*Weidlich*, a.a.O., § 2084, Rn. 1). Zur Ermittlung des Inhalts der testamentarischen Verfügungen ist dabei der gesamte Inhalt der Testamentsurkunde einschließlich aller Nebenumstände, auch solcher außerhalb des Testaments, heranzuziehen und zu würdigen (vgl. BGH, a. a.O. Rn. 10 m.w.N.). Solche Umstände können vor oder auch nach der Errichtung des Testaments liegen. Dazu gehört das gesamte Verhalten des Erblassers, seine Äußerungen und Handlungen (vgl. Palandt/*Weidlich*, a.a.O., § 2084, Rn. 2, m.w.N.), jedoch müssen sich mit Blick auf die Formerfordernisse des § 2247 BGB für einen entsprechenden Willen des Erblassers in der letztwilligen Verfügung – wenn auch nur andeutungsweise – Anhaltspunkte finden lassen (vgl. hierzu: OLG Frankfurt, Beschluss v. 18.05.2020 – 21 W 165/19 –, zit. n. juris, Rn. 27).

19 Den vorstehenden Grundsätzen folgend, ergibt sich eine Abänderungsbefugnis des Längstlebenden, die auch die (bisherige) Einsetzung der beiden Kinder des vorverstorbenen Ehemanns der Erblasserin (den Beteiligten zu 4) und 5)) zu Gunsten deren eigener Kinder (den Beteiligten zu 1) bis 3)) erfasste. Die Befugnis auch die Einsetzung der Schlusserben abzuändern folgt nämlich daraus, dass der Schlusserbe nur den Überlebenden beerbt und dieser durch die (vorangegangene) Änderung nur über seinen eigenen Nachlass verfügt (vgl. Palandt/*Weidlich*, a.a.O., § 2271, Rn. 20; Reinmann/Mayer/*Sammet*, Testament und Erbvertrag, 7. Aufl., § 2271, Rn. 79; BayObLGZ 1987, 23 (28)).

20 Der Wortlaut der Teilklausel ist nach Auffassung des Senats dabei eindeutig. In dem gemeinschaftlichen Testament heißt es insoweit:

„ ... Er ist darüber hinaus auch berechtigt, letztwillig anderweitig über den beiderseitigen Nachlass zu verfügen “

21 Es geht danach vorliegend dementsprechend nicht nur darum, dass der Überlebende berechtigt sein soll, über das beiderseitige Vermögen nach Vorversterben des Ehepartners zu Lebzeiten frei zu verfügen – dies ist in der Klausel zuvor gesondert geregelt worden – sondern, dass der Überlebende testamentarisch berechtigt sein soll, grundsätzlich (völlig) anderweitige Verfügungen über den beiderseitigen Nachlass zu treffen. Dies wäre nicht möglich, wenn weiterhin eine Schlusserbenchaft der Beteiligten zu 1) bis 5) bestanden hätte. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass es sich hierbei nicht um ein sogenanntes gemeinschaftliches Laientestament gehandelt hat, sondern dass dieses von der Notarin F. aufgesetzt worden ist, so dass bereits unterstellt werden kann, dass diese Klausel in Kenntnis ihrer Bedeutung aufgenommen worden ist. Richtigerweise hat das Amtsgericht indes ergänzend eine schriftliche Stellungnahme der seinerzeit das gemeinschaftliche Testament beurkundeenden Notarin angefordert. Diese hat in ihrer schriftlichen Stellungnahme vom 25.04.2019 dargelegt, dass die Eheleute seinerzeit hinsichtlich ihrer Verfügungen nach dem ersten Erbfall nicht gebunden sein und sich auch nach dem Tod des Erstversterbenden freie Hand hätten lassen wollen. Der mutmaßliche Wille der Eheleute sei gewesen, dass im Rahmen der Freistellung auch die Wechselbezüglichkeit der Verfügungen entfallen sollte. Der Überlebende habe uneingeschränkt sowohl über den Nachlass des Zuerstversterbenden als auch über sein eigenes Vermögen verfügen sollen.

22 Die Beteiligte zu 4) hat auch keine Umstände vorgebracht, die dem entgegenstehen könnten. Sie hat zwar behauptet, dass es nicht dem Willen ihres vorverstorbenen Vaters entsprochen habe, dass die Erblasserin berechtigt gewesen sein soll, von der im gemeinschaftlichen Testament getroffenen Verfügung über die Einsetzung der Beteiligten zu 1) bis 5) als Schlusserben des Überlebenden abzuweichen. Konkrete Ausführungen, wie sie hierauf kommt, sind indes unterblieben.

23 Indem die Erblasserin in ihrem handschriftlichen Testament das vorherige gemeinschaftliche Testament der Eheleute als ungültig bezeichnet hat, hat sie dieses widerrufen. Der Verwendung der Begrifflichkeit „Widerruf“ bedurfte es insoweit nicht. Der Widerruf kann sich bereits aus einer späteren Erbeinsetzung unter Weglassung zunächst berufener Schlusserben ergeben. Der Widerruf bedurfte dabei nicht der notariellen Form des § 2271 Abs. 1 BGB. Es reichte insoweit das handschriftliche Testament der Erblasserin aus (vgl. hierzu: Reinmann/Mayer/*Sammet*, Testament und Erbvertrag, 7. Aufl., § 2271, Rn. 84).

24 Durch den Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments durch die Erblasserin in ihrem handschriftlichen Testament haben die wechselseitigen Verfügungen des

gemeinschaftlichen Testaments damit ihre Wirksamkeit verloren. Maßgeblich sind deshalb insoweit allein die Verfügungen der Erblasserin in ihrem handschriftlichen Testament vom 19.02.2014. An der Wirksamkeit jenes Testaments hat der Senat dabei keine Bedenken.

Beschwerde, Testament, Auslegung, Erblasser, Feststellung, Erblasserin, Ausschluss, Erbscheinsantrag, Erbfolge, FamFG, Alleinerbe, Bestimmung, Telefax, Ermittlung, handschriftliches Testament, keinen Erfolg, gesetzlicher Erbe

BGB 1938

Amtlicher Leitsatz:

Zur Auslegung eines privatschriftlichen Testaments, mit dem alle Verwandten von der Erbfolge ausgeschlossen wurden.

OLG Stuttgart (8. Zivilsenat),

Beschluss vom 23.11.2020 – 8 W 359/20

I. Tatbestand:

1 Die Erblasserin ist am ... ledig und kinderlos verstorben. Ihre Eltern sind vorverstorben. Der Beteiligte zu 1 ist der Bruder der Erblasserin, weitere Geschwister sind nicht vorhanden.

2 Die Erblasserin hinterließ folgendes mit der Zeitangabe Februar 2007 versehenes, handschriftliches Testament:

„Für nach meinem Tode.

Meine letztwillige endgültige Bestimmung betr. unsere Hinterlassenschaft aus 40 Jahren entbehrungsvollen Hungerjahren:

Ausgeschlossen sind alle Verwandten und angeheirateten Verwandten! Mutters Schwägerin ..., geb. ..., erbt den Nachlaß ihrer Eltern. Sie hat zwei Nachkommen, ... und ..., eine Angeheiratete. Die Familie ..., ..., war mitleidlos gegenüber unserem Vertreibungsschicksal. „Man muss doch mal vergessen können...“ Eine Aussage die wir von Einheimischen, die ihre Heimat behalten haben, hören mußten, die uns schwer verletzt hat! Bis heute wissen sie nicht wie wirklich grausam Heimweh nach daheim und Sehnsucht nach den Eltern und Großeltern

ausbrennen! „Unser Leben ist eine offene Wunde sagte unsere leidgeprüfte tapfer geduldige Mutter!“ Auch ausgeschlossen ist Mutters Vetter,, München, der schwerstverwundet beinamputiert den Krieg überlebt hat, aber von Vertriebenen- und Flüchtlingsschicksalen „nichts weiß“. Ebenso ausgeschlossen ist seine Nachkommenschaft mit einer Angeheirateten, die seinen Nachlaß erben.

Wir wurden von den Verwandten lächerlich gemacht! Das tut sehr weh! Ich bin im Vollbesitz meiner geistigen Kräfte.

Hamburg, Februar 2007“

Unterschrift

3 Am 07.04.2020 stellte der Beteiligte zu 1 einen notariell beurkundeten Antrag auf Erteilung eines Erbscheins, der seine Alleinerbenstellung bezeugen soll. Er ist der Auffassung, dass der im Testament der Erblasserin angeordnete Ausschluss für ihn keine Gültigkeit haben sollte. Auch ihn habe das von der Erblasserin im Testament beschriebene Schicksal getroffen. Er habe zu seiner Schwester bis zuletzt einen guten Kontakt gepflegt.

4 Der Beteiligte zu 2 ist dem Erbscheinsantrag entgegengetreten und hat die Feststellung des Fiskalerbrechts gemäß §§ 1936, 1964 BGB angeregt. Er ist der Auffassung, der Ausschluss der Verwandten und damit auch des Beteiligten zu 1 im Testament sei eindeutig.

5 Mit Beschluss vom 09.09.2020 hat das Amtsgericht Biberach an der Riß als zuständiges Nachlassgericht die Erteilung eines Erbscheins gemäß dem Antrag des Beteiligten zu 1 vom „07.08.2020“ – gemeint ist offensichtlich der Antrag vom 07.04.2020 – angekündigt und ist der Anregung, das Erbrecht des Fiskus festzustellen, nicht gefolgt.

6 Gegen diese ihm am 18.09.2020 zugestellte Entscheidung hat der Beteiligte zu 2 mit Telefax vom 08.10.2020 Beschwerde eingelegt, der das Amtsgericht mit Beschluss vom 26.10.2020 nicht abgeholfen hat.

II. Aus den Gründen:

7 Die gemäß §§ 352 ff., 58 ff. FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde des Beteiligten Ziff. 2 hat in der Sache keinen Erfolg. Der Beteiligte zu 1 wurde gesetzlicher Alleinerbe der Erblasserin.

8 Gemäß § 1938 BGB kann ein Erblasser durch ein sogenanntes Negativtestament Verwandte teilweise oder vollständig von der gesetzlichen Erbfolge ausschließen, auch ohne gleichzeitig eine positive Anordnung über die Erbfolge zu treffen. Eine solche Anordnung hat die Erblasserin mit ihrem handschriftlichen Testament vom Februar 2007 getroffen. Der Kreis der mit dieser Regelung

ausgeschlossenen Verwandten ist durch Auslegung zu ermitteln, wobei mit der Feststellung, die Erblasserin habe alle Verwandte enterben wollen, Zurückhaltung geboten ist, denn es besteht durchaus ein allgemeiner Erfahrungssatz dahingehend, dass ein Erblasser das Erbrecht eines Verwandten zumeist dem Erbrecht des Fiskus vorziehen wird. Der Wille zum umfassenden Ausschluss des Verwandtenerbrechts muss daher anhand der letztwilligen Verfügung feststellbar sein und darf nicht vorschnell angenommen werden (OLG Hamm FamRZ 2012, 1091).

9 Für die Auslegung testamentarischer Verfügungen gilt die allgemeine Vorschrift des § 133 BGB. Demnach gilt auch hier wie bei der Auslegung von Willenserklärungen allgemein, dass der wirkliche Wille des Erklärenden zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften ist. Ziel der Auslegung ist, den rechtlich geltenden Inhalt der vom Erblasser im konkreten Fall getroffenen testamentarischen Verfügungen festzustellen. Dabei geht es nicht um die Ermittlung eines von der Erklärung losgelösten Willens, sondern um die Klärung der Frage, was der Erblasser mit seinen Worten sagen wollte. Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass der Sprachgebrauch nicht immer so exakt ist oder sein kann, dass der Erklärende mit seinen Worten genau das unmissverständlich wiedergibt, was er zum Ausdruck bringen wollte. Gerade deshalb ordnet § 133 BGB an, den Wortsinn der benutzten Ausdrücke unter Heranziehung aller Umstände zu „hinterfragen“ (BGH, Urteil vom 07. Oktober 1992 – IV ZR 160/91 –, Rn. 10, juris; Urteil vom 28. Januar 1987 – IVa ZR 191/85 –, Rn. 17, juris).

10 Da es um die Ermittlung des erklärten Willens geht, bildet der Wortlaut des Testaments den Ausgangspunkt der Auslegung (Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 05. Februar 1997 – 1Z BR 180/95 –, Rn. 39, juris; Linnartz in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 2084 BGB [Stand: 18.09.2020], Rn. 7; Leipold, Erbrecht, 21. Auflage, Rn. 363). Wenn nichts anderes feststellbar ist, sind auch testamentarische Erklärungen nach dem üblichen Sprachsinn auszulegen (Leipold a.a.O.). Jedoch setzt auch ein scheinbar klarer und eindeutiger Wille der Auslegung keine Grenzen (BGH, Urteil vom 08. Dezember 1982 – IVa ZR 94/81 –, BGHZ 86, 41-51, Rn. 16). Der Wortsinn der vom Erblasser verwendeten Begriffe muss stets hinterfragt werden, wenn dem wirklichen Willen des Erblassers Rechnung getragen werden soll. Dabei sind neben dem Text der Verfügung alle zugänglichen Umstände außerhalb der Testamentsurkunde zur Erforschung des wirklichen Willens des Erblassers heranzuziehen. Hierzu gehören

unter anderem die Vermögens- und Familienverhältnisse des Erblassers, seine Beziehungen zu den Bedachten und seine Zielvorstellungen; auch können weitere Schriftstücke des Erblassers oder die Auffassung der Beteiligten nach dem Erbfall von dem Inhalt des Testaments Anhaltspunkte für den Willen des Erblassers geben (BGH, Urteil vom 24. Juni 2009 – IV ZR 202/07 –, Rn. 25, juris). In Bezug auf das für letztwillige Verfügungen geltende Formerfordernis kann der durch Auslegung festgestellte Inhalt eines Testaments allerdings nur gelten, wenn dieser in der Urkunde einen – wenn auch nur unvollkommenen oder andeutungsweisen – Ausdruck gefunden hat. Die Grenze der Berücksichtigung außerhalb der Urkunde liegender Umstände ist überschritten, wenn der Text die Richtung des rechtsgeschäftlichen Willens nicht einmal dem Grunde nach erkennen lässt (Singer in Staudinger (2017) BGB § 133, Rn. 31 m.w.N.).

11 Nur wenn sich auch hierzu außerhalb der Urkunde liegende Umstände im Erbscheinverfahren nicht weiter ermitteln lassen oder ermittelte Umstände im Testament nicht einmal andeutungsweise zum Ausdruck kommen, muss sich das Nachlassgericht auf eine Ausdeutung des Wortlauts beschränken (BGH, Urteil vom 08. Dezember 1982 – IVa ZR 94/81 –, BGHZ 86, 41-51, Rn. 16), eine Auslegung, die dem Testament einen Inhalt gibt, der sich aus dem Wortlaut nicht entnehmen lässt und der auch nicht auf die Feststellung anderer Anhaltspunkte für den im Testament zum Ausdruck kommenden Erblasserwillen gestützt werden kann, ist nicht möglich (Leipold a.a.O., Rn. 363).

12 Auch bei der Auslegung des Inhalts letztwilliger Verfügungen gelten die allgemeinen Regeln über die Darlegungs- und Feststellungslast. Wer einen bestimmten aus Umständen außerhalb der Urkunde abgeleiteten Willen des Erblassers behauptet, trägt hierfür die Darlegungs- und Feststellungslast (BGH, Urteil vom 18. Januar 1978 – IV ZR 181/76 –, Rn. 16, juris; Urteil vom 23. Februar 1956 – II ZR 207/54; Linnartz in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 2084 BGB [Stand: 18.09.2020], Rn. 104).

13 Dies berücksichtigt legt der Senat – dem Amtsgericht folgend – das Testament der Erblasserin dahingehend aus, dass mit ihm eine Enterbung des Beteiligten zu 1 nicht angeordnet war.

14 Zu Recht weist der Beteiligte zu 2 allerdings darauf hin, dass der Wortlaut der von der Erblasserin getroffenen Ausschlussregelung den Bruder mitumfasst. Ebenso trifft es zu, dass die schriftlichen Angaben des Zeugen ... vom 25.06.2020 keinen Rückschluss auf den tatsächlichen Willen der Erblasserin bei Abfassung des Testaments zulassen, da die Erblasserin mit dem Zeu-

gen hierüber nicht gesprochen hat. Die Annahme des Zeugen, der Bruder sei im Testament nicht genannt und daher auch nicht ausgeschlossen, ist lediglich die Auslegung des Zeugen, welche dieser nicht auf konkrete Äußerungen oder ein bestimmtes Verhalten der Erblasserin stützen kann.

15 Dem im Testament wiedergegebenen Motiv der Erblasserin für den Ausschluss „der Verwandten“ lässt sich indes entnehmen, dass die Erblasserin mit diesem Personenkreis ihren Bruder, den Beteiligten zu 1, nicht mitumfasst wissen wollte. Im Testament unterscheidet die Erblasserin den mit „wir“ beschriebenen Personenkreis von dem der „Verwandten“. „Verwandte“ sind diejenigen, die sich nach Vorstellung der Erblasserin nicht hinreichend empathisch mit dem Vertriebenen-Schicksal gezeigt haben; „Wir“ sind diejenigen, die dieses Schicksal innerhalb der Familie selbst erlitten haben. Die Differenzierung nach diesen Personengruppen zeigt sich deutlich in dem Satz „Wir wurden von den Verwandten lächerlich gemacht!“ Dass die Erblasserin den Bruder nicht zu „den Verwandten“, sondern zu dem in der ersten Person Plural umschriebenen Personenkreis zählte, wird im Satz „Unser Leben ist eine offene Wunde sagte unsere leidgeprüfte tapfer geduldige Mutter!“ deutlich.

16 Die Argumentation der Beschwerdebegründung, die Erblasserin hätte eine Regelung getroffen, wenn sie ihren Bruder von der Enterbung hätte ausnehmen wollen, geht fehl. Im Gegenteil spricht die Nichterwähnung des Bruders durch die Erblasserin im konkreten Fall dafür, dass er nicht unter die Ausschlussregelung fallen sollte. Wäre die Erblasserin von ihm gleichermaßen enttäuscht wie von den „Verwandten“, spricht alles dafür, dass sie ihn bei der Aufzählung der konkret benannten Personen nicht vergessen hätte.

17 Der Senat verkennt nicht, dass bei der so vorgenommenen Auslegung die von der Erblasserin getroffene Regelung kaum praktisch relevant werden konnte, da der Bruder als einziger gesetzlicher Erbe der zweiten Ordnung auch ohne die Verfügung Alleinerbe geworden wäre. Die Ausschlussregelung hätte im Falle seines Vorversterbens oder für den Fall seiner Erbschaftsausschlagung dennoch Bedeutung erlangen können. Ebenso ist denkbar, dass die Erblasserin bei der Regelung von der irrigen Vorstellung ausging, dass die genannten Verwandten neben dem Bruder primär zu Erben berufen sein könnten. Letztlich vermag der Senat auch nicht auszuschließen, dass die Erblasserin schlicht dem von ihr empfundenen Unrecht im Wege des Testaments *post mortem* Ausdruck verleihen wollte, auch wenn sich die getroffene Regelung auf die erbrechtlichen Folgen ihres Ablebens nicht auswirken sollte.

Maßgebliches Verfahrensrecht für die inländische Anordnung einer Nachlasspflegschaft bei einem Erblasser mit letzten gewöhnlichen Aufenthaltsort im Ausland

FamFG § 35; BGB § 1961; EuErbVO Art. 10, 19, 21

Amtliche Leitsätze:

1. Deutsche Gerichte sind international für die Anordnung der Nachlasspflegschaft für in Deutschland befindliche Vermögenswerte eines mit letztem gewöhnlichen Aufenthaltsort im Ausland verstorbenen Erblassers zuständig.
2. Die Anordnung und die Überwachung der Nachlasspflegschaft richtet sich nach deutschen Sachvorschriften, auch wenn auf die Erbfolge ausländisches Recht Anwendung findet.

OLG Köln, Beschl. v. 9.12.2020 – 2 Wx 293/20

I. Tatbestand:

1 Mit Schriftsatz vom 25.07.2018 hat Frau U. H. K. die Anordnung einer Nachlasspflegschaft gem. § 1961 BGB beantragt, um einen Löschungsanspruch bezüglich im Grundbuch eingetragener Rechte des Erblassers geltend zu machen. Sie hat vorgetragen, dass die Erben unbekannt seien.

2 Durch Beschluss vom 30.07.2018 hat das Nachlassgericht Nachlasspflegschaft angeordnet und den Beteiligten als Nachlasspfleger mit den Wirkungskreisen der Sicherung und Verwaltung des Nachlasses, der Ermittlung der Erben und der Vertretung der unbekannten Erben im Löschungsverfahren des Amtsgerichts Aachen betreffend das Grundbuch von W., Blatt, bestellt (Bl. 44 ff. d.A.).

3 Am 11.10.2018 hat der Beteiligte einen ersten Bericht in der Nachlasssache an das Nachlassgericht übersandt und u.a. mitgeteilt, dass die Löschungsbewilligung seiner Auffassung nach zu erteilen sei (Bl. 62 ff. d.A.). Zudem hat er in einem weiteren Schriftsatz vom 11.10.2018 beantragt, die gerichtliche Genehmigung zu erteilen. Nachdem er die Löschungsbewilligung in öffentlich beglaubigter Form am 23.01.2019 mit Zustimmung des bestellten Verfahrenspflegers erklärt hat, hat das Nachlassgericht durch Beschluss vom 07.02.2019 die Erklärungen des Beteiligten nachlassgerichtlich genehmigt (Bl. 92 ff. d.A.). Anschließend ist die Löschung der Rechte des Erblassers im Grundbuch erfolgt.

4 Am 02.07.2019 hat der Beteiligte ein Nachlassverzeichnis vorgelegt (Bl. 110 d.A.).

5 Am 30.03.2020 hat die Rechtspflegerin des Nachlassgerichts die Angelegenheit mit dem Beteiligten persönlich erörtert. Hierbei ist u.a. abgesprochen worden, dass der Restnachlass hinterlegt werden und die Rechnungslegung bis zum 19.04.2010 erfolgen soll.

6 Mit Schriftsatz vom 16.04.2020 hat der Beteiligte einen weiteren Bericht über seine Tätigkeit als Nachlasspfleger eingereicht (Bl. 124 ff. d.A.).

7 Am 23.04.2020 hat das Nachlassgericht den Beteiligten aufgefordert, eine Rechnungslegung mit den Originalbelegen einzureichen, die Vergütung anzumelden und anschließend den Restnachlass beim Amtsgericht zu hinterlegen (Bl. 127 d.A.). Am 02.07.2020 hat das Nachlassgericht an die Erledigung des Schreibens vom 23.04.2020 erinnert. Mit Schreiben vom 09.09.2020 hat das Nachlassgericht an die Verfügung vom 23.04.2020 erinnert, eine Frist bis zum 16.10.2020 gesetzt und die Festsetzung eines Zwangsgeldes von 1.000,00 € angedroht (Bl. 128 d.A.).

8 Durch Beschluss vom 22.10.2020 hat das Nachlassgericht ein Zwangsgeld in Höhe von 1.000,00 € gegen den Beteiligten festgesetzt (Bl. 130 f. d.A.).

9 Gegen diesen dem Beteiligten am 26.10.2020 zugestellten Beschluss hat dieser mit am 09.11.2020 beim Amtsgericht Aachen eingegangenen Schriftsatz vom selben Tag sofortige Beschwerde eingelegt (Bl. 135 d.A.).

10 Durch Beschluss vom 25.11.2020 hat das Nachlassgericht der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Köln zur Entscheidung vorgelegt (Bl. 136 f. d.A.).

► **II. Aus den Gründen:**

11 Die sofortige Beschwerde gegen die Festsetzung des Zwangsgeldes, über die gem. §§ 35 Abs. 5 FamFG, 568 S. 1 ZPO ein Mitglied des Senats als Einzelrichter entscheidet, weil die angefochtene Entscheidung von einer Rechtspflegerin erlassen worden ist, ist gem. §§ 35 Abs. 5 FamFG, 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO statthaft und auch im Übrigen zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt worden.

12 In der Sache hat die sofortige Beschwerde indes keinen Erfolg. Das Nachlassgericht hat zu Recht ein Zwangsgeld in Höhe von 1.000,00 € gegen den Beteiligten festgesetzt.

13 Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte für die Anordnung der Nachlasspflegschaft und Aufsichtsmaßnahmen gegenüber dem Nachlasspfleger er-

gibt sich hier gem. Art. 10 Abs. 1 Ziff. a) EuErbVO. Der Erblasser hatte seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Zeitpunkt seines Todes in Brasilien, d.h. nicht in einem Mitgliedsstaat der EuErbVO. Es befindet sich Vermögen des Erblassers in Deutschland und der Erblasser war deutscher Staatsangehöriger.

14 Die Festsetzung des Zwangsgeldes richtet sich nach deutschen Sachvorschriften. Zwar ist hier gem. Art. 21 Abs. 1 EuErbVO auf die Erbfolge grundsätzlich brasilianisches Recht anzuwenden, weil der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in Brasilien hatte und eine Rück- oder Weiterverweisung gem. Art. 34 EuErbVO im Hinblick auf die Wohnsitzanknüpfung im brasilianischen Recht nicht in Betracht kommt. Maßnahmen der Nachlasssicherung wie die Anordnung einer Nachlasspflegschaft gem. §§ 1960, 1961 BGB sind indes als verfahrensrechtliche Befugnisse zu qualifizieren, die auch im Falle eines ausländischen Erbstatuts bestehen und durch ein deutsches Gericht als Teil der *lex fori* ausgeübt werden dürfen (MüKo-BGB/Dutta, 8. Aufl. 2020, EuErbVO, Art. 19 Rn. 3; Zimmermann, Rpfleger 2017, 2, 3). Dies gilt für die Festsetzung eines Zwangsgeldes wegen einer unterbliebenen Rechnungslegung im Rahmen einer auf Antrag angeordneten Nachlasspflegschaft im Sinne von § 1961 BGB gem. Art. 29 Abs. 1, Abs. 3 EuErbVO jedenfalls dann, wenn – wie hier – das auf die Erbfolge anzuwendende Recht das Recht eines Drittstaates ist (MüKo-BGB/Dutta, 8. Aufl. 2020, EuErbVO, Art. 29 Rn. 16; Dutta/Weber/Magnus, Internationales Erbrecht, 2016, EuErbVO, Art. 29 Rn. 6, 45).

15 Die Voraussetzungen für die Festsetzung eines Zwangsgeldes gem. § 35 FamFG liegen vor. Die Pflicht zur Rechnungslegung gem. §§ 1915 Abs. 1 S. 1, 1840 BGB besteht gegenüber dem Gericht und kann von diesem grundsätzlich durch Zwangsgeld gem. §§ 35 Abs. 1 FamFG, 1915 Abs. 1 S. 1, 1837 Abs. 3 BGB durchgesetzt werden (Palandt/Götz, BGB, 79. Aufl. 2020, § 1840 Rn. 5). Das Nachlassgericht hat den Beteiligten mehrfach zur Rechnungslegung aufgefordert und ihm letztlich eine Frist zur Vorlage gesetzt. Für den Fall des Unterlassens hat das Nachlassgericht angedroht, ein Zwangsgeld festzusetzen (§ 35 Abs. 2 FamFG). Dabei hat es die Höhe des Zwangsgeldes mit 1.000,00 € auch angegeben (vgl. Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft, 5. Aufl. 2020, Rn. 721). Der Beteiligte hat die Anordnung des Nachlassgerichts auch schuldhaft nicht befolgt. Nach §§ 1915 Abs. 1 S. 1, 1840 Abs. 2, Abs. 3 S. 1 BGB hat der Nachlasspfleger dem Nachlassgericht (§ 1962 BGB) jährlich über seine Vermögensverwaltung Rechnung zu legen. Nach §§ 1915 Abs. 1 S. 1, 1841 BGB soll die Rechnung eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthalten, über den Ab- und Zugang des Ver-

mögens Auskunft geben und, soweit Belege erteilt zu werden pflegen, mit Belegen versehen sein. Hier ist eine Rechnungslegung in diesem Sinne über die Verwaltung des Nachlasses, die auch vom Aufgabenkreis des Nachlasspflegers mitumfasst ist, nicht erfolgt. Der Beteiligte hat zwar ein Vermögensverzeichnis vorgelegt und in seinen Berichten Angaben zur Verwaltung des Nachlas-

ses gemacht. Es fehlt indes eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben sowie die Vorlage der entsprechenden Belege. Die Frist von einem Jahr nach Bestellung des Nachlasspflegers ist längst abgelaufen. Auch die Höhe des Zwangsgeldes ist nicht zu beanstanden.

HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

Einziehung des Geschäftsanteils eines nicht mehr in der Gesellschafterliste eingetragenen materiell Berechtigten

GmbHG § 16 Abs. 1 S. 1, § 40; AktG § 241 Nr. 3

Amtlicher Leitsatz:

Eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist durch die negative Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG nicht gehindert, einen nach einem möglicherweise fehlgeschlagenen Einziehungsversuch aus der Gesellschafterliste entfernten, aber materiell bestehenden Geschäftsanteil aus einem in der Person des materiell berechtigten Gesellschafters liegenden wichtigen Grund einzuziehen. (Rn. 9)

BGH (II. Zivilsenat),

Urteil vom 10.11.2020 – II ZR 211/19

I. Tatbestand:

1 Der Kläger gründete am 9. Juni 2011 mit L. die beklagte GmbH mit einem Stammkapital von 25.000 €. Jeder Gesellschafter hielt einen Geschäftsanteil von 12.500 €, in der Gesellschafterliste eingetragen mit den laufenden Nummern 1 und 2. In der Gesellschafterversammlung vom 17. April 2015 beschloss L. die Einziehung des Geschäftsanteils des Klägers. Am 26. Mai 2015 wurde R. anstelle von L. als Inhaber des Geschäftsanteils mit der laufenden Nummer 1 in die Gesellschafterliste eingetragen. Am 4. Juni 2015 wurde eine neue Gesellschafterliste in den Registerordner eingestellt, nach deren Inhalt lediglich R. als Inhaber eines Geschäftsanteils mit dem Nennbetrag von 12.500 € eingetragen war, während der Anteil des Klägers mit der laufenden Nummer 2 durchgestrichen und als „nach Einziehung erloschen“ gekennzeichnet war. Am 30. August 2016 beschloss R. erneut die Einziehung des Geschäftsanteils des Klägers. Der Kläger klagte erfolgreich auf Feststellung der Nichtigkeit der Beschlüsse über die Einziehung seines Geschäftsanteils. Die Berufung der Beklagten wurde mit Urteil vom 20. Juni 2019 zurückgewiesen (OLG Brandenburg, GmbHR 2019, 830).

2 Mit Vertrag vom 20. September 2016 übertrug R. seinen Geschäftsanteil auf die N. GmbH. Am 18. Oktober 2016 wurde eine Gesellschafterliste in den Registerordner eingestellt, in der die N. GmbH mit einem Geschäftsanteil von 12.500 € mit der laufenden Nummer 1 ausgewiesen

war. Der Geschäftsanteil mit der laufenden Nummer 2 wurde weiterhin als „nach Einziehung erloschen“ geführt.

3 Am 20. Oktober 2017 wurde eine „Zwischenliste“ in den Registerordner eingestellt, die die N. GmbH als Inhaberin eines einzigen Geschäftsanteils mit einem Nennbetrag von 25.000 € und der laufenden Nummer 1 auswies. Der Geschäftsanteil mit der laufenden Nummer 2 war in der Liste nicht mehr enthalten. Auf einer Gesellschafterversammlung vom selben Tag, zu der der Kläger eingeladen war, beschlossen die N. GmbH und die H. GmbH die Einziehung des Geschäftsanteils des Klägers, weil dieser gepfändet worden war. Der Einziehungsbeschluss wurde dem Kläger am Tag der Versammlung bekannt gegeben.

4 Am 23. Oktober 2017 wurde eine „2. Zwischenliste“ in den Registerordner eingestellt, die die Bildung von 25.000 Geschäftsanteilen mit einem Nennwert von jeweils 1 € und den laufenden Nummern 1 bis 25.000 auswies, die von der N. GmbH gehalten wurden. Am 24. Oktober 2017 wurde eine Gesellschafterliste in den Registerordner eingestellt, nach der die N. GmbH 80% der Anteile (20.000 €, laufende Nummern 1 bis 20.000) und die H. GmbH 20% der Anteile (5.000 €, laufende Nummern 20.001 bis 25.000) hielten.

5 Das Landgericht hat die Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses vom 20. Oktober 2017 festgestellt. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

II. Aus den Gründen:

6 Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

7 Das Berufungsgericht (OLG Brandenburg, GmbHR 2020, 98) hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

8 Bis zum Tag der Beschlussfassung am 20. Oktober 2017 sei allein die N. GmbH als Anteilsinhaberin mit einem Anteil von 12.500 € eingetragen gewesen. Die Mitteilung über die Aufstockung des Geschäftsanteils auf 25.000 € sei am 20. Oktober 2017, die in die Liste eingetragene Bildung der Geschäftsanteile zu je 1 € am 23. Oktober 2017 und die Liste nach Anteilsübertragung von Geschäftsanteilen mit einem Nennbetrag von insgesamt 5.000 € an die H. GmbH am 24. Oktober 2017 in das Handelsregister aufgenommen worden. Gemäß § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG gelte eine vom Erwerber in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vorgenommene Rechtshandlung als von An-

fang an wirksam, wenn die Liste unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen werde. In der Gesellschafterversammlung hätten die Gesellschafter N. GmbH und H. GmbH ausdrücklich auf diese bereits angemeldete Anteilsübertragung abgestellt. Sie hätten festgestellt, dass das „Stammkapital von 25.000 € in Höhe von 25.000 € vertreten“ sei, zugleich aber auch, dass der Kläger mit einem Anteil von 12.500 € nicht erschienen sei. Sie hätten beschlossen, dass der Geschäftsanteil des Klägers eingezogen werde. Da weder die zum Zeitpunkt der Beschlussfassung gültige, noch die geänderte Gesellschafterliste, deren Einstellung in den Registerordner veranlasst worden sei, den Kläger als Gesellschafter ausgewiesen habe, habe die Beklagte eine wirksame Einziehung seines Geschäftsanteils am 20. Oktober 2017 nicht beschließen können.

9 Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht angenommen, der Einziehungsbeschluss vom 20. Oktober 2017 sei ins Leere gegangen, weil die Einziehung einen nach der Gesellschafterliste nicht existenten Geschäftsanteil betroffen habe. Eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist durch die negative Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 GmbHG nicht gehindert, einen nach einem möglicherweise fehlgeschlagenen Einziehungsversuch aus der Gesellschafterliste entfernten, aber materiell bestehenden Geschäftsanteil aus einem in der Person des materiell berechtigten Gesellschafters liegenden wichtigen Grund einzuziehen.

10 1. Der Einziehungsbeschluss vom 20. Oktober 2017 ging nicht deshalb ins Leere, weil der Geschäftsanteil des Klägers bereits am 17. April 2015 und am 30. August 2016 eingezogen worden war. Aufgrund der Entscheidung des Berufungsgerichts vom 8. Mai 2019 steht rechtskräftig fest, dass diese Einziehungsbeschlüsse nichtig waren (vgl. BGH, Urteil vom 17. Februar 1997 – II ZR 41/96, BGHZ 134, 364, 366; Urteil vom 13. Oktober 2008 – II ZR 112/07, ZIP 2008, 2215 Rn. 8).

11 Dass bei der Beschlussfassung am 20. Oktober 2017 unklar war, ob die vorangehenden Einziehungsbeschlüsse wirksam waren und der Geschäftsanteil noch bestand, steht der erneuten Einziehung nicht entgegen. Der neue Beschluss ist erkennbar für den Fall gefasst, dass die Unwirksamkeit der früheren Einziehungsbeschlüsse festgestellt wird und der Kläger damit entgegen der im Vorprozess vertretenen Auffassung der Beklagten noch Inhaber der Geschäftsanteile ist. In der neuerlichen Beschlussfassung liegt kein widersprüchliches Verhalten der Beklagten; vielmehr hat sie ein aner kennenswertes Interesse, Zweifel an der Wirksamkeit eines Einziehungsbeschlusses durch die Neu vornahme des Beschlusses auszuräumen oder für den Fall des Fehlschlagens eines Einzie-

hungsversuchs wegen neu aufgetretener oder bekannt gewordener Einziehungsgründe den Geschäftsanteil vorsorglich noch einmal einzuziehen.

12 2. Der Einziehungsbeschluss vom 20. Oktober 2017 ging auch nicht deshalb ins Leere, weil der eingezogene Geschäftsanteil mit der Nummer 2 in der Gesellschafterliste nicht mehr einem Inhaber zugeordnet war. Es war nicht erforderlich, dass die Gesellschaft vor der Einziehung eine korrigierte Gesellschafterliste zum Handelsregister einreichte, in der der materiell berechnigte Gesellschafter wieder als Inhaber des einzuziehenden Geschäftsanteils eingetragen war. Da die im Geschäftsanteil verkörperte materiell-rechtliche Gesellschafterstellung nicht von der Eintragung des einzuziehenden Geschäftsanteils in die Gesellschafterliste abhängt, war auch die Wirksamkeit der Einziehung allein vom materiellen Bestehen des Geschäftsanteils abhängig.

13 a) Durch die Löschung des Geschäftsanteils des Klägers aus der Gesellschafterliste der Beklagten wurde dessen durch § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG vermittelte formale Gesellschafterstellung unabhängig von der Wirksamkeit der ersten Einziehungsversuche beendet, so dass er der Beklagten gegenüber keine Mitgliedschaftsrechte mehr geltend machen konnte.

14 Nach § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG gilt im Verhältnis zur Gesellschaft im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung als Inhaber eines Geschäftsanteils nur, wer als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Greift diese Vermutung, stehen dem als Inhaber eines Geschäftsanteils in die Gesellschafterliste Eingetragenen sämtliche Mitgliedschaftsrechte zu, ohne dass es auf seine wahre Berechnigung ankommt (vgl. BGH, Urteil vom 20. November 2018 – II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 Rn. 23; Urteil vom 2. Juli 2019 – II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 Rn. 35). Diese Legitimationswirkung greift auch bei einem eingezogenen Geschäftsanteil (BGH, Urteil vom 20. November 2018 – II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 Rn. 25 ff., 45; Urteil vom 2. Juli 2019 – II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 Rn. 38). Wird der Inhaber eines Geschäftsanteils nach dessen Einziehung in der Gesellschafterliste gestrichen, kann der Gesellschafter ab dem Zeitpunkt der Aufnahme einer ihn nicht mehr aufführenden Gesellschafterliste zum Handelsregister seine mitgliedschaftlichen Rechte nicht länger ausüben (BGH, Urteil vom 2. Juli 2019 – II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 Rn. 35).

15 Die Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG greift nicht nur bei der Ausübung der Mitgliedschaftsrechte. Der in die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste eingetragene Inhaber eines Geschäftsanteils darf auch für mitgliedschaftliche Pflichten herangezogen werden (vgl. BGH, Urteil vom 20. Novem-

ber 2018 – II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 Rn. 35; zu § 16 Abs. 1 GmbHG aF BGH, Urteil vom 27. Januar 2015 – KZR 90/13, ZIP 2015, 678 Rn. 19 ff. mwN – Dentalartikel; Urteil vom 18. September 2018 – II ZR 312/16, BGHZ 219, 327 Rn. 19 ff.). Der Senat hat bisher offengelassen, ob die Gesellschaft bei der Einziehung statt auf den Listengesellschafter auch auf die Person des materiell berechtigten Gesellschafters abstellen darf, weil § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG seinem Wortlaut nach nur das Verhältnis des Gesellschafters zur Gesellschaft (d.h. für die Geltendmachung von Mitgliedschaftsrechten) regelt und daher im Verhältnis der Gesellschaft zum Gesellschafter (d.h. bei Mitgliedschaftspflichten, Kaduzierung, Einziehung u.a.) die Gesellschaft neben einem in der Liste eingetragenen den wahren Anteilsinhaber in Anspruch nehmen kann (vgl. BGH, Urteil vom 20. November 2018 – II ZR 12/17, BGHZ 222, 323 Rn. 71; kritisch *Lieder/Becker*, GmbHR 2020, 441, 447 f.; *Miller*, ZIP 2020, 62, 64). Nicht entschieden ist auch, ob aus diesen Gründen die sogenannte negative Legitimationswirkung infolge des Streichens in der Gesellschafterliste nur bedeutet, dass die Gesellschaft dem Gesellschafter keine Mitgliedschaftsrechte gewähren muss, oder ob sie ihn nicht mehr als Gesellschafter behandeln darf.

16 b) Der Einziehungsbeschluss vom 20. Oktober 2017 ging aber nicht schon deshalb ins Leere, weil der Geschäftsanteil infolge der Streichung in der Gesellschafterliste nicht mehr existent und der Kläger nicht mehr Inhaber des Geschäftsanteils war. Zwar ist die formale Gesellschafterstellung des von der Einziehung Betroffenen nach Streichung des Geschäftsanteils aus der Liste beendet. Dies wirkt sich jedoch nicht auf die materielle Berechtigung des Gesellschafters aus, auf die sich die Einziehung bezieht.

17 Materielle und formale Gesellschafterstellung können entkoppelt sein. Der materiell Berechtigte, aber nicht mehr in der Gesellschafterliste Aufgeführte ist zwar in der Ausübung seiner Rechte gegenüber der Gesellschaft gehindert, verliert aber nicht seine materiell-rechtliche Gesellschafterstellung. Die materiellrechtliche Gesellschafterstellung ist unabhängig von der Eintragung in der Gesellschafterliste (BGH, Urteil vom 18. Oktober 2016 – II ZR 314/15, ZIP 2017, 14 Rn. 10; Urteil vom 20. November 2018 – II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 Rn. 35; Urteil vom 15. Januar 2019 – II ZR 392/17, BGHZ 220, 377 Rn. 3, 38; Urteil vom 2. Juli 2019 – II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 Rn. 39, 43; zu § 16 Abs. 1 GmbHG aF BGH, Urteil vom 18. September 2018 – II ZR 312/16, BGHZ 219, 327 Rn. 38 mwN; Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen [MoMiG], BT-Drucks. 16/6140, S. 37). Auch wenn der Gesellschafter im Hinblick auf die negative Le-

gitimationswirkung keine Mitgliedschaftsrechte gegenüber der Gesellschaft mehr geltend machen kann, ist er als materiell Berechtigter Inhaber des Geschäftsanteils, so dass er ihn beispielsweise wirksam abtreten und verpfänden kann und auch seine Gläubiger den Geschäftsanteil pfänden können (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 37; BeckOK GmbHG/*Wilhelmi*, Stand: 1. Februar 2020, § 16 Rn. 25, 26; *Verse* in Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl., § 16 GmbHG Rn. 10; *Servatius* in Baumbach/Hueck, 22. Aufl., § 16 Rn. 14; *Ebbing* in Michalski/Heidinger/Leible/J.Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., § 16 Rn. 50, 92; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl., § 16 Rn. 30; MünchKommGmbHG/*Heidinger*, 3. Aufl., § 16 Rn. 172).

18 Der Einziehungsbeschluss vom 20. Oktober 2017 ging danach nicht ins Leere, weil der Geschäftsanteil in der Gesellschafterliste als eingezogen gestrichen war, sondern betraf trotz Streichung in der Liste einen materiell-rechtlich existenten Geschäftsanteil. Die vorausgegangenen Einziehungsbeschlüsse vom 17. April 2015 und vom 30. August 2016 waren, wie das Berufungsgericht in seinem Urteil vom 8. Mai 2019 festgestellt hat, nichtig und konnten damit den Geschäftsanteil des Klägers nicht vernichten.

19 c) Der Einziehungsbeschluss vom 20. Oktober 2017 konnte gegenüber dem Kläger gefasst werden, obwohl dieser mit seinem Geschäftsanteil nicht mehr in der aktuellen Gesellschafterliste aufgenommen war. Dabei kann dahinstehen, ob die negative Legitimationswirkung von § 16 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich bedeutet, dass die Gesellschaft einen zwar materiell berechtigten, aber nicht in der Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafter weder in Anspruch nehmen noch gegen ihn vorgehen darf. Jedenfalls nach einem möglicherweise gescheiterten Einziehungsversuch kann die Gesellschaft vorsorglich erneut die Einziehung eines Geschäftsanteils beschließen, auch wenn dieser Geschäftsanteil nicht mehr in der Gesellschafterliste eingetragen oder einem Gesellschafter zugeordnet ist.

20 aa) Die Gesellschaft muss einen materiell möglichen, vorsorglichen erneuten Einziehungsbeschluss fassen können. Jedenfalls in diesem Fall ist daher die vorherige Wiederaufnahme in die Gesellschafterliste entbehrlich.

21 Im Regelfall verursacht das Auseinanderfallen von formaler und materieller Gesellschafterstellung für die Gesellschaft keine Schwierigkeiten, weil ihr Geschäftsführer gemäß § 40 Abs. 1 GmbHG berechtigt und verpflichtet ist, eine unzutreffende Gesellschafterliste zu korrigieren, unabhängig davon, wer sie eingereicht hat (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 – II ZR 21/12, ZIP 2014, 216 Rn. 33). Sie kann damit den Inhaber eines Geschäftsanteils, wenn der Geschäftsführer die Überzeugung gewinnt, dass er zu Unrecht gelöscht oder sonst nicht als

Anteilsinhaber aufgenommen ist, vor einem Einziehungsbeschluss wieder in eine Gesellschafterliste aufnehmen und diese einreichen.

22 Wenn nach einem Einziehungsversuch vorsorglich erneut die Einziehung beschlossen werden soll, ist dies nicht ohne weiteres möglich. Denn die Wiederaufnahme des Anteilsinhabers in die Gesellschafterliste setzt voraus, dass die Gesellschaft durch ihren Geschäftsführer die Löschung für unrichtig hält. Solange nicht rechtskräftig über die Wirksamkeit des Einziehungsbeschlusses entschieden ist, darf sie diesen und die darauf beruhende Löschung in der Gesellschafterliste aber für zutreffend erachten. Damit liegen die Voraussetzungen für eine Änderung der Gesellschafterliste, ihre Unrichtigkeit, aus der Sicht des Geschäftsführers nicht vor. Bei einer Neueintragung müsste die Gesellschaft sich auch ein widersprüchliches Verhalten vorwerfen lassen. Bei einer vorsorglichen Beschlussfassung ist dagegen der Beschluss nur für den Fall gefasst, dass der Geschäftsanteil noch besteht, und steht nicht im Widerspruch dazu, dass der vorangehende Einziehungsbeschluss für wirksam erachtet wird. Eine lediglich vorsorgliche Wiederaufnahme in die Gesellschafterliste ist, anders als die vorsorgliche Annahme der materiellen Gesellschafterstellung als Voraussetzung des erneuten Einziehungsbeschlusses, nicht möglich.

23 Wird eine Einziehung vorsorglich wiederholt, weil Zweifel an der Wirksamkeit der ersten Einziehung bestehen, ein Einziehungsgrund indes fortbesteht, ist es der Gesellschaft auch nicht zumutbar, vor der Einziehung allein zur Schaffung einer formalen Einziehungsgrundlage eine neue Liste zum Handelsregister einzureichen, die den materiell Berechtigten als Inhaber des einzuziehenden Geschäftsanteils ausweist. Dem Gesellschafter würde in diesem Fall seine formale Gesellschafterstellung einschließlich der damit verbundenen Möglichkeit, seine Mitgliedschaftsrechte gegenüber der Gesellschaft auszuüben, wieder eingeräumt, obwohl ein wichtiger Grund in seiner Person zur Einziehung berechtigt. Damit würde ermöglicht, dass er den Betrieb der Gesellschaft durch obstruktive Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte stört (vgl. BGH, Urteil vom 20. November 2018 – II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 Rn. 39). Die Begründung der formalen Gesellschafterstellung würde dem von der Einziehung betroffenen Gesellschafter zudem erleichtern, sich durch Übertragung seines Geschäftsanteils der Einziehung zu entziehen.

24 bb) Der Normzweck des § 16 Abs. 1 GmbHG steht der Einziehung eines nach unwirksamer Einziehung bestehenden, aber nicht mehr in der Gesellschafterliste eingetragenen Geschäftsanteils nicht entgegen.

25 (1) Die Regelung soll zum einen zur Missbrauchs- und Geldwäschebekämpfung Transparenz über die Anteilseigner bewirken und damit Vermögensverschiebungen

mit kriminellem Hintergrund auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage verhindern. Zum anderen dient sie der Rechtssicherheit und -klarheit, indem innerhalb der Gesellschaft eindeutige Verhältnisse geschaffen werden, wer im Verhältnis zur Gesellschaft berechtigt und verpflichtet ist (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Februar 2015 – II ZB 17/14, ZIP 2015, 732 Rn. 20; Beschluss vom 26. Juni 2018 – II ZB 12/16, ZIP 2018, 1591 Rn. 21; Urteil vom 20. November 2018 – II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 Rn. 35, 41; BT-Drucks. 16/6140 S. 37; Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, BT-Drucks. 18/11555, S. 173). Der Einziehung eines bestehenden, aber nicht mehr in der Gesellschafterliste eingetragenen Geschäftsanteils steht dieses Ziel nicht entgegen, weil die Liste nach erneuter wirksamer Einziehung der materiellen Rechtslage entspricht und damit sowohl eine zutreffende Darstellung der Anteilseigner nach außen als auch Rechtssicherheit nach innen herstellt.

26 2) Dass die formale und die materielle Gesellschafterstellung bis zur Fassung eines wirksamen Einziehungsbeschlusses möglicherweise auseinanderfallen und damit eine korrekte Nachvollziehung der Entwicklung nicht möglich ist, ist auch unter Berücksichtigung des Normzwecks hinnehmbar.

27 Es bestünde auch dann ein den Normzweck des § 16 Abs. 1 GmbHG beeinträchtigender Schwebezustand, wenn man verlangen würde, dass vor der Einziehung eine korrigierte Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht werden muss, in der der Gesellschafter wieder als Inhaber des einzuziehenden Geschäftsanteils eingetragen ist (so *Miller*, ZIP 2020, 62, 64). Die materielle Berechtigung ist nach einer ersten, möglicherweise unwirksamen Einziehung unklar, so dass der Schwebezustand schon vorher besteht und ungewiss ist, ob die Eintragung des Gesellschafters in eine neu eingereichte Liste den materiellen Zustand richtig wiedergibt. Wenn der erste Einziehungsbeschluss wirksam war, würde eine Aufnahme in die Gesellschafterliste vor erneuter Einziehung unzutreffend einen nicht existenten Geschäftsanteil ausweisen.

28 Durch die erneute wirksame Einziehung fielen nach Voreintragung des materiell berechtigten Gesellschafters materielle und die formale Gesellschafterstellung zunächst wieder auseinander und müssten durch neuerliche Aufnahme einer geänderten Liste angepasst werden.

29 cc) Der Zulässigkeit eines vorsorglichen Einziehungsbeschlusses ohne Voreintragung des betroffenen Gesellschafters steht auch nicht entgegen, dass die Gesellschaft sich durch die vorschnelle Einreichung einer Gesellschafterliste ohne den betroffenen Gesellschafter nach den ersten Einziehungen selbst in die Lage gebracht hat, dass der vorsorglich einzuziehende Geschäftsanteil formell nicht mehr besteht.

30 Die Einreichung einer neuen Liste war verfrüht, weil sie nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG das Wirksamwerden der Veränderung voraussetzt. Ein Einziehungsbeschluss wird mit der Mitteilung an den Betroffenen aber nur wirksam, wenn er nicht nichtig ist oder für nichtig erklärt wird (BGH, Urteil vom 24. Januar 2012 – II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rn. 8). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im Vorprozess war der Einziehungsbeschluss nichtig. Vor Ablauf der Anfechtungsfrist und gegebenenfalls des Anfechtungsprozesses konnte der Geschäftsführer nicht sicher davon ausgehen, dass er nicht für nichtig erklärt wird.

31 Eine Pflichtverletzung des Geschäftsführers führt nach § 40 Abs. 3 GmbHG aber nur zur Schadensersatzverpflichtung des Geschäftsführers und hindert eine erneute Beschlussfassung der Gesellschafter nicht.

32 Das Berufungsurteil ist nicht aus anderen Gründen richtig.

33 1. Der Kläger war ausweislich der Feststellung des Berufungsgerichts zur Gesellschafterversammlung am 20. Oktober 2017 geladen worden, so dass insoweit kein Nichtigkeitsgrund besteht. Die Rechte des von der Einziehung betroffenen Gesellschafters müssen durch Ladung wie ein Gesellschafter gewahrt werden, wenn die Gesellschaft ihn hinsichtlich der Einziehung wieder als Gesellschafter behandeln will (vgl. OLG Brandenburg, GmbHR 1998, 1037, 1038; *Scholz/Seibt*, GmbHG, 12. Aufl., § 48 Rn. 14; *Wagner*, GmbHR 2016, 463, 468).

34 2. Der Kläger ist zur Erhebung der Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage gegen den Einziehungsbeschluss vom 20. Oktober 2017 befugt, obwohl er im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Einziehung nicht mehr als Inhaber eines Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste der Beklagten eingetragen war.

35 Es ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt, dass dem Gesellschafter die Anfechtungsbefugnis für die Klage gegen seinen Ausschluss oder die Einziehung seines Geschäftsanteils trotz sofortiger Wirksamkeit erhalten bleibt, um der verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutzmöglichkeit Geltung zu verschaffen (BGH, Urteil vom 24. Januar 2012 – II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rn. 24; Urteil vom 2. Juli 2019 – II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 Rn. 41; beide mwN). Diese Rechtsschutzmöglichkeit hängt nicht von der Eintragung des materiell berechtigten, von einem Einziehungsbeschluss betroffenen Gesellschafters als Inhaber eines Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste ab (vgl. BGH, Beschluss vom 29. Januar 2019 – II ZR 234/18, juris; Urteil vom 2. Juli 2019 – II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 Rn. 41). Das gilt nicht nur dann, wenn zwischen der Einziehung und der Erhebung der Anfechtungsklage eine von der Gesellschaft eingereichte geänderte Gesellschafterliste, in der der betrof-

fene Gesellschafter nicht mehr eingetragen ist, im Handelsregister aufgenommen worden ist. Der Rechtsschutz muss auch dann gewährleistet werden, wenn der Geschäftsanteil bereits im Zeitpunkt der Einziehung in der Gesellschafterliste nicht mehr geführt wird, da der Gesellschafter in gleicher Weise in seiner materiellen Gesellschafterstellung betroffen ist, wie ein Gesellschafter, dessen Geschäftsanteil nach der Einziehung, aber vor Klageerhebung aus der Gesellschafterliste gestrichen wurde.

36 Dem steht nicht entgegen, dass, wie der Senat zur Rechtslage vor dem MoMiG bereits ausgeführt hat, die Anfechtungsbefugnis nur dem nach § 16 Abs. 1 GmbHG aF zu bestimmenden rechtlichen, nicht auch dem wirtschaftlichen Gesellschafter oder dem Treugeber zusteht (vgl. BGH, Urteil vom 13. Oktober 2008 – II ZR 112/07, ZIP 2008, 2215 Rn. 11), weil damit nicht die Frage beantwortet wird, wem die Anfechtungsbefugnis zusteht, wenn eine formale Gesellschafterstellung nicht mehr begründet ist.

37 Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 ZPO), weil sie noch nicht zur Endentscheidung reif ist. Das Berufungsgericht wird zu prüfen haben, ob die Einziehung aus anderen Gründen unwirksam ist.

38 Das Landgericht hat die Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses vom 20. Oktober 2017 festgestellt, weil im Zeitpunkt der Einziehung festgestanden habe, dass die Beklagte das dem Kläger zustehende Einziehungsentgelt nicht aus freiem Vermögen habe begleichen können. Dies ist im rechtlichen Ausgangspunkt zutreffend. Auszahlungen an ausgeschiedene Gesellschafter dürfen nicht zur Entstehung oder Vertiefung einer Unterbilanz führen (BGH, Urteil vom 4. August 2020 – II ZR 171/19, ZIP 2020, 1757 Rn. 31 mwN). Nach der Rechtsprechung des Senats ist ein Einziehungsbeschluss entsprechend § 241 Nr. 3 AktG wegen eines Verstoßes gegen § 30 Abs. 1 Satz 1, § 34 Abs. 3 GmbHG nichtig, wenn bereits bei Beschlussfassung feststeht, dass das Einziehungsentgelt nicht aus freiem, die Stammkapitalziffer nicht beeinträchtigenden Vermögen der Gesellschaft gezahlt werden kann (BGH, Urteil vom 26. Juni 2018 – II ZR 65/16, ZIP 2018, 1540 Rn. 13 mwN). Dazu ist eine Entscheidung durch den Senat nicht möglich, weil die Parteien zu dieser Frage im Berufungsrechtszug umfangreich vorgetragen haben und das Berufungsgericht dazu, von seinem Standpunkt aus folgerichtig, keine Feststellungen getroffen hat.

39 Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht darüber hinaus Gelegenheit, gegebenenfalls auch von der Revisionserwiderung aufgeworfenen Nichtigkeitsgründen nachzugehen.

Nachweis der Berechtigung einer KG-Liquidatorin nach Löschung der Firma und Schließung des Registerblatts

GBO § 13 Abs. 1 S. 1, S. 2, § 18 Abs. 1 S. 2 Alt. 2, § 19, § 29 Abs. 1 S. 2, § 32 Abs. 1 S. 1, S. 2, Abs. 2, § 46 Abs. 1; BNotO § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1; HGB § 143 Abs. 1 S. 1, § 146 Abs. 1, § 148 Abs. 1 S. 1, § 161 Abs. 2; HRV § 22 Abs. 1 S. 1, S. 2; BeurkG § 51 Abs. 1 Nr. 1

Amtlicher Leitsatz:

Die Berechtigung der Liquidatorin einer Kommanditgesellschaft, für die KG die Löschung eines im Grundbuch eingetragenen Rechts zu bewilligen, kann mit dem Handelsregister nicht geführt werden, wenn dort die Firma bereits vor mehreren Jahren gelöscht und das Registerblatt geschlossen worden ist. (Rn. 17)

KG (1. Zivilsenat),
Beschluss vom 24.09.2020 – 1 W 1347/20

I. Tatbestand:

1 In Abt. II lfd. Nr. 1 des im Beschlusseingang bezeichneten Grundbuchs ist seit dem 18. Dezember 1992 ein Vorkaufsrecht für die Beteiligte zu 2 eingetragen. Im Handelsregister des Amtsgerichts Charlottenburg war am 15. Dezember 2010 die Auflösung der Beteiligten zu 2 sowie Hx Kx als persönlich haftende Gesellschafterin und Liquidatoren, am 11. November 2013 das Erlöschen der Firma eingetragen worden.

2 Am 18. Oktober 2019 bewilligte Hx Kx für die Beteiligte zu 2 die Löschung des Vorkaufsrechts – UR-Nr. 85/2019 des Notars x in Berlin. Der Notar bescheinigte die voranstehend dargestellten Eintragungen im Handelsregister und beantragte unter dem 24. Oktober 2019 u.a. die Löschung des Vorkaufsrechts.

3 Mit Verfügung vom 29. Oktober 2019 hat das Grundbuchamt unter Fristsetzung u.a. beanstandet, es sei nicht nachgewiesen, dass Hx Kx die Beteiligte zu 2 im Zeitpunkt der Löschungsbewilligung habe vertreten dürfen. Ein entsprechendes Zeugnis des „Handelsgerichts“ sei einzureichen.

4 Hiergegen richtet sich die Beschwerde vom 27. Juli 2020, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 31. Juli 2020 nicht abgeholfen hat.

II. Aus den Gründen:

5 1. Die Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO. Beschwerdeführer sind beide Beteiligten. Hat der Notar die Beschwerde ohne die Benennung eines Beschwerdeführers eingelegt, ist regelmäßig davon auszugehen, dass das Rechtsmittel im Namen sämtlicher Antragsberechtigten im Sinne von § 13 Abs. 1 S. 2 GBO erhoben sein soll, wenn nicht besondere Umstände dagegen sprechen (BGH, NJW 2010, 3300, 3302). Solche besonderen Umstände liegen nicht vor und berechtigt, den Antrag auf Löschung der Belastung im Grundbuch zu stellen, sind hier beide Beteiligte. Hingegen ist es der Vater des Beteiligten zu 1 nicht mehr, seitdem dieser mit der Eintragung des Beteiligten zu 1 als Miteigentümer nicht mehr als solcher im Grundbuch eingetragen ist.

6 2. Das Rechtsmittel hat in der Sache im Ergebnis keinen Erfolg.

7 a) Steht einer beantragten Eintragung ein Hindernis entgegen und weist das Grundbuchamt den Antrag deswegen nicht bereits zurück, hat es dem Antragsteller eine angemessene Frist zur Hebung des Hindernisses zu bestimmen, § 18 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GBO. Hier das Grundbuchamt zutreffend auf ein Eintragungshindernis hingewiesen, jedoch kein zu seiner Beseitigung geeignetes Mittel angegeben. Das rechtfertigt die Aufhebung der Zwischenverfügung jedoch nicht, sondern führt lediglich zu ihrer aus dem Beschlusstenor zu entnehmenden Ergänzung (BayObLG, DNotZ 2001, 385, 386).

8 b) Die Löschung eines Rechts erfolgt durch Eintragung eines Löschungsvermerks, § 46 Abs. 1 GBO. Dies setzt einen darauf gerichteten Antrag, § 13 Abs. 1 S. 1 GBO, sowie die Bewilligung desjenigen, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird, § 19 GBO, voraus.

9 Die Bewilligung muss der Betroffene nicht selbst abgeben, sie kann auch durch einen Vertreter erklärt werden. Vorliegend ist das zwingend, weil die Beteiligte zu 2 als Kommanditgesellschaft selbst nicht handlungsfähig ist. In diesem Fall ist dem Grundbuchamt die Vertretungsmacht des Vertreters in der Form des § 29 Abs. 1 S. 2 GBO nachzuweisen. Maßgeblich kommt es dabei auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Bewilligung an (vgl. Senat, Beschluss vom 14. Juli 2015 – 1 W 688-689/15 – FGPrax 2015, 195).

10 aa) Grundsätzlich wird die Bewilligung erst dann wirksam, wenn sie mit dem Willen des Erklärenden dem Grundbuchamt oder zur Vorlage bei diesem demjenigen, zu dessen Gunsten die Erklärung erfolgen soll, in Urschrift, Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift zugeht (Senat, Beschluss vom 30. Oktober 2012 – 1 W 46-67/12 – FGPrax 2013, 56). Dem steht es gleich, wenn der Begünstigte einen unwiderruflichen gesetzlichen Anspruch auf Erteilung von Ausfertigungen der notariellen

Urkunde hat (Senat, Beschluss vom 4. November 2014 – 1 W 247-248/14 – FGPrax 2015, 10, 11).

11 Danach kommt es vorliegend auf den Zeitpunkt der Beurkundung zur UR-Nr. 85/2019 am 18. Oktober 2019 an, wie das Grundbuchamt zutreffend erkannt hat. Dort waren sowohl Erklärungen des Beteiligten zu 1 als auch solche für die Beteiligte zu 2 beurkundet worden, so dass beide einen Anspruch auf die Erteilung von Ausfertigungen erworben hatten, § 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG.

12 bb) Die Beteiligten haben die von Frau Kx für die Beteiligte zu 2 bei der Beurkundung in Anspruch genommene Vertretungsbefugnis bislang nicht nachgewiesen.

13 (1) Allerdings können im Handelsregister eingetragene Vertretungsberechtigungen auch durch eine Bescheinigung nach § 21 Abs. 1 BNotO nachgewiesen werden, § 32 Abs. 1 S. 1 GBO. Der Nachweis kann auch durch einen amtlichen Registerausdruck oder eine beglaubigte Registerabschrift geführt werden, § 32 Abs. 1 S. 2 GBO. Wird das Register elektronisch geführt, genügt die Bezugnahme auf das Register, wobei das Registergericht und das Registerblatt anzugeben sind, § 32 Abs. 2 GBO.

14 Die bis zum 30. September 2009 bestandene Möglichkeit des Nachweises durch ein Zeugnis des Registergerichts, § 32 GBO a.F., sieht das Gesetz nicht mehr vor (vgl. *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 32, Rdn. 18), was hier von dem Grundbuchamt übersehen worden ist und die im Beschlusstenor zum Ausdruck gebrachte Ergänzung der angefochtenen Zwischenverfügung erfordert.

15 2) § 32 GBO dient der Nachweiserleichterung im Verhältnis zu § 29 GBO. Dem Handelsregister wird im Anwendungsbereich dieser Norm – nur – für den Grundbuchverkehr Beweiskraft beigelegt (Senat, a.a.O.; OLG Düsseldorf, MDR 2014, 83; *Schaub*, in: Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl., § 32, Rdn. 3; *Otto*, in: Hügel, GBO, 4. Aufl., § 32, Rdn. 8).

16 Sind im Handelsregister die Auflösung einer Kommanditgesellschaft, §§ 161 Abs. 2, 143 Abs. 1 S. 1 HGB, und deren Liquidatoren, §§ 161 Abs. 2, 146 Abs. 1, 148 Abs. 1 S. 1 HGB, eingetragen, kann mit den in § 32 GBO genannten Mitteln grundsätzlich auch deren Vertretungsbefugnis nachgewiesen werden (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdn. 3637; *Krause*, in: Meikel, GBO, 11. Aufl., § 32, Rdn. 37; *Otto*, a.a.O., Rdn. 46).

17 (3) Im Eingang der UR-Nr. 85/2019 ist eine Bescheinigung des Notars im Sinne von § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNotO enthalten (hierzu: *Sander*, in: BeckOK BNotO, 2020, § 21 BNotO, Rdn. 33). Sie ist aber zum Nachweis der Vertretungsmacht von Frau Kx zum maßgeblichen Zeitpunkt ungeeignet. Aus ihr ergibt sich, dass das Erlöschen der Firma der Beteiligten zu 2 am 11. November 2013 im Handelsregister eingetragen worden ist. Das hat eine durch den Senat erfolgte Einsicht in das elektronisch geführte Handelsregister bestätigt. Dort sind

sämtliche Seiten des Registerblatts durchgekreuzt. Dies hat zu erfolgen, wenn alle dortigen Eintragungen gegenstandslos geworden sind, § 22 Abs. 1 S. 1 HRV. Das Registerblatt enthält auch den Vermerk „geschlossen“, § 22 Abs. 1 S. 2 HRV. Damit aber entfällt die Beweiskraft des Handelsregisters für die Zeit nach diesen Eintragungen, insbesondere also auch für den Zeitpunkt der Löschungsbewilligung.

18 Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass die Eintragung der Löschung der Firma im Handelsregister lediglich deklaratorisch wirkt. Stellt sich nach dieser Eintragung heraus, dass noch weiteres Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, ist die Liquidation tatsächlich noch nicht beendet und die Firma besteht entgegen ihrer Löschung im Handelsregister noch fort (OLG Hamm, Beschluss vom 15. Juni 2016 – 15 W 365/15 – juris). Entsprechendes gilt für die Stellung der Liquidatoren und ihrer Vertretungsbefugnis (BGH, NJW 1990, 1725, 1728; 1979, 1987). Abweichend von den Fällen der sog. Publikums KG (vgl. BGH, NJW 2003, 2676) oder sehr lange zurückliegender Löschungen im Handelsregister (OLG Saarbrücken, NZG 2018, 1185), um die es hier jeweils nicht geht, müssen keine neuen Nachtragsliquidatoren bestellt werden.

19 Vorliegend steht auch fest, dass die Liquidation der Beteiligten zu 2 nicht beendet ist, weil durch ihre Eintragung als Berechtigte des in Abt. II lfd. Nr. 1 eingetragenen Vorkaufsrechts noch Gesellschaftsvermögen vorhanden ist (vgl. OLG München, NJW-RR 2015, 1358).

20 Das ändert aber nichts daran, dass die Vertretungsbefugnis von Frau Kx mit dem Handelsregister derzeit nicht nachgewiesen werden kann, weil dieses nur die Vertretungsverhältnisse bis zum Zeitpunkt der Löschung der Firma wiedergibt. Zu der Zeit danach verhält es sich gerade nicht und es kann nicht ausgeschlossen werden, dass Frau Kx ihre Stellung als Liquidatorin inzwischen verloren hatte, vgl. § 147 HS 1 HGB (vgl. KG, 22. ZS, MittBayNot 2020, 369, 370). Immerhin lagen zwischen der Löschung der Firma im Handelsregister und der Bewilligung der Löschung des Vorkaufsrechts knapp sechs Jahre.

21 cc) Von der Beibringung entsprechender Nachweise kann hier auch nicht abgesehen werden. Insbesondere ist es der Beteiligten zu 2 möglich, die Vertretungsberechtigung von Frau Kx zum Zeitpunkt der Bewilligung nachzuweisen.

22 Der 22. Zivilsenat des Kammergerichts hat hierzu entschieden (a.a.O.), dass die Gesellschaft auf Anmeldung der Fortsetzung der Liquidation wieder im Handelsregister eingetragen werden kann, wenn dies zur Abwicklung erforderlich ist. Das ist nach den obigen Ausführungen der Fall.

23 3. Anlass, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, § 78 Abs. 2 S. 1 GBO, besteht nicht.

LIEGENSCHAFTSRECHT

Durch eine Grunddienstbarkeit gesichertes Recht, ein Grundstück „als Übergang zu benutzen“ berechtigt auch dazu, dieses mit einem Kraftfahrzeug zu überqueren

ZPO § 92 Abs. 1 S. 1, § 97 Abs. 1, § 562 Abs. 1, § 563 Abs. 3; BGB § 874, § 1004 Abs. 2

Amtlicher Leitsatz:

Das durch eine Grunddienstbarkeit gesicherte Recht, ein Grundstück „als Übergang zu benutzen“ berechtigt auch dazu, dieses mit einem Kraftfahrzeug zu überqueren; etwas anderes gilt nur dann, wenn sich eine Beschränkung in eindeutiger Weise aus den bei der Auslegung der Grundbucheintragung berücksichtigungsfähigen Umstände ergibt.

BGH (V. Zivilsenat),

Urteil vom 18.09.2020 – V ZR 28/20

 I. Tatbestand:

1 Die Parteien sind Grundstücksnachbarn. Der Kläger ist Eigentümer der Flurstücke 140 und 141, die unmittelbar an einer öffentlichen Straße liegen. Die beiden im Eigentum der Beklagten stehenden Flurstücke 142 und 143 grenzen an die Flurstücke des Klägers an. Sie verfügen über keine Verbindung mit einer öffentlichen Straße. Die Flurstücke bildeten ursprünglich zusammen mit einem weiteren Grundstück, das hinter den Flurstücken 142 und 143 liegt und ebenfalls keine Verbindung zu einer öffentlichen Straße hat, ein einheitliches Grundstück. Seit der Aufteilung des Grundstücks im Jahr 1936 lastet auf dem Flurstück 141, das 2,40 m breit und 25 m lang ist, eine Grunddienstbarkeit. Nach der Grundbucheintragung ist der jeweilige Eigentümer des heute im Eigentum der Beklagten stehenden, mit einem Wohnhaus bebauten Grundstücks berechtigt, das Flurstück 141 „als Übergang zu benutzen“ und dort die Versorgungsleitungen zu verlegen.

2 Der Kläger verlangt – soweit in der Revisionsinstanz noch von Interesse – von der Beklagten, es zu unterlassen, das Flurstück 141 mit einem Auto oder einem sonstigen Fahrzeug zu überfahren. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat ihr stattgegeben. Mit der von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger bean-

tragt, will die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erreichen.

 II. Aus den Gründen:

3 Das Berufungsgericht meint, dem Kläger stehe ein Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB zu. Ein Recht der Beklagten zum Befahren des Flurstücks 141 ergebe sich weder aus der Grunddienstbarkeit noch aus einem Notwegrecht. Die in der Grundbucheintragung enthaltene Formulierung „Übergang“ spreche dafür, dass mit der Grunddienstbarkeit nur ein Recht zum Begehen, nicht aber zum Befahren habe eingeräumt werden sollen. Wäre die Bestellung auch eines Fahrrechtes gewollt gewesen, hätte dies eindeutig formuliert werden können. Auch vor dem Zweiten Weltkrieg seien Grunddienstbarkeiten in der Form eines „Geh- und Fahrrechtes“ weit verbreitet gewesen. Der Beklagten stehe auch kein Notwegrecht zu. Ein Heranfahren an das eigene Grundstück sei für dessen ordnungsgemäße Nutzung dann nicht erforderlich, wenn – wie hier – nur ein kurzer Fußweg zurückgelegt werde müsse.

4 Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Dem Kläger steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht zu, weil er das Befahren des Flurstücks 141 mit einem Auto oder einem sonstigen Fahrzeug infolge der auf seinem Grundstück lastenden Grunddienstbarkeit dulden muss (§ 1004 Abs. 2 BGB). Rechtsfehlerhaft nimmt das Berufungsgericht an, dass die Grunddienstbarkeit dem Berechtigten nur ein Gehrecht, nicht aber auch ein Fahrrecht einräumt.

5 1. Zutreffend geht das Berufungsgericht noch davon aus, dass zur Ermittlung des Inhalts einer Dienstbarkeit vorrangig auf Wortlaut und Sinn der Grundbucheintragung und der nach § 874 BGB in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung abzustellen ist, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt; Umstände außerhalb dieser Urkunden dürfen jedoch insoweit mit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (st. Rspr. vgl. nur Senat, Urteil vom 12. Juli 2019 – V ZR 288/17, NJW-RR 2020, 77 Rn. 6 mwN).

6 2. Diesen Grundsätzen wird die Auslegung der Eintragung der Grunddienstbarkeit durch das Berufungsgericht, die in vollem Umfang der revisionsrechtlichen Nachprüfung unterliegt (st. Rspr., vgl. zuletzt Senat, Urteil vom 12. Juli 2019 – V ZR 288/17, NJW-RR 2020, 77 Rn. 6 mwN), nicht gerecht.

7 a) Nach dem Wortlaut der Grundbucheintragung berechtigt die Grunddienstbarkeit dazu, das heutige Flur-

stück 141 „als Übergang zu benutzen“. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts folgt hieraus nicht, dass Inhalt der Grunddienstbarkeit nur ein Gehrecht ist. Richtig ist zwar, dass der Begriff „Übergang“ dahingehend verstanden werden kann, dass damit der Vorgang des Überschreitens oder Hinübergehens gemeint ist. Darin erschöpft sich die Bedeutung des Begriffs aber nicht. Vielmehr wird unter ihm auch eine Verbindung von getrennt Liegendem verstanden. Insoweit wird mit ihm eine Stelle, Einrichtung oder Fläche beschrieben, die zum Überqueren oder Passieren dient. Diese Bedeutung kommt etwa in den Begriffen des Grenz- oder Bahnübergangs zum Ausdruck. Für ein derartiges, die Funktion einer Fläche als Verbindung beschreibendes Verständnis spricht im vorliegenden Zusammenhang die Formulierung, wonach das Recht eingeräumt ist, das belastete Flurstück „als Übergang zu benutzen“. Mit welchen Mitteln das Überqueren der Fläche des belasteten Flurstücks erfolgen kann, wird mit der verwendeten Formulierung nicht eingegrenzt. Es ist allgemein von einer Benutzung die Rede. Wie auch das Wort „Zugang“ beschränkt sich der Begriff „Übergang“ nicht auf zum Beschreiten eingerichtete Zukömmlichkeiten, sondern umfasst im Grundsatz alle zum Erreichen des anderen Grundstücks üblicherweise zur Verfügung stehenden Möglichkeiten (vgl. OLG Hamburg, OLGE 12, 128; MüKoBGB/Mohr, 8. Aufl., § 1018 Rn. 33). Soweit das Berufungsgericht auf eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe (NJW-RR 1991, 785, 787) verweist und meint, dass ein „Zugangsrecht“ die Benutzung des Weges mit mehrspurigen Fahrzeugen nicht umfasse, ergibt sich nichts Abweichendes. Nach dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt konnte ein Befahren des Weges mit mehrspurigen Fahrzeugen aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse nicht erfolgen. Hier ist dies anders (vgl. 2. b) bb)). Eine Dienstbarkeit, die zur Nutzung einer Fläche des dienenden Grundstücks „als Übergang“ zu einem Grundstück berechtigt, steht regelmäßig einem Wegerecht gleich. Dieses umfasst auch das Befahren mit einem üblichen Fahrzeug (vgl. OLG Karlsruhe, OLGZ 86, 70, 73; BeckOK BGB/Reischl [1.5.2020], § 1018 Rn. 54).

8 b) Das durch eine Grunddienstbarkeit gesicherte Recht, ein Grundstück „als Übergang zu benutzen“ berechtigt daher auch dazu, dieses mit einem Kraftfahrzeug zu überqueren; etwas anderes gilt nur dann, wenn sich eine Beschränkung in eindeutiger Weise aus den bei der Auslegung der Grundbucheintragung berücksichtigungsfähigen Umstände ergibt (vgl. Senat, Urteil vom 26. Oktober 1984 – V ZR 67/83, BGHZ 92, 351, 355 f.; Urteil vom 12. Juli 2019 – V ZR 288/17, NJW-RR 2020, 77 Rn. 9). Daran fehlt es hier.

9 aa) Eine Beschränkung auf ein bloßes Recht zum fußläufigen Überqueren des dienenden Grundstücks ergibt sich nicht aus der Eintragungsbewilligung.

Diese ist in der Grundbucheintragung nicht in Bezug genommen und enthält unabhängig davon keine weitergehenden Erläuterungen als die im Grundbuch enthaltene schlagwortartige Bezeichnung.

10 bb) Auch lässt sich aus den tatsächlichen Verhältnissen der beteiligten Grundstücke eine Beschränkung des Wegerechts nicht entnehmen. Die tatsächlichen Verhältnisse gehören zu den bei der Auslegung einer Grundbucheintragung zu berücksichtigenden ohne weiteres erkennbaren Umständen (Senat, Urteil vom 11. April 2003 – V ZR 323/02, NJW-RR 2003, 1235, 1236 mwN). Vorliegend bezieht sich der Ausübungsbereich der Grunddienstbarkeit auf eine Fläche, die – nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts – mit einer Breite von rund 2,40 m und einer Länge von rund 25 m einen wegeartigen Zuschnitt hat und damit auch mit mehrspurigen Fahrzeugen genutzt werden kann.

11 cc) Auf die Hilferwägungen des Berufungsgerichts zu den Vereinbarungen in dem Kaufvertrag vom 7. April 1936 kommt es nicht an, da dessen Inhalt nicht für jedermann erkennbar ist. Er kann daher auch nicht bei der Auslegung der Grundbucheintragung berücksichtigt werden.

12 3. Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben und ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da weitere tatsächliche Feststellungen nicht zu treffen sind, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts ist, soweit dieses den Klageantrag zu 2 (Unterlassung des Befahrens des Flurstücks 141 mit Fahrzeugen) abgewiesen hat, zurückzuweisen.

Anmerkung

I. Einführung und rechtliche Einordnung der Problematik

Täglich kommt der Notar¹ mit Eintragungen in Form von Rechten und Beschränkungen in Abteilung II des Grundbuchs in Berührung. Nicht selten geht es – neben der Löschung und Übernahme im Rahmen von Kauf- und Übertragungsverträgen – um deren erstmalige Bestellung. Dass hierbei größte Sorgfalt auf deren Inhalt und Formulierung gelegt werden sollte, zeigt die vorliegende instruktive Entscheidung des Bundesgerichtshofs, die sich mit der Auslegung eines als Grunddienstbarkeit gesicherten Rechts, ein Grundstück „als Übergang zu benutzen“ auseinanderzusetzen, und der in vollem Umfang zuzustimmen ist. Der der Entscheidung zu Grunde liegende Sach-

¹ Im Folgenden ist zur besseren Lesbarkeit von „dem Notar“ die Rede, der sowohl die männliche als auch die weibliche Form umfasst.

verhält erscheint zunächst trivial: Der letztlich unterliegende Kläger begehrt als Eigentümer vom Beklagten die Unterlassung (§ 1004 Abs. 1 S. 2 BGB) des Überquerens seines Grundstücks mit einem Fahrzeug. Tiefgründig, präzise und überzeugend sind dagegen die Ausführungen des Gerichts zur Auslegung einer Dienstbarkeit, wobei nachfolgend zunächst – über die Entscheidung hinausgehend – weitere grundsätzlich in Betracht kommende Rechtsfertigungsgründe für ein „Übergangsrecht“ aufgezeigt werden.

II. Duldungspflicht des Eigentümers zum Überqueren seines Grundstücks?

Der Eigentümer hat die Beeinträchtigung seines (dienenden) Grundstücks nach § 1004 Abs. 2 BGB zu dulden, wenn das im Grundbuch eingetragene Übergangsrecht das Überqueren mit einem Kraftfahrzeug beinhaltet. Eine Duldungspflicht kommt vorliegend weder aus Grundrechten bzw. allgemeinen Rechtfertigungsgründen (bspw. einer Sozialadäquanz bei nur geringfügigen Störungen²), dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis noch aus Gewohnheitsrecht in Betracht. Anhaltspunkte für das Vorliegen einer relativen Duldungspflicht aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) sowie einer Verwirkung des Anspruchs fehlen, so dass sich die nachstehenden Ausführungen auf die rechtsgeschäftliche Duldungspflicht in Form einer Grunddienstbarkeit konzentrieren.³

Zwar kann auch ein sog. Notwegerecht aus § 917 BGB den Eigentümer – gegen Entschädigung durch Geldrente (§ 917 Abs. 2 BGB) – zur Duldung von Beeinträchtigungen verpflichten; die Anforderungen daran sind jedoch hoch, so dass insb. bloße Bequemlichkeit oder Zweckmäßigkeit des Erreichens des Wohngrundstücks mit einem Kraftfahrzeug zur Rechtfertigung nicht ausreichen. Das Überqueren *auf eine bestimmte Art und Weise kann von § 917 BGB nur dann umfasst sein, wenn die vorhandene Verbindung für die ordnungsgemäße Benutzung des Grundstücks – nach objektiven Gesichtspunkten – nicht ausreichend ist.*⁴ Ob ein nur kurzer Fußweg als vorhandene Verbindung für eine ordnungsgemäße Grundstücksbenutzung ausreicht oder ob stets die unmittelbare Erreichbarkeit mit einem Kraftfahrzeug gewährleistet sein muss, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten

und nicht Teil dieser Anmerkung.⁵ Berücksichtigt man jedoch die Schwere des Eingriffs in das Eigentumsrecht, kann bei einem, wie im vorliegenden Fall, nur 25 m kurzen Fußweg die Erforderlichkeit nach Abwägung und Würdigung der Gesamtumstände im Einzelfall verneint werden. Grundsätzlich ist hingegen der herrschenden Rechtsprechung zu folgen, wonach ein bloßer Fußweg die Grundstücksnutzung *in nicht hinnehmbarem Maße beeinträchtigt*. Die Befriedigung von Grundbedürfnissen, bspw. Anlieferung von Lebensmitteln, erfordert nach Auffassung des BGH die Erreichbarkeit des Grundstücks mit einem Kraftfahrzeug.⁶

III. Grundsätze zur Bestimmung des Inhalts von Grunddienstbarkeiten

Die Komplexität und Streit anfälligkeit bei der Bestimmung des Inhalts von (Grund-)Dienstbarkeiten zeigt die dazu ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung, der regelmäßig der Grundsatz zugrunde liegt, „(...) dass zur Ermittlung des Inhalts einer Dienstbarkeit vorrangig auf Wortlaut und Sinn der Grundbucheintragung und der nach § 874 BGB in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung abzustellen (ist), wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt. Umstände außerhalb dieser Urkunden dürfen jedoch insoweit mit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne weiteres erkennbar sind.“⁷

Daraus lassen sich folgende vier, von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundprinzipien bzw. Auslegungsmaßstäbe herleiten:

1. Bei der Bestimmung des Inhalts von Grunddienstbarkeiten kommt es entscheidend auf den *Wortlaut und Sinn der Grundbucheintragung* nach dem maßgeblichen Verständnis im Zeitpunkt der Rechtseinräumung, d.h. der Bestellung der Grunddienstbarkeit, an (§§ 133, 157 BGB).
2. Im Rahmen der Auslegung ist neben der Grundbucheintragung auch die nach § 874 BGB in Bezug genommene *Eintragungsbewilligung* zu berücksichtigen.
3. Da *außerhalb der Urkunde liegende Umstände* – erweiternd wie beschränkend – bei objektiver Erkennbar

² Vgl. Hau/Poseck/Fritzsche, BeckOK BGB, 56. Edition 2020, § 1004 Rn. 106.

³ Für eine relative Duldungspflicht fehlt es am rechtsmissbräuchlichen Abwehrbegehren, für eine Verwirkung an den hohen Anforderungen an Umstands- und Zeitmoment.

⁴ Vgl. BGH NJW 1954, 1321; Hau/Poseck/Fritzsche, BeckOK BGB, 56. Edition 2020, § 917 Rn. 7.

⁵ Bei einem kurzen Fußweg ein Notwegerecht ablehnend HansOLG, Urt. v. 23.01.2020, 6 U 100/17; ein Notwegerecht auch bei einem vorhandenen Fußweg bejahend BGH, Urt. v. 12.12.2008 – V ZR 106/07, NJW-RR 2009, 515, sowie die überwiegende OLG-Rspr., bspw. OLG Stuttgart, Urt. v. 30.09.2014, 12 U 81/14.

⁶ BGH NJW-RR 2009, 515; vgl. dazu ausführlich MüKo-BGB/Brückner, 8. Aufl. 2020, § 917 Rn. 20 ff.

⁷ St. Rspr., vgl. BGH NJW-RR 2015, 208; BGH NJW-RR 2003, 1235; OLG Saarbrücken BeckRS 2018, 17919.

keit ebenso (nachrangig) zu berücksichtigen sind, kommt es auch auf die der Verkehrsauffassung entsprechenden und für jedermann erkennbaren *tatsächlichen Verhältnisse beider Grundstücke* an, insb. *Lage und Verwendungsart des herrschenden Grundstücks*.⁸ Subsidiär kann bei nicht eindeutigem Wortlaut im Einzelfall auch die *tatsächliche Handhabung* des Rechts berücksichtigt werden, die vor allem bei *längerer widerspruchloser Duldung* Anhaltspunkte für die Auslegung geben kann.⁹

4. Spätere Anpassungen des Umfangs des Rechts, d.h. Erweiterungen durch Bedarfssteigerung aufgrund technischer und wirtschaftlicher Entwicklungen des herrschenden (aber auch Beschränkungen aufgrund tatsächlicher Veränderungen des dienenden) Grundstücks sind möglich, „(...) wenn sich die Bedarfssteigerung in den Grenzen einer der Art nach gleichbleibenden Benutzung dieses Grundstücks hält und nicht auf eine zur Zeit der Dienstbarkeitsbestellung nicht vorhersehbare oder willkürliche Benutzungsänderung zurückzuführen ist.“¹⁰ Zudem darf weder der Inhalt der Dienstbarkeit eindeutig und für alle Zeit – v.a. örtlich, gegenständlich und zeitlich – festgelegt sein,¹¹ noch dürfen die Nachteile für das dienende Grundstück in einem Missverhältnis zu den Vorteilen des herrschenden Grundstücks stehen (Verbot unzulässiger Rechtsausübung, § 242 BGB).¹²

IV. „Recht, ein Grundstück als Übergang zu benutzen“ als Recht zum Befahren?

Inhalt einer sog. Benutzungs-Grunddienstbarkeit kann nach § 1018 Alt. 1 BGB die Berechtigung sein, das Grundstück *in einzelnen Beziehungen zu nutzen* („Duldung einer Nutzung“), wobei nach § 1019 BGB der Gebrauch mit einem *Vorteil* für das herrschende Grundstück verbunden sein muss. Zur Bestimmung des genauen Umfangs bzw. Inhalts führt – in Anwendung vorstehend genannter Grundprinzipien – die *Wortlautauslegung*, die in den Entscheidungsgründen des BGH den umfassendsten Teil einnimmt und Ausgangspunkt jeder Auslegung ist, entscheidend weiter:

Das Wort *Übergang* leitet sich etymologisch weniger von „Gang“ oder dem Verb „gehen“ ab, als dass es vielmehr einen Vorgang des Überquerens bzw. Passierens beschreibt – und damit gerade *nicht die Art und Weise oder das Mittel*, wie das Hindernis überquert wird. Letzteres wird nicht nur in der überzeugenden Argumentation des BGH deutlich, wonach es bei einem Übergang besonders um eine Verbindung von getrennt Liegendem geht (ähnlich einem ebenso weit zu verstehenden Zugangsrecht), sondern besonders in der Heranziehung weiterer Begriffe, die das Wort Übergang enthalten: sowohl Grenz- und Bahnübergang als auch Übergangsmode sowie – um im Juristischen zu bleiben – Übergangsrecht bzw. -regelungen im Rahmen von Gesetzesänderungen beschreiben ausschließlich einen *Vorgang*, enthalten sich aber sämtlich darüber, *wie* der Übergang zu vollziehen ist.

Entgegen der Ansicht der Vorinstanz des Hanseatischen Oberlandesgerichts ergibt sich etwas Anderes weder aus der Tatsache, dass zum entscheidenden Zeitpunkt der Eintragung im Jahr 1936 auch Geh- und Fahrrechte¹³ bereits bekannt und verbreitet waren, noch aus dem Argument „hätten die Beteiligten ein Fahrrecht gewollt, hätten sie es eindeutig formulieren können“. Zum einen schließt die Verbreitung von Geh- und Fahrrechten andere Formulierungen, die Rechte zum Befahren beinhalten, nicht aus; zum anderen kann den Beteiligten aus der scheinbar mehrdeutigen Begriffswahl kein mit Nachteilen verbundener Vorwurf gemacht werden: Die Ermittlung des Gewollten ist gerade Aufgabe der Auslegung. Umgekehrt könnte man auch argumentieren, dass „hätten die Beteiligten nur ein Gehrecht gewollt, hätten sie es eindeutig formulieren können“.

Beeinflusst werden kann das im Rahmen der Wortlautauslegung gefundene Ergebnis durch die in Bezug genommene Eintragungsbewilligung (vgl. oben 2. Grundprinzip) wie auch durch außerhalb der Urkunde liegende Umstände (3. Grundprinzip). Die gebotene Gesamtbeurteilung orientiert sich bei verständiger Würdigung und natürlicher Betrachtungsweise dabei zwar vordergründig an den Bedürfnissen des *herrschenden* Grundstücks, in seltenen Fällen sind hingegen auch Faktoren auf Seiten des *dienenden Grundstücks* relevant, bspw. wenn der Weg ein Befahren mit Fahrzeugen aufgrund der Beschaffenheit gar nicht ermöglicht.¹⁴ Aufgrund des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgebots sollten Umstände außerhalb der Urkunde jedoch nur äußerst restriktiv zur Auslegung des Inhalts von Grunddienstbarkeiten herangezogen werden, mit der Folge, dass – so der BGH zutreffend –

8 Vgl. dazu BGH DNotZ 1971, 471, wonach es auf die zur Zeit der Bestellung im Grundbuch beschriebene Benutzungsart dann nicht ankommt, wenn diese offenkundig überholt ist und mit der wirklichen Grundstücksbeschaffenheit nicht mehr im Einklang steht.

9 BGH NJW 1976, 417; Palandt/Herrler, BGB § 1018 Rn. 8; eine § 1091 BGB entsprechende subsidiäre Auslegungsregel wie für die beschr. pers. Dienstbarkeit enthält das Recht der Grunddienstbarkeiten im BGB nicht.

10 Vgl. BGH NJW-RR 2003, 1235; OLG Karlsruhe BeckRS 2020, 17172.

11 OLG Nürnberg NotBZ 2010, 426.

12 BGH Urt. v. 11.03.2016 – IV ZR 208/15; OLG Frankfurt/Main NJW-RR 2018, 851.

13 In Rechtsprechung und Literatur wird auch teilweise der inhaltsgleiche Begriff „Geh- und Fahrrecht“ verwendet.

14 Vgl. für einen ähnlichen Fall OLG Karlsruhe NJW-RR 1991, 785, in dem das Benutzungsrecht des schmalen Weges das Befahren mit mehrspurigen Fahrzeugen nicht umfasste.

bspw. Kaufvertragsinhalte und Entstehungsgeschichte einer Dienstbarkeit, aber auch ein abweichender Parteiwille bzw. etwaiger Schriftwechsel der Beteiligten, mangels Erkennbarkeit für Dritte grundsätzlich unberücksichtigt bleiben.¹⁵

Da das Ergebnis der Auslegung nach Ansicht des Gerichts bereits eindeutig ist, war vom BGH zutreffend weder auf eine mögliche widerspruchslöse Duldung noch auf eine etwaige Anpassung des Rechts aufgrund einer Bedarfssteigerung (4. Grundprinzip) einzugehen.

Interessant ist schließlich, dass der BGH für sein weites Begriffsverständnis des Übergangs im Sinne der Funktion einer Fläche als Verbindung dienend, die Formulierung im Grundbuch „das Recht (...) als Übergang zu benutzen“ hervorhebt. Daher könnte die Auslegung einer als bloßem „Übergangsrecht“ eingetragenen Dienstbarkeit in Abgrenzung zu einem „Überfahrtsrecht“ im jeweiligen Einzelfall zu einem abweichenden Ergebnis führen.

► V. Empfehlungen für die notarielle Gestaltungspraxis

Vorstehende Entscheidung verdeutlicht die Herausforderungen für Notare bei der Formulierung von Grunddienstbarkeiten am Beispiel von Geh- und Fahrrechten: Eine zu enge, inhaltlich präzise und jedes Detail regelnde Dienstbarkeit verhindert möglicherweise die erweiternde Auslegung bzw. Anpassung des Rechts an künftige veränderte Umstände und damit deren Wandelbarkeit. Zu allgemeine Formulierungen führen – gerade in den häufig konflikträchtigen und spannungsgeladenen nachbarschaftlichen Verhältnissen – hingegen zu Streit aufgrund unklarer und nicht abschließender Regelungen sowie zu Bedenken im Hinblick auf den sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz.

Empfehlenswert ist daher Folgendes: Von mehrdeutigen, (zu) weiten und unklaren Formulierungen wie bspw. *Übergangs-, Wege- und Zugangsrechten*, die von den Gerichten grundsätzlich weit iS. Rechts auch zum Befahren interpretiert werden,¹⁶ sollte zu Gunsten eindeutiger Begriffe wie Geh- und/oder Fahrrecht abgesehen werden. Man sollte sich weder auf eine – häufig nicht für beide

Beteiligten interessengerechte – weite Auslegung „zu Gunsten“ des herrschenden Grundstücks durch die Gerichte verlassen,¹⁷ noch *ausschließlich* auf die allgemeinen gesetzlichen Regelungen der §§ 1020 ff. BGB.

In der Bewilligungsurkunde sollten diejenigen Befugnisse des herrschenden Grundstücks bzw. Berechtigten, die bereits vorhersehbar sind, schon vorsorglich eindeutig formuliert werden. Da sich *Beschränkungen* – nach Ansicht des BGH¹⁸ – in eindeutiger Weise aus den bei der Auslegung der Grundbucheintragung berücksichtigungsfähigen Umständen ergeben müssen, kann daneben auch eine *negative* Abgrenzung hilfreich sein, wenn zwischen den Beteiligten klar ist, was *nicht* gestattet sein soll, bspw. Parken von Fahrzeugen bzw. das Abstellen und Lagern von Gegenständen und (Kraft-)Fahrzeugen aller Art, mit Ausnahme des nur kurzzeitigen Ein- und Aussteigens bzw. Be- und Entladens. In diesem Zusammenhang kann der *sachliche Ausübungsbereich* als Umfang der erlaubten Nutzung eingeschränkt werden, wenn bspw. gewollt ist, dass das Fahren nicht mit Fahrzeugen aller Art, sondern nur mit landwirtschaftlichen, einspurigen, nichtmotorisierten oder solchen mit einem Gesamtgewicht von bis zu 3,5t gestattet sein soll (Beschränkung des Rechts auf bestimmte (Kraft-)Fahrzeugtypen). Zudem kann auch eine Regelung darüber getroffen werden, ob das Geh- und Fahrrecht dazu berechtigt, die Wegefläche zu befestigen.¹⁹ Teilweise werden auch allgemeinere Formulierungen wie *„Der genaue Umfang des Benutzungsrechts (Geh- und Fahrrechts) richtet sich nach der ortsüblichen Benutzung eines Mehrfamilienhauses mittlerer Wohnlage.“* gewählt, die bei entsprechender Konkretisierung den Anforderungen an den Bestimmtheitsgrundsatz genügen.

Daneben können auch Ausführungen zum *Kreis der Berechtigten* Streit zwischen den Beteiligten vermeiden, bspw. ob und inwieweit Mieter/Pächter bzw. Ehegatten Berechtigte der Dienstbarkeit sind, aber vor allem auch, ob der Eigentümer des dienenden Grundstücks zur Mitbenutzung berechtigt ist. Detaillierte Regelungen sollten vor allem dann erfolgen, wenn abzusehen ist, dass der Weg nicht nur durch den Eigentümer des herrschenden

15 Ist der Kaufvertrag hingegen über § 9 Abs. 1 S. 2 BeurkG Inhalt der Eintragungsbewilligung geworden, kann er zur Auslegung der Grunddienstbarkeit herangezogen werden, vgl. OLG Köln NotBZ 2006, 366; eine bloße Erwähnung mit UR-Nr. oder auch eine auszugsweise Wiedergabe des Kaufvertrags in der Eintragungsbewilligung reichen dabei nicht aus, da dessen Inhalt dann nicht ohne Weiteres für Dritte erkennbar ist. Zudem muss im Grundbuch auf die im Kaufvertrag enthaltene Bewilligung Bezug genommen werden, BGH NJW 2011, 518, 519; zur Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte einer Dienstbarkeit bei Erkennbarkeit aus den Eintragungsunterlagen, BGH WM 1978, 1131.

16 Vgl. OLG Karlsruhe OLGZ 86, 70; OLG Hamburg OLGE 12, 128.

17 Z.B. „Fahrtrecht beinhaltet erst-Recht Gehrecht“ (OLG Saarbrücken BeckRS 2018, 17919) und auch „Wenderecht“ (Palandt/Herrler, BGB § 1018 Rn. 16); „Übergangsrecht beinhaltet auch Recht zum Fahren“ (BGH BeckRS 2020, 35374), auch wenn der Berechtigte nach § 1020 BGB zur schonenden Ausübung verpflichtet ist.

18 BGH BeckRS 2019, 31891; BGH NJW 1985, 385.

19 Vgl. dazu DNotI-Report 2004, 167-169, wonach es bei fehlender Regelung entscheidend darauf ankommt, ob es sich bei dem Weg um eine Anlage iSd. §§ 1020, 1021 BGB handelt; befestigte bzw. ausgebaute Wege sind nach h.A. Anlagen iSd. § 1020 BGB; str. bei bloßen Erhöhungen oder Vertiefungen des Grundstücks, recht weitgehend für einen unbefestigten Weg BGH NJW 2006, 1428. Zum weit auszulegenden Begriff der Anlage ausführlich MüKoBGB/Mohr, 8. Aufl. 2020, § 1020 BGB, Rn. 9.

Grundstücks, sondern in größerem Umfang bspw. durch Angestellte, Kunden und Besucher, (mit-)benutzt werden wird. Ohne ausdrückliche Regelung sind nach der Rechtsprechung grundsätzlich diejenigen Personen mitberechtigt, die in *besonderer Beziehung zum Eigentümer stehen*.²⁰

Unbedingt notwendig ist auch die – textliche – präzise Bezeichnung des sog. *örtlichen Ausübungsbereichs*, empfehlenswert ergänzend die – dazu widerspruchsfreie – zeichnerische Darstellung durch Bezugnahme auf einen (amtlichen) Lageplan als Teil der Bestellsurkunde, da bei fehlender Eingrenzung und Ableitung aus einer tatsächlichen Nutzung im Zweifel das gesamte Flurstück zum Überqueren genutzt werden darf.²¹

Streitvermeidend wirken schließlich auch Regelungen zu *Nebenpflichten* bspw. im Rahmen eines *Begleitschuldverhältnisses* (über Instandhaltungs- und Instandsetzungspflichten, Verkehrssicherung etc.²²) sowie zur *Dauer bzw. Beendigung des Rechts* durch schuldrechtliche Aufhebungspflichten mit Weitergabeverpflichtung an Rechtsnachfolger oder – aufgrund der dinglichen Wirkung *vorzugswürdig* – Bedingungen und Befristungen.²³ Ein Fahrrecht kann z.B. dahingehend auflösend bedingt bestellt werden, dass der Supermarkt auf dem herrschenden Grundstück nicht mehr betrieben wird oder dass das Grundstück an das öffentliche Straßennetz angeschlossen wird. Zudem können sich – je nach Einzelfall – Rangbestimmungen und Herrschvermerke (vgl. § 21 GBO) anbieten.

Last but not least: Besonders die *Frage der Kostentragung* sollte der Notar mit den Beteiligten ausführlich erörtern, da häufig auch der Eigentümer des herrschenden Grundstücks den Weg mitbenutzt, so dass sich insb. im Hinblick auf Instandhaltung und Verkehrssicherung eine Aufteilung der Kosten anbieten kann.²⁴ In keinem Fall sollte hier schematisch vorgegangen werden, da in der Praxis die Diskussion über die Kosten nicht selten zu

einer Anpassung des eigentlichen Dienstbarkeitsinhalts führt und klare Regelungen spätere Streitigkeiten zwischen den Beteiligten vermeiden helfen.

▶ VI. Schlussanmerkungen

Die Entscheidung des BGH – weites Verständnis des Rechts, ein Grundstück „als Übergang zu benutzen“ iSe. *Erreichbarkeit des herrschenden Grundstücks ohne Beschränkung auf das „Wie“* – überzeugt und verdeutlicht die Konsequenzen einer zu allgemeinen Formulierung von (Grund-)Dienstbarkeiten.

Nicht nur der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz, sondern auch die aus § 17 BeurkG resultierende notarielle Pflicht zur umfassenden Sachverhaltsermittlung und Willenserforschung erfordern eine vorsorgende, Streitvermeidende und die Interessen sämtlicher Beteiligter berücksichtigende, präzise Formulierung von (Grund-)Dienstbarkeiten sowohl in Bezug auf Inhalt als auch Umfang des Rechts. Dies umso mehr, als eine Grunddienstbarkeit „ewiges Recht“ schafft und anders als sog. beschränkte persönliche Dienstbarkeiten auch über Jahrhunderte bestehen kann. Damit die Dienstbarkeit jedoch durch Auslegung an künftige Entwicklungen anpassbar und deren Umfang wandelbar bleibt,²⁵ ist entscheidend, bei aller hinreichenden Bestimmtheit zum Schutz des Eigentümers vor unerwarteten Zusatzbelastungen, bei der notariellen Urkundengestaltung dafür Sorge zu tragen, den Inhalt der Dienstbarkeit weder zu eng „bis ins letzte Detail“ zu regeln, noch abschließend für alle Zeit festzulegen, es sei denn, genau diese Beschränkungen sind von den Beteiligten gewünscht.²⁶

Umso weniger der Umfang abschließend geregelt ist, umso mehr hängt die zulässige Nutzungsintensität von den Bedürfnissen des herrschenden Grundstücks ab und ist insoweit einer erweiternden Auslegung des Nutzungsumfangs im Rahmen der aufgezeigten, von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen zugänglich, so dass ein im Jahr 1900 bestelltes allgemeines Geh- und Fahrrecht im Laufe der Jahre sowohl dem Überqueren mit Pferden und anderen Fuhrwerken als auch landwirtschaftlichen Maschinen diente und heutzutage sogar (bei Vorhersehbarkeit) den Liefer- und Kundenverkehr eines auf dem

20 BGH DNotZ 1971, 471.

21 *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1156; vgl. auch § 1023 BGB.

22 Insoweit ist bei der Regelung des gesetzlichen Schuldverhältnisses darauf zu achten, dass nicht lediglich die sich bereits aus dem Gesetz (§§ 1020-1022 BGB) ergebenden Pflichten normiert werden, sondern darüber hinausgehende Regelungen getroffen werden, wobei hier vieles umstritten ist, vgl. OLG Hamm FGPrax 2015, 55. In jedem Fall sollte sorgfältig getrennt werden zwischen der Frage der Unterhaltungs- bzw. Verkehrssicherungspflicht sowie der jeweiligen *Kostentragung* – auch wenn regelmäßig ein Gleichlauf zwischen beiden gewollt sein dürfte, dazu auch BGH DNotZ 2005, 617 mit Anm. *Amann*.

23 Im Rahmen von reinen schuldrechtlichen Vereinbarungen, die über das Begleitschuldverhältnis hinausgehen, sollte die mögliche Aufnahme einer Weitergabeverpflichtung mit den Beteiligten erörtert werden, da diese grds. nicht eintragungsfähig sind und nicht ggü. dem Sondernachfolger gelten.

24 Zudem können bspw. auch die Kosten der erstmaligen Herstellung, des Betriebs und der Unterhaltung gesondert geregelt werden; für ein instruktives Beispiel einer Bestellsurkunde eines Geh- und Fahrrechts vgl. *Winterer*, Beck'sche Online-Formulare, 54. Edition 2020, Grunddienstbarkeit/Wegerecht.

25 Nach der Rspr. steht der Umfang einer zeitlich unbegrenzten Dienstbarkeit nicht von vorneherein für alle Zeiten fest, vgl. BGH NJW-RR 2003, 1235; zudem zeigt auch § 1023 BGB eine gewisse „Flexibilität“ der Dienstbarkeit, wonach bei Vorliegen der Voraussetzungen der Eigentümer des dienenden Grundstücks eine Verlegung des Ausübungsbereichs verlangen kann.

26 Vgl. *Amann*, DNotZ 2015, 164; die Auslegungsfähigkeit eines Rechts stellt keinen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot dar, anders jedoch bei Mehrdeutigkeit oder Unvollständigkeit, vgl. auch MüKo-BGB/Mohr, § 1018 Rn. 13.

herrschenden Grundstück errichteten Kaufhauses – und damit neben einer quantitativen in seltenen Fällen auch eine qualitative Erweiterung – rechtfertigen kann.²⁷

*Notarassessor Dr. Jan-Christoph F. Stephan, LL.M.
(King's College London), Heilbronn*

Zur Entbehrlichkeit der Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses bei Eintragung einer Vormerkung für bedingten Rückübertragungsanspruch zugunsten mehrerer Berechtigter

GBO § 47; BGB § 461, § 472, § 741

Amtlicher Leitsatz:

Der Grundsatz, dass bei einem schuldrechtlich zugunsten mehrerer Berechtigter bestellten Wiederkaufs- oder Vorkaufsrecht bei der Eintragung einer Vormerkung die Angabe des Anteilsverhältnisses gemäß § 47 GBO entbehrlich ist, gilt auch für den bedingten Rückübertragungsanspruch aus einem Überlassungsvertrag, wenn die entsprechende Anwendung von § 461 BGB vereinbart wurde. Für die Eintragung genügt der Hinweis auf § 461 BGB. (Rn. 16 – 19)

**OLG Nürnberg (15. Zivilsenat),
Beschluss vom 25.11.2020 – 15 W 3458/20**

I. Tatbestand:

1 Im Grundbuch von G. waren im Band ... auf Blatt ... zunächst die Beschwerdeführer zu 1) und 2) als Eigentümer zu je ½ des dort geführten Grundstücks mit der Flurnummer 600/31, Gebäude- und Freifläche zu 491 m², eingetragen. Auf Bl. ... des genannten Grundbuchs waren sie als Eigentümer zu je ½ des Grundstücks mit der Fl.Nr. 599, Gebäude- und Freifläche zu 665 m², eingetragen. Die Beteiligten zu 1) und 2) sind im gesetzlichen Güterstand verheiratet.

2 Mit Überlassungsvertrag vom 05.08.2020, URNr. ..., überließen die Beteiligten zu 1) und 2) diesen Grundbesitz ihrer Tochter, der Beteiligten zu 3). Unter Punkt IV. der Urkunde ist ein Rückerwerbsrecht der Übergeber

u.a. für den Fall des Erstversterbens der Beteiligten zu 3) oder der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen vereinbart. Der Rückübertragungsanspruch kann nur durch eingeschriebenen Brief gegenüber dem Verpflichteten bzw. dessen Erben geltend gemacht werden. Weiter wurde vereinbart, dass § 461 BGB entsprechend gilt. Zur Sicherung dieses bedingten Anspruchs auf Rückübertragung wurde die Eintragung einer Vormerkung bewilligt und beantragt.

3 Mit Antrag vom 25.09.2020 legte die Urkundsnotarin die Urkunde dem Grundbuchamt zum Gesamtvollzug vor. Am 05.11.2020 wurde die Beteiligte zu 3) als Eigentümerin der genannten Grundstücke im Grundbuch von G., Blatt ..., eingetragen.

4 Nicht eingetragen wurde hingegen die Vormerkung zur Sicherung des bedingten Rückerwerbsanspruchs am Vertragsbesitz. Diesbezüglich teilte das Amtsgericht – Grundbuchamt – Erlangen mit Zwischenverfügung vom 29.09.2020 mit, dass der Eintragung ein Hindernis entgegenstehe, da die Angabe eines Anteilsverhältnisses gemäß § 47 GBO fehle. Es setzte zur Behebung des Hindernisses eine Frist bis 29.10.2020.

5 Die Urkundsnotarin führte mit Schreiben vom 07.10.2020 aus, das Anteilsverhältnis sei in der Urkunde angegeben durch die Vereinbarung „§ 461 BGB gilt entsprechend“.

6 Mit rechtlichem Hinweis vom 09.10.2020 gab das Grundbuchamt an, § 461 BGB regle kein Gemeinschaftsverhältnis im Sinne des § 47 GBO, sondern lediglich die Ausübung des gemeinschaftlichen Anspruchs.

7 Mit Schreiben vom 16.10.2020 legte die Urkundsnotarin namens der Beteiligten Beschwerde gegen die Zwischenverfügung ein. Nach zwar nicht unbestrittener, aber richtiger Meinung des Bayerischen Obersten Landesgerichts in der Entscheidung vom 14.01.1993 könnten die Vorschriften der §§ 461, 472 BGB analog den Regeln zum Vorkaufsrecht bzw. Wiederkaufsrecht auf den vergleichbaren Fall des Rückerwerbsrechts angewandt werden. Die Sachverhalte seien von der Rechtsfolgen-seite her identisch. Da das Rückforderungsrecht im BGB nicht geregelt sei, fehle es an einer entsprechenden Vorschrift für das Gemeinschaftsverhältnis. Es handle sich daher um eine nicht geplante Regelungslücke und die analoge Anwendung des § 461 BGB sei zu bejahen.

8 Das Grundbuchamt half der Beschwerde mit Beschluss vom 23.10.2020 nicht ab. Zur Eintragung bedürfe es im Falle mehrerer Berechtigter der Angabe eines Anteilsverhältnisses gemäß § 47 GBO. Aus der Urkunde gehe nicht hervor, wie das Gemeinschaftsverhältnis der Übergeber ausgestaltet sein solle, ob es sich um eine Gesamthandsgemeinschaft oder eine Bruchteilsgemeinschaft handle. Eine Auslegung der in der Urkunde

²⁷ Insoweit bedarf es der anspruchsvollen und streitanfälligen Beurteilung, ob die Errichtung des Kaufhauses damals bei Bestellung des Rechts bereits vorhersehbar war; dazu auch *Grziwotz*, Der aktuelle Umfang von Wegerechten, NJW 2008, 1851.

enthaltenen Angaben sei nicht möglich. In der entsprechenden Anwendung des § 461 BGB sei kein Anteilsverhältnis der Berechtigten zu sehen, da die Vorschrift nicht das Gemeinschaftsverhältnis regle, sondern die Ausübung des Rechts.

► II. Aus den Gründen:

9 Das gegen die Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 GBO gerichtete Rechtsmittel ist als unbeschränkte Beschwerde (§ 11 Abs. 1 RPflG, § 71 Abs. 1 GBO) statthaft und auch im Übrigen zulässig (§ 73 GBO, § 7 Abs. 1, § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 FamFG, § 15 GBO).

10 Die Beschwerde ist auch begründet. Das Amtsgericht durfte die Eintragung der Vormerkung im vorliegenden Fall nicht von der Angabe eines Anteilsverhältnisses abhängig machen.

11 1. In dem Überlassungsvertrag vom 05.08.2020 haben die Beschwerdeführer einen bedingten Rückübertragungsanspruch für die Beteiligten zu 1) und 2) u.a. im Falle des Vorversterbens der Beteiligten zu 3) vereinbart. Das Anteilsverhältnis der Beteiligten zu 1) und 2) an diesem Anspruch ist nicht festgelegt. Es wurde lediglich die entsprechende Anwendung des § 461 BGB vereinbart.

12 Haben mehrere Personen gemeinsam einen Anspruch auf Auflassung eines Grundstücks, ist grundsätzlich das Anteilsverhältnis, in denen ihnen der Auflassungsanspruch zusteht, anzugeben. Denn nach § 47 GBO soll, wenn ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen werden soll, die Eintragung in der Weise erfolgen, dass entweder die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen angegeben werden oder das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis bezeichnet wird (BGH, Beschluss vom 09. Juli 1980 – V ZB 5/80).

13 Vorliegend ist allerdings eine nähere Kennzeichnung des Beteiligungsverhältnisses nach § 47 GBO entbehrlich. Es genügt vielmehr der Hinweis auf die entsprechende Anwendung des § 461 BGB im Rahmen der Eintragung.

14 2. Es ist zwar insbesondere in der Literatur nicht unumstritten (ablehnend Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Auflage 2020, Zweiter Teil Grundbuchformulare mit Erläuterungen Rn. 1407, 1407a, 1511; kritisch Demharter, MittBayNot 1998, 16-18), nach der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung aber anerkennt, dass bei Wiederkaufsrecht und Vorkaufsrecht die fehlende Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses eine Eintragung der Rückauflassungsvormerkung nicht hindert.

15 Denn die §§ 461, 472 BGB regeln nicht nur die Ausübung des Wiederkaufs-/Vorkaufsrechts, sondern sie bestimmen darüber hinaus das Verhältnis der Berechtigten untereinander und zum Verpflichteten. Die Berechtigung mehrerer führt durch die in §§ 461 S. 2, 472 S. 2 BGB enthaltene Regelung zu einer besonderen gesamthandsartigen Berechtigung der Beteiligten an dem vereinbarten Recht, da der durch die Ausübung des Rechts entstehende Anspruch der ihr Recht ausübenden Mitberechtigten auf Auflassung auf den Anteil des Mitberechtigten, der das Vorkaufsrecht nicht (mit-)ausgeübt hat oder bei dem es erloschen ist, erstreckt wird. Damit bestimmen diese Vorschriften das Gemeinschaftsverhältnis der Beteiligten, das im Grundbuch bei der Eintragung der Vormerkung gemäß § 47 GBO zu verlautbaren ist. Dies hat dadurch zu erfolgen, dass der gesicherte Anspruch der Berechtigten als aus dem Recht gekennzeichnet wird, für das die §§ 461, 472 BGB gelten. Eine weitere Angabe ist nicht erforderlich (für das Vorkaufsrecht: BGH, Beschluss vom 11.09.1997, V ZB 11/97; BGH, Beschluss vom 13.10.2016, V ZB 98/15; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.11.1982, 3 W 200/82; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 29.06.1998, 20 W 144/98; Seichter in Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Auflage Stand 01.02.2020, § 472 Rn. 5; teilweise noch zu § 513 BGB a.F., jetzt inhaltsgleich § 472 BGB; für das Wiederkaufsrecht: Thüringer Oberlandesgericht, Beschluss vom 29.09.2014, 3 W 420/14; Staudinger/Schermair (2013) BGB § 461 Rn. 3).

16 3. Zwar haben die Beteiligten vorliegend weder ein Wiederkaufs- noch ein Vorkaufsrecht vereinbart. Vielmehr handelt es sich um einen bedingten Rückübertragungsanspruch aus dem Überlassungsvertrag. Allerdings finden die oben unter 2. genannten Erwägungen aufgrund der Vereinbarung der entsprechenden Geltung von § 461 BGB auch auf die hier zwischen den Beteiligten getroffenen Regelungen Anwendung.

17 Eine Rückübertragungsverpflichtung, wie hier vereinbart, ist im BGB nicht geregelt. Die Beteiligten wollten aber durch die Vereinbarung der entsprechenden Anwendbarkeit des § 461 BGB ersichtlich ein dem Vor- bzw. Wiederkauf angenähertes Verfahren für den Vollzug des Rückforderungsrechts vereinbaren. Denn entsprechend der Vorkaufs-/Wiederkaufsabrede wird auch hier durch die Rückübertragungsabrede ein aufschiebend bedingter Vertrag geschlossen (Preuß in Schreiber/Ruge, Handbuch Immobilienrecht, 4. Aufl. 2020, Kapitel 14: Sicherung von Ansprüchen auf künftige Rechtsänderungen Rn. 62 für das Vorkaufsrecht, Rn. 86 für das Wiederkaufsrecht), der durch Erklärung gegenüber dem Verpflichteten wirksam wird (hier ge-

mäß vertraglicher Vereinbarung, sonst gemäß §§ 456, 464 BGB). Dadurch entsteht ein schuldrechtlicher Anspruch auf Übereignung zwischen den Berechtigten und dem Erwerber, der jeweils durch eine Vormerkung gesichert werden kann. Wie auch bei dem Wiederkaufs- und dem Vorkaufsrecht soll die Beteiligte zu 3) als Erwerberin davor geschützt werden, bei nur teilweiser Ausübung des Vorkaufsrechts wider Willen in eine Gemeinschaft gezwungen zu werden (*Müller in jurisPK*, a.a.O. § 461 Rn. 1; *Staudinger/Schermaier* a.a.O. § 472 Rn. 2).

18 Die Vereinbarung der entsprechenden Anwendbarkeit von § 461 BGB ist auch zulässig. Denn in der Rechtsprechung ist anerkannt, dass die §§ 472, 461 BGB auch für Erwerbsrechte und Übereignungsansprüche vereinbart werden können, die nicht aus Vor- oder Wiederkauf stammen (OLG München, Beschluss vom 29.05.2007, 32 Wx 77/07; Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 14.04.1993, 22 BR 102/92 zu § 502 BGB a.F., jetzt inhaltsgleich § 461 BGB; *Staudinger/Schermaier*, a.a.O. § 472 Rn. 1).

19 4. Bei der Eintragung der Vormerkung zur Sicherung des Rückübertragungsanspruchs in das Grundbuch ist daher eine weitere Angabe zur Art der gemeinschaftlichen Berechtigung der Beteiligten zu 1) und 2) nicht erforderlich (so auch OLG München, Beschluss vom 29.05.2007, 32 Wx 77/07 in einem vergleichbaren Fall; *Keller in Keller/Munzig, KEHE Grundbuchrecht – Kommentar*, 8. Auflage 2019, § 47 Rn. 11 „Vorkaufsrecht“). Es genügt der Hinweis auf die entsprechende Anwendbarkeit von § 461 BGB (*Staudinger* a.a.O. § 461 Rn. 3).

20 Vorliegend ist von einem Erwerb von Miteigentum der Beteiligten zu 1) und 2) zu gleichen Teilen auszugehen. Steht das Rückübertragungsrecht mehreren zu, wird das Gemeinschaftsverhältnis der Beteiligten hinsichtlich der Frage, zu welchen Anteilen sie bei Ausübung des Rechts Gläubiger des Übertragungsanspruchs werden, von der zwischen den Berechtigten und dem Verpflichteten getroffenen Vereinbarung bestimmt (BGH, Beschluss vom 11.09.1997, V ZB 11/97).

21 Mangels ausdrücklicher Regelung im Überlassungsvertrag und da auch durch Auslegung des Vertrages kein anderer Wille der Beteiligten zu 1) und 2) festgestellt werden kann, greifen die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 741 ff BGB ein. Der Umstand, dass ein Recht mehreren gemeinschaftlich zusteht, führt gemäß § 741 BGB, wenn sich – wie hier – aus dem Gesetz nichts anderes ergibt, ohne weiteres zur Bruchteilsgemeinschaft. Haben die Beteiligten nichts anderes vereinbart, richtet sich der Anspruch der Berechtigten gemäß § 742 BGB auf den Erwerb von Miteigentum zu gleichen Anteilen (BGH a.a.O.).

22 Die Zwischenverfügung des Amtsgerichts – Grundbuchamt – Erlangen vom 29.09.2020 war daher aufzuheben. Die Sache wird zum Zweck der erneuten Entscheidung über den Eintragungsantrag an das Grundbuchamt zurückgegeben. Einer Anweisung des Grundbuchamtes, anderweitig über den Antrag zu entscheiden, bedarf es nicht (*Demharter*, GBO, 30. Auflage, § 77 Rn. 24).

Nachweis der Verwaltereigenschaft gegenüber dem Grundbuchamt

§ 6 Abs. 1 MG-GesR; §§ 12, 24 WEG

Leitsatz der Redaktion:

§ 6 Abs. 1 des Gesetzes über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie gilt nicht für Verwalter, dessen Amtszeit bereits 2018, also ein Geschäftsjahr vor Beginn der Corona-Pandemie abgelaufen war.

KG (1. Zivilsenat),

Beschluss vom 15.12.2020 – 1 W 1450 + 1451/2020

I. Tatbestand:

1 Die Veräußerung der im Beschlusseingang genannten Wohnungs- und Teileigentumsrechte bedarf der Zustimmung des Verwalters. In der als Inhalt des Sondereigentums gebuchten Gemeinschaftsordnung (Nr. III i.V.m. Nr. VI lit. b der UR-Nr. 206/2014 des Notars ...) heißt es, die Tätigkeit des Verwalters nach WEG beginne mit der Eintragung der ersten Auflassungsvormerkung in einem der Wohnungsgrundbuchblätter (Bd I Bl. 36, 42 d.A. Blatt ...). Unter Nr. IV der UR-Nr. 206/2014 – nicht von der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung erfasst – erklärte der teilende Eigentümer, er bestelle zum ersten Verwalter die ... (im Folgenden: V) für die Dauer von drei Jahren, beginnend mit der Eintragung der ersten Auflassungsvormerkung in einem der Wohnungsgrundbuchblätter.

2 Die erste Auflassungsvormerkung wurde am 25. März 2015 in das Grundbuch eingetragen (Blatt ... Abt. II lfd. Nr. 10). Die Beteiligten zu 1) und 2) sind seit dem 26. Juni 2020 als (Bruchteils-) Eigentümer der im Beschlusseingang genannten Rechte gebucht.

3 Im Juli 2020 haben die Beteiligten unter Bezugnahme auf die Auflassung vom 5. März 2020 (UR-Nr. 119/2020

des Notars ...) u.a. beantragt, das Eigentum auf die Beteiligten zu 3) bis 5) umzuschreiben. Beigefügt war eine Zustimmungserklärung der V vom 27. April 2020 (UR-Nr. 242/2020 des Notars ...). Mit der angefochtenen Zwischenverfügung hat das Grundbuchamt den Beteiligten aufgegeben, die Verwalterstellung der V per 27. April 2020 nachzuweisen.

4 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Akten nebst Beiakten verwiesen, insbesondere auf Bl. 9/1 bis 9/37 d.A. Blatt ... und Bd I Bl. 2 bis 67, 68 bis 92 und 173 bis 180 d.A. Blatt ...

► II. Aus den Gründen:

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

6 Das aufgezeigte Eintragungshindernis besteht. Die dem Grundbuchamt nachzuweisende Auffassung (§ 20 GBO, § 925 BGB) bedarf für ihre Wirksamkeit gemäß § 12 Abs. 1 und 3 S. 1 WEG der Zustimmung des Verwalters. Hierzu muss auch nachgewiesen werden, dass V zum maßgeblichen Zeitpunkt am 27. April 2020 (vgl. BGH, NJW 2013, 299 f.) Verwalter war. Aus der Erklärung des teilenden Eigentümers unter Nr. IV der UR-Nr. 206/2014 ergibt sich das selbst dann nicht, wenn ihr sämtliche Sondernachfolger zugestimmt hätten (vgl. dazu Senat, Rpfleger 2012, 138). Denn die Bestellung der V endete spätestens am 25. März 2018.

7 V ist nicht gemäß § 6 Abs. 1 des Gesetzes über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie vom 27. März 2020 (MG-GesR; BGBl. I, 569, 570) als Verwalter anzusehen. Es kann dahinstehen, ob § 6 Abs. 1 MG-GesR auch Verwalter erfasst, deren Amtszeit bei dem Inkrafttreten des Gesetzes am 28. März 2020 bereits abgelaufen war (vgl. OLG Hamm, MDR 2020, 1370; MünchKomm/Engelhardt, BGB, 8. Aufl., Aktual. 4. Mai 2020, § 26 WEG Rn. 23a ff.; Staudinger/Jakoby, BGB, Bearb. 2018, Aktual. 25. April 2020, § 26 WEG Rn. 114.2 ff.; DNotl-Report 2020, 84; Drasdo, NZM 2020, 426; Elzer, MietRB 2020, 334, der sogar eine Rückwirkung befürwortet). Das gilt jedenfalls nicht für Verwalter, deren Amtszeit schon im Jahr 2018 oder früher endete.

8 Nach seinem Wortlaut betrifft § 6 Abs. 1 MG-GesR nur Verwalter, die am 28. März 2020 im Amt waren. Unter „bleiben“ wird sowohl nach dem allgemeinen Sprachgebrauch als auch rechtstechnisch regelmäßig das Bei-

behalten eines bestehenden Zustands verstanden – hier im Sinn einer Amtsverlängerung. Rechtsgeschäftlich kann eine Organstellung nicht rückwirkend begründet werden (zur Verwalterstellung OLG Hamm, Beschl. v. 19. April 1995 – 15 W 26/95 – juris Rn. 117). Allerdings heißt es in den Materialien, § 6 Abs. 1 MG-GesR gelte auch für den Fall, dass die Amtszeit des Verwalters zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Vorschrift bereits abgelaufen sei (BT-Drucks. 19/18110, S. 31). Es bedarf keiner Erörterung, ob der Wille des Gesetzgebers, die Verwalterstellung – *ex nunc* oder *ex tunc* (ab dem Ende der Amtszeit) – auch für eine bereits verwalterlose Gemeinschaft zu fingieren, hinreichend Ausdruck gefunden hat. Zumindest im Zusammenhang mit Veräußerungsbeschränkungen sind eindeutige Regelungen geboten, um unrichtige Grundbucheintragungen zu vermeiden (s. die Heilungsvorschrift § 61 WEG a.F. nach BGH, NJW 1991, 1613).

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

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

Voraussetzung der Löschung einer Vormerkung aufgrund eines Unrichtigkeitsnachweises

§§ 18, 22, 24 GBO; § 891 BGB

Leitsatz der Redaktion:

Liegt allein aufgrund eines Versehens des Grundbuchamtes eine Divergenz zwischen Willen der Beteiligten und Grundbucheintragung vor, so reicht zur Löschung die Vorlage der materiellrechtlichen Erklärungen (Einigung, Auflassung, Aufgabeerklärung) in der Form des § 29 GBO. Eine Löschungsbewilligung des fälschlicherweise eingetragenen Berechtigten ist nicht notwendig.

OLG Stuttgart (8. Zivilsenat),
Beschluss vom 06.10.2020 – 8 W 125/19

► I. Tatbestand:

1 Am 18.06.2018 schlossen die Antragstellerin und Herr M. F. vor Notar, unter Urkundenrolle ... einen Vertrag betreffend die Überlassung einer Grundstücksfläche von 304 qm durch M. F. an die Antragstellerin zu Alleineigentum. Dabei wurde ein bedingter und befristeter Rückübertragungsanspruch des M. F. in den Vertrag aufgenommen und dessen Sicherung durch eine befristete Vormerkung vereinbart. Die Eintragung dieser Vormerkung wurde im Rahmen des Notarvertrages bewilligt und beantragt.

2 Am 17.12.2018 wurde die Rückerwerbsvormerkung in Abteilung II unter laufender Nummer 1 im Grundbuch eingetragen, wobei auf Grund eines Versehens des Grundbuchamtes A. F. als Vormerkungsberechtigter eingetragen wurde (Vormerkung II/1). Der beurkundende Notar hat mit Schreiben an das Grundbuchamt vom 21.12.2018 auf die fehlerhafte Eintragung hingewiesen und um Berichtigung gebeten. Das Grundbuchamt hat in der Folge am 14.01.2019 einen Amtswiderspruch gegen die Eintragung des falschen Berechtigten eingetragen, des Weiteren wurde in Abteilung II unter laufender Nummer 2 eine Vormerkung zugunsten des richtigen Berechtigten (Vormerkung II/2) eingetragen. Im Weiteren hat die Rechtspflegerin des Grundbuchamts mitgeteilt, eine Löschung sei nur mit Vorlage einer Löschungsbewilligung des eingetragenen Berechtigten möglich. Der Name des tatsächlich eingetragenen Berechtigten sowie dessen Geburtstag seien richtig. Daher sei nicht

die Bezeichnung des Berechtigten falsch eingetragen, sondern der Berechtigte selbst. Es handle sich um eine existente Person.

3 Mit Schreiben an das Grundbuchamt vom 04.03.2019 hat die Antragstellerin als nunmehrige Eigentümerin die Löschung der Vormerkung II/1 wegen Unrichtigkeit des Grundbuchs beantragt und zum Nachweis auf die Bewilligung vom 18.06.2018 Bezug genommen. Aus ihr ergebe sich die Unrichtigkeit.

4 Im Rahmen einer Zwischenverfügung vom 28.03.2019 hat die Rechtspflegerin des Grundbuchamts mitgeteilt, zum Vollzug des Löschantrages vom 04.03.2019 bedürfe es noch der Löschungsbewilligung des Vormerkungsberechtigten A. F. in der Form des § 29 GBO. Eine Löschung auf Grund Unrichtigkeitsnachweises mithilfe der Urkunde ... vom 18.08.2018 scheide leider aus. Der Bundesgerichtshof habe in seiner Entscheidung vom 26.11.1999 (Az. V ZR 432/98, abgedruckt in NJW 2000, 805; ebenso BGH NJW 2008, 578) festgestellt, dass für die Eintragung der Vormerkung keine bestimmte Reihenfolge von Bewilligung und Eintragung vorgesehen sei. Durch eine nachträgliche Einigung werde das anfänglich unrichtige Grundbuch richtig. Eine bloße anfängliche Unrichtigkeit reiche aber für die Berichtigung nicht aus. Ein Nachweis über die nicht erfolgte nachträgliche Einigung sei in der Form des § 29 GBO zu erbringen. Im vorliegenden Fall könne dies jedoch nicht nachgewiesen werden. Die Urkunde UR ... weise nicht nach, dass nicht zwischenzeitlich nach der Eintragung der Vormerkung eine der Vormerkung entsprechende Einigung stattgefunden habe. Es bedürfe daher der Löschungsbewilligung des Vormerkungsberechtigten. Diesbezüglich wurde eine Frist bis zum 15.05.2019 gesetzt, nach deren ergebnislosem Ablauf der bezeichnete Antrag zurückzuweisen sei.

5 Mit Schreiben an das Grundbuchamt vom 02.04.2019 legte der beurkundende Notar eine Stellungnahme des Deutschen Notarinstituts vom 06.02.2019 zu dem verfahrensgegenständlichen Vorgang vor und bat die zuständige Rechtspflegerin um Überprüfung ihrer Rechtsauffassung. Nachdem diese bei ihrer mitgeteilten Auffassung blieb, legte der beurkundende Notar für die Antragstellerin durch Schreiben vom 10.04.2019 Beschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 28.03.2019 ein. Zur Begründung verwies er auf die Stellungnahme des Deutschen Notarinstituts und wies zudem darauf hin, dass die Auffassung der Rechtspflegerin schon aus praktischen Gründen nicht richtig sein könne.

6 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Akten dem Oberlandesgericht Stuttgart zur Entscheidung vorgelegt.

► II. Aus den Gründen:

7 Die gemäß § 71 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde der Antragstellerin hat in der Sache Erfolg. Die angegriffene Zwischenverfügung kann keinen Bestand haben.

8 Eine Zwischenverfügung gemäß § 18 GBO dient dazu, der Eintragung den sich nach dem Eingang des Antrags bestimmenden Rang zu sichern, weshalb die gesetzliche Regelung sich ausschließlich auf solche Eintragungshindernisse bezieht, die mit Rückwirkung auf den Eintragungsantrag beseitigt werden können. Deshalb ist es nicht zulässig, mit einer Zwischenverfügung auf den Abschluss eines Rechtsgeschäfts hinzuwirken oder dem Antragsteller aufzugeben, eine erst noch zu erklärende Eintragungsbewilligung eines unmittelbar betroffenen Dritten beizubringen (BGH Rpfleger 2014, 580; OLG Köln RNotZ 2020, 282). Dies gilt nicht nur für Eintragungsbewilligungen, die eine Rechtsänderung zum Gegenstand haben, sondern auch für solche, die eine Grundbuchberichtigung herbeiführen sollen (BayObLG MittBayNot 1995, 42; OLG München, Beschluss vom 07.08.2012, Az. 34 Wx 76/12, zitiert nach JURIS).

9 Schon aus diesem formalen Grund kann die angegriffene Zwischenverfügung, die der Antragstellerin die Vorlage einer Löschungsbewilligung des A. F. ansinnt, keinen Bestand haben.

10 Überdies besteht das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis nicht. Die Unrichtigkeit des Grundbuches ist im vorliegenden Fall in der Form des § 29 GBO nachgewiesen.

11 Richtig ist im Ausgangspunkt, dass an die Führung des Unrichtigkeitsnachweises gemäß § 22 GBO strenge Anforderungen zu stellen sind, weil sonst am Verfahren nicht beteiligte Personen geschädigt werden könnten (*Demharter*, Grundbuchordnung, 31. Auflage 2018, § 22 GBO, Rdnr. 37 m.w.N.). Diese strengen Anforderungen sind hier aber erfüllt.

12 Es liegt im vorliegenden Fall eine – allein durch ein Versehen des Grundbuchamts verursachte – Divergenz zwischen Willenselement und Grundbucheintragung vor. Die Eintragungsbewilligung bezog sich auf eine Vormerkung zugunsten des Vertragspartners und Gläubigers des bedingten und befristeten Rücküberweisungsanspruchs, M. F., während die tatsächliche Eintragung A. F. als Berechtigten der Vormerkung II/1 ausweist. In einem solchen Fall tritt materiell keine Rechtsänderung ein, das Grundbuch wird mit der Eintragung unrichtig (vgl. *Meikel/Böttcher*, Grundbuchordnung, 11. Auflage 2015, § 22 GBO, Rdnr. 9). Bei einer solchen Divergenz zwischen Willenselement und Grundbucheintragung lässt sich der Unrichtigkeitsnachweis dadurch führen,

dass die die vorgelegt werden (*Meikel/Böttcher*, a.a.O., § 22 GBO, Rdnr. 122; *Schäfer* in: *Bauer/Schaub*, Grundbuchordnung, 4. Auflage 2018, § 22 GBO, Rdnr. 180). Der notarielle Überlassungsvertrag vom 18.06.2018 liegt vor.

13 Keine andere Bewertung ergibt sich daraus, dass es vorliegend um die fehlerhafte Eintragung einer Vormerkung geht. Die Möglichkeit, dass zeitlich nach der Eintragung der Vormerkung II/1 eine der Vormerkung entsprechende Einigung stattgefunden hat („Aufladen“ der Vormerkung), stellt den Unrichtigkeitsnachweis nicht ohne Weiteres in Frage. Eine Einigung müsste durch die Eigentümerin erfolgt sein, die hier aber gerade von Anfang an die Berichtigung beantragt hat. Eigentümerin ist seit dem 17.12.2018 die nunmehrige Antragstellerin, am selben Tage ist die fehlerhafte Rückerwerbsvormerkung II/1 im Grundbuch eingetragen worden. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang überdies, dass generell die bloße Möglichkeit, dass der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch nach Maßgabe der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erweitert oder durch einen anderen ersetzt wurde, die auch für das Grundbuchamt geltende, an die Grundbucheintragung einschließlich der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung anknüpfende Richtigkeitsvermutung des § 891 BGB nicht zu entkräften vermag (*Demharter*, Grundbuchordnung, 31. Auflage 2018, Anhang zu § 44 GBO, Rdnr. 90.3). Vor diesem Hintergrund erscheint es umgekehrt in der vorliegenden Konstellation folgerichtig, in jener bloßen Möglichkeit auch nicht ohne Weiteres ein Hindernis für die beantragte Berichtigung einer infolge eines bloßen Versehens des Grundbuchamts unrichtigen Eintragung zu sehen. Vor allem aber ist der Nachweis des Nichtbestehens der Vormerkung wegen Fehlens eines gesicherten Anspruchs im Einzelfall erbracht, wenn eine Anspruchssubstitution oder Anspruchsextension nicht nur höchst unwahrscheinlich, sondern bloß eine ganz entfernte theoretische Möglichkeit ist (KG Rpfleger 2011, 365; OLG Schleswig FGPrax 2011, 72; *Schäfer* in: *Bauer/Schaub*, a.a.O., § 22 GBO, Rdnr. 223). So liegen die Dinge hier. Gegenstand des Überlassungsvertrages vom 18.06.2018 ist die Überlassung des vertragsgegenständlichen Grundbesitzes durch M. F. als Eigentümer an die Antragstellerin als Erwerberin zu Alleineigentum. Der in Ziffer III. 3. des Überlassungsvertrages vereinbarte, bedingte und befristete Rückübertragungsanspruch des übertragenden Eigentümers M. F., sollte durch die Vormerkung gesichert werden, wie dies nunmehr durch Vormerkung II.2 auch geschieht. Die Möglichkeit, dass mit dem allein auf Grund eines Versehens des Grundbuchamtes als Vormerkungsgläubiger in das Grundbuch gelangten A. F. entsprechend den Ausführungen

des Grundbuchamts in der angegriffenen Zwischenverfügung eine „der Vormerkung entsprechende Einigung“ stattgefunden hat, ist angesichts der hier gegebenen besonderen Umstände als bloß ganz entfernte theoretische Möglichkeit im oben genannten Sinne einzustufen.

14 Die von der Rechtspflegerin zwischenzeitlich im Verfahren geäußerte Auffassung, wonach eine Löschung der Vormerkung II/1 zur Folge hätte, das Grundbuch sehenden Auges unrichtig zu machen, kann nicht nachvollzogen werden.



Der Bauträgervertrag

Von Dr. Gregor Basty,

(– Carl Heymanns Verlag, Köln, 10. Auflage 2021, Hardcover (in Leinen).
149,- €. 615 Seiten. ISBN 978-3-452-29542-2.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

Nur zwei Jahre nach dem Erscheinen der Voraufgabe ist der Klassiker von Basty zum Bauträgervertrag nunmehr in der zehnten Auflage erschienen. Vor allem das seit dem 01.01.2018 geltende neue Bauvertragsrecht konnte in der Voraufgabe nur rudimentär berücksichtigt werden und ist nun umfassend eingearbeitet. Aber auch Entwicklungen in der Rechtsprechung sowie tatsächliche Ereignisse wie die Corona-Pandemie haben Anlass zu einer grundlegenden Überarbeitung des Werks gegeben.

Das Werk gibt dabei einen umfassenden Überblick über das Bauträgerrecht und beleuchtet die jeweiligen problematischen Punkte durchweg durch die Brille des Praktikers. Zu jedem Problem wird stets eine praktikable Lösung für den Vertragsgestalter präsentiert, die mit entsprechenden Hinweisen für den Einzelfall versehen ist, wobei stets eine fundierte Auseinandersetzung mit der relevanten Rechtsprechung und der einschlägigen Literatur erfolgt.

So behandelt Basty ausführlich die durch den Erwerber dem Bauträger im Bauträgervertrag erteilte Vollmachten. Da es nicht selten vorkommt, dass ein Bauvorhaben nach Beginn der Bauarbeiten und bereits nach dem Verkauf der ersten Einheiten modifiziert oder aufgrund von Sonderwünschen einzelner Erwerber angepasst werden muss, ist es in der Praxis üblich dem Bauträger eine Vollmacht zur Änderung der Teilungserklärung bzw. zur Umsetzung sonstiger nachträglicher Änderungen zu erteilen. Nach einer kurzen Einführung in die Thematik geht Basty ausführlich auf den Umfang solcher Vollmachten ein (Kap. 2 D. III.). Ferner werden die gestalterischen Mittel

dargestellt um die Vollmacht einerseits so umfassend zu aufzubauen das alle möglichen Eventualitäten durch diese eingefangen werden können, und andererseits um den gebotenen Schutz des Erwerbers zu gewährleisten. Schließlich muss die Vollmacht auch formell den Anforderungen des Grundbuchrechts und der Makler- und Bauträgerverordnung genügen worauf ebenfalls ausführlich eingegangen wird.

Das Dauerthema der Abnahme in Nachzüglerfällen wird ebenfalls wieder ausführlich behandelt (Kap. 12 D.). Hierbei werden die unterschiedlichen Regelungen vorgestellt, die vorgeschlagen werden, um die Haftung des Bauträgers für Sachmängel zeitlich zu beschränken. Der Autor rät bei den einschlägigen Gestaltungen aber stets zur Vorsicht, da diese häufig nur unter engen Voraussetzungen wirksam sind, da häufig ein Verstoß gegen die §§ 307 ff. BGB vorliegen wird.

Abgerundet wird das Werk wieder durch umfangreiche Muster, welche nunmehr zum Download bereitstehen und somit problemlos in die eigene Sammlung übernommen werden können.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass allein das Erscheinen der neunten Auflage des neuen „Basty“ ausreichend Grund für dessen Anschaffung bittet. Die Qualität des Werks ist hinlänglich bekannt und wird durch die neue Auflage aufs Neue bestätigt. Das Werk gehört auf den Schreibtisch von jedem Notar und ist aus der täglichen Praxis nicht wegzudenken, es kann uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden.



Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis

Von Dr. Christof Münch (Hrsg.),
(– Verlag C.H. Beck, München, 3. Auflage 2020, Hardcover (in Leinen).
219,- €. 1555 Seiten. ISBN 978-3-406-73865-4.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

Das Familienrecht nimmt in der täglichen Arbeit des Notars zweifelsohne eine wichtige Stellung ein. So spielen familienrechtliche Fragestellungen nicht nur im Ehe- oder Scheidungsvertraglichen Zusammenhang eine Rolle. Diese können auch im Immobilienrecht, Gesellschaftsrecht und Erbrecht relevant werden. Umso wichtiger ist es für solche Fragestellungen schnell und zuverlässig die passende Lösung zu finden. An dieser Stelle setzt das zu besprechende Werk an, welches nunmehr in der dritten Auflage erschienen ist. Dabei bietet es weitaus mehr, als der Titel verspricht. So werden neben den klassischen familienrechtlichen Fragestellungen auch steuerrechtliche, insolvenzrechtliche sowie kostenrechtliche Aspekte behandelt.

Die Bedürfnisse der notariellen aber auch der anwaltlichen Praxis werden durch das Werk mehr als nachhaltig gestillt. Nach einer kurzen Einführung zu den allgemeinen Fragen des Familienrechts werden in den nächsten Kapiteln die Kernelemente wie das Güterrecht, das Unterhaltsrecht, das Versorgungsausgleichsrecht näher besprochen. In den folgenden Kapiteln wird ferner auf die üblichen Gestaltungen in Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen sowie auf Besonderheiten im Rahmen der faktischen Lebenspartnerschaft oder der Patchworkfamilie ein-

gegangen. Sodann werden das Kindschaftsrecht und das Adoptionsrecht besprochen.

Sehr informativ ist das von Renner bearbeitete Kapitel betreffend die Vorsorgevollmacht und die Patientenverfügung. So empfiehlt dieser bei der Vollmachterteilung durch einen Unternehmer weit reichende Handlungsbe-fugnisse in die Vollmacht aufzunehmen, und ausdrücklich klarzustellen, dass die Vollmacht auch den unternehmerischen Bereich umfassen soll (§ 16 Rnn. 86 ff.).

Ebenfalls sehr informativ ist das Kapitel zum Insolvenzrecht. Hier geht Herrler unter anderem auf mögliche gü-terrechtliche Vereinbarungen im Hinblick auf eine drohen-de Insolvenz sowie deren mögliche Anfechtbarkeit.

Am Ende des Bandes finden sich zahlreiche Gesamtmus-ter, welcher auch zum Download verfügbar sind. Diese bauen auf den fundierten Erläuterungen in den vorange-gangenen Kapiteln auf und bieten dem Vertragsgestalter verlässliche Lösungen für zahlreiche in der Praxis auftre-tende Sachverhalte.

Fazit: Das Werk von Münch ist auch in der dritten Auflage uneingeschränkt zur Anschaffung zu empfehlen. Es ist ein Gewinn für jeden Praktiker der im Familienrecht tätig ist.



Handelsgesetzbuch, mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)

Begründet von *Dr. Adolf Baumbach*, bearbeitet von *Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus J. Hopt*, *Dr. Christoph Kumpan, LL.M.*, *Dr. Patrick C. Leyens, LL. M.*, *Dr. Hanno Merkt, LL. M.*, *Dr. Markus Roth*,
(– Verlag C.H. Beck 2021, 40. Aufl. 2021, LXXII, 2975 Seiten, geb.
115,- €. ISBN 978-3-406-75414-2.

Besprechung von *Notarassessor Dr. Wendelin Mayer, LL.M., Friedrichshafen*

Den „Baumbach/Hopt“ muss man eigentlich niemandem mehr vorstellen, steht der Kommentar doch als Klassiker des Handelsrechts vermutlich ohnehin in jeder Handbibliothek. Die 40. „Jubiläumsauflage“ wird – soviel sei vorweggenommen – dem Anspruch des kompakten Handkommentars, der einen fundierten ersten Zugriff auf sich in Praxis und Wissenschaft stellende Fragestellungen bietet, wieder uneingeschränkt gerecht.

Mit der neuen Auflage zeichnet sich auch ein Generationenwechsel bei den Bearbeitern ab. Während der Mitnamensgeber *Klaus J. Hopt* weiterhin u.a. das Handelsvertreterrecht und weite Teile des Bankrechts bearbeitet, sind die vormals ebenfalls von *Hopt* bearbeiteten §§ 1 – 58 HGB sowie Teile der handelsrechtlichen Nebengesetze auf *Hanno Merkt* übergegangen. Das Kommissionsrecht (§§ 383 – 405 HGB) hat nun *Christoph Kumpan* übernommen, und neu in den Bearbeiterkreis aufgenommen worden ist *Patrick C. Leyens*, der ab der 40. Auflage für die Kommentierung der §§ 343 – 382 HGB verantwortlich zeichnet.

Seit der 40. Auflage erscheint der Kommentar nunmehr im jährlichen – statt wie bisher im zweijährigen – Turnus, was neben der Beliebtheit des Kommentars auch dem sich rasant wandelnden Handelsrecht geschuldet ist. Die aktuelle Auflage ist auf dem Stand vom 31.07.2020, wobei der Gesetzesstand bis zum 15.09.2020 berücksichtigt werden konnte.

Als eine Neuerung ist etwa die anstehende – noch nicht umgesetzte – Reform des Personengesellschaftsrechts (Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, MoPeG, mittlerweile im Regierungsentwurf vorliegend) berücksichtigt worden. Die Kommentierung enthält einerseits einen ausführlichen Überblick über das Gesetzgebungsvorhaben (auf dem Stand des Entwurfs

der Expertenkommission, sog. „Mauracher Entwurf“, vom April 2020) in der Einleitung vor § 105 (Rn. 42 ff., *Roth*), andererseits werden bei den einzelnen Paragraphen die zu erwartenden Neuerungen bereits in die Kommentierung eingebaut (etwa ändert sich die Systematik der Regelung zum Ausscheiden von Gesellschaftern und zur Beendigung der Gesellschaft grundlegend, vgl. die Kommentierung bei § 131 Rn. 1). Neuerungen sind von der Reform für das Handelsrecht insbesondere durch die Öffnung von OHG und KG (und damit auch – wohl praktisch am relevantesten – die GmbH & Co. KG) für Freiberufler (vgl. die Kommentierung Einl. § 105 Rn. 52, § 105 Rn. 13, Anh. § 177a Rn. 4) und die Neufassung des Beschlussmängelrechts (vgl. die Kommentierung Einl. § 105 Rn. 59; hier haben sich zum „Mauracher Entwurf“ im Gesetzgebungsverfahren die größten Anpassungen ergeben). Für die Einheits-GmbH & Co. KG wird nunmehr im Gesetz (wie bisher wohl in einer großen Anzahl von Gesellschaftsverträgen) geregelt, dass die Rechte in der GmbH-Versammlung durch die Kommanditisten, nicht den GmbH-Geschäftsführer als Vertreter der KG, wahrgenommen werden (vgl. Einl. § 105 Rn. 60).

Als gelungen kann auch die Kommentierung des Kapitalmarktrechts (durch Christoph Kumpan) bezeichnet werden. Sie reagiert auf die zunehmende „Entkernung“ von Vorschriften auf nationaler Ebene (lies: WpHG) zugunsten europäischer Kapitalmarktregeln (insbesondere die Marktmissbrauchsverordnung / Market Abuse Regulation, „MAR“, mit Durchführungsverordnungen), indem wesentliche Normen vor allem der MAR, in geringerem Umfang auch des WpHG, herausgegriffen und kommentiert werden. Dies sind im Wesentlichen die Definition von Insiderinformation (Art. 7 MAR) und die Definition (Art. 8 MAR) und das Verbot (Art. 14, 9) von Insidergeschäften sowie die Offenlegungsvorschriften (Art. 17, 10 MAR, §§ 26 f., 97 f. WpHG). Im Bereich der genannten Normen

bleiben dabei keine Wünsche an eine Kurzkomentierung offen; die Hinweise sind durchgehend auf aktuellem Niveau von Rechtsprechung und Literatur. Hilfreich für die alltägliche Anwendung wäre wohl auch noch die Kommentierung der Art. 18 MAR (Insiderlisten), 5 MAR (Ausnahmen von Insiderhandelsverbot für Rückkaufprogramme und Stabilisierungsmaßnahmen) sowie der in der MAR – wie in europäischen Normen üblich – enthaltenen ausführlichen Definitionenkataloge (jedenfalls ausschnittsweise auf einige wesentliche Definitionen beschränkt, etwa „eng verbundene Person“, „Wertpapier“, die verschiedenen Markt-Definitionen). Deren Nichtaufnahme in den Kommentar erscheint jedoch aufgrund des immer mit zu bedenkenden Umfangs noch als hinnehmbar. Schmerzlicher wird der Anwender in der Praxis die Normen zur Marktmanipulation vermissen (Art. 12, 15 MAR, gerade auch wegen ihrer Verzahnung mit zivilrechtlichen Vorschriften) sowie – jedenfalls die mit der Betreuung von Meldepflichten betrauten Rechtsberater – auch die sehr relevanten Normen über die Eigengeschäfte von Führungskräften (Art. 19 MAR, häufig noch als „Directors` Dealings“ bezeichnet, seit der MAR eigentlich „Ma-

nagers` Transactions“). Warum der Kommentierung der Marktsondierungen (Art. 11 MAR) gegenüber den beiden letztgenannten Komplexen der Vorzug gegeben wurde, erscheint nicht ganz schlüssig.

Auch im Handelsrecht niedergeschlagen hat sich die Corona-Pandemie, die im Kommentar ebenfalls an mehreren Stellen erwähnt wird. *Leyens* etwa behandelt u.a. in der Einleitung vor § 373 HGB Rn. 52 ff. die Auswirkungen der Pandemie auf Handelskaufverträge, während in *Roth* in der Kommentierung zu §§ 130a, 177a HGB die Neuregelung durch das Sanierungs- und Insolvenzfortentwicklungsgesetz (SanInsFoG), das am 29.12.2020 verabschiedet wurde, behandelt (im Wesentlichen: das Zahlungsverbot wird rechtsformübergreifend in §§ 15a, 15b InsO n.F. geregelt).

Als Fazit lässt sich festhalten, dass der „Jubiläums-Baumbach/Hopt“ die Kenner der Voraufgaben nicht enttäuschen wird und den hohen Erwartungen gerecht wird. Die Kaufempfehlung kann uneingeschränkt und guten Gewissens erteilt werden.



Bamberger / Roth / Hau / Poseck BGB

(– Verlag C.H. Beck, München, 4. Auflage 2019.
845,- €. ISBN 978-3-406-70300-3.

Besprechung von Notarassessor Dr. Tobias Kobitzsch, LL.M. (Cambridge)

Der „Bamberger/Roth“ liegt nun in 4. Auflage vor und hat sich in den vergangenen Auflagen seinen Platz innerhalb der maßgeblichen Kommentare zum Bürgerlichen Gesetzbuch zu Recht erkämpft. Das Besondere an diesem inzwischen fünfbändigen Kommentar zum BGB ist, dass man eine fortwährende Aktualisierung auch zwischen den verschiedenen Auflagen erwarten darf: In Abständen von drei Monaten werden laufend Aktualisierungen in die Onlineversion des Kommentars eingestellt. Da der „Bamberger/Roth“ Teil der Fachmodule „Notarrecht plus“ und „Notarrecht premium“ ist, wird er häufig für die klassischen Fragen des BGBs eine der ersten Anlaufstellen sein. Umso mehr lohnt es sich, einen genauen Blick auf die Neuauflage dieses Werkes zu werfen.

Vorab – und dies ist Teil des allgemeinen Trends – ist das deutliche Anwachsen des Umfangs des Kommentarwerks anzumerken, der bislang mit seinen drei Bänden, was Ausführlichkeit und Umfang betraf, zwischen den Großkommentaren und den einbändigen Kommentaren rangierte. Da aber auch die Großkommentare wie jüngst der Münchner Kommentar zum BGB ihren Umfang deutlich ausweiteten (in jüngster Auflage ist beispielsweise der Allgemeine Teil des Schuldrechts in zwei Teilbände aufgeteilt worden), vermag dies nicht zu verwundern: Die Zahl der zu berücksichtigenden gerichtlichen Entscheidungen und das maßgebliche Schrifttum wachsen beständig an, so dass diese Entwicklung nur die logische Konsequenz einer allgemeinen Ausdehnung der Kommentarliteratur sein kann. Hinzu kommt sicherlich die Tatsache, dass bei den fortlaufenden Onlineaktualisierungen weniger auf Umfangsbeschränkungen geachtet wird als dies bei einer Printausgabe der Fall ist, wodurch Letztere im Nachhinein automatisch umfangreicher ausfällt.

In Band 1 werden die §§ 1 – 480 des BGB behandelt; eine Auswahl, die thematisch auf den ersten Blick fremd an-

mutet – sie ist aber praktisch der Aufteilung der Paragraphen auf etwa fünf im Umfang ähnliche Bände geschuldet. Für den Notar bietet sie in der täglichen Arbeit den Vorteil, dass dieser auf Zentralbereiche wie dem Kaufrecht, den grundsätzlichen Fragen der Beurkundungspflicht (§ 311 b BGB) und dem Allgemeinen Schuldrecht kompakt in einem Band Antworten findet.

Bamberger kommentiert den für die notarielle Praxis wichtigen Verbraucherbegriff nach § 13 BGB. Interessant sind die Ausführungen zu den Personengemeinschaften wie der GbR und der Wohnungseigentümergeinschaft ab Rn. 22 ff. und die Klärung der Frage, ob und wann diese als Verbraucher gelten können – der Autor schlägt eine differenzierte Lösung unter Einbeziehung von Literatur und Rechtsprechung vor. Kurz, knapp und präzise sind auch die Ausführungen dazu, wann ein Verbrauchervertrag vorliegt (Rn. 41); hier wünscht man sich aber weitere Referenzen aus der Rechtsprechung seit 2009. Im Rahmen des Unternehmerbegriffs nach § 14 BGB überzeugen die kurzen Abschnitte zu den verschiedenen Rechtsformen ab Rn. 9. Weitere Referenzen aus der jüngeren Rechtsprechung ab 2010 zur Bestimmung unternehmerischen Handelns wären jedoch erneut wünschenswert.

Die Ausführungen von *Schäfer* zur Formbedürftigkeit von Vollmachten (§ 167 Rn. 8 ff.) geben in einer Vielzahl von Einzelfragen knapp Auskunft und zahlreiche Literaturhinweise. Auf den Ehevertrag und dessen Abschluss aufgrund Vollmacht wird kurz eingegangen, Rn. 10; ein Hinweis auf die EuGüVO fehlt leider sowohl an dieser Stelle, als auch bei der Frage der Zulässigkeit der Vertretung überhaupt, § 164 Rn. 4.

In der Kommentierung von *Gehrlein* zu § 311 b ist in Rn. 6 die Übersicht zu Fragen des Wechsels des Rechtsträgers instruktiv: In wenigen Zeilen sind zentrale Fragen der Beurkundungsbedürftigkeit unter Gesellschaftsbe-

teilung abgehandelt – ein für die Praxis geschickter Überblick. Ansonsten arbeitet der Autor die Rechtsprechung jüngerer Zeit ein: die BGH-Entscheidung zur Annahme durch Schweigen (BGH WM 2016, 2235) findet sich dort, ebenso die BGH-Entscheidung zur unwiderruflichen Vollmacht (Rn. 16, BGH NJW 2016, 2177), die man im Rahmen der Kommentierung zu § 167 BGB vermisst. Hilfreich ist auch der Hinweis, dass nach dem OLG Saarbrücken selbst beim grundlosen Abbruch von Vertragsverhandlungen über ein Grundstücksgeschäft eine Haftung aus *culpa in contrahendo* ausscheidet (NJW-RR 2014, 1331, 1332). Schade ist, dass der Autor sich mit einer bewertenden Einordnung der Rechtsprechung stets zurückhält. Im Rahmen der Vertragsverbindungen und deren Beurkundungspflichtigkeit wird die Formel aufgestellt, dass Verträge zu beurkunden sind, wenn einer formbedürftig ist und beide Verträge „miteinander stehen und fallen“ sollen. Leider wird auf die praxisrelevante Frage, ob der KG-Vertrag bei der typischen GmbH & Co. KG zu beurkunden ist, nicht eingegangen.

Das von *Faust* kommentierte Kaufrecht darf als große Stärke des ersten Bandes und verlässlicher Begleiter in zahlreichen Einzelfragen angesehen werden. Verweise auf die gängigen Kommentare zum BGB sind auch zu Einzelfragen vorhanden; zudem ist in großem Umfang aktuelle Rechtsprechung eingearbeitet und bewertet – das überzeugt und hilft bei der täglichen Arbeit.

In Band 2 ist ein Großteil des besonderen Schuldrechts (§§ 481 – 704) sowie das AGG abgehandelt.

Im Schenkungsrecht, das von *Gehrlein* kommentiert wurde, überzeugt die Vorgehensweise anhand von Fallgruppen – so werden die praxisrelevanten Schenkungen unter Ehegatten (§ 516 Rn. 9), zwischen nichtehelichen Lebenspartnern (Rn. 11) und an das Schwiegerkind (Rn. 12) in kurzen Abschnitten einzeln abgehandelt, was das schnelle Auffinden von Problemfällen erleichtert.

Hervorzuhaben ist auch, dass stets die Möglichkeit der Rückabwicklung der jeweiligen Schenkung thematisiert wird und den Notar Rückfragen von Kundenseite in den meisten Fällen in ausreichender Tiefe beantworten lässt. Auch auf die Ausführungen zur „Gemischten Schenkung“ (Rn. 13 f.) sei kurz hingewiesen, die jedoch m.E. etwas zu knapp geraten ist und zahlreiche praktische Fallgruppen unerwähnt lässt.

Das von *Zehelein* kommentierte Mietrecht besticht durch seine knappe Behandlung von zahlreichen Praxisfragen unter Berücksichtigung aktueller Rechtsprechung. Knapp wird beispielsweise das Wohnungsrecht (§ 535 Rn. 43) behandelt und sogar auf die Löschungsmöglichkeit durch den Betreuer und eine etwaige Genehmigungspflicht eingegangen – das ist gerade auch für den notariellen Praxisalltag hilfreich. Detailliert und kenntnisreich werden auch die Fragen der Betriebskostenübernahme und der Vermietbarkeit durch den Berechtigten unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung erläutert und lassen den Praktiker auf einen Blick sachgerechte Lösungen finden. Einen schnellen, abgrenzenden Überblick über die zahlreichen weiteren „mietvertragsähnlichen“ Vertragstypen gibt das Unterkapitel 3 ab Rn. 24.

In der Kommentierung des Titels 8 „Dienstvertrag und ähnliche Verträge“ ab § 611 BGB ist für den Notar vor allem die Kommentierung zu § 611 a BGB von Nutzen, da sie an vielen Stellen einen übersichtlichen Abgleich des verwendeten Arbeitsvertrags mit den aktuellen Anforderungen der Rechtsprechung erlaubt. Beispielsweise sind die Einzelheiten ab Rn. 38.1 ff. von den Bearbeitern *Fuchs* und *Baumgärtner* detailliert ausgearbeitet und übersichtlich gestaltet, so dass sich das Wesentliche für die arbeitsrechtlichen Fragen der notariellen Büroorganisation schnell auffinden und im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung klären lässt. Die angeschlossene Kommentierung zum AGG von *Horcher* und *Wendtland* bietet eine systematische und kenntnis-

reiche Gesamtdarstellung, die für die Anforderungen im Notariat mehr als ausreichend ist.

Im 9. Titel hat *Voit* die Kommentierung des für das Notariat zentralen Bauvertragsrechts übernommen. Da das Bauvertragsrecht erst 2017 in dieser Form neu geschaffen wurde, ist die Kommentierung dieser Normen schwierig: ältere, zu bauvertraglichen Fragen ergangene Rechtsprechung muss eingearbeitet und – soweit noch anwendbar – berücksichtigt werden, während die Gesetzesbegründung und die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit den neugeschaffenen Normen von zentraler Bedeutung sind. Dem Bearbeiter *Voit* gelingt dieser Spagat. Kenntnissreich werden die alte und die neue Rechtslage verglichen, detailliert die Neuerungen herausgearbeitet und bewertet. Als Beispiel mag die Klärung der Frage dienen, ob der Unternehmer die Vergütungsgrundsätze nach § 650 c BGB seinem Angebot zugrunde legen muss (§ 650 b Rn. 12 ff.). Hervorzuheben sind auch die zahlreichen Verweise auf die Kommentierung zum allgemeinen Werksvertragsrecht, um einerseits Dopplungen zu vermeiden und Parallelen aufzuzeigen (z.B.: § 650 a Rn. 14). Gelungen finde ich auch die kurze und präzise Darstellung im Rahmen von § 650 g zu den Folgen der Zustandsfeststellung (Rn. 15 ff.).

Im dritten Band, der neben den §§ 705 bis 1017 BGB u.a. das für das Notariat zentrale WEG und das ErbbauRG behandelt, übernimmt *Schöne* die Kommentierung der BGB-Gesellschaft; eine Aufgabe, die angesichts zahlreicher herausragender Kommentierungen unterschiedlichen Umfangs als Herkulesaufgabe bezeichnet werden kann. *Schöne* arbeitet sich geflissentlich an den maßgeblichen Punkten ab und liefert auf dem begrenzten Platz eine Darstellung, die mehr als solide ist – Chapeau! An manchen Stellen hätte man sich aber in der Debatte ein wenig Mut zu eigenen Ansichten und Entscheidungen abseits der herrschenden Meinung gewünscht – gleichwohl wird ein fundierter

und umfangreicher Einblick in die BGB-Gesellschaft und ihre Hintergründe geleistet.

Das von *Maaß* kommentierte ErbbauRG ist als beständiges Rechtsgebiet ohne größere Neuerungen. Die Aktualisierungen sind zielführend und die Kurzkomentierung besticht dennoch durch Vollständigkeit und Prägnanz.

Da der Band vom Stand August 2018 datiert, konnte *Hügel* die aktuellen Neuerungen durch die Reform des WEG nicht beachten. Gleichwohl ist die Kommentierung dadurch an vielen Stellen obsolet geworden und muss in der nächsten Auflage überarbeitet werden. Sie überzeugt zum damaligen Stand aber mit zahlreichen Beispielen aus der Rechtsprechung und der Literatur und ermöglicht beispielsweise zur Frage der Sondereigentumsfähigkeiten zu vielen einzelnen Einzelprobleme praxisgerechte Lösungen (z.B. § 5 WEG Rn. 15).

Im vierten Band werden die §§ 1018 bis 1921 BGB sowie weitere Nebengesetze, darunter auch das für das Notariat relevante VersAusgG behandelt. In der täglichen Praxis wird man den Band zumeist zu familienrechtlichen Fragestellungen heranziehen. Exemplarisch sei auf das von *Beutler* kommentierte Unterhaltsrecht der geschiedenen Ehegatten eingegangen. Die große Zahl der zu bearbeitenden Normen führt dazu, dass Vieles nur recht knapp angerissen werden kann. Nichtsdestotrotz wird das Relevante angesprochen, systematisch und gut strukturiert aufbereitet, so dass man bei tiefergehenden Einzelfragen zumindest einen gründlichen Einstieg erhält. Aktuelle Rechtsprechung wurde berücksichtigt; eine Vollständigkeit darf aber aufgrund des begrenzten Umfangs nicht erwartet werden. Praxisnah und überaus hilfreich ist auch die Kommentierung zum Unterhalt von *Reinken*. Mit einer Vielzahl von Beispielen wird etwa das Rangverhältnis der Unterhaltsberechtigten erläutert und veranschaulicht (etwa § 1609 Rn. 18.1 – 18.3, 25.1 oder

27.1) – ein wirklicher Gewinn. Das VersAusG wurde von Bergmann kommentiert und vermittelt einen ersten Einstieg in die Materie; die Ausführungen sind aber oftmals doch recht knapp. Die einschlägigen Problemstellungen werden aber angesprochen.

Mit dem letzten Band, der sich vor allem mit dem Erbrecht (§§ 1922 – 2315 BGB) neben einigen weiteren Gesetzen beschäftigt, darf die Aufteilung innerhalb der fünf Bände in Frage gestellt werden: weshalb diese Schwerpunktsetzung? Es wäre zu bedenken, dem vierten Band mit seinen fast 1000 Paragraphen allein aus dem BGB mehr Raum zu gewähren als dem weitestgehend stabilen Erbrecht, das mit seinen rund 400 Paragraphen einen ähnlichen Raum beansprucht. Nichtsdestotrotz wird der Seitenumfang gut genutzt: Beispielsweise sei auf die gelungene, ausführliche Bearbeitung der Vor- und Nacherbschaft von *Litzenburger* hingewiesen. Differenziert betrachtet wird etwa das Problem der Auflösung der zweigliedrigen Gesamthandsgemeinschaft (§ 2113 Rn. 7) von einem bloßen Anteil an einer solchen Gemeinschaft (Rn. 8). Für die notarielle Praxis leistet auch die Bearbeitung des Begriffs der Unentgeltlichen Verfügung nach Abs. 2 ab Rn. 15 gute Dienste, da zahlreiche Einzelfälle analysiert werden und auf die einschlägige Rechtsprechung verwiesen wird. Deutlich wird aber die o.g. Kritik an der Schwerpunktsetzung des Kommentars, wenn eine Argumentation in Rn. 25 a mit den Motiven des BGB ausführlich in einer Einzelfrage vom Umfang her möglich ist, der vierte Band aber nahezu 1000 Paragraphen behandeln muss. Die Kommentierung der EuErbVO von *J. Schmidt* ist – aus notarieller Sicht – leider (!) nur auszugsweise erfolgt. Die Kommentatorin hat die wenigen Seiten jedoch gut genutzt und zahlreiche relevante Punkte auch aus der fachlichen Diskussion aufgegriffen und ausgewertet, was in dieser Kürze eine beachtliche Leistung ist. Hervorzuheben ist außerdem, dass auch andere sprachliche Fassungen wie beispiels-

weise die englische (z.B. bei Art. 23) oder die französische (z.B. bei Art. 22) abgedruckt sind, um Vergleichsmöglichkeiten in der Auslegung zu gewährleisten. Insgesamt sollte dieser Verordnung aber angesichts ihrer großen Bedeutung mehr Raum gegönnt werden – das wäre ein wirklicher Gewinn. Die Kommentierung des Internationalen Privatrechts wurde in dieser Auflage ausgeweitet und kann insgesamt in der täglichen notariellen Arbeit als solide Abhandlung dieses Rechtsgebiets dienen, ist man angesichts der sich stellenden Fragen doch oftmals dankbar um die Führung durch die Autoren durch das Dickicht der Normen. Besonders hervorzuheben ist die gelungene Bearbeitung der Rom I-VO von *Spickhoff* und *Mäsch*, die von großer Sachkenntnis zeugt.

Insgesamt darf der „Bamberger/Roth“ auch in der 4. Auflage mit Recht für sich in Anspruch nehmen, seinen Platz innerhalb der „Welt der Kommentare“ (Kästle 2016) verteidigt zu haben. Das fünfbändige Werk schafft den Spagat zwischen kurzer, prägnanter Vollständigkeit und weiterführenden Angaben, bisweilen wartet es sogar mit eigenständigen Lösungsansätzen auf. Angesichts der Tatsache, dass er standardmäßig als Teil von Beck Online in vielen Notariaten vorhanden sein dürfte, hat er seinen Siegeszug in der Praxis sicherlich bereits angetreten und kann seinen Platz auch unter der starken Konkurrenz mehr als behaupten.



Grundbuchordnung

Von *Johann Demharter*,

32., neubearbeitete Auflage 2021, Verlag C. H. Beck (Hardcover in Leinen).

85,- €. 1344 Seiten. ISBN 978-3-406-75426-5.

Besprechung von Professor Walter Böhringer, Notar a. D., Heidenheim/Brenz

Ein funktionsfähiges Grundbuchverfahren ist Teil staatlicher Daseinsvorsorge. So musste sich auch die Grundbuch-Rechtsprechung mit der Frage beschäftigen, zu welchem Zeitpunkt in Pandemie-Zeiten die Berechtigung des Wohnungsverwalters zur Abgabe der Zustimmungserklärung nach § 12 WEG vorliegen muss (OLG Hamm ZWE 2020, 418). Auch in schwierigen Zeiten ist der „Demharter“ ein zuverlässiger Begleiter für die Praktiker im Grundstücksverkehr. Seine handliche Größe eignet sich bestens für das home-office. Prägnant erläutert das Werk die komplexen Vorschriften des Grundbuchrechts, orientiert sich an der herrschenden Meinung und ist eine wahre Fundgrube bei allen Fragestellungen. An verschiedenen Stellen wird auf das Kostenrecht eingegangen (so z. B. § 12 Rn. 39; § 20 Rn. 56; § 27 Rn. 28; § 33 Rn. 20; § 46 Rn. 25).

Erläuterungen finden sich zu dem neu eingefügten § 12d GBO, welcher die Vorgaben des Datenschutzes, zumal der Datenschutzgrundverordnung in das Grundbuchverfahren überführt. Nicht mehr berücksichtigt werden konnte das WEMoG, das am 1.12.2020 in Kraft trat; in der nächsten Auflage werden die wohnungseigentumsrechtlichen Fragen mit Sicherheit neu konzipiert werden. Auch bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts stehen legislatorische Änderungen durch das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) an; einzelne Kapitel wie Eintragung im Grundbuch, Bezeichnung der GbR, Berichtigung bei Anwachsung oder Übertragung eines Gesellschaftsanteils müssen vollständig umgeschrieben werden.

Aus der Fülle von Informationen sollen einige wenige herausgegriffen werden. Im Hinblick auf § 29 Abs. 1 S. 2 GBO ist bei der Anwendung von § 15 Abs. 3 GBO streitig, ob der Prüfvermerk der Form einer Vermerkurkunde bedarf (so § 15 Rn. 24; *Weber* RNotZ 2017, 427, 434) oder auch formfrei erstellt werden kann (so OLG Köln MittBayNot 2020, 568 m. Anm. *Attenberger*). Die

Prüfungspflicht erfasst nur die eigentlichen grundbuchrechtlichen Erklärungen i. S. v. § 29 Abs. 1 S. 1 GBO wie die Eintragungsbewilligung, nicht aber ergänzende Erklärungen wie Vollmachten und Genehmigungen (§ 15 Rn. 23; a. A. OLG Köln FGPrax 2019, 199 zur Zustimmung nach § 12 WEG). Das Werk stellt umfassend die Rechtslage bei Vollmachten dar. Umstritten ist, ob eine Vollmacht erlischt, sofern der Bevollmächtigte Alleinerbe des Vollmachtgebers wird (§ 35 Rn. 78; großzügig OLG Stuttgart BWNotZ 2018, 147 = Rpfleger 2019, 189; OLG München NotBZ 2017, 395 = Rpfleger 2017, 382; *Bestelmeyer* FGPrax 2017, 66). Um Mitarbeitervollmachten auch bei Personalfluktuationen handhabbar zu machen, werden sie häufig „für die jeweiligen Mitarbeiter“ oder „für einen der jeweiligen Mitarbeiter, welchen der Notar zu bezeichnen bevollmächtigt ist“ erteilt, was der Kommentar für zulässig hält (§ 15 Rn. 3.4; ebenso OLG Jena NotBZ 2015, 343; OLG Dresden NotBZ 2012, 135; OLG Brandenburg Rpfleger 2013, 386; gegen OLG Frankfurt DNotI-Report 2008, 135; zum Erlöschen des Dienstverhältnisses OLG Naumburg NotBZ 2014, 272). Das Werk setzt voraus, dass das Siegel anhand seiner inhaltlichen Ausgestaltung der ersuchenden oder erklärenden Behörde zugeordnet werden kann, wobei neuerdings die Bezeichnung des Gerichts im Siegelabdruck entbehrlich erscheint (§ 29 Rn. 47; OLG München NJW-RR 2019, 1100 = RNotZ 2019, 542; OLG Nürnberg BWNotZ 2019, 214 = Rpfleger 2018, 621 in einer Registersache; ausführlich mit Blick auf Baden-Württemberg *Berchtold* BWNotZ 2019, 162; *Ilg* Rpfleger 2019, 61).

Eindeutig bekennt sich *Demharter* zu der Ansicht, zur Entgegennahme der Auflassung sei ein ausländischer Notar nicht zuständig (§ 20 Rn. 15; BGH DNotZ 2020, 743 = Rpfleger 2020, 444). In der Notarpraxis setzt sich zu Recht eine Vertragsgestaltung durch, bei der die materielle Einigungserklärung (§ 925 BGB) bewusst ohne die verfahrensrechtliche Eintragungsbewilligung erklärt wird (§ 20 Rn. 2; BGH BWNotZ 2018, 133 = Rpfleger 2019, 9). Die

Rechtskraft einer fingierten Auflassungserklärung ersetzt in keinem Fall die Eintragungsbewilligung (§ 20 Rn. 2; a. A. OLG Stuttgart BWNotZ 2008, 55 = MittBayNot 2008, 122 m. Anm. *Demharter*). In jüngster Zeit wird zudem als Lösung die aufschiebend bedingte Bewilligung der Eigentumsumschreibung diskutiert (vgl. *Weber/Wesiack* DNotZ 2019, 164).

Auf über 50 Seiten werden im Anhang zu § 3 das Wohnungseigentum und seine grundbuchmäßige Behandlung dargestellt, wobei manches durch das WEMoG nicht mehr angewandt werden kann. So sind nunmehr einzelne Stellplätze in einer Doppelstockgarage (Duplex-Stellplätze) sondereigentumsfähig (vgl. Anh. zu § 3 Rn. 21). Die Zustimmung dinglich Berechtigter ist hinsichtlich Grundpfandrechts- und Reallastgläubiger durch Wegfall von § 5 Abs. 4 S. 3 WEG verändert worden (vgl. Anh. zu § 3 Rn. 79). Eine wirksam gewordene Verwalterzustimmung nach § 12 WEG ist unabhängig von einem späteren Wechsel des Zustimmungsberechtigten eine ausreichende Grundlage für die Eigentumsumschreibung (Anh. zu § 3 Rn. 38.2 und 38.3; BGH DNotZ 2013, 362 = Rpfleger 2013, 136; BGH DNotZ 2019, 844 m. Anm. *Kössinger* = Rpfleger 2019, 378 = ZfIR 2019, 410 m. Anm. *Heinemann*). Gleiches gilt für das Erfordernis der Zustimmung des Grundstückseigentümers bei Veräußerung oder Belastung des Erbbaurechts gemäß § 5 ErbbauRG (Anh. zu § 8 Rn. 15.2; BGH DNotZ 2018, 440 = Rpfleger 2018, 8; OLG München BWNotZ 2020, 130 = Rpfleger 2020, 646).

Bei der Frage, wie Besitzurkunden (Erbschein, Testamentsvollstreckerzeugnis) dem Grundbuchamt im elektronischen Rechtsverkehr nachzuweisen sind, vertritt der Kommentar die Meinung, dass ein Nachweis in elektronischer Form nicht möglich ist, solange die Ausfertigung zwingend an die Papierform gebunden ist (§ 137 Rn. 5). Deutlich führt *Demharter* aus, dass eine beglaubigte Abschrift des Erbscheins zusammen mit einer Notarbescheinigung über das Vorliegen der Urschrift oder einer Ausfertigung im Grundbuchverfahren nicht ausreicht (§ 35 Rn. 23). Unerwähnt blieb eine Entscheidung des OLG Dresden (NJW-Spezial 2018, 40), die eine mehrmalige Vorlage eines Erbscheins nicht verlangt, wenn die Grundbuchberichtigung innerhalb weniger Wochen vorgenommen wird. Auch das Europäische Nachlasszeugnis ist als Erbnachweis tauglich; dem Grundbuchamt ist eine beglaubigte Abschrift der Ausstellungstelle vorzulegen, nicht ausreichend ist eine hiervon gefertigte beglaubigte

Abschrift (§ 35 Rn. 5.3; *Böhringer* NotBZ 2015, 281). Die Gültigkeitsfrist des Zeugnisses darf bei Eintragung im Grundbuch noch nicht abgelaufen sein (§ 35 Rn. 5.3; KG DNotZ 2020, 120 = Rpfleger 2019, 699 m. Anm. *Lamberz*). Ein nach dem ausländischen Erbstatut dinglich wirkendes Grundstücksvermächtnis (Vindikationslegat) hat unmittelbare dingliche Wirkung und kann im Grundbuch berichtend eingetragen werden (§ 35 Rn. 5.2; EuGH DNotZ 2018, 33 = Rpfleger 2018, 207).

Immer wieder taucht bei Rückforderungsrechten die Frage auf, ob eine aufgrund eines Übertragungsvertrages bewilligte und eingetragene Rückauflassungsvormerkung allein durch Vorlage der Sterbeurkunde des Vormerkungsberechtigten oder mit einer Löschungsbewilligung der nach § 35 GBO legitimierten Erben des Berechtigten gelöscht werden kann (Anhang zu § 44 Rn. 90.4). Bei der Frage, ob für die Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld die Voreintragung der Erben erforderlich ist, wenn ein post-/transmortal Bevollmächtigter handelt, spricht sich *Demharter* (§ 40 Rn. 18) für eine Voreintragung der Erben und gegen den Trend zur Entbehrlichkeit der Voreintragung aus (für eine Gleichbehandlung des Bevollmächtigten mit dem Nachlasspfleger: OLG Dresden NotBZ 2020, 472; OLG Köln FGPrax 2018, 106 m. abl. Anm. *Bestelmeyer*; OLG Frankfurt MittBayNot 2018, 247 m. Anm. *Milzer*; vgl. auch OLG Stuttgart BWNotZ 2018, 145 = FGPrax 2019, 13 m. abl. Anm. *Kramer* = MittBayNot 2019, 346 m. zust. Anm. *Böttcher* = Rpfleger 2019, 76; OLG Stuttgart BWNotZ 2018, 147 = MittBayNot 2019, 578 m. Anm. *Becker* = Rpfleger 2019, 189; OLG München Rpfleger 2019, 334 zur Testamentsvollstreckung; *Becker* MittBayNot 2019, 315). Zum Recht der Einsicht in das Grundbuch durch einen Abgeordneten und einen Journalisten schließt sich das Werk der differenzierten Betrachtung des BGH an (§ 12 Rn. 10.2; BGH FGPrax 2020, 101 m. Anm. *Kramer* = Rpfleger 2020, 573 m. Anm. *Böhringer*). Das Recht zur Grundbucheinsicht schließt auch das Recht ein, sich Fotografien des Bildschirminhalts zu fertigen, wobei Fragen der Hausrechtsausübung tangiert werden können (§ 12 Rn. 21; KG Rpfleger 2011, 266; OLG Schleswig SchlHA 2010, 407; LG Stuttgart Rpfleger 2019, 218 zu Zwangsversteigerungsakte).

Diese Beispiele zeigen, dass der Kommentar auf der Höhe der Zeit ist. Wer sich rasch und kompetent im Grundbuchrecht informieren will, kommt an diesem Klassiker nicht vorbei. Ohne den „*Demharter*“ geht es nicht.



Münchener Vertragshandbuch Band 2 (Wirtschaftsrecht I)

Von Dr. Markus S Rieder, Prof. Dr. Rolf A. Schütze und Prof. Dr. Lutz Weipert (Hrsg.),
(– Verlag C.H. Beck, München, 8. Auflage 2020, Hardcover (in Leinen).
179,- €. 1337 Seiten. ISBN 978-3-406-70492-5.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

Das Münchener Vertragshandbuch ist in der Gestaltungspraxis seit Jahren eine verlässliche Quelle für jeden Praktiker. Die umfassenden und detaillierten Muster sowie fundierte Erläuterungen geben dem Anwender eine Fülle an Material, mit dem viele Probleme aus dem Alltag schnell und sicher gelöst werden können.

Der vorliegende Band 2 beinhaltet Muster für den Unternehmenskauf, sowie internationales Industrieangengeschäft, für Vertriebsverträge, für Bankrecht, für Kreditsicherungen, für Finanzierungsverträge sowie für Kartellvertragsrecht. Ferner werden Verträge im öffentlichen Bau- und Erschließungsrecht, Public-Private Partnerships sowie Energielieferungsverträge behandelt.

Obwohl aus notarieller Sicht nur Teile des Werks relevant sind, sind vor allem die Muster zum Unternehmenskauf und zu Unternehmensbeteiligungen jedem Notar zu empfehlen. Gerade für Kollegen, die nicht regelmäßig bei größeren Transaktionen mitwirken, geben die Muster sowie die umfangreichen Erläuterungen hilfreiche Anregungen, um sich stellende Fragen verlässlich und rechtsicher zu meistern.

Einzig das Auslagern sämtlicher Muster auf eine separate CD-ROM Sammlung ist weder zeitgemäß noch praktikabel und sollte bei den künftigen Auflagen durch eine Downloadmöglichkeit ersetzt werden.



Münchener Vertragshandbuch Band 6 (Bürgerliches Recht II)

Von *Sebastian Herrler (Hrsg.,*
(– Verlag C.H. Beck, München, 8. Auflage 2020, Hardcover (in Leinen).
159,- €. 1082 Seiten. ISBN 978-3-406-70496-3.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

Anders als der in diesem Heft ebenfalls besprochene Band 2, ist der sechste Band des Münchener Vertragshandbuchs für die notarielle Praxis von höchster Relevanz. Der sechste Band behandelt zunächst Vollmachten sowie die in der Praxis höchst relevanten Gestaltungen im Familien- und Erbrecht und wird abgerundet durch Muster zum Dienst- und Arbeitsvertragsrecht.

Behandelt werden Eheverträge und Scheidungsfolgevereinbarungen sowie verschiedene Varianten der Annahme als Kind. Es finden sich Muster einer Stiefkindadoption sowie Adoption durch Unverheiratete als auch Muster der notwendigen Einwilligungserklärungen. Im erbrechtlichen Teil werden nicht nur die klassischen Gestaltungen

vorgestellt, es finden sich auch Muster für besondere Gestaltungen wie das Behindertentestament oder die Verfügung innerhalb einer Patchworkfamilie. Ein ganzer Abschnitt widmet sich ferner der in der Praxis immer wichtiger werdenden Stiftung und auch die Unternehmensnachfolge wird entsprechend beleuchtet.

Nicht zuletzt ist auch der Abschnitt betreffend Dienst- und Arbeitsverträge auch für die notarielle Praxis interessant. So finden sich nicht nur verschiedene Muster für Arbeitsverträge, sondern auch zahlreiche Beispiele für einseitige Erklärungen wie die Abmahnung oder ein Arbeitszeugnis. Für den Notar als Arbeitgeber sind diese ebenfalls eine willkommene Hilfestellung.



Vermögensnachfolge

Von Dr. Sebastian Spiegelberger (Hrsg.),
(– Verlag C.H. Beck, München, 3. Auflage 2020, Hardcover (in Leinen).
119,- €. 745 Seiten. ISBN 978-3-406-71109-1.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

Aus der täglichen Praxis sind Notarinnen und Notare sind Vermögensübertragungen an die nachfolgende Generation kaum mehr wegzudenken. Wegen tatsächlicher oder vermeintlicher Steuervorteile erfolgen solche Übertragungen nicht mehr von Todes wegen sondern immer häufiger unter Lebenden. Dabei gibt es unterschiedliche gestalterische Mittel denen sich der Notar bei einem solchen Vermögenstransfer bedienen kann, wobei neben zivilrechtlichen Überlegungen sozialrechtliche, gesellschaftsrechtliche und vor allem steuerrechtliche Aspekte eine wichtige Rolle bei der Wahl des richtigen Instrumentariums spielen. Gerade an dieser Stelle setzt das vorliegende Werk an. Knapp zehn Jahre nach dem Erscheinen der Voraufgabe ist dieses bewehrte Handbuch zur Vermögensnachfolge nunmehr in der dritten Auflage erschienen.

Das Werk ist dabei in drei Teile gegliedert. Im ersten Teil, welcher etwa die Hälfte des Buches umfasst werden die in der Praxis besonders wichtigen Übertragungen auf Abkömmlinge behandelt. Nach einer kurzen theoretischen Einführung sowohl aus zivil- als auch aus steuerrechtlicher Sicht werden die relevanten Gestaltungen vorgestellt und praxisorientiert aufbereitet. Dabei steht vor allem die Absicherung des Übergebers im Vordergrund, gibt dieser doch teils erhebliche Vermögenswerte vorzeitig aus der Hand. Hierbei wird bei jeder Konstellation immer wieder auch der Bogen zum Steuerrecht gespannt um den, im Steuerrecht weniger erfahrenen Vertragsgestalter, auf die möglichen Probleme aufmerksam zu machen. Abgerundet wird jedes Kapitel auch mit zahlreichen Formulierungsbeispielen. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang vor allem § 4, welcher sich mit den unterschiedlichen Nießbrauchsgestaltungen beschäftigt.

Im zweiten Teil werden die vermögensverwaltenden Personengesellschaften behandelt, namentlich die GbR, die vermögensverwaltende Familien-KG, die GmbH und Co. KG sowie die sog. Sparschwein GmbH. Dabei werden diese Gestaltungsformen von den jeweiligen Autoren teils auch kritisch gesehen. Mögen diese im Einzelfall für die Ziele der Mandantschaft geeignet sein, sind diese keinesfalls ein Allheilmittel und sind als Gestaltungsmittel kritisch zu betrachten.

Im dritten Teil werden sodann sonstige Formen des unentgeltlichen Erwerbs vorgestellt. Eingegangen wird hierbei auf die Erbauseinandersetzung, den Erwerb vom Ehegatten sowie vor allem auf die in der Praxis immer beliebter werdende Stiftung als Instrument der Vermögensnachfolge. Gerade die zur letzteren, einerseits komprimierte andererseits fundierte Darstellung von Wachter ist dem Anwender wärmstens zu empfehlen, da hier die fast alle in der Praxis relevanten Fälle von Stiftungen vorgestellt und mit entsprechenden Formulierungsbeispielen praxisgerecht aufgearbeitet werden.

Zusammenfassend ist festzuhalten: Bei dem Werk handelt es sich um ein Buch von Praktikern für Praktiker. Es erleichtert dem Vertragsgestalter die tägliche Arbeit indem die relevanten Probleme kurz und prägnant vorgestellt und mit fundierten Formulierungen zugleich gelöst werden. Für eine weitergehende Recherche sind aber zahlreiche Literaturangaben vor jedem Kapitel vorangestellt. Kurzum das Werk ist jedem Notar, Rechtsanwalt und Steuerberater zu empfehlen, der mit Vermögensnachfolge zu tun hat.

Standesnachrichten

Ernennung:

Mit Wirkung vom 1. Februar 2021 wurde Herr Dr. Theo Luy zum Notar mit dem Amtssitz Stuttgart ernannt.

Amtsniederlegung:

Mit Ablauf des 31. Dezember 2020 ist Herr Rechtsanwalt und Notar Thomas Kellner, Geislingen, aus dem Notaramt ausgeschieden.

20. Wissenschaftliches Symposium
des Instituts für Notarrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg
Neubaukirche, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg, am Freitag, 25. Juni 2021, zum Thema

Gesellschaftsrecht im Wandel

- 09.15 Uhr** **Begrüßung und Einführung:** *Prof. Dr. Peter Limmer*, Tagungsleiter;
Notar, Würzburg; Präsident der NotRV; Vorsitzender des INotR Würzburg
- 09.30 Uhr** **Die Auslegung von § 179a AktG in der Rechtsprechung des BGH**
Prof. Dr. Ingo Drescher, Vorsitzender Richter am BGH, II. Zivilsenat, Karlsruhe
- 10.00 Uhr** **Die Vertretung der BGB-Gesellschaft – Status Quo und Perspektiven**
Univ.-Prof. Dr. Johannes Wertenbruch, Universität Marburg, Lehrstuhl für Bürgerliches
Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht
- 10.30 Uhr* *Diskussion, anschließend Kaffeepause*
- 11.10 Uhr** **Die Online-Gründung der GmbH**
Univ.-Prof. Dr. Christoph Teichmann, Universität Würzburg, Lehrstuhl für Bürgerliches
Recht, Deutsches und Europäisches Handels- und Gesellschaftsrecht
- 11.40 Uhr** **Die Online-Gründung aus Sicht der notariellen Praxis – Überlegungen der**
Neuer **Bundesnotarkammer zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie**
Beitrag! *Notarassessor Dr. Peter Stelmaszczyk*, Geschäftsführer, Bundesnotarkammer, Brüssel;
 Notarassessor Dr. Philipp Kienzle, Bundesnotarkammer, Berlin
- 12.00 Uhr** **Call- und Put-Optionen im Gesellschaftsrecht**
Prof. Dr. Hartmut Wicke, LL.M. (Stellenbosch), Notar, München
- 12.30 Uhr* *Diskussion, anschließend Mittagessen*
- 13.30 Uhr** **Das Transparenzregister in der Beratungs- und Gestaltungspraxis**
Dr. Christian Bochmann, LL.M. (Cambridge), Rechtsanwalt, Direktor des Notar-
rechtlichen Zentrums Familienunternehmen der Bucerius Law School, Hamburg
- 14.00 Uhr** **Die fehlerhafte Kapitalerhöhung und ihre Heilung**
Univ.-Prof. Dr. Jan Lieder, LL.M. (Harvard), Universität Freiburg, Lehrstuhl für Bürger-
liches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht
- 14.30 Uhr* *Diskussion, anschließend Kaffeepause*
- 15.15 Uhr** **Güterstandsklauseln in Gesellschaftsverträgen**
Univ.-Prof. Dr. Anatol Dutta, M. Jur (Oxford), LMU München, Lehrstuhl für Bürgerliches
Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
- 15.45 Uhr** **§ 181 BGB im Gesellschaftsrecht – ein Best-of**
Dr. Simon Blath, Stellv. Referatsleiter im Gesellschafts- und Steuerrecht,
Deutsches Notarinstitut Würzburg
- 16.15 Uhr* *Diskussion und Schlusswort: Prof. Dr. Peter Limmer*, Notar, Würzburg

16.30 Uhr 23. NotRV-Mitgliederversammlung

Organisatorische Hinweise:

Die Teilnehmer erhalten nach dem Symposium eine Teilnahmebescheinigung sowie einen Tagungsband per Post. Die Veranstaltung behandelt notarspezifische Themen. Eine Anerkennung der Fortbildungsveranstaltung nach § 6 Abs. 2 Nr. 4 BNotO ist dringend mit den Aufsichtsbehörden abzustimmen. Eine Absage oder Online-Durchführung, bedingt durch die Covid-19-Pandemie, behält sich die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V. vor. Der Tagungsbeitrag ist vor Beginn der Tagung und nach Erhalt der Rechnung auf das Konto der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. mit Verwendungszweck „Symposium 2021“ wie folgt zu überweisen: HypoVereinsbank UniCredit AG Würzburg, IBAN: **DE29790200760006671594**. Rückerstattung des Tagungsbeitrages bei Nichtteilnahme erfolgt nur bei Abmeldung bis 7 Tage vor der Veranstaltung. Für zurückzuzahlende Teilnahmegebühren wird eine Stornogebühr in Höhe von 10 € berechnet. **Anmeldungen richten Sie bitte an:** Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, **Fax:** 0931/35576225; **E-Mail:** notrv@dnoti.de; www.notrv.de. **Teilnahmegebühren „Präsenzteilnahme“:** frei für Notarassessoren mit NotRV-Mitgliedschaft; 60 € für Notare a. D. mit NotRV-Mitgliedschaft; 105 € für Notare a. D. und Notarassessoren ohne NotRV-Mitgliedschaft, Rechtsanwälte mit max. 3 J. Zulassung, Notariatsangestellte; 185 € für NotRV-Mitglieder; 235 € für Nichtmitglieder. **Teilnahmegebühren „Onlineteilnahme“:** frei für Notarassessoren mit NotRV-Mitgliedschaft; 40 € für Notare a. D. mit NotRV-Mitgliedschaft; 60 € für Notare a. D. und Notarassessoren ohne NotRV-Mitgliedschaft, Rechtsanwälte mit max. 3 J. Zulassung, Notariatsangestellte; 105 € für NotRV-Mitglieder; 185 € für Nichtmitglieder.

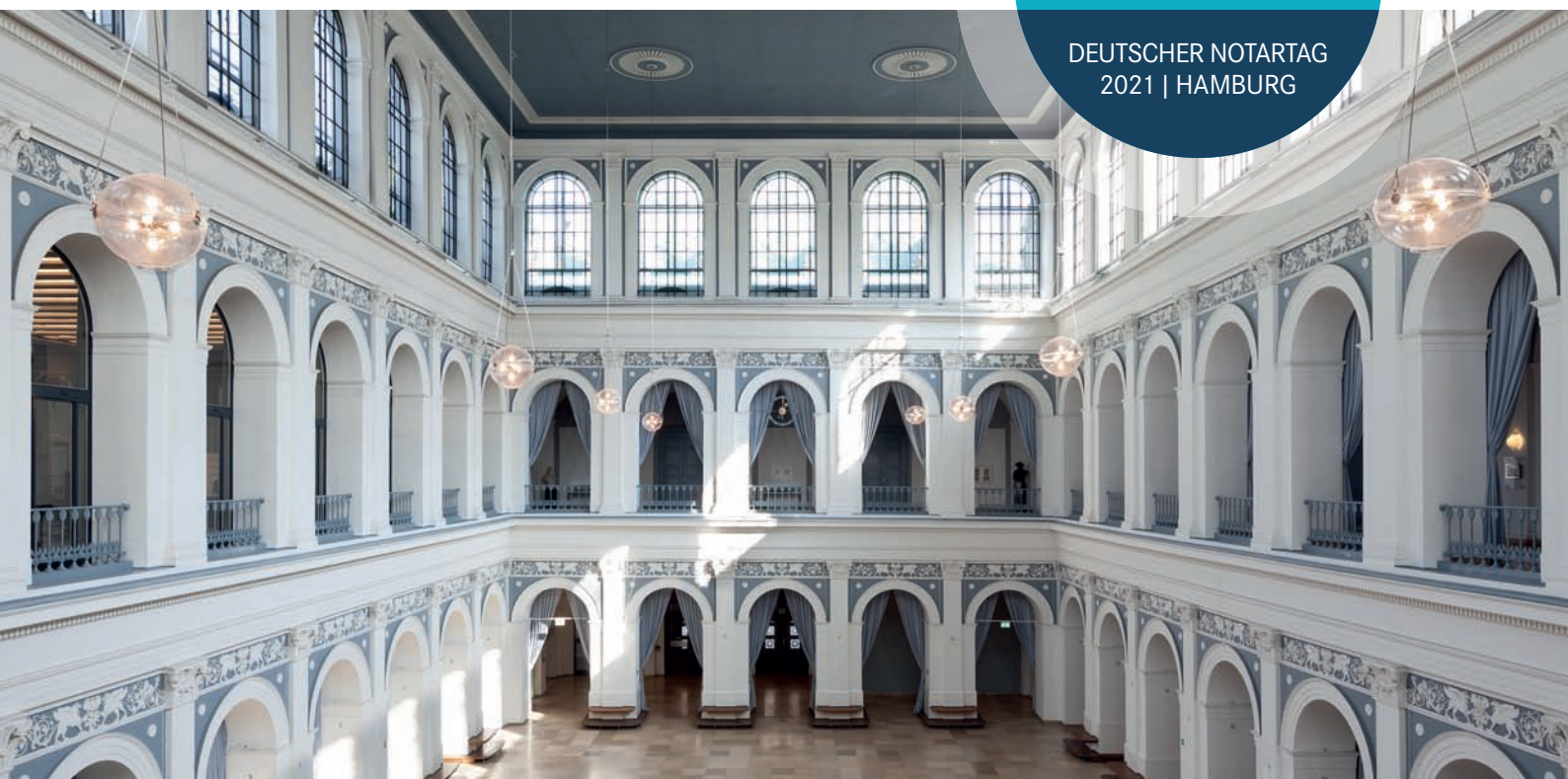
30. DEUTSCHER NOTARTAG

BUNDESNOTARKAMMER
KÖRPERSCHAFT DES ÖFFENTLICHEN RECHTS

DAS NOTARIAT DER ZUKUNFT – DIGITAL UND RECHTSSICHER
27. - 28. MAI 2021 | HAMBURG

30.

DEUTSCHER NOTARTAG
2021 | HAMBURG



Handelskammer Hamburg/Daniel Sumesgutner

Der Notartag wird als hybride Veranstaltung ausgerichtet. Anmeldungen sind ausschließlich online unter www.notartag.de möglich. Detaillierte Informationen zum Fach- und Rahmenprogramm sind dort ebenfalls abrufbar. Die Bundesnotarkammer lädt herzlich zur Teilnahme am 30. Deutschen Notartag in Hamburg ein.



