

BW NotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

5 | 2021

Oktober 2021

HERAUSGEBER

Württembergischer Notarverein e.V.

in Verbindung mit dem

Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A

70174 Stuttgart

SCHRIFTFÜHRUNG

Notarassessor Anton Gordon,

Ellwangen (Jagst)

ISSN-Nummer 1434-2979

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

ABHANDLUNGEN

Die Schuldübernahme beim Heimfall nach § 33 Abs. 2 Erbbaurechtsgesetz als (verdecktes) Beleihungshindernis – Anregungen für Korrekturen von Dr. Johann Andreas Dieckmann, M.St (Oxford), Freiburg i.Br. 350

Eintragungshindernisse vermeiden hier: Bestellung eines Erbbaurechts von Bezirksnotar Bernd Schneider, Korntal-Münchingen, unter Mitwirkung von Diplom-Rechtspflegerin (FH) Marlies Grau, Leonberg 366

RECHTSPRECHUNG

BERUFS- UND KOSTENRECHT

BGH (Senat für Notarsachen), Beschluss vom 19.07.2021 – NotSt(Brfg) 1/21
Beurkundet ein Notar einen Vertrag, bei dem eine beruflich mit ihm verbundene Person als Vertreter einer Vertragspartei auftritt, verstößt er gegen das ihm obliegende Mitwirkungsverbot 371

LG Frankenthal (4. Zivilkammer), Urteil vom 26.07.2021 – 4 O 47/21
Notarhaftung - unterlassene Belehrung über rechtliche Tragweite des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs 375

HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

OLG München (29. Zivilsenat), Urteil vom 05.08.2021 – 29 U 2411/21 Kart
Brexit means Brexit 397

FAMILIENRECHT

BGH (XII. Zivilsenat), Beschluss vom 19.05.2021 – XII ZB 518/20
Zum gesetzlichen Zweck der Betreuung 400

LIEGENSCHAFTS- UND GRUNDBUCHRECHT

BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 02.07.2021 – V ZR 201/20
Umwandlung eines zum WEG-Verwalter bestellten Einzelkaufmanns in eine GmbH 405

BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 18.06.2021 – V ZR 146/20
Keine Zahlung der Instandhaltungsrücklage durch einen Berechtigten einer Grunddienstbarkeit. 411



KAMPF DEM KREBS BEI KINDERN

Jedes Jahr erkranken in Deutschland ca. 2.000 Kinder und Jugendliche an Krebs. Die Stiftung des Fördervereins für krebskranke Kinder Tübingen hat klare Aufgaben und leistet einen nachhaltigen Beitrag zur Krebsbekämpfung im Kindes- und Jugendalter. Wir unterstützen die Krebsforschung nennenswert vor allem im Tumorzentrum an der Universitäts-Kinderklinik Tübingen und verbessern dort auch die personelle und sachliche Ausstattung.

Ihr Testament für krebskranke Kinder

Ein guter Teil des Stiftungskapitals, dessen Erträge wir für die Förderung der Krebsbekämpfung einsetzen, stammt schon heute aus Testamenten von Menschen, die sich mit Ihrem Nachlass sozial engagieren und nachhaltig helfen wollen.

Wenn Sie weitere Informationen über die „Stiftung des Fördervereins für krebskranke Kinder Tübingen“ und ihre Arbeit haben wollen, rufen Sie uns einfach an oder schreiben Sie uns eine Nachricht.

Rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts

www.stiftung-krebskranke-kinder.de . info@stiftung-krebskranke-kinder.de

Geschäftsstelle: Frondsbergstraße 51 . 72070 Tübingen . Tel. 07071/946820 . Fax 07071/946813

Vorsitzender: Prof. Dr. Hans-Werner Stahl

Im Beirat: Prof. Dr. Michael Bamberg . Prof. Dr. Rupert Handgretinger . Universitätsklinik Tübingen

Spendenkonto: Volksbank Herrenberg-Nagold-Rottenburg eG

IBAN: DE83 6039 1310 0415 9000 00 . BIC: GENODES1VBH

87. BAND

BWNotZ**AUSGABE 5|2021 INHALTSVERZEICHNIS****HERAUSGEBER**

Württembergischer Notarverein e.V.

in Verbindung mit dem

Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A, 70174 Stuttgart

SCHRIFTFÜHRUNG

Notarassessor Anton Gordon, Ellwangen (Jagst)

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.

HERSTELLUNGErich Schretzmann Siebdruck GmbH
siebdruck-schretzmann.de.

Huber Werbung, 73547 Lorch

www.huber-werbung-loorch.de

ABHANDLUNGEN

Seite

Von Dr. Johann Andreas Dieckmann, M.St (Oxford), Freiburg i.Br.

Die Schuldübernahme beim Heimfall nach § 33 Abs. 2 Erbbaurechtsgesetz als (verdecktes) Beleihungshindernis – Anregungen für Korrekturen 350

Von Bezirksnotar Bernd Schneider, Kornthal-Münchingen, unter Mitwirkung von Diplom-Rechtspflegerin (FH) Marlies Grau, Leonberg

Eintragungshindernisse vermeiden hier:**Bestellung eines Erbbaurechts** 366**RECHTSPRECHUNG****BERUFS- UND KOSTENRECHT**

BGH (Senat für Notarsachen), Beschluss vom 19.07.2021 – NotSt(Brfg) 1/21 371

LG Frankenthal (4. Zivilkammer), Urteil vom 26.07.2021 – 4 O 47/21 375

OLG Nürnberg (8. Zivilsenat), Beschluss vom 17.08.2021 – 8 W 1738/21 378

ERBRECHT

LG Frankenthal (8. Zivilkammer), Urteil vom 11.03.2021 – 8 O 308/20 381

LG Heilbronn (3. Zivilkammer), Beschluss vom 13.09.2021 – 3 S 5/21 386

OLG Hamm (10. Zivilsenat), Urteil vom 13.07.2021 – 10 U 5/20 388

OLG Köln (2. Zivilsenat), Beschluss vom 02.06.2021 – 2 Wx 145/21 393

OLG Köln (2. Zivilsenat), Beschluss vom 14.07.2021 – 2 Wx 119/21 395

HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

OLG München (29. Zivilsenat), Urteil vom 05.08.2021 – 29 U 2411/21 Kart 397

FAMILIENRECHT

BGH (XII. Zivilsenat), Beschluss vom 19.05.2021 – XII ZB 518/20 400

LIEGENSCHAFTS- UND GRUNDBUCHRECHT

BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 02.07.2021 – V ZR 201/20 405

BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 18.06.2021 – V ZR 146/20 411

LG Köln (14. Zivilkammer), Teilurteil vom 14.05.2021 – 14 O 99/20 414

OLG Schleswig (2. Zivilsenat), Beschluss vom 08.09.2021 – 2 Wx 49/21 419

OLG Schleswig (2. Zivilsenat), Beschluss vom 02.09.2021 – 2 Wx 53/20 421

BUCHBESPRECHUNGEN**1. Hauß, Elternunterhalt: Grundlagen und Strategien, 6. Auflage**

(Besprechung von Notar Daniel Jockisch, Albstadt) 428

2. Wicke, GmbHG, 4. Auflage

(Besprechung von Notarassessor Alkan Atak, Schwäbisch Hall) 428

3. Toussaint, Kostenrecht, 51. Auflage

(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon, Ellwangen/Jagst) 429

4. Dorsel, Ehevertrag und Vermögenszuordnung unter Ehegatten, 8. Auflage

(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon, Ellwangen/Jagst) 430

5. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage

(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon, Ellwangen/Jagst) 430

6. Flik, Die Zwangsversteigerung von Immobilien als individuelles und kollektives Krisenphänomen sowie als Programm für die Krisenintervention.

(Besprechung von Notar a.D. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz) 432

ABHANDLUNGEN

Die Schuldübernahme beim Heimfall nach § 33 Abs. 2 Erbbaurechtsgesetz als (verdecktes) Beleihungshindernis – Anregungen für Korrekturen

Von Dr. Johann Andreas Dieckmann, M.St (Oxford), Notar in Freiburg im Breisgau*

I. Einleitung	351	bb) Der gesetzliche Sonderfall und statistische Regelfall der Grundschild	356
1. Das Erbbaurecht als veräußerliches, vererbliches und belastbares Recht	351	c) Die Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten	357
2. Faktische Probleme der „Beleihbarkeit“ und ihre Gründe	351	d) Keine Anwendung von § 33 Abs. 2 ErbbauRG bei Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf, heimfallfreie Übertragung und rechtsgeschäftliche Aufhebung	357
a) Gründe erschwerter „Beleihung“	351	5. Rechtsfolgen des Heimfalls IV – das rechtliche Schicksal von durch Grundpfandrechte und Reallasten gesicherten Forderungen gegen einen Dritten	358
b) Die Belastungszustimmung nach § 5 Abs. 2, 7 Abs. 2, 3 ErbbauRG	351		
3. Hauptgrund der Belastungsbegrenzung: drohende Schuldübernahme des Grundstückseigentümers beim Heimfall	352		
4. Übersicht	353		
II. Die Interessen der Beteiligten (Eigentümer, Erbbauberechtigter, Gläubiger) und das Sonderrisiko der Grundschild	353	IV. Mittel der Risikoreduzierung für den Eigentümer	358
1. Die Interessenlage	353	1. Ausgangslage	358
2. Besondere Gefahren der Sicherungsgrundschild moderner Prägung	353	2. Vereinbarung des Erfordernisses der Belastungszustimmung (§ 5 Abs. 2 ErbbauRG)	358
III. Der gesetzliche Rahmen als Regelungshintergrund	354	3. Ausschluss jeglicher Belastungszustimmung?	358
1. Der Heimfall als „außerordentlicher Rechtsbehelf“ des Eigentümers	354	4. Ausschluss des Heimfallrechts?	359
a) Rechtlicher Charakter und Voraussetzungen	354	5. Ausschluss der Schuldübernahme durch Abbedingung des § 33 Abs. 2 ErbbauRG?	359
b) Rechtliche Wirkung des Vorliegens des Heimfallanspruchs	355	6. Mittel der Risikoreduzierung: Darlehenshypothek als akzeptables Sicherungsmittel	360
2. Rechtsfolgen des Heimfalls I – Vergütung für das Erbbaurecht, § 32 ErbbauRG	355	7. Möglichkeit der modifizierenden Vereinbarungen zwischen Grundstückseigentümer, Gläubiger und Erbbauberechtigten bei Sicherungsgrundschilden	361
3. Rechtsfolgen des Heimfalls II – Das rechtliche Schicksal der beschränkt dinglichen Rechte am Erbbaurecht, § 33 Abs. 1 ErbbauRG	355	a) Beschränkung der (möglichen) persönlichen Haftung	361
a) Unterscheidung nach Art und Gläubigerschaft der Rechte	355	b) Beschränkung der überschießenden dinglichen Haftung	361
b) Bestehen bleibende Rechte	355	c) Anpassung des Sicherungsvertrags (gesicherte Forderung sowie Rückgewähransprüche)	362
c) Erlöschende Rechte	355	d) Pflicht zur Weitergabe bei Veränderungen in der Person der Beteiligten, insbesondere bei Abtretung der Grundschild	362
4. Rechtsfolgen des Heimfalls III – Das rechtliche Schicksal von durch Grundpfandrechte und Reallasten gesicherten Forderungen gegen den Erbbauberechtigten, § 33 Abs. 2 ErbbauRG	355	e) Vorgabe der Darlehensart (insbesondere Annuitätendarlehen)?	363
a) Allgemeines	356	8. Flankierende Regelungen im (schuldrechtlichen Teil des) Erbbauvertrag(s)	363
b) Gesetzlich angeordnete Erfüllungsübernahme/Schuldübernahme durch den Eigentümer, § 33 Abs. 2 ErbbauRG	356	V. Zusammenfassung	364
aa) Der gesetzliche Regelfall und statistische Sonderfall der Hypothek	356		

* Der Beitrag ist Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann, Hamburg/Regensburg, in herzlicher Verbundenheit zum 10.10.2021 gewidmet.

I. Einleitung

1. Das Erbbaurecht als veräußerliches, vererbliches und belastbares Recht

Das Erbbaurecht ist ein grundstücksgleiches Recht, das dem Erbbauberechtigten den Erwerb von Eigentum an einem Gebäude ermöglicht, ohne dass der Grundstückseigentümer hierzu sein Eigentum am Grundstück übertragen müsste. Das Erbbaurechtsgesetz definiert das Erbbaurecht als das veräußerliche und vererbliche Recht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben, § 1 Abs. 1 ErbbauRG. Der Erbbauberechtigte ist *voller Eigentümer des Gebäudes* auf die Dauer der Laufzeit des Erbbaurechts. Für die Überlassung des Grundstücks zahlt der Erbbauberechtigte (in aller Regel) als Gegenleistung einen wiederkehrenden Erbbauzins an den Eigentümer. Das Bauwerk auf dem Grundstück errichtet er auf eigene Kosten selbst. Beim Bau des Eigenheims hat dies den Vorteil, dass kein Kapital für die Anschaffung des Grundstücks benötigt wird. Der Bauwillige muss nicht auch das Grundstück kaufen und bezahlen. Er benötigt hierzu also weder Eigen- noch Fremdkapital. Besteht das Gebäude bereits, muss nur dieses erworben und bezahlt werden, nicht auch das Grundstück.

Für die Errichtung oder den Erwerb des Gebäudes benötigt der Erbbauberechtigte meist Fremdkapital. Solches Fremdkapital erhält er von Kreditgebern im Regelfall nur gegen dingliche Absicherung am Grundbesitz, insbesondere durch ein Grundpfandrecht (Hypothek oder Grundschuld). Das Erbbaurecht ist tauglicher Belastungsgegenstand eines Grundpfandrechts. Es also ist nicht nur veräußerlich und vererblich, sondern auch belastbar. So weit, so gut.

2. Faktische Probleme der „Beleihbarkeit“ und ihre Gründe

a) Gründe erschwerter „Beleihung“

Die Fremdfinanzierung eines Bauvorhabens (oder des Erwerbs eines bestehenden Gebäudes) ist also beim Erbbaurecht auf den ersten Blick ohne weiteres möglich. Allerdings zeigt die Praxis, dass sich die „Beleihung“ eines Erbbaurechts als schwieriger erweist als die eines Grundstücks. Gleiches gilt bei Wohnungserbbaurechten nach § 30 WEG im Vergleich zu Wohnungseigentum. Kreditgeber tun sich schwer mit der Vergabe von „Hypothekendarlehen“, die an einem Erbbaurecht gesichert werden. Jedenfalls tun sie sich damit schwerer, als mit Hypothe-

kendarlehen mit Sicherung am oft¹ (etwas irreführend) so genannten „Volleigentum“².

Hierfür gibt es mehrere Gründe³. Zum einen schreckt die rechtliche Komplexität des Erbbauvertrags und der Regelungen des Erbbaurechtsgesetzes ab. Zum anderen wird die zeitliche Befristung des Erbbaurechts als Nachteil verstanden. Der Rangkonflikt mit der zulasten des Erbbaurechts zur Sicherung des Grundstückseigentümers eingetragenen Erbbauzinsreallast, die wie auch das bankübliche Grundpfandrecht ein dingliches Verwertungsrecht darstellt, ist ein weiterer Aspekt. Gleiches gilt für die Bewertung des kapitalisierten Erbbauzinses als Belastung bei der Einschätzung der Beleihbarkeit.

b) Die Belastungszustimmung nach § 5 Abs. 2, 7 Abs. 2, 3 ErbbauRG

Ein *weiterer wichtiger Grund* ist das typischerweise in Erbbaurechtsverträgen niedergelegte und *zum dinglichen Inhalt des Rechts* gemachte Erfordernis der *Belastungszustimmung* gemäß § 5 Abs. 2 ErbbauRG. Dies bedeutet zum einen, dass die Belastung des Erbbaurechts mit einem Grundpfandrecht oder einer Reallast der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf. Nach dem Gesetz ist die Belastungszustimmung vom Eigentümer nur dann zu erteilen, wenn die Belastung mit den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft vereinbar ist, und der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck nicht wesentlich beeinträchtigt oder gefährdet wird, § 7 Abs. 2 ErbbauRG.

Insbesondere die Vereinbarkeit mit ordnungsgemäßer Wirtschaft wird dahingehend verstanden, dass eine Grenze des Verkehrswertes, bis zu der eine Belastung erfolgen kann, zugrundegelegt wird⁴. In Literatur und Rechtsprechung werden z.B. 60 %⁵ oder 70 %⁶ des Verkehrswertes akzeptiert oder eine Belastung bis zur Beleihungsgrenze für nachrangige Hypotheken oder Grundschulden für

¹ Vgl. z.B. Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 1 Rn. 20; Liethe, BKR 2012, 457, 458; Löhr/Braun, ZfO 2020, 111.

² Der zur Unterscheidung zwischen Eigentum an Grundstück und Eigentum am Erbbaurecht oft zur Beschreibung des Eigentums am Grundstück verwandte Ausdruck „Volleigentum“ ist jedenfalls missverständlich. Natürlich ist auch der Erbbauberechtigte Inhaber des Volleigentums am Gebäude – nur eben in aller Regel auf Zeit.

³ Vgl. insbesondere Freckmann/Frings/Grziwotz/Freckmann, Das Erbbaurecht in der Finanzierungspraxis, 3. Aufl. 2018, Rn. 220 f.

⁴ Vgl. allgemein MüKoBGB/Heinemann, 8. Aufl. 2020, ErbbauRG § 7 Rn. 12, 13; Ingenstau/Hustedt/Hustedt, ErbbauRG, 11. Aufl. 2008, § 7 Rn 28 f.; Winkler/Schlögel Hdb. ErbbauRG 7. Aufl. 2021 § 4 Rn 233 f., insb. 236.

⁵ LG München I, DNotZ 1973, 554.

⁶ BayObLG Rechtspfleger 1989, 97, 98; OLG Celle, NJW-RR 2006, 1076.

möglich gehalten⁷. Vereinzelt wird auch bei einer 100%-Finanzierung von ordnungsgemäßer Wirtschaft gesprochen⁸. Auch wenn nicht die Belastungsgrenzen der §§ 18 ff. ErbbauRG oder die Beleihungsgrundsätze der Kreditinstitute gelten⁹, schränkt das Kriterium der ordnungsgemäßen Wirtschaft die Beleihbarkeit ein.

Damit eng verbunden ist die typische Regelung des Erbbaurechts, dass eine solche Zustimmung zur Belastung in der Regel nur erteilt wird, wenn die Belastung des Grundpfandrechts den Wert des Erbbaurechts nur bis zu einem bestimmten Prozentsatz erschöpft. Wenn der Eigentümer der Belastung einer Grundschuld nur i.H.v. 70 % oder 80 % des *Gebäudewertes oder des Verkehrswertes des Erbbaurechts* zustimmen muss, muss sich der Kreditgeber darauf einstellen: Ein über diesen Betrag hinausgehendes Darlehen kann jedenfalls nicht am Erbbaurecht dinglich abgesichert werden.

Das führt zum einen dazu, dass die Darlehensvergabe erschwert ist. Und es führt zum anderen dazu, dass der Darlehenszins erhöht wird. Nicht dinglich gesicherte Darlehen bergen ein höheres Risiko für den Gläubiger und tragen daher höheren Zins. Kurz: Es besteht ein *Beleihungshindernis* oder eine *Beleihungsbeschränkung*.

Daher gibt es in der Literatur Stimmen, die dafür plädieren, das Erfordernis der Belastungszustimmung zu hinterfragen und gegebenenfalls auf eine solche vollständig zu verzichten¹⁰.

Das Erbbaurecht hat wirtschaftspolitisch und sozialpolitisch auch den Zweck, den so genannten minderbemittelten Kreisen zur Bildung von Wohneigentum zu verhelfen. Das beschriebene Beleihungsproblem steht dem entgegen. Zwar muss der Bauwillige nicht Geld für das Grundstück aufwenden. Aber neben der wiederkehrenden Belastung mit dem Erbbauzins benötigt er eigentlich 20 % oder 30 % der Baukosten sowie die Erwerbsnebenkosten (Grunderwerbsteuer, Notar- und Grundbuchgebühren) als Eigenkapital für sein Vorhaben. Oder er muss damit rechnen, jedenfalls für einen großen Betrag, erheblich erhöhte Darlehenszinsen zahlen zu müssen.

⁷ OLG Frankfurt DNotZ 1978, 105.

⁸ Freckmann/Frings/Grziwotz/Freckmann, Das Erbbaurecht in der Finanzierungspraxis, 3. Aufl. 2018, Rn 307.

⁹ Winkler/Schlögel Hdb. ErbbauRG, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn 236; Ingenstau/Hustedt/Hustedt ErbbauRG, 11. Aufl. 2008, § 7 Rn 28.

¹⁰ Nagel, ErbbauZ 2021, 2, 5. Voraussetzung hierfür wäre natürlich die bestmögliche Sicherung des Erbbauzins durch Erstrangigkeit und Versteigerungsfestigkeit der Erbbauzinsrealast (Nagel aaO).

3. Hauptgrund der Belastungsbegrenzung: drohende Schuldübernahme des Grundstückseigentümers beim Heimfall

Der *Hauptgrund* der beschriebenen *Beschränkung der Zustimmung zur Belastung* liegt in der in § 33 ErbbauRG niedergelegten gesetzgeberischen Regelung des Schicksals von dinglichen Belastungen am Erbbaurecht bei dessen Heimfall. Und er liegt vor allem in der in § 33 Abs. 2 ErbbauRG enthaltenen Anordnung der Erfüllungsübernahme und *Schuldübernahme des Eigentümers des Erbbaugrundstücks* mit Vollzug des Heimfalls¹¹. Liegt ein Heimfallgrund zu Gunsten des Eigentümers vor, etwa bei Nichtzahlung des Erbbauzinses oder sonstigem vertragswidrigen Verhalten, führt die Übertragung des Erbbaurechts auf den Eigentümer nicht nur dazu, dass dieser mit dem dann ihm gehörenden Erbbaurecht *dinglich* für die bestehen bleibenden Grundpfandrechte *haftet*. Das ist bei Erwerb eines dinglich belasteten Grundstücks oder grundstücksgleichen Rechts keine Besonderheit.

Der Grund liegt in etwas anderem: Der erwerbende Eigentümer *haftet* nicht nur *dinglich*, sondern darüber hinaus *auch persönlich* für die mit den Pfandrechten gesicherten Verbindlichkeiten. Das ist dem Grundstückseigentümer nur in gewissem Rahmen zumutbar. Daher ist die Vereinbarung einer Belastungshöhe im Erbbaurechtsvertrag in aller Regel sachgerecht.

Der Beitrag befasst sich mit diesem Beleihungshindernis und skizziert einen Vorschlag zur wenn auch nicht vollständigen Beseitigung, aber doch erheblichen Reduzierung.

Dass die Schuldübernahme nach § 33 Abs. 2 ErbbauRG ein Beleihungshindernis darstellt, ist nicht ohne gewisse Ironie. Denn wie viele andere Regelungen in der Erbbaurechtsverordnung von 1919¹² soll, wie vielfach angenommen, die Vorschrift der Intention nach auch der *Erhöhung der Beleihbarkeit* des Erbbaurechts dienen. Nach den insoweit schlechten Erfahrungen mit dem BGB-Erbbaurecht hat die Verordnung die Sicherheit des rechtlichen Bestandes des Erbbaurechts erhöht. Dies geschah auch, um eine sichere Grundlage für Pfandrechte und damit Beleihbarkeit zu schaffen.

¹¹ Das Gesetz sieht zunächst eine Erfüllungsübernahme vor, die nur unter den Voraussetzungen von §§ 33 Abs. 2 ErbbauRG, 415 f. BGB zur Schuldübernahme wird. Im Folgenden wird vom Regelfall des Eintritts der Voraussetzungen ausgegangen und von der Schuldübernahme gehandelt.

¹² Vgl. aus der zeitgenössischen Literatur nur *Michaelis*, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1919, 167, 172.

Zu den Vorschriften, die diesen Zweck umsetzen sollen, gehört herkömmlicher Auffassung nach¹³ auch § 33 ErbbauRG. Ob dessen Zweck nun wirklich darin liegt, die Beleihbarkeit zu erhöhen, kann man sicher hinterfragen. Diese Frage soll hier indes nicht vertieft werden.

In der Praxis hat die Vorschrift des § 33 Abs. 2 ErbbauRG teilweise die gegenteilige Wirkung. Denn sie ist mit ein Grund, dass eine Beleihung des Erbbaurechts in der Praxis nur eingeschränkt möglich ist. Statt zur Erhöhung der Beleihbarkeit beizutragen, reduziert sie sie eher.

4. Übersicht

Zunächst wird die rechtliche Problemstellung konturiert (II. sowie III.). Sodann erfolgt ein Lösungsvorschlag, der eine höhere Belastung des Erbbaurechts mit Grundpfandrechten ermöglicht, ohne das Risiko des Grundstückseigentümers hinsichtlich der persönlichen Haftung zu sehr zu erhöhen (IV.). Schließlich werden die Ergebnisse zusammengefasst (V.).

II. Die Interessen der Beteiligten (Eigentümer, Erbbauberechtigter, Gläubiger) und das Sonderrisiko der Grundschuld

1. Die Interessenlage

Im Folgenden werden die Interessen der beteiligten Personen im Überblick skizziert.

Der Erbbauberechtigte hat das Interesse, nicht neben dem Verlust des Gebäudeeigentums infolge des Heimfalls auch noch weiter für die an ihm gesicherten Forderungen persönlich zu haften.

Dem Gläubiger ist insbesondere am Fortbestand der dinglichen Sicherheit für die persönliche Forderung gelegen. Darüber hinaus will er natürlich den persönlichen Anspruch behalten. Gut wäre für ihn, wenn ihm Eigentümer und Schuldner *beide* auf Dauer als Ge-

samtschuldner haften würden. Jedenfalls möchte er seine persönlichen Schuldner nicht verlieren. Besser noch ist für ihn, wenn er die Wahl hat, die Forderung auf den möglicherweise solventeren Eigentümer überzuleiten.

Der Eigentümer des Erbbaugrundstücks möchte sich keiner über den Vergütungsanspruch hinausgehenden persönlichen oder dinglichen Haftung ausgesetzt sehen. Und er will nicht doppelt zahlen müssen, nämlich einmal die Vergütung an den Erbbauberechtigten und dazu die übernommene Schuld an den Gläubiger. Nachdem der Heimfall insbesondere sein einziger (effektiver) Rechtsbehelf bei (erheblichen) Vertragsverletzungen des Erbbauberechtigten ist, soll dies in der Folge nicht auch noch zu einer (erhöhten) Belastung führen. Der Eigentümer möchte sein Heimfallrecht nicht durch erhöhte Belastungen entwertet sehen, die ihm die Geltendmachung seines Anspruchs gegebenenfalls vergällen.

2. Besondere Gefahren der Sicherungsgrundschuld moderner Prägung

Besondere Gefahren drohen dem Eigentümer bei der geltenden Rechtslage wegen der Abstraktheit der Sicherungsgrundschuld. Bei der in der Praxis der Kreditsicherung fast nur noch verwendeten Sicherungsgrundschuld hat der Eigentümer nicht die Sicherheit, den Höchstbetrag der gesicherten schuldrechtlichen Forderungen an der Höhe des Grundpfandrechts ausmachen zu können. Eine Sicherungshypothek über 100.000 € sichert höchstens einen Anspruch über 100.000 €. Eine Sicherungsgrundschuld über denselben Betrag dagegen kann über den Sicherungsvertrag fünf verschiedene Forderungen zu je 50.000 € absichern. Über den üblicherweise vereinbarten Grundschuldzins von 12 %, 15 % oder 18 % jährlich erhöht sich der Betrag der dinglichen Haftung erheblich. Bei Realisierung der dinglichen Haftung im Wege der Zwangsvollstreckung kann der Gläubiger zwar nur einmal den Kapitalbetrag nebst Zinsen und Nebenleistung erhalten. Vorher aber besteht die Sicherung auch für höhere Beträge.

Bei der Frage der Zustimmungspflicht nach § 7 Abs. 2 und 3 ErbbauRG wird in der Rechtsprechung daher auch zutreffend auf die Beachtung des Grundschuldzinses als Erhöhung des Risikos hingewiesen¹⁴.

13 BGH NJW 2016, 3167, 3169 (Rn 23); Staudinger/Rapp, Neubearb. 2017, ErbbauRG § 33 Rn 10, 12; BeckOGK/Toussaint, Stand: 01.02.2021, ErbbauRG § 33 Rn 3; Winkler/Schlögel Hdb. ErbbauR, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn. 117; Knothe, Das Erbbaurecht, 1987, S. 286 f.; Ingenstau/Hustedt/Hustedt ErbbauRG, 11. Aufl. 2008, § 33 Rn. 1; Freckmann/Frings/Grziwotz/Freckmann Das Erbbaurecht in der Finanzierungspraxis, 3. Aufl. 2018, Rn. 390.

14 OLG Celle NJW-RR 2006, 1076, 1077; BayObLG Rechtspfleger 1989, 97, 98.

III. Der gesetzliche Rahmen als Regelungshintergrund

1. Der Heimfall als „außerordentlicher Rechtsbehelf“ des Eigentümers

a) Rechtlicher Charakter und Voraussetzungen

Das Erbbaurechtsgesetz sieht die Möglichkeit vor, dass als vertragsmäßiger dinglicher Inhalt des Erbbaurechts Vereinbarungen des Grundstückseigentümers und des Erbbauberechtigten über eine *Verpflichtung des Erbbauberechtigten, das Erbbaurecht* beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen auf den Grundstückseigentümer zu übertragen, getroffen werden und definiert dies als „Heimfall“ (§ 2 Nr. 4 Erbbaurechtsgesetz). Nach § 3 Abs. 1 Erbbaurechtsgesetz kann der Heimfallanspruch nicht vom Eigentum an dem Grundstück getrennt werden. Er ist also wesentlicher Bestandteil des Grundstücks im Sinne von § 93 BGB. Der Eigentümer kann verlangen, dass das Erbbaurecht (statt an ihn selbst) an einen von ihm zu bezeichnenden Dritten übertragen wird, § 3 Abs. 2 Erbbaurechtsgesetz.

Die Ausgestaltung der Voraussetzungen des Heimfalls ist vom Gesetz nicht vorgegeben. Der Heimfall ist vom Gesetzgeber aber vor allem als Rechtsbehelf des Eigentümers vorgesehen, mit dem er auf im weiteren Sinne vertragswidriges Verhalten des Erbbauberechtigten reagieren kann.

Das Regime des Heimfallrechts ist nicht ohne Blick auf die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Erbbaurechts zu verstehen. Nach den bis zur Einführung der Erbbaurechtsverordnung geltenden rudimentären Vorschriften des BGB-Erbbaurechts der §§ 1012 ff. BGB a.F. war oftmals das *Erbbaurecht* mit (nach damaligem Recht zulässigen) *auflösenden Bedingungen* für den Fall der Zuwiderhandlung gegen den Erbbaurechtsvertrag versehen¹⁵. Dies führte zu *reduzierter Bestandssicherheit* für den Erbbauberechtigten als Inhaber des Erbbaurechts und Eigentümer des Gebäudes¹⁶. Dies führte damit auch für

dinglich gesicherte Darlehensgeber zu reduzierter Bestandssicherheit, denen der *Belastungsgegenstand ihrer Hypothek* oder Grundschuld leicht *wegfallen* konnte. Die zweite Gefahr für den Fortbestand lag in der verbreiteten Vereinbarung von *Ansprüchen auf Aufhebung des Erbbaurechts* für bestimmte Fälle, insbesondere solche der Vertragsverletzung¹⁷. Auch dies war nach §§ 1012 ff. BGB a. F. möglich. Die dritte Gefahr lag in der Zulässigkeit des Vorrangs von Verwertungsrechten am Grundstück vor dem Erbbaurecht. Ein Erbbaurecht konnte etwa hinter einer Sicherungshypothek im Grundbuch eingetragen werden. Wurde aus dieser vollstreckt und das Grundstück versteigert, erlosch das Erbbaurecht.

Ist der Bestand des Belastungsgegenstands des Pfandrechts gefährdet, schlägt sich das auf die Güte der Sicherheit durch. In Abkehr von der alten Rechtslage und Rechtspraxis hat das Gesetz nicht nur nach § 1 Abs. 4 Erbbaurechtsgesetz die Möglichkeit einer auflösenden Bedingung des Erbbaurechts ausgeschlossen. Es versagt auch einer Vereinbarung, durch die der Erbbauberechtigte sich verpflichtet, beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen das Erbbaurecht aufzugeben und seine Löschung im Grundbuch zu bewilligen, die Durchsetzbarkeit. Der Eigentümer kann sich auf eine solche Verabredung nicht berufen, § 1 Abs. 4 Erbbaurechtsgesetz. Gegen die dritte Gefahr wurde § 10 Erbbaurechtsgesetz eingeführt, demzufolge das Erbbaurecht grundsätzlich nur zur ausschließlich ersten Rangstelle als Belastung des Grundstücks eingetragen werden kann. Ein Rangrücktritt oder Gleichrangeneinräumung ist unzulässig. Dem Erbbaurecht vorrangige Verwertungsrechte (Reallasten, Grundpfandrechte) sind damit ausgeschlossen. § 25 Erbbaurechtsgesetz sichert den Fortbestand des Erbbaurechts auch bei Zwangsversteigerung des Grundstücks in jedem Fall.

Die Voraussetzungen des Heimfallanspruchs sind mangels gesetzlicher Konturierung der vertraglichen Vereinbarung überlassen. Es gilt im Grundsatz Vertragsfreiheit¹⁸. In der Kautelarpraxis haben sich typische Heimfallgründe herausgebildet und durchgesetzt. So wird der Heimfall insbesondere zugelassen bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Erbbauberechtigten, Zahlungsverzug des Erbbauberechtigten mit dem Erbbauzins mit mindestens zwei Jahresbeträgen (vgl. § 9 Abs. 4 Erbbaurechtsgesetz), Anordnung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung, sowie Verletzung der Verpflich-

¹⁵ Vgl. die Erbbaurechtsverträge in *Dietsch*, Die Praxis des Erbbaurechts.

Ein Handbuch, 1907, S. 76 (§ 12, Erbbaurecht des Reichsfiskus), S. 84 (§ 10; Erbbaurecht des Preussischen Fiskus), S. 98 (§ 6 Erbbaurecht der Stadt Leipzig); *Nußbaum*, Deutsches Hypothekenwesen, 1913, S. 277 f.; *Pesl*, Das Erbbaurecht. Geschichtlich und wirtschaftlich dargestellt, 1910, S. 83 f.; *Winkler/Schlögel* Hdb. Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 1 Rn. 8 f.; *Wilsch*, NotarFormulare Erbbaurecht, 2. Aufl. 2021, § 2 Rn. 3.

¹⁶ Nach alter Rechtslage sollte allerdings nach weitverbreiteter Meinung das Eigentum am Gebäude nur dann in der Person des Erbbauberechtigten entstehen, wenn er selbst das Gebäude in Ausübung des Erbbaurechts errichtete oder errichten ließ. Das Gebäudeeigentum bei einem nach Errichtung bestellten Erbbaurecht sollte danach beim Grundstückseigentümer verbleiben. Vgl. nur *Pesl*, Das Erbbaurecht, 1910, S. 95 f.

¹⁷ Vgl. die Übersicht bei *Pesl*, Das Erbbaurecht, 1910, S. 86 f., mit Übersicht zu Beendigungsgründen in Erbbaurechtsverträgen von Städten und Gemeinden.

¹⁸ *Ingenstau/Hustedt/Hustedt* Erbbaurechtsgesetz, 11. Aufl. 2008, § 2 Rn. 64; BGH DNotZ 2004, 143.

tungen aus § 2 Nr. 1 ErbbauRG, insbesondere Nichterfüllung der Bauverpflichtung.

b) Rechtliche Wirkung des Vorliegens des Heimfallanspruchs

Der Heimfall bedeutet nicht, dass mit Eintreten der vertraglich definierten Voraussetzungen das Erbbaurecht ohne weiteres auf den Eigentümer des Grundstücks übergeht. Es gibt keinen automatischen „Rückfall“ oder „Verfall“ des Erbbaurechts. Vielmehr stellt der Heimfall einen schuldrechtlichen Übertragungsanspruch des Eigentümers dar¹⁹. Er ist darauf gerichtet, das Eigentum am Erbbaurecht an den Eigentümer des Grundstücks oder nach dessen Wahl an einen Dritten zu übertragen. Die Erfüllung des Anspruchs erfolgt durch Einigung über den Rechtsübergang und Eintragung im Grundbuch. Das Erbbaurecht bleibt rechtlich nach Vollzug bestehen und wird „Eigentümer-Erbbaurecht“. Es kann vom Eigentümer/Erbbauberechtigten sodann weiterveräußert werden.

▶ 2. Rechtsfolgen des Heimfalls I – Vergütung für das Erbbaurecht, § 32 ErbbauRG

Mit Erfüllung des Heimfallanspruchs durch Einigung über den Eigentumswechsel am Erbbaurecht und Eintragung im Grundbuch verliert der Erbbauberechtigte die Rechtsinhaberschaft am Erbbaurecht. Als Ersatz für diese Eigentumsentziehung gewährt ihm § 32 ErbbauRG eine *angemessene Vergütung*, die der Grundstückseigentümer zu zahlen hat. Über deren Höhe und die Art der Zahlung sowie über ihre Ausschließung können (mit dinglicher Wirkung) Vereinbarungen getroffen werden (§ 32 Abs. 1 S. 2 ErbbauRG). Im Grundsatz besteht Vertragsfreiheit, ob und in welcher Höhe eine Vergütung zu zahlen ist. Hierzu gibt es folgende Ausnahme: Die Zahlung einer angemessenen Vergütung für das Erbbaurecht kann dann nicht ausgeschlossen werden, wenn das Erbbaurecht zur Befriedigung der Wohnbedürfnisse minderbemittelter Bevölkerungskreise bestellt ist, § 32 Abs. 2 S. 1 ErbbauRG. Auf eine solche Vereinbarung kann sich der Grundstückseigentümer nicht berufen. Nicht angemessen ist die Vergütung nach dem Gesetz, wenn sie nicht mindestens zwei Drittel des gemeinen Werts des Erbbaurechts zur Zeit der Übertragung beträgt, § 32 Abs. 2 S. 3 ErbbauRG.

¹⁹ Winkler/Schlögel Hdb. ErbbauR 7. Aufl. 2021, § 4 Rn. 77; Ingenstau/Hustedt/Hustedt ErbbauR, 11. Aufl. 2008, § 2 Rn. 52 f.

▶ 3. Rechtsfolgen des Heimfalls II – Das rechtliche Schicksal der beschränkt dinglichen Rechte am Erbbaurecht, § 33 Abs. 1 ErbbauRG

a) Unterscheidung nach Art und Gläubigerschaft der Rechte

Welche Auswirkungen hat der Heimfall auf beschränkt dingliche Rechte, die zulasten des Erbbaurechts im Grundbuch eingetragen sind? Dies regelt das Erbbaurechtsgesetz in § 33 Abs. 1, der neben § 889 BGB zur Anwendung kommt.

Dabei wird *zweifach differenziert*. Zum einen nach der Art des Rechts zwischen *Verwertungsrechten* (Hypotheken, Grund- und Rentenschulden und Reallasten sowie Vormerkungen für einen gesetzlichen Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek) und (allen) *sonstigen beschränkt dinglichen Rechten*.

Bei den Verwertungsrechten wiederum wird nach ihrer Inhaberschaft unterschieden: Fremdrechte bleiben bestehen, Eigentümerrechte (genauer: „Erbbauberechtigtenrechte“) erlöschen.

b) Bestehen bleibende Rechte

Nach dem Gesetz bleiben beim Heimfall des Erbbaurechts die Hypotheken, Grund- und Rentenschulden und Reallasten bestehen, soweit sie nicht dem Erbbauberechtigten selbst zustehen, § 33 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG. Gleiches gilt für die Vormerkung eines gesetzlichen Anspruchs auf Eintragung einer Sicherungshypothek, § 33 Abs. 1 S. 2 ErbbauRG.

c) Erlöschende Rechte

Alle anderen auf dem Erbbaurecht lastenden Rechte als die nach § 33 Abs. 1 S. 1 und 2 ErbbauRG aufgeführten erlöschen (§ 33 Abs. 1 S. 3 ErbbauRG). Dies gilt insbesondere für solche Rechte wie Nießbrauch, beschränkt persönliche Dienstbarkeiten, Grunddienstbarkeiten und Vormerkungen.

▶ 4. Rechtsfolgen des Heimfalls III – Das rechtliche Schicksal von durch Grundpfandrechte und Reallasten gesicherten Forderungen gegen den Erbbauberechtigten, § 33 Abs. 2 ErbbauRG

a) Allgemeines

Wie wirkt sich der Heimfall auf durch Verwertungsrechte am Erbbaurecht gesicherte schuldrechtliche Verpflichtungen aus? Das Erbbaurechtsgesetz sieht in teilweiser Anlehnung an funktionsähnliche Regeln im Recht der Zwangsversteigerung (§ 53 ZVG)²⁰ eine Ausnahme vor. Für bestimmte Verbindlichkeiten wird eine Schuldübernahme angeordnet. Das Gesetz unterscheidet bei der Bestimmung des Fortbestands von dinglichen Rechten im Hinblick auf die *Person des Gläubigers* des Rechts zwischen *Fremdrechten* und „*Erbbauberechtigtenrechten*“ (üblicher Sprachgebrauch: „*Eigentümerrechten*“). Und es unterscheidet bei Verbindlichkeiten nach der Person des *Schuldners* der gesicherten Forderung zwischen persönlicher Haftung des Erbbauberechtigten und persönlicher Haftung eines Dritten. Verbindlichkeiten eines Dritten werden nicht berührt²¹. Besteht aber die gleichzeitige persönliche Haftung des Erbbauberechtigten selbst bei bestehenbleibenden Verwertungsrechten, ordnet das Gesetz die Schuldübernahme des Grundstückseigentümers in Höhe der Hypothek oder Grundschuld an.

b) Gesetzlich angeordnete Erfüllungsübernahme/ Schuldübernahme durch den Eigentümer, § 33 Abs. 2 ErbbauRG

aa) Der gesetzliche Regelfall und statistische Sonderfall der Hypothek

Mit Umschreibung des Erbbaurechts im Grundbuch²² geht die persönliche Verpflichtung von selbst auf den Eigentümer über, der dem Gläubiger neben dem Erbbauberechtigten haftet. Gegenüber dem ehemaligen Erbbauberechtigten als persönlichem Schuldner haftet er im Innenverhältnis vorrangig. Zunächst wird die Übernahme nur zwischen Eigentümer und (ehemaligem) Erbbauberechtigten wirksam²³, es liegt ein Fall der Erfüllungsübernahme vor. Nachdem das Gesetz eine ähnliche Interessenkonstellation annimmt wie bei der Übernahme einer hypothekarisch gesicherten Schuld durch den Erwerber eines Grundstücks, wird § 416 BGB für entsprechend anwendbar erklärt, § 33 Abs. 2 S. 2 ErbbauRG. Dadurch

hat der Erbbauberechtigte die Möglichkeit, gegenüber dem Gläubiger aus der Haftung frei zu werden. Teilt er dem Gläubiger nach Umschreibung des Erbbaurechts schriftlich die Schuldübernahme unter Hinweis auf die Genehmigungsfiktion bei nicht erfolgter Verweigerung (§ 116 Abs. 2 BGB) mit, wird er von der Haftung nach sechs Monaten frei. Die Befreiung von der Haftung scheidet nur aus, wenn die Genehmigung vom Gläubiger innerhalb von sechs Monaten gegenüber dem bisherigen Erbbauberechtigten verweigert wird.

Die Schuldübernahme erfolgt auch dann durch den Eigentümer, wenn beim Heimfall die Übertragung des Erbbaurechts an einen Dritten verlangt wird und erfolgt. Eine (und sei es analoge) Anwendung der Vorschrift über die Schuldübernahme zulasten des Dritten wird von vielen Autoren abgelehnt²⁴, auch wenn es Gegenstimmen²⁵ gibt.

Die Schuldübernahme wirkt nur in Höhe der Hypothek. Ein überschießender, nicht dinglich gesicherter Betrag, verbleibt beim bisherigen Schuldner zur alleinigen Tragung.

bb) Der gesetzliche Sonderfall und statistische Regelfall der Grundschuld

Gleiches gilt bei durch Sicherungsgrundschuld gesicherten Verbindlichkeiten. Sie werden nur in Höhe des dinglichen Rechts übernommen. Im Übrigen verbleiben sie beim ehemaligen Erbbauberechtigten.

Wie so oft ist der Regelungsmechanismus des Gesetzes mit dem Abstellen auf die Hypothek und entsprechender Anwendung bei der Grundschuld mit dem lebenden Recht der Kreditsicherung nicht kompatibel. Dem Gesetz steht der Regelfall der Hypothek vor Augen, die eine einzige Forderung sichert. Dass die von einer Forderung abstrakte Grundschuld über den Sicherungsvertrag eine Reihe von mehreren Forderungen absichern kann und dies in der Praxis auch tut, hat das Gesetz nicht hinreichend berücksichtigt. Es ist kein Einzelfall, dass eine Sicherungsgrundschuld Verbindlichkeiten absichert, die den Nennbetrag des Grundpfandrechts übersteigen.

Ein weiteres, nicht auf den ersten Blick ersichtliches Risiko für den Eigentümer liegt im Grundschuldzins und der einmaligen Nebenleistung. Herkömmlich werden Grund-

²⁰ Vgl. Staudinger/Rapp, Neubearb. 2017, ErbbauRG § 33 Rn. 4.

²¹ Zu den dinglichen Rechten und Forderungen in der Drittsicherungssituation vgl. unten III 5.

²² BGH NJW 1990, 2067, 2068; Ingenstau/Hustedt/Hustedt ErbbauRG, 11. Aufl. 2008, § 2 Rn. 56 f.; Winkler/Schlögel Hdb. ErbbauR, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn. 101.

²³ Staudinger/Rapp ErbbauRG, Neubearb. 2017, § 33 Rn. 5; MüKoBGB/Heinemann, 8. Aufl. 2020, ErbbauRG § 33 Rn. 9 f.; Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer ErbbauRG, 11. Aufl. 2008, § 33 Rn. 17.

²⁴ Staudinger/Rapp ErbbauRG, Neubearb. 2017, § 33 Rn. 8; Lemke/Czub Immobilienrecht, 2. Auflage 2016, § 33 ErbbauRG Rn. 10 f.

²⁵ Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer ErbbauRG, 11. Aufl. 2008, § 33 Rn. 15 m.w.N.; MüKoBGB/Heinemann, 8. Aufl. 2020, ErbbauRG § 33 Rn. 9-10; Knothe, Das Erbbaurecht, 1987, S. 288 m.w.N in Fn 76.

schulden mit einem abstrakten jährlichen Zins bestellt. Oftmals wird auch eine einmalige Nebenleistung verlangt. Damit steigt der Betrag der dinglichen Haftung über den Nominalbetrag des Pfandrechts hinaus jährlich an. Beim Tilgungsdarlehen führt dies sozusagen zur „umgekehrten Akzessorietät“²⁶: das Darlehen sinkt, die Sicherheit steigt. Der Eigentümer muss also mit einer erhöhten dinglichen Belastung rechnen²⁷. Dies zeigt ein einfaches Beispiel.

Eine typische Sicherungsgrundschuld für ein Darlehen von 400.000 € wird z.B. mit einer Sicherungsgrundschuld über 400.000 € und 10 % Nebenleistung aus dem Kapital und 15 % Jahreszins ab Grundschuldbestellung bestellt. Dies entspricht ständiger Übung der Bankpraxis.

Ein solches Grundpfandrecht hat von Anfang an einen Betrag von 440.000 € infolge der Nebenleistung und wächst jedes Jahr um stetige 60.000 € Zins an. Tritt der Heimfall etwa nach vierjährigem Zinslauf der Grundschuld ein, beläuft sich der dinglich geschuldete Betrag nicht auf 400.000 € sondern auf 620.000 €. Typischerweise valutiert ein Darlehensgeber nur in Höhe des Kapitalbetrages. Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass der überschießende Betrag vom Eigentümer nach § 33 ErbbauRG dinglich zu übernehmen ist. Ohne großes Risiko für den Gläubiger kann mit der beispielhaften Sicherungsgrundschuld von 400.000 € Kapital mit Zins und Nebenleistung ein Betrag von ca. 560.000 € abgesichert werden. Die rechtliche Grenze liegt in der Verjährung der Grundschuldzinsen sowie in ihrer Rangklasse bei Zwangsversteigerung. Im Rang der Grundschuld werden nach § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG am Ende die laufenden Zinsen und die aus den letzten zwei Jahren rückständigen Zinsen befriedigt.

Gesicherte Forderung ist dabei die im Sicherungsvertrag festgelegte und bestimmte Verbindlichkeit. Nicht gesichert ist das im Rahmen der vollstreckbaren Sicherungsgrundschuld regelmäßig mit aufgenommene vollstreckbare Sicherungsschuldanerkenntnis²⁸. Dies ist selbständiges Sicherungsmittel²⁹, nicht selbst gesicherte Forderung. Es geht nicht mit über³⁰.

c) Die Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten

Zunächst gehen die Verbindlichkeiten nur im Verhältnis zwischen Eigentümer und Erbbauberechtigtem als Erfüllungsübernahme über³¹. Wird der Erbbauberechtigte in Anspruch genommen, muss der Eigentümer ihn freistellen³² oder hat nach Inanspruchnahme Rückgriff zu leisten. Der Erbbauberechtigte ist aber nicht berechtigt, neben dem Vorteil der Schuldbefreiung noch zusätzlich den Vergütungsanspruch zu behalten. Daher ordnet § 33 Abs. 3 ErbbauRG eine Anrechnung der übernommenen Forderungen auf die Vergütung an.

Der Gläubiger verliert seinen Anspruch gegen den Erbbauberechtigten nur bei Genehmigung der Schuldübernahme oder wenn er sie nicht rechtzeitig verweigert. Die Genehmigung gilt als erteilt, wenn der Gläubiger sie nicht vor Ablauf von sechs Monaten ab Mitteilung gegenüber dem Erbbauberechtigten verweigert (§§ 33 Abs. 2 ErbbauRG, 416 Abs. 1 S. 2 BGB). Mit Wirksamkeit der Schuldübernahme erhält der Gläubiger den Anspruch gegen den Eigentümer. Soweit die Schuld die Höhe des dinglichen Rechts übersteigt, ändert sich nichts. Der Erbbauberechtigte bleibt persönlicher Schuldner, der Eigentümer haftet nicht und muss den Erbbauberechtigten auch nicht freistellen.

d) Keine Anwendung von § 33 Abs. 2 ErbbauRG bei Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf, heimfallfreie Übertragung und rechtsgeschäftliche Aufhebung

Die Schuldübernahme erfolgt nicht bei Erlöschen des Erbbaurechts infolge Zeitablaufs und auch nicht bei seiner rechtsgeschäftlichen Aufhebung. Und die Schuldübernahme gilt nicht bei rechtsgeschäftlichem Erwerb des Erbbaurechts durch den Eigentümer ohne die Voraussetzungen des Heimfalls³³.

Bei Zeitablauf haftet die Entschädigungsforderung des Erbbauberechtigten auf dem Grundstück anstelle des Erbbaurechts mit dessen Rang (§ 28 ErbbauRG). Der Gläubiger des dinglichen Verwertungsrechts hat am Entschädigungsanspruch die selben Rechte, die ihm beim Erlöschen seines Rechts durch Zwangsversteige-

26 J.A. Dieckmann, BWNotZ 2011, 42, 47.

27 Wie gravierend sich das bei fehlender Einhegung durch Gesetz und Rechtsprechung auswirken kann zeigt der Fall BGHZ 185, 133: Bei einer schuldrechtlichen Forderung von wohl 920.325,38 € sollte laut Entscheidung des BGH nach Zession der Sicherungsgrundschuld über den Betrag von ursprünglich 1.800.000,00 € nebst 16 % Jahreszinsen und einer einmaligen Nebenleistung von 5 % des Grundschuldbetrags dem Gläubiger ein dinglicher Anspruch von 1.849.854,01 € einredefrei (!) zustehen. Vgl. die Berechnung bei J.A. Dieckmann, BWNotZ 2011, 42, 54 f.

28 J.A. Dieckmann, RNotZ 2008, 597.

29 J.A. Dieckmann, RNotZ 2008, 597.

30 Zutreffend Staudinger/Rapp ErbbauRG, Neubearb. 2017, § 33 Rn 7; anders Wormuth/Trenkle, ZfIR 2009, 400, 403.

31 Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer ErbbauRG, 11. Aufl. 2008, § 33 Rn. 17; MüKoBGB/Heinemann, 8. Aufl. 2020, ErbbauRG § 33 Rn. 9; Winkler/Schlögel, Hdb. ErbbauR 7. Aufl. 2021, § 4 Rn. 121.

32 BGH NJW 1990, 2067, 2068; MüKoBGB/Heinemann, 8. Aufl. 2020, ErbbauRG § 33 Rn. 12.

33 MüKoBGB/Heinemann, 8. Aufl. 2020, ErbbauRG § 33 Rn 1; Staudinger/Rapp ErbbauRG, Neubearb. 2017, § 33 Rn 4; BeckOGK/Toussaint, Stand: 01.02.2021, ErbbauRG § 33 Rn 8.

zung am Erlös zustehen (§ 29 ErbbauRG). Eine darüber hinausgehende persönliche Haftung des Grundstückseigentümers gegenüber dem dinglichen Gläubiger besteht nicht.

Auch bei Aufhebung des Erbbaurechts erfolgt keine Schuldübernahme in (ggf. entsprechender) Anwendung von § 33 Abs. 2 ErbbauRG. Der Gläubiger ist hier dadurch geschützt, dass die Aufhebung nicht ohne seine Zustimmung erfolgen kann.³⁴ Im Rahmen der Erteilung der Zustimmung durch Vertrag ist sicherzustellen, dass und wie seine Forderungen berücksichtigt werden.

► 5. Rechtsfolgen des Heimfalls IV – das rechtliche Schicksal von durch Grundpfandrechte und Reallasten gesicherten Forderungen gegen einen Dritten

Am Erbbaurecht dinglich gesicherte Forderungen gegen Dritte werden in ihrem schuldrechtlichen Bestand im Erbbaurechtsgesetz nicht gesondert geregelt. Gläubiger dieser Forderungen bleibt unproblematisch natürlich der ursprüngliche Gläubiger, ein Schuldneraustausch oder eine Erfüllungsübernahme finden nicht statt. Nach dem Heimfall haftet der Eigentümer als neuer Berechtigter des Erbbaurechts dinglich mit dem Erbbaurecht für diese Forderungen. Möglicherweise hat er gegebenenfalls einen Rückgriffsanspruch gegen den Hauptschuldner nach einer Inanspruchnahme. Unter Umständen hat er auch Anspruch auf Abtretung der gesicherten Forderung bei Befriedigung des Gläubigers (in Anwendung des Rechtsgedankens der Vorschriften über den Derivatregress bei Drittsicherheiten, §§ 774 Abs. 1, 1143 Abs. 1, 1225 BGB).

IV. Mittel der Risikoreduzierung für den Eigentümer

► 1. Ausgangslage

Für den Eigentümer des Erbbaugrundstücks ist das Hauptrisiko, das er beim Heimfall zu gewärtigen hat, die *persönliche Haftung für Verbindlichkeiten des* (dann ehemaligen) *Erbbauberechtigten*. Solange der Vergütungsanspruch nach § 32 ErbbauRG, den der Eigentümer erfüllen muss, betragsmäßig höher als die zu übernehmende

Verbindlichkeit ist, ist die Übernahme wirtschaftlich unerheblich. Denn die zu übernehmende Verbindlichkeit reduziert wegen der Verrechnungsanordnung in § 33 Abs. 3 ErbbauRG den vom Eigentümer an den ehemaligen Erbbauberechtigten zu zahlenden Betrag.

Ist demgegenüber der Betrag des Vergütungsanspruchs höher, steht der Eigentümer infolge der Belastung wirtschaftlich schlechter. Auf jeden Fall schlechter steht er, wenn – zulässigerweise – die Vergütung beim Heimfall vollständig ausgeschlossen ist. Dies ist möglich, wenn das Erbbaurecht nicht zur Befriedigung der Wohnbedürfnisse minderbemittelter Bevölkerungskreise bestellt ist (§ 32 Abs. 2 ErbbauRG). Hier ist jede vom Eigentümer zu übernehmende Verbindlichkeit des Erbbauberechtigten für jenen ein Minusgeschäft.

Der Eigentümer hat aber ein originäres Interesse an der Vermeidung oder jedenfalls Reduzierung dieses Hauptrisikos der potenziell auf ihn zukommenden *persönlichen Haftung*.

► 2. Vereinbarung des Erfordernisses der Belastungszustimmung (§ 5 Abs. 2 ErbbauRG)

Das wichtigste Mittel zur Reduzierung des Risikos für den Eigentümer liegt darin, von der gesetzlichen Möglichkeit Gebrauch zu machen, die Belastung des Erbbaurechts mit Verwertungsrechten (Grundpfandrechte, Reallasten) vom Zustimmungserfordernis abhängig zu machen. Dies ist eine notwendige, aber nicht für sich allein ausreichende Maßnahme. Der Hauptzweck dieser Form der Verfügungsbeschränkung liegt im Schutz des Eigentümers vor unerwünschter und übermäßiger beim Heimfall bestehen bleibender Belastungen und der drohenden persönlichen Haftung nach § 33 Abs. 2 S. 1 ErbbauRG³⁵.

► 3. Ausschluss jeglicher Belastungszustimmung?

Man könnte daran denken, von vornherein die Zustimmung zur Belastung des Erbbaurechts mit Grundpfandrechten auszuschließen. Unabhängig davon, ob ein sol-

³⁴ Winkler/Schlögel Hdb. ErbbauR, 7. Aufl. 2021, § 5 Rn. 199; Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer ErbbauRG, 11. Aufl. 2008, § 26 Rn. 11.

³⁵ Winkler/Schlögel, Hdb. ErbbauR 7. Aufl. 2021, § 4 Rn 220 und Rn. 236; MüKoBGB/Heinemann, 8. Aufl. 2020, ErbbauRG § 5 Rn. 1; Freckmann/Grintz/Grziwotz/Grziwotz in: Das Erbbaurecht in der Finanzierungspraxis, 3. Aufl. 2018, Rn. 151.

cher vollständiger Ausschluss überhaupt zulässig wäre³⁶, ist er jedenfalls nicht praktikabel. Damit würde man von vornherein Personen, die Fremdkapital benötigen oder einsetzen wollen, als Erbbauberechtigte ausschließen. Ein solches Erbbaurecht erscheint nicht „markt-gängig“

► 4. Ausschluss des Heimfallrechts?

Eine Möglichkeit der Vermeidung des Problems liegt darin, einfach bei Bestellung des Erbbaurechts *kein Heimfallrecht* zu vereinbaren. Zivilrechtlich ist das ohne weiteres möglich. Das Erbbaurechtsgesetz gewährt die Möglichkeit, eine Heimfallregelung aufzunehmen, zwingt aber nicht dazu. Es gibt Beispiele institutioneller Erbbaugeber – wie die Klosterkammer Hannover – deren Erbbaurechte keine Heimfallmöglichkeit vorsehen³⁷. In der Diskussion um das Erbbaurecht wird der nachteilige Effekt von Heimfallrechten angeführt und für ihre Reduzierung geworben³⁸.

Für Städte und Gemeinden wie auch für kirchliche Erbbaugeber erscheint der Verzicht auf das Heimfallrecht kaum vertretbar. Auch wenn die Voraussetzungen selten eintreten und auch wenn der Heimfall noch seltener ausgeübt wird, bedeutet doch der Verzicht auf ein angemessenes und auf Ausnahmefälle beschränktes Heimfallrecht die Aufgabe eines Reaktionsmittels auf krass vertragswidriges Verhalten des Erbbauberechtigten, das man nicht aus der Hand geben sollte. Das Heimfallrecht ist als Funktionsäquivalent zum außerordentlichen Kündigungsrecht und zu den als nachteilig empfundenen Vertragsverletzungsreaktionen des alten BGB-Erbbaurechts (auflösende Bedingung, Anspruch auf Aufhebung des Erbbaurechts) eingeführt worden. Ein Dauerschuldverhältnis ohne jedwedes Korrektiv des einen Vertragspartners, hier des Eigentümers, bei schwerwiegender Vertragsverletzung wäre mit einem gravierenden Mangel behaftet. Dass ausgerechnet das auf längste Dauer angelegte besondere Schuldverhältnis des Erbbaurechtsverhältnisses ohne außerordentlichen Rechtsbehelf bleiben sollte, ist abzulehnen. Davon zu unterscheiden ist (natürlich) die unnötige Überfrachtung von Erbbauverträgen mit einer Vielzahl von Heimfallgründen.

Der vollständige Ausschluss des Heimfallrechts ist keine akzeptable Alternative für den Eigentümer, die Reduzierung der Heimfallgründe im lebenden Recht des Erbbaurechts aber zu befürworten.

► 5. Ausschluss der Schuldübernahme durch Abbedingung des § 33 Abs. 2 ErbbauRG?

Die naheliegende Möglichkeit wäre, bei Bestellung des Erbbaurechts die Anwendung der Schuldübernahmevorschrift des Gesetzes *auszuschließen*. Wäre das zulässig, müsste der Eigentümer jedenfalls keine Angst vor künftiger *persönlicher Haftung* als Folge der Belastung des Erbbaurechts mit Grundpfandrechten haben.

Nach überwiegender Ansicht ist die Vorschrift aber nicht dispositiv³⁹. Denn sie diene unmittelbar und primär dem Interesse des Gläubigers des Grundpfandrechts und seinem Schutz. Dieser Gläubiger ist aber bei Bestellung des Erbbaurechts an den rechtlichen Vereinbarungen nicht beteiligt. Der Erbbaurechtsvertrag wird zwischen Eigentümer und dem (künftigen ersten) Erbbauberechtigten geschlossen. Beim (zulässigen) ursprünglichen Eigentümererbbaurecht werden die den dinglichen Inhalt des Erbbaurechts bestimmenden Erklärungen nur vom Eigentümer abgegeben. Auch hier ist der Gläubiger nicht beteiligt.

Auch bei einer weiteren Regelung des § 33 ErbbauRG wird diskutiert, ob sie abdingbar ist⁴⁰: Der Erlöschensregelung des § 33 Abs. 1 S. 3 ErbbauRG. Insbesondere bei existenznotwendigen Dienstbarkeiten (Leitungsrechte, Geh- und Fahrrechte usw.) ist dies ein wichtiges und viel diskutiertes Thema. Beim Heimfall erlöschen sie nämlich.

Mit dem Wortlaut des § 33 ErbbauRG ist es vereinbar, den Ausschluss der Schuldübernahme als mit dem Gesetz kompatibel anzunehmen. Als Argument hierfür kann angeführt werden, dass dem Gläubiger möglich und zumutbar ist, vor einer Kreditvergabe und Grundschuldbestellung den dinglichen Inhalt des Erbbaurechts dahingehend zu prüfen, ob er mit der Schuldübernahme und

36 Hiergegen MüKoBGB/Heinemann, 8. Aufl. 2020, ErbbauRG § 7 Rn. 2-4; BeckOK/Maaß BGB 57. Edition, 01.02.2021, § 7 ErbbauRG Rn. 2; Winkler/Schlögel, Hdb. ErbbauR 7. Aufl. 2021, § 4 Rn. 233; OLG Hamm DNotZ 2006, 206, 207 (allerdings nur für Veräußerung); Staudinger/Rapp ErbbauRG, Neubearb. 2017, § 33 Rn. 10.

37 Vgl. Gerber/Kriese/Bock/Nagel, Boden behalten Stadt gestalten, 2019, S. 181, 184 f.

38 Vgl. z.B. Löhr, Marktgerechte Erbbaurechte, Wie Kommunen über Erbbaurechte bezahlbares Wohnen ermöglichen können, 2020, S. 55 f.; instruktiv Nagel, ErbbauZ 2020, 1, 2; Nagel, ErbbauZ 2021, 2, 4.

39 Winkler/Schlögel Hdb. ErbbauR 7. Aufl. 2021, Rn. 122, 236; Graf Wolfskeel v. Reichenberg, Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, § 4 Rn. 83; MüKoBGB/Heinemann, 8. Aufl. 2020, ErbbauRG § 33 Rn. 1.

40 Vgl. Winkler/Schlögel Hdb. ErbbauR, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn. 120 f. m.w.N.; Rapp, MitBayNot 2014, 412; Ot, DNotZ 2015, 415; J. Weber, NotBZ 2015, 405; Staudinger/Rapp, Neubearb. 2017, ErbbauRG § 33 Rn. 12a bis 12f; BeckOGK/Toussaint, Stand: 01.02.2021, ErbbauRG § 33 Rn. 21; a.A. BeckOK/Maaß ErbbauRG, § 33 Rn. 2; Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer ErbbauRG, 11. Aufl. 2008, § 33 Rn. 17.

damit einem Austausch seines Schuldners beim Heimfall rechnen kann oder nicht.

Grundsätzlich ist (ja) auch der Verzicht auf den Vergütungsanspruch nach § 32 Abs. 1 S. 2 ErbbauRG möglich⁴¹. Und man könnte überlegen zu argumentieren: Wenn der Vergütungsanspruch ausgeschlossen werden kann und auf die Vergütung nach § 33 Abs. 3 ErbbauRG eine Anrechnung der Schuldübernahmebetrags erfolgt, kann auch von vornherein die Schuldübernahme ausgeschlossen werden. Zum Teil wird die Schuldübernahme auch als besondere Form der Vergütung angesehen⁴².

Allerdings trägt dieser Schluss nicht, wenn das Erbbaurecht zur Befriedigung der Wohnbedürfnisse minderbemittelter Bevölkerungskreise bestellt ist (§ 32 Abs. 2 ErbbauRG). Denn da fehlt es schon an der Ausschließbarkeit des Vergütungsanspruchs.

Solange nicht durch gesetzliche Regelung oder alternativ durch höchstgerichtliche Rechtsprechung klar gestellt ist, dass die Wirkung der Schuldübernahme ausgeschlossen werden kann, kann der Ausschluss der Schuldübernahmewirkung als dinglicher Inhalt des Erbbaurechts nicht als sicherer Weg zur Reduzierung des Risikos angesehen werden. Daher kann er (derzeit) nicht angeraten werden.

Die fehlende Abdingbarkeit des § 33 Abs. 2 S. 1 ErbbauRG gilt für den vollständigen Ausschluss der persönlichen Haftung infolge gesetzlicher Schuldübernahme ebenso wie für die Reduzierung dieser Haftung der Höhe nach.

► **6. Mittel der Risikoreduzierung: Darlehenshypothek als akzeptables Sicherungsmittel**

Unzweifelhaft am besten beherrschbar und am wenigsten problematisch für den Eigentümer ist die Variante der dinglichen Sicherung durch eine (vollstreckbare) Darlehenshypothek. Die Darlehenshypothek nach § 1113 BGB ist akzessorisch zum Darlehen und sinkt damit – anders als die vom gesicherten Anspruch rechtlich unabhängige Sicherungsgrundschuld – mit der Tilgung des Darlehens automatisch ab. Nach § 1163 Abs. 1 S. 2 BGB verliert der Gläubiger die Hypothek mit Erlöschen der Forderung.

Das Recht wandelt sich in eine Eigentümergrundschuld (§§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1177 BGB), die dem Erbbauberechtigten zusteht. Beim Heimfall erlischt eine solche Eigentümergrundschuld nach § 33 Abs. 1 ErbbauRG. Die Darlehenshypothek führt anders als die Sicherungsgrundschuld moderner Prägung nicht zu der laufenden verdeckten Erhöhung des Pfandrechtsbetrags, die infolge der abstrakten Grundschuldzinsen eintritt. Und bei ihr besteht nicht die Möglichkeit, dass mehrere Forderungen durch dasselbe Recht gesichert werden. Die Flexibilität der Sicherungsgrundschuld nutzt Gläubiger und Schuldner. Sie ist aber in der Erbbaurechtssituation ein latentes Risiko für den Eigentümer, das nur schwer vermeidbar und reduzierbar ist. Die *Darlehenshypothek* ist aus Sicht des Eigentümers daher die *sachgerechte Risikovermeidungsvariante*.

Praktisch wird derzeit das Verlangen des Eigentümers, dass eine Hypothek statt einer Sicherungsgrundschuld als Sicherungsmittel verwendet werde, auf wenig positive Resonanz des institutionellen Kreditgebers stoßen. Denn dieser ist seit Jahrzehnten gewohnt, Sicherungsgrundschulden statt Darlehenshypotheken zu verwenden. „Old habits die hard“ gilt auch hier. Aber auch ständige Übung und gewohnte Praxis sind gelegentlich zu hinterfragen und auf den Prüfstand zu stellen. Im Hinblick auf die Eignung als Kreditsicherheit gilt mit Sicherheit: Ein *Sachgrund gegen eine hypothekarische Sicherung* gegenüber der Sicherung durch Grundschuld *besteht* jedenfalls *nicht*. Die Hypothek ist in der Tat weniger flexibel, sie kann nicht einfach erneut zur Darlehenssicherung verwendet werden, wenn ein Darlehen zurückgeführt ist. Eine gegebenenfalls notwendige Neubestellung löst Aufwand und Kosten aus. Unter dem Gesichtspunkt des Eigentümerschutzes indes ist die Hypothek besonders geeignet, ohne die Gläubigerinteressen zu vernachlässigen.

Auch mit einer (gegebenenfalls vollstreckbaren) Darlehenshypothek ist der institutionelle Gläubiger angemessen gegen den Ausfall des Darlehens gesichert.

Als „Anreiz“ zur Wahl des Sicherungsmittels Darlehenshypothek gegenüber dem Gläubiger könnte im Erbbaurecht etwa geregelt werden: Die Zustimmung zur Belastung über einen bestimmten Betrag oder Wertanteil hinaus ist nur bei Verwendung einer Hypothek geschuldet. Dann hat der Gläubiger die Wahl, ob er z.B. 95 % des Wertes des Erbbaurechts mit einer ausreichenden hypothekarischen Sicherung oder nur 66,66 % des Wertes mit einer Sicherungsgrundschuld erlangen will.

⁴¹ Vgl. die Argumentation bei BeckOGK/Toussaint, Stand: 01.02.2021, ErbbauRG § 33 Rn. 23.

⁴² BeckOGK/Toussaint, Stand: 01.02.2021, ErbbauRG § 33 Rn. 23.

7. Möglichkeit der modifizierenden Vereinbarungen zwischen Grundstückseigentümer, Gläubiger und Erbbauberechtigten bei Sicherungsgrundschulden

Oftmals wird der Gläubiger auf einer Sicherungsgrundschuld als Mittel der Absicherung bestehen. Bei dieser ist der Regelungsaufwand zur Eigentümersicherung größer.

Einzig gangbarer Weg, das Interesse des Eigentümers am Schutz vor zu großer persönlicher Haftung zu erfüllen, liegt in einer Vereinbarung zwischen Gläubiger und Eigentümer des Erbbaugrundstücks unter Beteiligung des Erbbauberechtigten. Solche Vereinbarungen werden schon jetzt anlässlich der Finanzierung und Belastung von Erbbaurechten häufig zwischen Eigentümer und Gläubiger getroffen. Beispiele sind insbesondere Einmal-Valutierungserklärungen⁴³ und Stillhalteerklärungen⁴⁴. Wichtig ist allerdings eine *dreiseitige Vereinbarung* unter Einbeziehung aller Beteiligten. Inhaltlich sind folgende Punkte und Details zu regeln:

a) Beschränkung der (möglichen) persönlichen Haftung

Inhalt der Vereinbarung muss zum einen sein, dass die persönliche Haftung des Eigentümers beim Heimfall auf den Betrag beschränkt ist, den er beim Heimfall als Vergütungsanspruch schuldet. Der Gläubiger muss darauf verzichten, darüber hinausgehende Forderungen gegen den Eigentümer geltend zu machen. Und er muss sich verpflichten, gegenüber dem Eigentümer auf solche Forderungen beim Heimfall förmlich zu verzichten⁴⁵ – gegebenenfalls Zug um Zug gegen Zahlung der Heimfallvergütung⁴⁶.

Bei der Vereinbarung ist das oben⁴⁷ skizzierte Risiko der verdeckten Erhöhung des Grundschuldbetrags durch Nebenleistung und Zinsen zu berücksichtigen. Eine Valutierung über den Kapitalbetrag des Grundpfandrechts hinaus sollte ausgeschlossen sein.

Nachdem im dreiseitigen Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer, Gläubiger und Erbbauberechtigten zunächst

eine Erfüllungsübernahme zu Gunsten des Erbbauberechtigten angeordnet ist, hat auch der Erbbauberechtigte die notwendigen Erklärungen abzugeben und Verpflichtungen einzugehen, damit das Ziel erreicht wird. Die Verpflichtung des Gläubigers zum Verzicht gegen den Eigentümer allein⁴⁸ genügt nicht. Denn dann würde immer noch der Anspruch des Erbbauberechtigten aus der Erfüllungsübernahme gegenüber dem Eigentümer bestehen. Alternativ besteht die Gefahr, dass der Gläubiger durch seinen Verzicht auch den Anspruch gegen den Erbbauberechtigten verliert. Das darf nicht sein.

Die Erfüllungsübernahme und die Schuldübernahme müssen insoweit ausgeschlossen sein als sie den Vergütungsanspruch nach § 32 ErbbauRG betragsmäßig übersteigen. Zwischen Eigentümer und Erbbauberechtigtem muss vereinbart werden, dass eine überschießende Forderung eine solche des Erbbauberechtigten als Alleinschuldner bleibt und er den Eigentümer aus der dinglichen und/oder persönlichen Inanspruchnahme freizustellen hat. Der Eigentümer darf diese Last nicht tragen müssen und der Gläubiger darf seinen Anspruch gegen den Darlehensnehmer/Erbbauberechtigten nicht verlieren.

Dem Eigentümer wird herkömmlich ein Bereicherungsanspruch für den Fall gewährt, dass die übernommenen Schulden höher sind als die Entschädigung⁴⁹. Sachgerechter ist es, einen solchen Erstattungsanspruch vertraglich zu vereinbaren. Damit vermeidet man auch die mögliche Einrede der Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB.

b) Beschränkung der überschießenden dinglichen Haftung

Besteht eine zum Darlehensanspruch abstrakte Sicherungsgrundschuld zur Sicherung einer Forderung, die unter § 33 Abs. 2 ErbbauRG fällt, so erlischt sie nicht beim Heimfall. Nachdem der Sicherungszweck der Grundschuld auch die überschießende Teilforderung abdeckt, sichert die bestehen bleibende Grundschuld auch diesen Differenzbetrag.

Dass der Eigentümer mit der bestehen bleibenden Grundschuld auch dinglich für den nun gegen ihn gerichteten Zahlungsanspruch haftet, ist sachgerecht. Es liegt eine dingliche *Sicherheit* für eine (jetzt) *eigene* Schuld vor.

43 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Auflage 2020, Rn 1806.

44 Winkler/Schlögel Hdb. ErbbauR, 7. Aufl. 2021, § 6 Rn 258 f; MüKoBGB/Heinemann, 8. Aufl. 2020, ErbbauRG § 9 Rn. 22; Freckmann/Frings/Grziwotz/Freckmann, Das Erbbaurecht in der Finanzierungspraxis, 3. Aufl. 2018, Rn. 239 f; Ingenstau/Hustedt/Hustedt ErbbauRG, 11. Aufl. 2008, § 9 Rn 137.

45 Winkler/Schlögel Hdb. ErbbauR, 7. Aufl. 2021, § 5 Rn 149c.

46 Winkler/Schlögel Hdb. ErbbauR, 7. Aufl. 2021, § 5 Rn 149c.

47 Oben III 4. b) bb) am Ende.

48 Winkler/Schlögel Hdb. ErbbauR, 7. Aufl. 2021, § 5 Rn. 149c.

49 Winkler/Schlögel Hdb. ErbbauR, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn. 122; Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer ErbbauRG, 11. Aufl. 2008, § 33 Rn. 21; BGH NJW 1992, 1681, 1682. Differenzierend: Knothe, Das Erbbaurecht, S. 288 f.

Für den überschießenden Betrag hingegen liegt eine *Drittsicherung* vor. Dem Eigentümer nutzt die – gegebenenfalls mühsam erreichte – persönliche Schuldbefreiung (genauer: Vermeidung oder Reduzierung der Schuldübernahme) nichts, wenn er weiter dinglich mit dem Erbbaurecht haftet. Das ist dadurch zu vermeiden, indem der überschießende Grundschuldbetrag (Kapital, aber insbesondere auch Zinsen, Nebenleistungen) vom Gläubiger freigegeben wird. Dann muss er eine grundbuchtaugliche Teillöschungsbewilligung für den relevanten Betrag der Übersicherung erteilen. Auch dies erscheint als notwendiger Teil der Vereinbarung.

Die Zustimmung des Eigentümers kann auch davon abhängig gemacht werden, dass eine Löschungsvormerkung bei der Grundschuld eingetragen wird und eine Vormerkung für den Grundstückseigentümer, die den an ihn abgetretenen Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld durch Abtretung oder Löschung sichert⁵⁰.

c) Anpassung des Sicherungsvertrags (gesicherte Forderung sowie Rückgewähransprüche)

Der Sicherungsvertrag wird zwischen Erbbauberechtigtem und Gläubiger geschlossen. Er sieht vor, dass und welche Forderungen abgesichert sind und unter welchen Voraussetzungen die Grundschuld (teilweise) freigegeben oder gelöscht wird. Der Rückforderungsanspruch aus Vertrag, der dem Sicherungsgeber zusteht, entsteht mit vollständiger Tilgung der gesicherten Forderung. Anteilig entsteht er nach den Grundsätzen der Regeln über die nachträgliche Übersicherung mit teilweiser Rückführung der gesicherten Darlehen. Als vertraglicher Anspruch steht der sogenannte Rückgewähranspruch dem Erbbauberechtigten als Sicherungsgeber zu. Für den Eigentümer stellt dies eine potentielle weitere Gefahr dar. Wird nicht der Gleichlauf von Inhaberschaft am Rückgewähranspruch und Eigentum am Erbbaurecht hergestellt, kann Folgendes passieren: Nach Tilgung der im Wege des § 33 ErbbauRG übernommenen Forderungen durch den Eigentümer ist der ehemalige Erbbauberechtigte berechtigt, sich vom Gläubiger die Sicherungsgrundschuld abtreten zu lassen. Er hielte dann eine Fremdgrundschuld am Erbbaurecht. Das kann nicht richtig sein. Der Sicherungsvertrag ist daher in der Weise anzupassen, dass beim Heimfall Rückübertragungsansprüche an den Eigentümer abgetreten werden, jedenfalls soweit er die gesicherte Verbindlichkeit erfüllt hat.

Weiterer Bedarf der Anpassung des Sicherungsvertrags liegt in der Festlegung, welche Forderungen im Deckungsbereich der Grundschuld liegen, anders formuliert: Für welche Forderungen dient die Grundschuld dinglich als Sicherheit? Der Eigentümer muss nicht dulden, dass auch weitere Forderungen unabhängig von der Schuldübernahme mit „seinem“ Grundpfandrecht gesichert werden. Der Gläubiger muss also aus dem Sicherungszweck der Grundschuld alle übrigen gegebenenfalls gesicherten Forderungen herauslösen.

Anders als die dem Gesetzgeber vorschwebende Hypothek, die nur eine einzige Forderung sichert, kann die Grundschuld eine Reihe von Verbindlichkeiten absichern. Ihre Flexibilität ist ihr Vorteil. In der Konstellation hier ist das Risiko für den Eigentümer aber erhöht.

Die Zustimmung zu einer Belastung mit einer Grundschuld kann davon abhängig gemacht werden, dass zur Neuvaluierung des Grundpfandrechts eine Zustimmung des Eigentümers notwendig ist. Die Vereinbarung eines Heimfallanspruchs für den Fall des Verstoßes hiergegen hilft nur gegenüber dem Erbbauberechtigten. Die Schuldübernahme nach § 33 Abs. 2 ErbbauRG droht dem Eigentümer dennoch⁵¹. Bei einer dreiseitigen Vereinbarung auch zwischen Gläubiger und Eigentümer kann eine Neuvaluierung ohne Zustimmung dem Eigentümer nicht schaden. Er kann gegen die dingliche und/oder persönliche Inanspruchnahme die Einrede aus dem Vertrag erheben.

Auch hierfür ist eine dreiseitige Vereinbarung erforderlich, die zwischen Gläubiger, Eigentümer und Erbbauberechtigtem zu schließen ist.

d) Pflicht zur Weitergabe bei Veränderungen in der Person der Beteiligten, insbesondere bei Abtretung der Grundschuld

Die modifizierenden vertraglichen Vereinbarungen binden nur die an ihnen beteiligten Vertragspartner. Das sind der Grundstückseigentümer, der Gläubiger der Forderung und Grundschuld und der Erbbauberechtigte. Für jeden Fall einer Veränderung in der Person des Gläubigers und in der Person des Schuldners ist sicherzustellen, dass alle wechselseitigen Rechte und Pflichten auf den jeweiligen Rechtsnachfolger übergehen.

Es ist weiterhin sicherzustellen, dass bei Änderungen in der Person des Grundschuldgläubigers die Verpflichtun-

⁵⁰ Winkler/Schlögel Hdb. ErbbauR 7. Aufl. 2021, § 5 Rn. 149b.

⁵¹ Winkler/Schlögel Hdb. ErbbauR, 7. Aufl. 2021, § 5 Rn. 149 b.

gen auch vom neuen Gläubiger eingehalten werden. Dies ist erforderlich, weil eine Beschränkung der Haftung nur zwischen den Vertragspartnern gilt und nicht mit dinglicher Wirkung vereinbart werden kann. In gleicher Weise sind bei Veräußerung des Grundstücks dem Erwerber und dem neuen Eigentümer des Grundstücks gegenüber dieselben Rechte zu erhalten und Pflichten zu übernehmen, die der ursprüngliche Eigentümer hatte.

e) Vorgabe der Darlehensart (insbesondere Annuitätendarlehen)?

Eine weitere Überlegung ist, eine feste Vorgabe zu vereinbaren, sodass nur bestimmte Darlehen als gesicherte Verbindlichkeiten vorgesehen werden können. Das gilt für Darlehensformen, bei denen die Tilgung bestmöglich sichergestellt ist, wie z.B. Annuitätendarlehen oder Tilgungsdarlehen. Bei diesen sinkt die Hauptforderung kontinuierlich, und damit auch das Risiko der persönlichen Haftung beim Heimfall.

Eine solche Vorgabe sieht das Erbbaurechtsgesetz (nur) für eine Mündelhypothek nach §§ 18 ff. ErbbauRG vor. Danach ist eine Hypothek an einem Erbbaurecht für die Anlegung von Mündelgeld als sicher anzusehen, wenn sie Tilgungshypothek ist und bestimmte Beleihungsgrenzen berücksichtigt werden. Die planmäßige Tilgung muss unter Zuwachs der ersparten Zinsen erfolgen, spätestens mit dem Anfang des vierten auf die Gewährung des Kapitals folgenden Kalenderjahres beginnen und spätestens zehn Jahre vor Ablauf des Erbbaurechts enden und darf nicht länger dauern als zur buchmäßigen Abschreibung des Bauwerks nach wirtschaftlichen Grundsätzen erforderlich (§ 20 ErbbauRG). Bei der Frage, welche Darlehensformen den Regeln ordnungsgemäßer Wirtschaft im Sinne des Gesetzes entsprechen, wird zum Teil vertreten, dass das Fehlen einer laufenden Tilgung der Entsprechung entgegensteht⁵². Von vornherein und allgemein andere Finanzierungsmodelle, so etwa Kombinationsfinanzierungen mit Bausparverträgen, Lebensversicherungen oder Fondsparplänen⁵³ auszuschließen, erscheint nicht richtig, solange durch vertragliche Gestaltung die Tilgung des Darlehens anderweitig sichergestellt ist.

Die Vorgabe eines bestimmten Darlehensmodells würde dem Erbbauberechtigten eine gewisse Flexibilität der Finanzierung nehmen.

Gegenüber der Vorschrift des (mittlerweile aufgehobenen) § 17 RHeimstG, die Hypothekenschulden und Grundschulden nur in Form von „unkündbaren Tilgungsschulden“ vorsah und mit dem Erlöschen der Forderung in Abweichung von § 1163 BGB auch die Hypothek oder Grundschuld erlöschen ließ, sieht das Erbbaurechtsgesetz eine solche Beschränkung der Darlehensart nicht vor. Sie sollte auch vertraglich nicht mittelbar begründet werden.

► 8. Flankierende Regelungen im (schuldrechtlichen Teil des) Erbbaurechtsvertrag(s)

Zur Planungssicherheit für den Erbbauberechtigten und mittelbar auch zur leichteren Prüfbarkeit der Entscheidung einer Kreditvergabe für dessen Gläubiger ist es angezeigt, im Rahmen des schuldrechtlichen Teils des Erbbaurechtsvertrags niederzulegen, unter welchen Voraussetzungen eine Zustimmung zur Belastung vom Eigentümer abzugeben ist. Solche Regelungen sind in Erbbaurechtsverträgen ohnehin üblich. Man kann und sollte sie differenziert halten und konkretisieren. So kann man niederlegen, dass die Zustimmung bei einer „Beleihung“ bis zur Höhe des Wertes des Vergütungsanspruchs auf jeden Fall erteilt werden muss. Eine darüber hinausgehende Belastung mit einem Grundpfandrecht kann nur verlangt werden, wenn der jeweilige Gläubiger in gesonderter Vereinbarung mit dem Eigentümer die hier ausgeführten Vereinbarungen zu treffen bereit ist.

Möglich ist auch, eine differenzierte Regelung zu treffen, nach der nur Darlehenshypotheken zulässig sind für Forderungen, die einen bestimmten Wertanteil des Erbbaurechts (z.B. zwei Drittel) übersteigen, Grundschulden bis zu diesem bestimmten Wertanteil aber genehmigungsfähig sind.

Im Rahmen des schuldrechtlichen Teils des Erbbaurechtsvertrags ist also sozusagen eine Zustimmungskaskade für die Belastung mit Grundpfandrechten aufzunehmen. Der Eigentümer ist verpflichtet, eine Zustimmung zu erteilen für Grundpfandrechte bis zur Höhe eines Betrages der dem Vergütungsanspruch entspricht. Für Grundpfandrechte, die einen höheren Betrag als den zu zahlenden Vergütungsanspruch ausmachen und absichern, muss der Eigentümer der Grundpfandrechtsbestellung nur zustimmen, wenn durch eine dreiseitige Vereinbarung sichergestellt ist, dass weder eine höhere persönliche Haftung für ihn eintritt noch mit der bestehen bleibenden Pfandsicherung höhere Forderungen gegen den Erbbauberechtigten oder einen Dritten abgesichert werden.

⁵² Winkler/Schlögel Hdb. ErbbauR 7. Aufl. 2021, § 4 Rn 236; anders Freckmann/Frings/Grziwotz/Freckmann, Das Erbbaurecht in der Finanzierungspraxis, 3. Aufl. 2018, Rn. 308; OLG Hamm NJW-RR 1991, 20, 22 f.

⁵³ Vgl. Freckmann/Frings/Grziwotz/Freckmann, Das Erbbaurecht in der Finanzierungspraxis, 3. Aufl. 2018, Rn. 312 f.

Wenn diese Voraussetzungen und Regeln eingehalten werden, spricht rechtlich nichts dagegen, die Zustimmung zur Belastung eines Erbbaurechts mit einem höheren Grundpfandrecht als dem herkömmlicherweise gestatteten Betrag von zwei Dritteln des Wertes des Erbbaurechts zu erteilen.

Mit dieser Regelung ist allen gedient. Der Erbbauberechtigte kann eine höhere Fremdkapitalquote mit einer dinglichen Absicherung versehen, erhält also potentiell bessere Darlehensbedingungen. Der Darlehensgeber erhält für einen höheren Betrag seines Darlehens eine Grundpfandsicherheit als derzeit üblich. Ihm muss nur klar sein, dass bei Heimfall eine persönliche Verbindlichkeit des Eigentümers nur in niedrigerer Höhe eintritt. Und ihm muss klar sein, dass ein überschießendes Grundpfandrecht von ihm nicht mehr als Sicherheit verwendet werden kann. Er steht aber im Ergebnis immer noch *erheblich besser* als nach der gegenwärtigen Praxis. Der Eigentümer schließlich muss nicht fürchten, bei Ausübung des Heimfalls persönlich oder dinglich (mit dem erworbenen Erbbaurecht) für Beträge zu haften, die den Vergütungsanspruch oder den Wert des Erbbaurechts übersteigen. Und er muss nicht fürchten, für diese Beträge gegebenenfalls beim vormaligen Erbbauberechtigten Rückgriff nehmen zu müssen.

V. Zusammenfassung

Entgegen der Intention des historischen Gesetzgebers, durch Fortbestand der Grundpfandrechte durch § 33 ErbbauRG die Beleihbarkeit des Erbbaurechts zu fördern⁵⁴, wirkt die Erfüllungsübernahme bzw. Schuldübernahme des Eigentümers für die Konstellation des Heimfalls als *mittelbares Beleihungshindernis*. Weil der Eigentümer fürchten muss, nach Geltendmachung und mit Erfüllung des Heimfallanspruchs wegen Vertragsverletzung des Erbbauberechtigten *persönlich* für dessen am Erbbaurecht gesicherte Verbindlichkeiten *zu haften*, hält er sich in der Regel bei der Zustimmung zu Finanzierungsgrundpfandrechten zurück. Ökonomisch ist das aus seiner Sicht sinnvoll. Für den Erbbauberechtigten und dessen Gläubiger bedeutet das aber eine Einschränkung der Beleihbarkeit.

Die widerstreitenden Interessen von Eigentümer, Gläubiger und Erbbauberechtigtem sind miteinander in Aus-

gleich zu bringen. Das Erbbaurechtsgesetz selbst gibt hierfür nur wenige Möglichkeiten. Die Variante Verzicht auf Heimfallrecht ist dem Eigentümer, die Variante vollständiger Ausschluss der Belastungszustimmung dem Erbbauberechtigten nicht zumutbar.

Das naheliegend scheinende Mittel der Risikoreduzierung durch Abbedingung der Schuldübernahmewirkung des § 33 Abs. 2 ErbbauRG ist nach geltendem Recht unsicher. Vermutlich ist die Vorschrift nicht dispositiv und von ihr kann nicht mit dinglicher Wirkung im Erbbaurechtsvertrag abgewichen werden. Damit bleibt als Mittel der Reduzierung nur die vertragliche Gestaltung unter Einbeziehung von Eigentümer, Erbbauberechtigtem und Gläubiger.

Ein gutes und aus objektiver Gläubigersicht durchaus akzeptables Mittel ist die Verwendung einer Darlehenshypothek und Begebung von Tilgungsdarlehen. Dies reduziert mit einfachen Mitteln die potentielle Haftungsexposition des Eigentümers, ohne dem Gläubiger eine effektive dingliche Sicherheit vorzuenthalten. Ob und bis wann die eingefahrene Praxis der institutionellen Darlehensgeber mit ihrer Vorliebe für die abstrakte Sicherungsgrundschuld sich anpasst, ist unklar. Die Praxis kann darauf nicht vertrauen. Die Vorgabe einer bestimmten Darlehensform (mit „Tilgungszwang“) ist denkbar, reduziert aber die Flexibilität der Finanzierung für den Erbbauberechtigten

Bei Verwendung der am weitesten verbreiteten Sicherungsgrundschuld hat die Reduzierung des Risikos durch eine dreiseitige Vereinbarung zu erfolgen. Sie muss die mögliche persönliche Haftung des Eigentümers vertraglich reduzieren und beschränken, sowie sicherstellen, dass die überschießende dingliche Haftung in einem Rahmen bleibt, der dem Eigentümer zumutbar ist. Darüber hinaus ist der Sicherungsvertrag im Hinblick auf gesicherte Forderungen und Rückgewähransprüche anzupassen. Der verdeckten Gefahr der Risikoerhöhung durch Nebenleistung und Grundschuldzins ist ebenso durch Freigabeansprüche zu begegnen. Mit der Beschränkung der persönlichen Haftung ist eine antizipierte Vereinbarung eines eingeschränkten Sicherungsvertrags beim Heimfall zu kombinieren, der den Sicherungszweck des Grundpfandrechts auf die dann beschränkte Forderung reduziert.

Durch Vereinbarung ist die Übernahme der Hauptforderung nach § 33 Abs. 2 ErbbauRG zu beschränken und die Freigabe des Eigentümers aus dinglicher und persönlicher Haftung zu gewährleisten. Zu Gunsten des

⁵⁴ Nochmals: ob Erhöhung der Beleihbarkeit wirklich als Zweck des § 33 ErbbauRG angenommen werden kann, ist zweifelhaft.

Gläubigers muss zugleich gesichert werden, dass sein ursprünglicher Darlehensnehmer (der ehemalige Erbbauberechtigte) ihm gegenüber insoweit weiter forthaftet.

Um für jeden Erbbauberechtigten und jeden potentiellen Gläubiger ohne großen Aufwand die Voraussetzungen ersichtlich zu machen, unter denen eine Belastungszustimmung erteilt werden wird, sind die inhaltlichen Anforderungen an die dreiseitigen Vereinbarungen neben der Beleihungshöhe im schuldrechtlichen Teil des Erbbauvertrages niederzulegen.

Der Regelungsaufwand ist nicht ganz einfach und nicht trivial. Er ist aber doch überschaubar und auf jeden Fall handhabbar. Die Kautelarpraxis kann die Defizite der ge-

setzlichen Regelung im Hinblick auf Herstellung der Beleihbarkeit ausgleichen.

Richtig umgesetzt stehen alle Beteiligten besser: Der Gläubiger erhält eine höhere dingliche Sicherung als nach gegenwärtiger Übung der „Zwei-Drittel-Beleihung“. Der Erbbauberechtigte kann mit einem höheren Betrag dinglich gesicherter Darlehen und deren geringerer Zinslast kalkulieren. Der Eigentümer des Erbbaugrundstücks schließlich muss weniger Angst (oder Respekt) vor persönlicher Haftung beim Heimfall haben. Nebenbei wird der Kreis der potentiellen Erbbauberechtigten erhöht. Nicht mehr nur Personen mit vergleichsweise hohem Eigenkapital kommen als Erwerber eines Erbbaurechts in Betracht, weil mehr Fremdkapital einsetzbar ist.

Eintragungshindernisse vermeiden hier: Bestellung eines Erbbaurechts

Von Bezirksnotar Bernd Schneider, Korntal-Münchingen, unter Mitwirkung von Diplom-Rechtspflegerin (FH) Marlies Grau, Leonberg

1. Vorbemerkung

Die aus der Grundbuchpraxis entstandene nachfolgende **Checkliste** zeigt, wie sich bei Erbbaurechtsbestellung typische Eintragungshindernisse vermeiden lassen.

Zur Übersichtlichkeit wird auf Begründungen verzichtet und hierzu auf die in den Fußnoten angegebenen Literaturstellen und Entscheidungen verwiesen.

2. Der Erbbaurechtsvertrag

Gliederung	klare Trennung zwischen dinglichem Inhalt und schuldrechtlichen Vereinbarungen, am besten durch getrennte Abschnitte¹	
dinglicher gesetzlicher Inhalt des Erbbaurechts, § 1 ErbbauRG	- bei einer Beschränkung der Ausübung des Erbbaurechts auf eine reale Grundstücksteilfläche muss sich dies eindeutig aus dem Vertrag ergeben (z.B. aus einem iSd des BeurkG beigefügten Plan) - bei einer Erstreckung des Erbbaurechts auf den für das Bauwerk nicht erforderlichen Teil des Grundstücks sollte sich dies zweifelsfrei aus dem Vertrag ergeben²; können sich begründete Zweifel ergeben, ob das Bauwerk wirtschaftlich die Hauptsache ist, sind diese in der Form des § 29 GBO auszuräumen³ - bei Bestellung des Erbbaurechts auf Zeit: Laufzeit des Erbbaurechts eindeutig festlegen (Endtermin oder Dauer) - bei einer Regelung zur Verlängerung des Erbbaurechts automatische Verlängerung um eine bestimmte Dauer, falls Erbbaurecht nicht mit einer bestimmten Frist vor seinem Ablauf durch eine Vertragsseite gekündigt wird, vorsehen (nur diese kann Inhalt des Erbbaurechts sein⁴, ein Anspruch auf Verlängerung kann dagegen nur schuldrechtlich vereinbart werden)	
dinglicher vertragsmäßiger Inhalt des Erbbaurechts	Erbbauzinsreallast und Vorkaufsrechte nicht als Inhalt des Erbbaurechts vereinbaren	
	lediglich Vereinbarungen im Rahmen der §§ 2, 5, 27 Absatz 1 Satz 2, 32 Absatz 1 Satz 2 ErbbauRG treffen	
	nicht als dinglichen Inhalt des Erbbaurechts vereinbaren (nur mit schuldrechtlicher Wirkung möglich):	
	bzgl. Errichtung, Instandhaltung, Verwendung des Bauwerks, § 2 Nr. 1 ErbbauRG	- Zustimmungspflicht des Eigentümers zur Vermietung/Verpachtung des Bauwerks⁵ - Abbruchverpflichtung des Erbbauberechtigten⁶ - Instandhaltungspflicht des Erbbauberechtigten bezüglich des Grundstücks⁷
	bzgl. Versicherung des Bauwerks und seinen Wiederaufbau, § 2 Nr. 2 ErbbauRG	andere Versicherungen als Sachversicherungen des Bauwerks (insbesondere Haftpflichtversicherungen⁸)

¹ Schöner/Stöber 16. Auflage, Rn. 1716

² Schöner/Stöber Rn. 1693

³ Staudinger, Neubearbeitung 2017, § 1 ErbbauRG Rn. 18

⁴ Schöner/Stöber Rn. 1680, OLG München, Beschluss vom 30.08.2018, 34 Wx 67/18

⁵ Schöner/Stöber Rn. 1750, Winkler/Schlögel (vormals von Oefele/Winkler) 7. Auflage § 4 Rn. 58

⁶ Schöner/Stöber Rn. 1750, Winkler/Schlögel § 4 Rn. 60

⁷ Staudinger § 2 ErbbauRG Rn. 13

⁸ Schöner/Stöber Rn. 1751 iVm Fußnote 3666 und 3674, Winkler/Schlögel § 4 Rn. 67

dinglicher vertragsmäßiger Inhalt des Erbbaurechts	bzgl. Tragung der öffentlichen und privatrechtlichen Lasten, § 2 Nr. 3 ErbbauRG	● Übernahme der Verkehrssicherungspflicht des Eigentümers durch den Erbbauberechtigten⁹ ● Übernahme der Verkehrssicherungspflicht des Erbbauberechtigten durch den Eigentümer¹⁰
	bzgl. Heimfall, § 2 Nr. 4 ErbbauRG	● Heimfallgrund Verstoß gegen Zustimmungserfordernis nach § 5 ErbbauRG, siehe § 6 II ErbbauRG ● Heimfallgrund Rückstand mit dem Erbbauzins in Höhe von weniger als zwei Jahresbeträgen, siehe § 9 IV ErbbauRG ● Heimfallgrund der keinerlei rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Erbbaurecht hat¹¹ ● unwiderrufliche Vollmacht zur Ausübung des Heimfallanspruchs¹² ● Pflicht zur Ausübung des Heimfallanspruchs¹³ ● Vereinbarung, dass der Eigentümer das Erbbaurecht nur an eine einem Dritten genehme Person übertragen lassen darf¹⁴ ● Abbruchverpflichtung des Erbbauberechtigten¹⁵
	bzgl. Vertragsstrafen, § 2 Nr. 5 ErbbauRG	● anderes als Geldzahlung¹⁶
	bzgl. Verpflichtung des Eigentümers zum Verkauf des Grundstücks an den jeweiligen Erbbauberechtigten, § 2 Nr. 7 ErbbauRG	● Ankaufsrecht für die Zeit nach Beendigung des Erbbaurechts¹⁷ ● Pflicht des Erbbauberechtigten, das Grundstück zu erwerben¹⁸
	bzgl. Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veräußerung, § 5 Abs. 1 ErbbauRG	● Erfordernis einer Zustimmung zur Aufteilung in Wohnungs-/Teilerbbaurechte¹⁹ ● Erfordernis einer Zustimmung des Eigentümers zur Veräußerung eines Untererbbaurechts (nur möglich für den Obererbbauberechtigten²⁰) ● Erfordernis einer Zustimmung des Eigentümers zur Vermietung/Verpachtung des Bauwerks²¹ ● Erfordernis einer vorherigen schriftlichen Zustimmung²²

9 Schöner/Stöber Rn. 1752, Winkler/Schlögel § 4 Rn. 67, Staudinger, § 2 ErbbauRG Rn. 17

10 Schöner/Stöber Rn. 1752

11 Schöner/Stöber Rn. 1761, Winkler/Schlögel § 4 Rn. 83, Staudinger § 2 ErbbauRG Rn. 21

12 Schöner/Stöber Rn. 1757

13 Schöner/Stöber Rn. 1758

14 Schöner/Stöber Rn. 1760

15 Winkler/Schlögel, § 4 Rn. 90, 114

16 Schöner/Stöber Rn. 1764

17 Schöner/Stöber Rn. 1767

18 Schöner/Stöber Rn. 1772

19 Schöner/Stöber Rn. 1775, Winkler/Schlögel § 4 Rn. 186

20 Schöner/Stöber Rn. 1777b, Winkler/Schlögel § 3 Rn. 30

21 Schöner/Stöber Rn. 1750

22 Schöner/Stöber Rn. 1776

dinglicher vertragsmäßiger Inhalt des Erbbaurechts	bzgl. Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Belastung, § 5 Abs. 2 ErbbauRG	● Erfordernis einer Zustimmung zur Belastung mit Nießbrauch, Grunddienstbarkeit, beschränkte persönliche Dienstbarkeit, Vormerkung²³, Vorkaufsrecht ● Erfordernis einer Zustimmung zur Bestellung eines Untererbbaurechts²⁴ ● Erfordernis einer Zustimmung des Eigentümers zur Belastung eines Untererbbaurechts²⁵ (nur möglich für den Obererbbauberechtigten²⁶) ● Vorabversagung der Zustimmung für bestimmte Fälle bzw. Regelung, dass eine Belastung nur bis zu einer bestimmten Höhe, nur bei einem bestimmten Gläubiger, nur für einen bestimmten Zweck möglich ist²⁷ [möglich: Ausnahmen von der grundsätzlichen Zustimmungsbedürftigkeit für bestimmte Belastungen²⁸, z.B. Grundschulden bis zu einem bestimmten Gesamtnennbetrag mit Zinsen inkl. Zinsbeginn und Nebenleistungen zustimmungsfrei vereinbaren]
	bzgl. Entschädigung bei Zeitablauf, 27 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG	● Ausschluss der Entschädigung oder Entschädigung unter 2/3 des gemeinen Werts, wenn Erbbaurecht zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses minderbemittelter Bevölkerungskreise bestellt ist (§ 27 II ErbbauRG) ● Abbruchverpflichtung des Erbbauberechtigten bei Zeitablauf²⁹
	bzgl. Vergütung bei Heimfall, § 32 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG	● Ausschluss der Vergütung oder Vergütung unter 2/3 des gemeinen Werts, wenn Erbbaurecht zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses minderbemittelter Bevölkerungskreise bestellt ist (§ 32 II ErbbauRG) ● Ausschluss der Schuldübernahme, sofern oder soweit die vom Eigentümer übernommenen Forderungen die Vergütung übersteigen³⁰
Erbbauzinsreallast, § 9 ErbbauRG	● als subjektiv-dingliches Recht, also für den jeweiligen Grundstückseigentümer vereinbaren³¹ ● Fälligkeit zum dinglichen Inhalt der Erbbauzinsreallast machen ● Verzugs- oder Strafzinsen nicht als dinglichen Inhalt der Erbbauzinsreallast vereinbaren³² ● bei Wertsicherung: Anpassungsvoraussetzungen, Anpassungszeitpunkt angeben ● bedarf nicht der ersten Rangstelle	
Grundbucheintragungen	● Einigung zwischen Eigentümer und Erbbauberechtigtem über den gesamten dinglichen Inhalt des Erbbaurechts, § 20 GBO (gleichzeitige Anwesenheit nicht erforderlich, § 11 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG) ● Bewilligung des Eigentümers hierzu und Bewilligung des Eigentümers und/oder Erbbauberechtigten bzgl. weiterer Rechte ● Antrag des Eigentümers und/oder des Erbbauberechtigten über Eintragung des Erbbaurechts und bzgl. weiterer Rechte ● Rangbestimmung zu allen einzutragenden Rechten	

23 Winkler/Schlögel § 4 Rn. 225

24 Schöner/Stöber Rn. 1702, Winkler/Schlögel § 4 Rn. 186 und 225

25 Schöner/Stöber Rn. 1777b

26 Winkler/Schlögel § 3 Rn. 30

27 Schöner/Stöber Rn. 1779, Winkler/Schlögel § 4 Rn. 231

28 Schöner/Stöber Rn. 1779, Winkler/Schlögel § 4 Rn. 231

29 Schöner/Stöber Rn. 1750, Winkler/Schlögel § 4 Rn. 60

30 Winkler/Schlögel § 4 Rn. 122, Staudinger § 33 ErbbauRG Rn. 10

31 Schöner/Stöber Rn. 1798

32 Schöner/Stöber Rn. 1764

3. Weitere Unterlagen und Angaben

Rangrücktrittserklärungen einreichen	● von allen im Grundbuch eingetragenen Belastungen ● u.U. stehen diese unter dem Vorbehalt ranggleicher Eintragung im Erbbaugrundbuch, dann rangrichtige Bestellung zulasten des Erbbaurechts bewilligen und beantragen
Genehmigungen einreichen	● Erbbauberechtigter ist eine Gemeinde und zur Zahlung eines Erbbauzinses (nicht nur Einmalzahlung) verpflichtet: Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde nach §§ 87 Abs. 5, 119 GemO BW³³, gilt entsprechend, wenn Erbbauberechtigter ein Landkreis, ein Zweckverband oder eine kommunale Stiftung ist, §§ 48, 51 LKrO BW, §§ 18, 28 GKZ BW, § 31 StiftG BW; (gilt nicht, wenn Land oder Bund Erbbauberechtigter ist, Haushaltsvorschriften, § 64 BHO, § 64 LHO BW, haben keine Außenwirkung³⁴) ● Eigentümer/Erbbauberechtigter ist eine Kirchengemeinde³⁵: Genehmigung³⁶ der jeweiligen kirchlichen Aufsichtsbehörde³⁷ ● Eigentümer ist minderjährig/ein Betreuer: Genehmigung des Familiengerichts/Betreuungsgerichts nach §§ 1643, 1908i iVm § 1821 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4 BGB ● Erbbauberechtigter ist minderjährig/ein Betreuer: Genehmigung des Familiengerichts/Betreuungsgerichts nach §§ 1643, 1908i iVm § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB³⁸ ● bei Umlegungsvermerk: Genehmigung der Umlegungsstelle nach § 51 Abs. 1 Nr. 1 BauGB ● bei Sanierungsvermerk: Genehmigung der Gemeinde nach § 144 Abs. 2 Nr. 1 BauGB ● bei städtebaulichem Entwicklungsvermerk: Genehmigung der Gemeinde nach § 169 Abs. 1 Nr. 3 BauGB iVm § 144 BauGB ● bei land- oder forstwirtschaftlichem Grundstück in Baden-Württemberg: Genehmigung der Landwirtschaftsbehörde nach §§ 3 Abs. 2 Nr. 3, 26 ASVG BW
Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts einreichen	● auch dann, wenn keine Gegenleistung (z.B. Erbbauzins) vereinbart ist³⁹ ● nicht erforderlich beim Eigentümererbbaurecht
Kostenwerte mitteilen für	● das Erbbaurecht = Wert des Erbbauzinses, § 43 Satz 1 GNotKG iVm § 52 GNotKG; ist der (Vergleichs-) Wert nach § 49 Abs. 2 GNotKG (= 80 % der Summe des Werts des Grundstücks und darauf errichteter Bauwerke) höher, ist dieser maßgebend, § 43 Satz 2 GNotKG; bei der Berechnung des (Vergleichs)Werts nach § 49 Abs. 2 GNotKG gilt: a) ist die Ausübung auf eine Teilfläche beschränkt, sind hiervon 80 % zugrunde zu legen, § 49 Abs. 2, 2. HS. GNotKG b) erst noch zu errichtende Bauwerke, selbst bei einer konkreten Bauverpflichtung, bleiben unberücksichtigt⁴⁰

33 Schöner/Stöber Rn. 1720

34 Schöner/Stöber Rn. 4083, 4084

35 oder katholische Kirchenpflege/Kirchenpründe; kein Genehmigungserfordernis, wenn Eigentümer/Erbbauberechtigter die Pfarreistiftung der evangelischen Landeskirche in Württemberg ist

36 Schöner/Stöber Rn. 4085, 4086

37 lässt sich der jeweiligen Kirchengemeindeordnung entnehmen; z.B.

- bei einer evangelischen Kirchengemeinde in Württemberg Genehmigung des Oberkirchenrats gem. § 50 Abs. 1 Nr. 5 und Nr. 6 KGO der evangelischen Landeskirche in Württemberg,

- bei einer katholischen Kirchengemeinde/Kirchenpflege/Kirchenpründe in Württemberg Genehmigung des Diözesanverwaltungsrats gem. § 88 Abs. 2 Ziffer 1. lit. c) KGO der Diözese Rottenburg-Stuttgart; im Bereich der katholischen Kirche ist bei Überschreiten der „Romgrenze“ zusätzlich die Genehmigung des Heiligen Stuhls erforderlich, Can. 1291, 1292, und 1295, Schöner/Stöber Rn. 4085

38 Schöner/Stöber Rn. 3702, Winkler/Schlögel § 5 Rn. 48

39 die Grunderwerbsteuer ist dann nach § 8 Abs. 2 GrEStG zu berechnen, siehe Gleich lautende Er-lasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 16.09.2015, Ziffer 3.2

40 Korintenberg/Tiedtke, 21. Auflage § 49 Rn. 16: kein Fall des § 50 Nr. 3 lit. a) oder b)

Kostenwerte mitteilen für	● das Vorkaufsrecht am Erbbaurecht = die Hälfte des og. Werts nach § 49 Abs. 2 GNotKG⁴¹, erst noch zu errichtende Bauwerke sind dabei jedoch mit den prognostizierten Baukosten zu berücksichtigen⁴² ● das Vorkaufsrecht am Grundstück = die Hälfte des Grundstückswerts (ohne Bauwerke)⁴³ ● sofern Rechte in Abt. II im Rang hinter das Erbbaurecht zurücktreten: deren Wert ● Hinweis: bei Bestellung einer Grundschuld zulasten des Erbbaurechts und – Eintragung einer Löschungsvormerkung gem. § 1179 Nr. 2 BGB für den Eigentümer des Erbbaugrundstücks (Anspruch auf Übertragung des Erbbaurechts aus Heimfallregelung): Kostenwert = voller Nennbetrag der Grundschuld, § 45 Abs. 3, 1. HS GNotKG⁴⁴, hieraus 0,5 Gebühr gem. KV 14130 (die Gebührenfreiheit von KV 14130 Abs. 1 S. 2 GNotKG greift mangels Eintragung eines Rechts für den Begünstigten nicht⁴⁵) – Eintragung einer Rückgewährsvormerkung gem. § 883 BGB für den Eigentümer des Erbbaugrundstücks: Kostenwert = voller Nennbetrag der Grundschuld, § 45 Abs. 3, 1. HS GNotKG⁴⁶, hieraus 0,5 Gebühr gem. KV 14150
bei Gebührenbefreiung des Antragstellers gem. § 7 Abs. 2 LJKG	● Bescheinigung des Finanzamts einreichen ● schlüssige Darlegung, dass die Angelegenheit nicht einen steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb betrifft

⁴¹ Der nach § 43 S. 1 GNotKG ermittelte Wert ist für die Wertberechnung des Vorkaufsrechts nicht maßgebend, BeckOK Kostenrecht 34. Edition, § 43 Rn. 12

⁴² Korintenberg § 43 Rn. 20, Winkler/Schlögel § 9 Rn. 4; aA OLG München Beschluss vom 31.10.2018, 34 Wx 448/17, dasselbe Beschluss vom 02.12.2020 34 Wx 447/20: diese Kosten können nur berücksichtigt werden, wenn eine konkrete Bauverpflichtung besteht und zudem der Wert der Bebauung den Wert des Grundstücks übersteigt

⁴³ Diehn, Notarkostenberechnungen, 7. Auflage Rn. 643a, ebenso Sikora/Strauß DNotZ 2019, 596, 602 allerdings unter Berücksichtigung der Höhe des Erbbauszinses und der Laufzeit des Erbbaurechts; aA OLG München vom 31.10.2018 aaO: die Hälfte von 20 % der Summe des Grundstückswerts (ohne Bauwerke) und (bei einer konkreten Bauverpflichtung des Erbbauberechtigten) der prognostizierten Baukosten für Außenanlagen und den Kosten der Grundstückerschließung; Korintenberg § 49 Rn. 20 bezieht sich lediglich auf die Beurkundungsgebühren, nicht auf die Grundbuchgebühren

⁴⁴ Korintenberg § 45 Rn. 16, OLG München vom 31.10.2018 aaO

⁴⁵ Korintenberg KV 14130 Rn. 45a

⁴⁶ Korintenberg § 45 Rn. 26 iVm Rn. 16 sowie KV 14150 Rn. 6 und 7, OLG München vom 31.10.2018 aaO

RECHTSPRECHUNG

BERUFS- UND KOSTENRECHT

Beurkundet ein Notar einen Vertrag, bei dem eine beruflich mit ihm verbundene Person als Vertreter einer Vertragspartei auftritt, verstößt er gegen das ihm obliegende Mitwirkungsverbot

BeurKG § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, VwGO § 124 Abs. 2, BDG § 64 Abs. 2, BNotO § 105, § 111b Abs. 1

Amtlicher Leitsatz:

Beurkundet ein Notar einen Vertrag, bei dem sein Sozios oder eine sonst beruflich mit ihm verbundene Person als (gegebenenfalls vollmachtloser) Vertreter einer Vertragspartei auftritt, verstößt er gegen das Mitwirkungsverbot aus § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurKG. Bei dem Vertretergeschäft handelt es sich nicht nur um eine Angelegenheit des Vertretenen, sondern auch des Vertreters. Ob es bei dem beurkundeten Geschäft zu (Haftungs-)Risiken für den Sozios oder einen sonstigen Beteiligten kommt, ist dabei nicht von Bedeutung. Vielmehr ist – schon zur Vermeidung eines „bösen Scheins“ und aus Gründen der Rechtssicherheit – eine formale Betrachtungsweise geboten. (Rn. 21 – 23)

Redaktionelle Leitsätze:

1. Zweck der Regelung in § 3 BeurKG ist es, bereits dem Anschein der Gefährdung von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars entgegenzuwirken. Die Verbote untersagen die Mitwirkung des Notars in Fällen, in denen er aufgrund seiner Nähe zu den Urkundsbeteiligten in Interessenkonflikte kommen und damit nach außen zumindest der „böse Schein“ entstehen könnte, er sei nicht so unabhängig, wie man dies zu Recht von einem Amtsträger erwartet. Der Katalog der Mitwirkungsverbote erstreckt sich gem. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BeurKG auch auf Personen, die mit dem Notar beruflich verbunden sind. (Rn. 21)

2. Maßgebend ist, ob der Sozios des Notars materiell an dem zu beurkundenden Geschäft beteiligt ist. Erforderlich ist dafür, dass seine Rechte und Pflichten, die sich aus einem bestimmten Lebenssachverhalt ergeben, durch den konkreten Beurkundungsvorgang zumindest faktisch unmittelbar berührt werden. Das ist

insbesondere auch der Fall, wenn der Sozios als Bevollmächtigter oder gar als vollmachtloser Vertreter tätig wird. (Rn. 22)

3. Nach dem Schutzzweck der Norm kann es – nicht zuletzt auch im Interesse der Rechtssicherheit in der notariellen Praxis – nicht auf eine unter Umständen schwierige und unsichere Einzelfallwürdigung der Interessenlagen der Beteiligten ankommen. Vielmehr ist danach eine formale Betrachtung maßgeblich, die die gebotene weite Auslegung der Bestimmung sichert. (Rn. 23)

BGH (Senat für Notarsachen),

Beschluss vom 19.07.2021 – NotSt(Brfg) 1/21



I. Tatbestand:

1 Der seit 1986 als Rechtsanwalt zugelassene Kläger wurde im Jahr 2000 zum Notar bestellt.

2 Im Februar 2017 beurkundete er einen Vertrag über die Veräußerung einer Eigentumswohnung (UR-Nr. 70/2017). Der Kaufpreis von 40.000 € sollte gemäß Nummer 4 des Kaufvertrags fällig sein, soweit die zur vertragsgemäßen Umschreibung erforderlichen Genehmigungen und Erklärungen – insbesondere die Zustimmung des Verwalters – vorlagen. Der Kläger stellte den Kaufpreis mit Schreiben vom 14. März 2017 zum 1. April 2017 fällig. Zu diesem Zeitpunkt lagen ihm die Zustimmung der Verwalterin (UR-Nr. 73/2017) und als Nachweis über ihre Bestellung ein im Umlaufverfahren gefasster Beschluss der an der Wohnungseigentümergeinschaft beteiligten vier Personen – darunter die Verwalterin selbst – nebst darauf bezogenem Protokoll sowie eine Beglaubigung von Unterschriften (nur) dreier Eigentümer (UR-Nr. 72/2017) vor. Nach Beglaubigung der Unterschrift des vierten Eigentümers erfolgte die Eigentumsumschreibung am 17. August 2017. 3 Anfang 2019 beurkundete der Kläger einen weiteren Vertrag über den Verkauf einer Eigentumswohnung (UR-Nr. 11/2019), bei dem der beruflich mit ihm verbundene Rechtsanwalt Dr. E. als vollmachtloser Vertreter der Verkäufer auftrat. Diese hatten zuvor mitgeteilt, sie seien mit dem Inhalt des ihnen übersandten Kaufvertragsentwurfs einverstanden, könnten zu der Beurkundungsverhandlung jedoch aus gesundheitlichen Gründen nicht erschei-

nen. In der Urkunde wurde die vollmachtlose Vertretung offengelegt. Weiter wurde folgende Erklärung aufgenommen:

„Der Erschienene zu 1 [Anmerkung: Dr. E.] erklärte, dass er sich um die jeweilige Genehmigung der von ihm heute vertretenen Partei bemühen werde, dafür aber nicht einstehen könne. Der Notar wies darauf hin, dass bis zum Eingang der jeweiligen Genehmigung der Vertrag schwebend unwirksam sei.“

4 Die Verkäufer genehmigten die in ihrem Namen abgegebenen Erklärungen.

5 Die Vorgänge wurden dem Beklagten anlässlich einer routinemäßigen Geschäftsprüfung der Amtsgeschäfte des Klägers bekannt. Er leitete daraufhin ein Disziplinarverfahren gegen den Kläger ein, mit dem er ihm vorwarf, zum einen den Kaufpreis aus dem Wohnungskaufvertrag (UR-Nr. 70/2017) verfrüht fällig gestellt und zum anderen gegen das Mitwirkungsverbot aus § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG (UR-Nr. 11/2019) verstoßen zu haben. Er verhängte mit Disziplinarverfügung vom 8. Juli 2020 eine Geldbuße in Höhe von 350 € gegen den Kläger. Auf die dagegen erhobene Klage bestätigte das Oberlandesgericht die Vorwürfe, hob die Disziplinarverfügung aber mit der Maßgabe auf, dass gegen den Kläger eine Missbilligung ausgesprochen werde. Dagegen wendet sich dieser mit seinem Antrag auf Zulassung der Berufung, mit der er seinen erstinstanzlich gestellten Klageantrag, soweit er erfolglos geblieben ist, weiterverfolgen möchte.

II. Aus den Gründen:

6 Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist zulässig, aber unbegründet. Ein Zulassungsgrund gemäß § 124 Abs. 2 VwGO in Verbindung mit § 111b Abs. 1 Satz 1 BNotO liegt nicht vor.

7 1. Es bestehen keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO iVm § 64 Abs. 2 Satz 2 BDG und § 105 BNotO).

8 Dieser Zulassungsgrund setzt voraus, dass der Antragsteller im Zulassungsverfahren einen einzelnen tragenden Rechtssatz oder eine einzelne erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt hat, was zudem die Richtigkeit des Ergebnisses erfassen muss (vgl. zB Senat, Beschlüsse vom 16. November 2020 – NotZ(Brfg) 6/20, BeckRS 2020, 41913 Rn. 5; vom 23. April 2018 – NotZ(Brfg) 6/17, NJW 2018, 2567 Rn. 11 und vom 23. November 2015 – NotSt(Brfg) 5/15, DNotZ 2016, 311 Rn. 5; jeweils mwN). Das Oberlandesgericht hat die dem Kläger vorgeworfenen Pflichtverletzungen aber zu Recht bejaht. Die vom Kläger dagegen vorgebrachten Einwände greifen nicht durch.

9 a) Zu UR-Nr. 70/2017

10 Gemäß § 4 der Urkunde hatte der Kläger die Pflicht, den Kaufpreis fällig zu stellen, sobald ihm alle zur vertragsgemäßen Umschreibung erforderlichen Genehmigungen und Erklärungen vorlagen (§ 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO). Eine solche Fälligkeitsbestätigung – auf die der Empfänger vertraut – muss inhaltlich richtig sein (vgl. BGH, Urteil vom 14. Mai 1985 – IX ZR 64/84, WM 1985, 1109, 1111). Die Mitteilung vom 14. März 2017 war jedoch falsch. Der Kaufpreis war zu dem in dem Schreiben benannten Zeitpunkt noch nicht fällig, denn die zur Eigentumsumschreibung erforderlichen Unterlagen lagen dem Kläger noch nicht vollständig vor.

11 Die Befugnis zur Veräußerung der Eigentumswohnung hing vorliegend von der Zustimmung eines Dritten – nämlich der Verwalterin – ab (vgl. § 12 Abs. 1 WEG). Um die Eigentumsumschreibung bewirken zu können, mussten die erforderlichen Erklärungen – mithin auch die Zustimmung und die Legitimation der Verwalterin – durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden (§ 29 GBO). Die wirksame Bestellung der Verwalterin war im Zeitpunkt der Fälligkeitsmitteilung jedoch nicht belegt.

12 aa) Über die Bestellung und Abberufung des Verwalters beschließen die Wohnungseigentümer (§ 26 Abs. 1 Satz 1 WEG in der damals gültigen Fassung des Gesetzes zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes und anderer Gesetze vom 26. März 2007, BGBl. I S. 370, 372 f, im Folgenden: a.F.; nunmehr § 26 Abs. 1 WEG, neugefasst durch Bekanntmachung vom 12. Januar 2021, BGBl. I S. 34, 40, im Folgenden: n.F.). Dies geschieht entweder durch einen im Rahmen der Wohnungseigentümerversammlung gefassten Beschluss, über den eine Niederschrift aufzunehmen und vom Vorsitzenden (in der Regel der Verwalter, § 24 Abs. 5 WEG), einem Wohnungseigentümer sowie gegebenenfalls – soweit (wie hier nicht) vorhanden – vom Vorsitzenden des Verwaltungsbeirats oder dessen Vertreter zu unterschreiben ist (§ 24 Abs. 6 Sätze 1 und 2, § 23 Abs. 1 WEG), oder – wenn keine Versammlung stattfindet – durch schriftliche Zustimmung aller Wohnungseigentümer zu dem Beschluss (§ 23 Abs. 3 WEG a.F.; § 23 Abs. 3 WEG n.F. sieht Textform im Sinne von § 126b BGB vor).

13 Soweit die Verwaltereigenschaft durch eine öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen werden muss, genügt im Fall eines in der Versammlung der Wohnungseigentümer gefassten Beschlusses die Vorlage einer Niederschrift über den Bestellungsbeschluss, bei der die Unterschriften der in § 24 Abs. 6 Satz 2 WEG bezeichneten Personen öffentlich beglaubigt sind (§ 26 Abs. 3 WEG a.F./§ 26 Abs. 4 WEG n.F.).

14 Ist der Verwalter – wie hier – durch schriftlichen Beschluss im Umlaufverfahren bestellt worden (§ 23 Abs. 3

WEG a.F./§ 23 Abs. 3 Satz 1 WEG n.F.), ist seine Legitimation nach nahezu einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur durch öffentlich beglaubigte Zustimmungserklärung sämtlicher Eigentümer (vgl. aber § 23 Abs. 3 Satz 2 WEG n.F., wonach ein Mehrheitsbeschluss genügen kann) nachzuweisen (BayObLG, NJW-RR 1986, 565 f zu der inhaltlich gleichen damals gültigen Fassung der §§ 23 und 26 WEG; OLG Hamm, ZWE 2012, 489, 490; *Otto* in BeckOK GBO, 42. Edition, § 29 GBO Rn. 127b [Stand: 1. Mai 2021]; *Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 29 Rn. 10; *Schneider* in Bauer/ Schaub, GBO, 4. Aufl., Abschnitt E Rn. 288; *Volmer* in Keller/Munzig, KEHE Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 29 Rn. 64; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rn. 2904b; *Hügel/Elzer*, 3. Aufl., § 26 WEG Rn. 182; *Emmerich* in Bärmann/Pick, WEG, 20. Aufl., § 26 Rn. 121; *MüKoBGB/Engelhardt*, 8. Aufl., § 26 WEG Rn. 85; *juris PK-BGB/Geiben*, 9. Aufl., § 26 Rn. 82 [Stand: 22. September 2020]; *Niedenführ* in *Niedenführ/Schmidt-Räntsch/Vandenhouten*, WEG, 13. Aufl., § 26 Rn. 172; *Erman/Grziwotz*, BGB, 16. Aufl., § 26 WEG Rn. 9; *Staudinger/Häublein*, BGB, Neubearbeitung 2018, § 23 WEG Rn. 229; *Schultzky* in *Ring/Grziwotz/Keukenschrijver*, BGB, 4. Aufl., § 26 WEG Rn. 31; *Sauren*, WEG, 6. Aufl., § 26 Rn. 64).

15 Nach einer Mindermeinung genügt zum grundbuchlichen Nachweis der Verwalterbestellung durch schriftlichen Beschluss die öffentliche Beglaubigung der Unterschrift desjenigen, der das Zustandekommen des Beschlusses schriftlich feststellt (*Drabek/Riecke* in *Riecke/Schmid*, WEG, 5. Aufl., § 23 Rn. 58; *Staudinger/Jacoby* aaO § 26 WEG Rn. 233; *Schmidt*, ZWE 2015, 105, 108 f).

16 bb) Der Senat neigt der herrschenden Meinung zu, braucht dies im vorliegenden Fall jedoch nicht zu entscheiden, da der Kläger unter Zugrundelegung beider Auffassungen gegen seine Amtspflichten verstoßen hat.

17 Zum korrekten Nachweis der Bewilligungsbefugnis der Verwalterin hätten nach der herrschenden Meinung die Unterschriften sämtlicher Wohnungseigentümer öffentlich beglaubigt und dem Grundbuchamt vorgelegt werden müssen, um die Eigentumsumschreibung zu erwirken. Dies war nicht der Fall, denn es fehlte die öffentliche Beglaubigung der Unterschrift des Eigentümers K. . Aber auch dann, wenn man der Mindermeinung folgte, wären die Eintragungsvoraussetzungen des § 29 GBO vorliegend nicht erfüllt, denn dann hätten zumindest die Unterschriften der Personen, die das Protokoll über die Feststellung des Umlaufbeschlusses unterzeichnet haben, öffentlich beglaubigt werden müssen. Insoweit mangelte es jedoch ebenfalls an der öffentlichen Beglaubigung der Unterschrift des Eigentümers K. .

18 cc) Zweifel am Verschulden des Klägers bestehen nicht. Als Notar musste er vielmehr über die für die Ausübung seines Berufs erforderlichen Rechtskenntnisse

verfügen (vgl. BGH, Urteil vom 28. September 2000 – IX ZR 279/99, BGHZ 145, 265, 275 f). Die Rechtslage ließ sich durch einen Blick in die vorstehend aufgeführte gängige Kommentarliteratur – auch in Form von sogenannten Kurzkomentaren – mit zumutbaren Anstrengungen ohne weiteres klären. Ein Hinweis auf die Rechtslage und die vorzitierte Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts aus dem Jahr 1986 fand sich im Übrigen – entgegen der Behauptung des Klägers – auch in der von ihm in Bezug genommenen damals aktuellen Kommentierung von Palandt (Palandt/*Wicke*, BGB, 76. Aufl. 2017 § 26 WEG Rn. 19) und in dem von ihm ebenfalls zitierten Werk von *Schöner/Stöber* (aaO und Rn. 2934).

19 b) Zu UR-Nr. 11/2019

20 Der Kläger hat bei der Beurkundung des Kaufvertrags zu UR-Nr. 11/2019 gegen das Mitwirkungsverbot aus § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG verstoßen. Hiernach ist dem Notar die Mitwirkung in einer Angelegenheit einer Person, die sich mit ihm zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden oder mit der er gemeinsame Geschäftsräume hat, verboten.

21 aa) Zweck der Regelung in § 3 BeurkG – einer der zentralen Vorschriften im notariellen Berufsrecht – ist es, bereits dem Anschein der Gefährdung von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars – den tragenden Prinzipien des notariellen Berufsrechts – entgegenzuwirken (vgl. BT-Drs. 13/4184 S. 36). Die Verbote untersagen die Mitwirkung des Notars in Fällen, in denen er aufgrund seiner Nähe zu den Urkundsbeteiligten (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1-6 BeurkG) oder zum Gegenstand der Beurkundung (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BeurkG) in Interessenkonflikte kommen und damit nach außen zumindest der „böse Schein“ entstehen könnte, er sei nicht so unabhängig, wie man dies zu Recht von einem Amtsträger erwartet (BT-Drs. aaO; *Staudinger/Hertel*, BGB, Neubearbeitung 2017, BeurkG Rn. 269; *Sandkühler* in *Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 8. Aufl., § 16 Rn. 3). Der Katalog der Mitwirkungsverbote erstreckt sich gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG auch auf Personen, die mit dem Notar beruflich verbunden sind. Der Schutzzweck der Norm gebietet es, im Sinne der Stärkung des Vertrauens der rechtsuchenden Bevölkerung in die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars die Vorschrift nicht zu eng auszulegen (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 1984 – V ZR 13/83, NJW 1985, 2027; *Gößl* in *BeckOGK*, § 3 BeurkG Rn. 23 Stand: 1. März 2019; *Sandkühler* aaO Rn. 14).

22 Maßgebend ist, ob der Sozius des Notars materiell an dem zu beurkundenden Geschäft beteiligt ist. Erforderlich ist dafür, dass seine Rechte und Pflichten, die sich aus einem bestimmten Lebenssachverhalt ergeben, durch den konkreten Beurkundungsvorgang zumindest faktisch unmittelbar berührt werden (BGH, Urteil vom 25. Mai 1984

aaO – zu § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BeurkG; *Miermeister/de Buhr* in Frenz/Miermeister, BNotO, 5. Aufl., § 3 BeurkG Rn. 8; Gößl aaO Rn. 22 f; *Armbrüster* in Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 8. Aufl., § 3 Rn. 17; *Grziwotz* in Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl., § 3 Rn. 7; *Winkler*, BeurkG, 19. Aufl., § 3 Rn. 24). Das ist insbesondere auch der Fall, wenn der Sozios als Bevollmächtigter oder – wie hier – als vollmachtloser Vertreter tätig wird (OLG Celle, DNotZ 2004, 716 f; *Kindler* in BeckOK/BeurkG, § 3 Rn. 9 [Stand: 1. Mai 2021]; *Litzenburger* in BeckOK/BGB, § 3 BeurkG Rn. 12 [Stand: 1. Februar 2021]; *Winkler* aaO Rn. 30). 23 bb) Dem kann der Kläger nicht mit Erfolg entgegengehalten, die vorliegend gewählte Vertragsgestaltung schließe jegliche Risiken für sämtliche Beteiligten aus, so dass eine Interessenkollision nicht zu besorgen sei. Maßgebend für das Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG ist, wie ausgeführt, die Vermeidung des „bösen Scheins“ für den allgemeinen Rechtsverkehr, der Notar sei infolge der Beteiligung einer mit ihm zur Berufsausübung verbundenen Person nicht so unabhängig, wie dies von einem Amtsträger zu erwarten ist. Ob es bei der konkreten Gestaltung des zu beurkundenden Geschäfts zu (Haftungs-) Risiken für den Sozios oder einen sonstigen Beteiligten kommt, ist dabei nicht von Bedeutung. Nach dem Schutzzweck der Norm kann es – nicht zuletzt auch im Interesse der Rechtssicherheit in der notariellen Praxis – nicht auf eine unter Umständen schwierige und unsichere Einzelfallwürdigung der Interessenlagen der Beteiligten ankommen. Vielmehr ist danach eine formale Betrachtung maßgeblich, die die gebotene weite Auslegung der Bestimmung sichert.

24 c) Im Hinblick auf die für das einheitliche Dienstverhalten (§ 95 BNotO) ausgesprochene Missbilligung (§ 94 BNotO) als geringstmögliche Maßnahme bestehen ebenfalls keine Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils. Insoweit erhebt der Kläger auch keine Einwände.

25 2. Eine grundsätzliche Bedeutung der Sache (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO) hat der Kläger schon nicht ordnungsgemäß dargelegt (§ 124a Abs. 4 Satz 4, Abs. 5 Satz 2 iVm § 64 Abs. 2 Satz 2 BDG, § 105 BNotO). Sie ist aber auch nicht ersichtlich.

26 Die Berufung ist wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen, wenn es im konkreten Fall auf eine Tatsachen- oder Rechtsfrage ankommt, die über den von der ersten Instanz entschiedenen Fall hinausgeht und an deren Klärung im Interesse der Einheit oder Fortbildung des Rechts auch für vergleichbare Fälle ein Interesse besteht (vgl. zB Senat, Beschluss vom 20. Juli 2020 – NotSt(Brfg) 2/20, RNotZ 2020, 532 Rn. 14 mwN). Klärungsbedürftig ist eine Rechtsfrage nur, wenn sie zweifelhaft ist, also über Umfang und Bedeutung einer Rechtsvorschrift Unklarheiten bestehen. Dies ist der Fall, wenn die Rechtsfrage

vom Bundesgerichtshof bisher nicht entschieden ist und von einigen Oberlandesgerichten unterschiedlich beantwortet wird oder wenn in der Literatur unterschiedliche Meinungen vertreten werden (vgl. Senat, Beschluss vom 13. März 2017 – NotSt(Brfg) 1/16, WM 2017, 1819 Rn. 18). Um die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache ordnungsgemäß darzulegen, ist es erforderlich, die durch das angefochtene Urteil aufgeworfene Rechtsfrage konkret zu benennen sowie ihre Klärungsbedürftigkeit und ihre Bedeutung für eine unbestimmte Vielzahl von Fällen im Einzelnen aufzuzeigen. Dabei müssen insbesondere auch Ausführungen dazu gemacht werden, aus welchen Gründen, in welchem Umfang und von welcher Seite die Rechtsfrage umstritten ist (Senat aaO mwN).

27 Der Kläger macht lediglich geltend, es gebe betreffend die Auslegung und das Verständnis des Mitwirkungsverbots des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG im Falle der vollmachtlosen Vertretung einer Kaufvertragspartei durch eine Person, mit der sich der Notar zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden hat – und insoweit insbesondere für den Fall, dass der vollmachtlose Vertreter erklärt habe, sich um die Genehmigung der Vertragserklärung bemühen zu wollen, dafür aber nicht einstehen zu können –, sowie für den Nachweis der Verwaltereigenschaft durch öffentliche Urkunde im Sinne von § 26 Abs. 4 WEG im Fall eines Umlaufbeschlusses noch keine höchststrichterliche Entscheidung. Dies genügt nach den oben aufgezeigten Grundsätzen jedoch nicht, um eine Grundsatzbedeutung darzulegen.

28 Dessen ungeachtet wird die Rechtslage nach den vorstehenden Ausführungen in Rechtsprechung und Literatur weitgehend einhellig beurteilt. Nur vereinzelt in der Literatur vertretene abweichende – hier zudem nicht entscheidungserhebliche – oder nicht nachvollziehbar begründete Ansichten machen die Rechtslage nicht unklar (BGH, Beschluss vom 8. Februar 2010 – II ZR 54/09, NJW-RR 2010, 1047 Rn. 3; BVerfG, Beschluss vom 25. Februar 2009 – 1 BvR 3598/08, juris Rn. 12, insoweit nicht abgedruckt in NJW-RR 2009, 1026).

29 3. Schließlich liegt auch der Zulassungsgrund aus § 124 Abs. 2 Nr. 5 ZPO nicht vor. Die Rüge des Klägers, das Oberlandesgericht habe wesentlichen Sachvortrag nicht beachtet und sich mit den vom ihm als tragend angesehenen Erwägungen nicht auseinandergesetzt, mithin sein rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt, greift nicht durch. Es kann auf sich beruhen, ob das Berufungsgericht den vom Kläger als übergangen angesehenen Vortrag nicht berücksichtigt hat, was schon deswegen zweifelhaft ist, weil grundsätzlich davon auszugehen ist, dass die Gerichte den von ihnen entgegengenommenen Vortrag auch zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen haben, sie aber nicht verpflichtet sind, sich mit

jedem einzelnen Vorbringen in den Entscheidungsgründen ausdrücklich zu befassen (vgl. Senat, Beschluss vom 13. März 2017 aaO Rn. 13 mwN). Der mit Blick auf den ihm vorgeworfenen Verstoß gegen § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG gehaltene Vortrag des Klägers, die Kaufvertragsparteien seien mit dem ihnen übersandten Entwurf einverstanden gewesen, an diesem Text sei nichts mehr verändert worden und die Verkäufer hätten den Vertrag später vorbehaltlos genehmigt, war aus den oben erörterten Gründen bereits nicht entscheidungserheblich.

30 4. Weitere Zulassungsgründe macht der Kläger nicht geltend.

Notarhaftung – unterlassene Belehrung über rechtliche Tragweite des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs

BNotO § 19 Abs. 1 S. 1; BeurkG § 17 Abs. 1 S. 1, § 17 Abs. 1 S. 2; BGB § 138, § 242

Redaktioneller Leitsatz:

Der Notar soll unter anderem die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und dabei darauf achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden. Die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle bei Eheverträgen nach § 138 BGB und § 242 BGB sich bei einem ehevertraglichen Ausschluss des Versorgungsausgleichs und der weiteren Scheidungsfolgen im Einzelfall ergebenden Rechtsfolgen der Unwirksamkeit solcher Ausschlüsse oder der Vertragsanpassung (Urteil vom 11. Februar 2004 – XII ZR 265/02, BeckRS 2004, 02174; Beschluss vom 6. Oktober 2004 – XII ZB 110/99, BeckRS 2004, 10989) betreffen grundsätzlich die „rechtliche Tragweite des Geschäfts“ im Sinne von § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG, über die der Notar die Beteiligten zu belehren hat (BGH, Urt. v. 15. Mai 2014 – III ZR 375/12, BeckRS 2014, 12291). (Rn. 16)

LG Frankenthal (4. Zivilkammer),
Urteil vom 26.07.2021 – 4 O 47/21

I. Tatbestand:

1 Der Kläger macht mit seiner dem Beklagten am 27.03.2021 zugestellten Klage Ansprüche nach den Grundsätzen der Notarhaftung geltend.

2 Der Beklagte war Notar mit Amtssitz in Bad Dürkheim. Der Kläger suchte den Beklagten im Jahr 1991 mit seiner seinerzeitigen Lebensgefährtin auf. Der Kläger war zu diesem Zeitpunkt 25 Jahre alt und berufstätig. Seine Lebensgefährtin befand sich in einer Ausbildung zur Bürokauffrau. Sie zog später, vor der Geburt des gemeinsamen Sohnes, beim Kläger ein.

3 Am 30. Dezember 1991 beurkundete der Beklagte unter der Urkundennummer ... /91 U einen mit „Ehevertrag“ und „Pflichtteilsverzicht“ überschriebenen Vertrag zwischen dem Kläger und dessen damaliger Lebensgefährtin. Bei Abschluss des streitgegenständlichen Ehevertrages war von den Vertragsschließenden bereits geplant, dass die damalige Lebensgefährtin des Klägers nicht in das Berufsleben eintreten würde, sondern die Parteien als Eheleute eine „klassische Hausfrauenehe“ führen würden. Der streitgegenständliche Ehevertrag wurde auf Veranlassung des Klägers geschlossen, auch um den landwirtschaftlichen Betrieb, den der Kläger mit seiner Mutter führte, zu schützen. Der Ausschluss des Versorgungsausgleichs erfolgte auf ausdrücklichen Rat des Beklagten. Eine Belehrung hinsichtlich der Möglichkeit des Entfallens einer beurkundeten Regelung bei Änderung des zu Grunde liegenden Sachverhalts erfolgte durch den Beklagten nicht. In diesem Vertrag heißt es unter anderem wie folgt: „Zur Regelung unserer zukünftigen güterrechtlichen Verhältnisse haben wir uns dahingehend geeinigt, daß zwischen uns der Güterstand der Gütertrennung nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches besteht.

... Wir vereinbaren weiter, daß im Falle einer Scheidung unserer Ehe der Versorgungsausgleich ausgeschlossen ist.

... Für den Fall der rechtskräftigen Scheidung unserer Ehe verzichten wir bereits jetzt gegenseitig auf jegliche Unterhaltsansprüche. Dies gilt auch für den Fall des Notbedarfs.

... Wir verzichten hiermit wechselseitig auf unsere Pflichtteilsansprüche, welche uns am Nachlaß des anderen Ehegatten zustehen.“

4 Für weitere Einzelheiten wird auf den Notarvertrag, in Kopie der Klageschrift beigelegt als Anlage K 1, verwiesen.

5 Die zwischen dem Kläger und dessen damaliger Lebensgefährtin nach der Beurkundung geschlossene Ehe wurde mit Beschluss des Amtsgerichts Bad Dürkheim vom 12. Dezember 2019 geschieden. Zuvor schlossen die Parteien im Termin vom 12. Dezember 2019 einen Prozessvergleich, durch welchen sich der Kläger gegenüber seiner ehemaligen Ehefrau verpflichtete, 10.000,00 € zur Abgeltung etwaiger Zugewinnausgleichsansprüche sowie weitere 10.000,00 € zur Abgeltung von etwaigen nachehelichen Unterhaltsansprüchen zu zahlen. Der Versorgungsausgleich sollte nach gesetzlicher Vorschrift durchgeführt werden. Für weitere Einzelheiten wird auf

das Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Amtsgericht Bad Dürkheim vom 12. Dezember 2019 (Anlage K 3), sowie den Beschluss des Amtsgerichts Bad Dürkheim vom 12. Dezember 2019 (Anlage K 2) verwiesen.

6 Der Kläger musste einen Kapital- und Ausgleichswert i.H.v. EUR 259.918,06 zur Durchführung des Versorgungsausgleichs an die Zeugin ... übertragen.

7 Der Kläger behauptet, seine ehemalige Ehefrau sei zum Zeitpunkt der Beurkundung im siebten Monat schwanger gewesen, was für den Beklagten bei der Beurkundung auch erkennbar gewesen sei.

8 Er meint, die notarielle Ehe- und Scheidungsfolgenvereinbarung sei sittenwidrig und nichtig. Der Beklagte habe eine Amtspflicht dadurch verletzt, dass er nicht über die Möglichkeit des Entfallens der Regelungen wegen Nichtigkeit belehrt habe. Wenn er (der Kläger) gewusst hätte, dass der Ehevertrag im Gesamten und damit die sein Vermögen und Einkommen schützenden Regelungen komplett nichtig seien, hätte er seine ehemalige Frau nicht geheiratet.

9 Ihm sei deshalb ein Schaden in Höhe von 299.918,06 € entstanden. Dieser setze sich aus dem im Rahmen des Zugewinnausgleichs zu übertragenden Kapital- und Ausgleichswerts in Höhe von 259.918,06 €, der betragsmäßig auch dem Vermögenswert entspreche, sowie Zahlungen aufgrund des Prozessvergleiches vor dem Amtsgericht Bad Dürkheim in der mündlichen Verhandlung vom 12.12.2019 von 10.000,00 € als pauschalitem Zugewinnausgleich, 10.000 € an pauschalitem nachehelichen Unterhalt und 20.000 € als pauschalitem Trennungsunterhalt zusammen.

10 Der Kläger beantragt,

Der Beklagte wird verurteilt, EUR 299.918,06 sowie weitere EUR 3.880,47 an außergerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren nebst 5 Prozentpunkten Verzugszinsen über dem Basiszinssatz der EZB hieraus seit Rechtshängigkeit der Klage an den Kläger zu zahlen.

11 Der Beklagte beantragt,

Die Klage wird abgewiesen.

12 Er ist der Auffassung, zum Zeitpunkt der Beurkundung sei die spätere Änderung der Rechtsprechung nicht absehbar gewesen.

13 Für weitere Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die wechselseitigen Schriftsätze samt Anlagen verwiesen.

II. Aus den Gründen:

14 Die Klage ist zulässig, aber unbegründet.

15 1. Dem Kläger steht kein Anspruch gegen den Beklagten zu. Ein solcher ergibt sich insbesondere nicht

aus § 19 Abs. 1 S. 1 BNotO. Nach dieser Vorschrift hat ein Notar einem anderen denjenigen Schaden zu ersetzen, der diesem dadurch entstanden ist, dass der Notar vorsätzlich oder fahrlässig eine ihm gegenüber einem anderen obliegende Amtspflicht verletzt. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Klage ist unschlüssig. Schon nach dem Vortrag des Klägers liegt keine Amtspflichtverletzung vor.

16 Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 und 2 BeurkG soll der Notar unter anderem die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und dabei darauf achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden. Die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle bei Eheverträgen nach § 138 BGB und § 242 BGB sich bei einem ehevertraglichen Ausschluss des Versorgungsausgleichs und der weiteren Scheidungsfolgen im Einzelfall ergebenden Rechtsfolgen der Unwirksamkeit solcher Ausschlüsse oder der Vertragsanpassung (Urteil vom 11. Februar 2004 – XII ZR 265/02; Beschluss vom 6. Oktober 2004 – XII ZB 110/99) betreffen grundsätzlich die „rechtliche Tragweite des Geschäfts“ im Sinne von § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG, über die der Notar die Beteiligten zu belehren hat (BGH, Urt. v. 15. Mai 2014 – III ZR 375/12 Rn. 12). Die Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle nach den Maßgaben der vom Bundesgerichtshof entwickelten sog. „Kernbereichslehre“ für Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen hat sich jedoch erst nach zwei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 06. Februar 2001 (Az. 1 BvR 12/92) und vom 29. März 2001 (1 BvR 1766/92) ab dem Jahr 2004 herausgebildet. Zuvor galt der Grundsatz der vollen Vertragsfreiheit (BGH, Urt. v. 15. Mai 2014 – III ZR 375/12 Rn. 13; vgl. die Darstellung der Rechtsprechungsentwicklung bei *Scheller*, in: BeckOK BGB, 58. Ed. 1.2.2021, BGB § 1408 Rn. 13-15).

17 Diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs begründet demnach keine Belehrungspflichten des Beklagten im Jahr 1991 dahingehend, dass der Beklagte die Vertragsparteien zu belehren hatte, dass der beabsichtigte notarielle Vertrag sittenwidrig sei bzw. sein könnte oder die Geltendmachung von Rechten aus dem Vertrag nachträglich als treuwidrig zu beurteilen sein könnte.

18 Es ist nicht Amtspflicht der Notare, etwaige Rechtsprechung in jeder Hinsicht auszuwerten und Entwicklungen zu antizipieren. Dies würde die Belehrungspflicht über Gebühr ausweiten und außerdem zulasten der Verständlichkeit der juristischen Laien, die ein Notar überwiegend zu beraten hat, gehen.

19 Ausnahmsweise nimmt der Bundesgerichtshof zwar eine Belehrungspflicht des Notars über mögliche künfti-

ge Entwicklungen an, wenn im Einzelfall zum Zeitpunkt der Beurkundung die vertragliche Regelung erkennbar auf einer bestimmten Grundlage beruht, es nach der Lebenserfahrung als möglich erscheint, dass diese Grundlage künftig entfallen könnte, und nach der bei der Beurkundung bestehenden Rechtslage oder einer zu diesem Zeitpunkt sicher absehbaren Änderung der Rechtslage der Wegfall dieser vertraglichen Grundlage dazu führen kann, dass die vereinbarte Rechtsfolge nicht eintritt (BGH, Urt. v. 15. Mai 2014 – III ZR 375/12 Rn. 17).

20 Diese Voraussetzungen lagen zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Beurkundung im Jahr 1991 jedoch gleichfalls nicht vor. Unzutreffend ist insbesondere die Rechtsauffassung der Klageseite der streitgegenständliche Vertrag sei nach den Maßstäben, die im Jahr 1991 für solche Vereinbarungen angelegt wurden, sittenwidrig. So hat der Bundesgerichtshof wiederholt noch im Jahr 1996 entschieden, dass ein Globalverzicht, wie er auch in diesem Fall vereinbart wurde, nicht deshalb nichtig sei, weil ein Mann die Eheschließung mit der schwangeren Frau von dem Abschluss dieses Vertrages abhängig gemacht habe. Hierzu führt er aus, dass der Mann – ungeachtet der Schwangerschaft der Frau – von einer Eheschließung auch gänzlich hätte absehen und sich auf die rechtlichen Verpflichtungen eines nichtehelichen Vaters zurückziehen könne. Es könne nicht von einer zu missbilligenden Ausbeutung einer Zwangslage der Frau ausgegangen werden (vgl. BGH, Beschluss vom 02. Oktober 1996 – XII ZB 1/94 Rn. 11, 16 –, juris bezugnehmend auf BGH, Beschluss vom 18. September 1996 – XII ZB 206/94 Rn. 17-, juris, dort war in erster Linie der Versorgungsausgleich ausgeschlossen worden).

21 Nichts anders gilt für die sog. Ausübungskontrolle, die die Rechtsprechung in Regelung des § 242 BGB nach der Rechtsprechungsänderung im Jahr 2004 regelmäßig vornimmt. Zwar sieht die Kammer, dass veröffentlichte Entscheidungen des Bundesgerichtshofs aus den Jahren 1985 und 1990 vorliegen, aus welchen hervorgeht, dass sich die Partei eines Ehevertrags ausnahmsweise im Einzelfall zeitweise nicht auf den Verzicht der Gegenseite (nur) auf nahehehlichen Betreuungsunterhalt wegen späterer unvorhergesehener Entwicklungen, insbesondere einer zunächst kinderlosen Ehe, nach § 242 BGB berufen kann, wenn eine Erwerbstätigkeit nicht möglich ist und der Verzichtende mangels anderer Mittel auf Sozialhilfe angewiesen wäre (BGH, Urt. v. 28.11.1990 – XII ZR 16/90 Rn. 12 –, juris; BGH, Urteil vom 24. April 1985 – IVb ZR 22/84 Rn. 13 –, juris; BGH, Urteil vom 24. April 1985 – IVb ZR 17/84 Rn. 13-, juris). Diese Rechtsprechung begründet jedoch schon deswegen keine Belehrungspflicht, weil sie in diesem Fall nicht ein-

schlägig war, da nach dem Vortrag des Klägers kein Raum war für die Anwendung der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB. Die später als Ausübungskontrolle bezeichnete Prüfung der Treuwidrigkeit des Berufens auf einen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses wirksam vereinbarten Verzicht, wie sie entsprechend den zitierten Entscheidungen aus den Jahren 1985 und 1990 nach § 242 BGB auch schon zum Zeitpunkt der Beurkundung vorzunehmen sein konnte, setzt ihrer Natur nach voraus, dass es zu einer späteren Entwicklung bzw. dem Eintreten von Lebenslagen gekommen ist, die bei Vertragsschluss nicht geplant oder nicht absehbar waren. Dies wird auch in den zuvor zitierten älteren Entscheidungen betont. Dem entspricht die Situation, die dem streitgegenständliche Vertrag zugrunde lag, jedoch nicht. Der Kläger trägt selbst vor, dass seine ehemalige Ehefrau zum Zeitpunkt der Beurkundung bereits hochschwanger war. Außerdem sei von ihm und seiner zukünftigen Frau geplant gewesen, dass diese nicht in das Berufsleben eintreten werde, sondern eine „klassische Hausfrauenehe“ geführt werden solle. Insofern fehlt es an der Änderung der späteren Entwicklung, die ein Berufen auf den Verzicht treuwidrig erscheinen ließe, und damit an der Voraussetzung, die nach den Maßgaben des Bundesgerichtshofs erforderlich gewesen wäre, um eine Belehrungspflicht hinsichtlich des nahehehlichen Betreuungsunterhaltes begründen zu können. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Bundesgerichtshof in den vorgenannten Entscheidungen den Grundsatz der Vertragsfreiheit betont hat und die Vertragsparteien des beurkundeten Vertrags sich in Kenntnis der tatsächlichen Umstände – ohne eine diesbezügliche Überholung der Lebensplanung durch eine geänderte Lebenslage – für den Abschluss des Vertrags entschieden haben.

22 Ergänzend weist die Kammer daraufhin, dass selbst wenn der beurkundende Notar mit der unterlassenen Belehrung über die rechtliche Tragweite des vereinbarten Ausschlusses des Versorgungsausgleichs objektiv gegen die ihm nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG obliegenden Belehrungspflichten verstoßen hätte, ein schuldhaftes Handeln des Notars zu verneinen wäre. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es erforderlich, dass sich der Notar über die Rechtsprechung der obersten Gerichte, die in den amtlichen Sammlungen und den für seine Amtstätigkeit wesentlichen Zeitschriften veröffentlicht ist, unterrichtet und die üblichen Erläuterungsbücher auswertet (BGH, Urt v. 15. Mai 2014 – III ZR 375/12 Rn. 26). Nach den oben genannten Entscheidungen gab es für den Beklagten zum Zeitpunkt der Beurkundung am 30. Dezember 1991 keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass der beurkundete

Ehevertrag bzw. die Scheidungsfolgenvereinbarung nichtig oder die Geltendmachung von Rechten aus dieser eingeschränkt sein könnte.

23 Für ihn war somit die Notwendigkeit einer entsprechenden Belehrung nicht erkennbar.

24 Zuletzt ist ein Schaden nicht schlüssig dargetan, worauf die Kammer in der mündlichen Verhandlung vom 12. Juli 2021 hingewiesen hat. Hierfür wäre nach der Differenzhypothese ein (Gesamt-) Vermögensvergleich zwischen der tatsächlichen Vermögenslage und derjenigen Vermögenslage vorzunehmen, welche bestünde, wenn der Kläger – wie er vorträgt von der Heirat Abstand genommen hätte. Dazu hätte eine Vergleichsberechnung der Vermögensentwicklung ab dem Zeitpunkt der Hochzeit vorgenommen werden müssen.

25 2. Mangels Hauptanspruchs besteht kein Zinsanspruch und kein Anspruch auf Ersatz der außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten.

Jahresgebühr für Dauerbetreuungen in Fällen des sog. Behindertentestaments

BGB § 1836c, § 2100, § 2136, § 2209; GNotKG § 81; KV Nr. 11101

Amtlicher Leitsatz:

Für die Bemessung der Jahresgebühr nach Nr. 11101 KV GNotKG ist auch das Vermögen des Betroffenen zu berücksichtigen, das dieser im Wege eines sog. Behindertentestaments als nicht befreiter Vorerbe erlangt hat und das einer dauerhaften Testamentsvollstreckung unterliegt (Anschluss an OLG Hamm, FGPrax 2020, 293 und FGPrax 2015, 278; OLG Celle, NJOZ 2021, 680 und NZ-Fam 2017, 327; OLG Stuttgart, FGPrax 2020, 195; OLG Karlsruhe, ZEV 2021, 186 und OLG Rostock, BeckRS 2021, 13095; entgegen OLG München, FGPrax 2019, 89; OLG Bamberg, BeckRS 2019, 44347; OLG Köln, ZEV 2019, 704 und OLG Zweibrücken, ZEV 2021, 184).

OLG Nürnberg (8. Zivilsenat),
Beschluss vom 17.08.2021 – 8 W 1738/21

I. Tatbestand:

1 Die Betroffene ist geistig behindert und steht seit 1992 unter Betreuung. Seit 2005 ist ihre Schwester als ehrenamtliche Betreuerin eingesetzt. Das Betreuungsverfahren wird beim Amtsgericht Straubing geführt (Az.: ...). Der Aufgabenkreis der Betreuerin umfasste bis März

2021 „alle Angelegenheiten incl. Entgegennahme, Öffnen und Anhalten der Post“ (Bl. 234/235 d.A.).

2 Mit dem Tode ihres Vaters J. wurde die Betroffene mit einem Erbteil von 1/11 zur nicht befreiten Vorerbin ihres Vaters. Insofern war die Mutter der Betroffenen zur Nacherbin eingesetzt, die Betroffene und deren Schwester zu Ersatzerbinnen.

3 Die Mutter der Betroffenen, M., verstarb am 19.03.2016. Insofern wurde die Betroffene mit einem Erbteil von 1/5 ebenfalls zur nicht befreiten Vorerbin nach ihrer Mutter. Nacherbin nach dem Tod der Betroffenen ist deren Schwester G.

4 Für die jeweils der Betroffenen zugewandten Erbteile wurde dauerhafte Testamentsvollstreckung angeordnet. Mit dem Tode der Mutter wurde die Betreuerin zugleich Testamentsvollstreckerin. Für die Wahrnehmung der Rechte der Betroffenen gegenüber der Testamentsvollstreckerin wurde ein Ergänzungsbetreuer bestellt.

5 Wegen weiterer Einzelheiten des zugrundeliegenden Sachverhalts wird auf Abschnitt A. der Gründe des angefochtenen Beschlusses Bezug genommen.

6 Mit Kostenansatz der Kostenbeamtin des Amtsgerichts Straubing vom 09.10.2018 wurde gegenüber der Betroffenen als Kostenschuldnerin ein Betrag von 937,96 € geltend gemacht (Bl. 402 d.A.). Dieser umfasst für die Jahre 2017 und 2018 jeweils eine Gebühr nach Nr. 11101 KV GNotKG aus einem Geschäftswert von 185.979,02 € bzw. 185.969,60 €.

7 Mit einem am 23.10.2018 beim Amtsgericht Straubing eingegangenen Schreiben erhob die Betreuerin Erinnerung gegen den vorbenannten Kostenansatz (Bl. 403 d.A.). Sie macht geltend, das Vermögen der Betroffenen bestehe im Wesentlichen aus der Erbschaft nach der verstorbenen Mutter. Über diesen Erbteil dürfe sie als Testamentsvollstreckerin jedoch nicht verfügen. Die Erträge aus dem Nachlass seien nur für die persönlichen Bedürfnisse ihrer Schwester – der Betroffenen – zu verwenden.

8 Nach Anhörung des Vertreters der Staatskasse (Bl. 411 ff. d.A.) half die Kostenbeamtin der Erinnerung am 02.05.2019 nicht ab und legte die Sache dem Richter vor (Bl. 440 d.A.). Dieser entschied mit Beschluss vom 22.10.2019, gab der Erinnerung statt und hob den Kostenansatz vom 09.10.2018 vollständig auf (Bl. 450 d.A.).

9 Gegen diesen Beschluss legte der Bezirksrevisor beim Landgericht Regensburg als Vertreter der Staatskasse mit Schreiben vom 18.03.2020, eingegangen beim Amtsgericht am 23.03.2020, Beschwerde ein (Bl. 464 ff. d.A.). Er beantragte, den Beschluss des Amtsgerichts Straubing vom 22.10.2019 aufzuheben und den angefochtenen Kostenansatz wiederherzustellen. Das Amtsgericht hat der Beschwerde mit Beschluss vom 24.03.2020 nicht abgeholfen und die Sache dem Land-

gericht Regensburg zur Entscheidung vorgelegt (Bl. 479/480 d.A.).

10 Das Landgericht hat das Beschwerdeverfahren vom Einzelrichter auf die Kammer übertragen (Bl. 555/556 d.A.) und der Beschwerde der Staatskasse mit einem auf den 08.04.2021 datierten und am 13.04.2021 an die Geschäftsstelle übergebenem Beschluss insoweit stattgegeben, als es den Kostenansatz des Amtsgerichts Straubing vom 09.10.2018 hinsichtlich der erhobenen Gebühren aus Nr. 11101 KV GNotKG in Höhe von jeweils 380,00 € wiederhergestellt hat. Insoweit hat es die Erinnerung der Betroffenen zurückgewiesen. Ferner hat das Landgericht die weitere Beschwerde zugelassen (Bl. 558 ff. d.A.). Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, dass das Amtsgericht über die Erinnerung durch einen Rechtspfleger habe entscheiden müssen, nicht – wie geschehen – durch einen funktionell unzuständigen Richter. Hierauf könne die Beschwerde gemäß § 65 Abs. 4 FamFG jedoch nicht gestützt werden. Die Gesetzeslage und die rechtliche Stellung des Vorerben lasse keinen Zweifel daran zu, dass der aufgrund einer Vorerbschaft einem Betreuten zugefallene Nachlass auch bei fehlender Befreiung nach § 2136 BGB gebührenrechtlich als Vermögen des Betreuten zu berücksichtigen sei. Umstritten sei allerdings die Ermittlung des Reinvermögens, wenn der Betreute wegen einer in einem sog. Behindertentestament angeordneten Dauertestamentsvollstreckung nicht über den hiervon betroffenen Nachlass verfügen könne. Zu folgen sei der Rechtsansicht, nach der es im Rahmen der Jahresgebühr nach Nr. 11101 KV GNotKG nicht auf die tatsächliche Verfügbarkeit über die Vermögensgegenstände bzw. auf deren Verwertbarkeit ankomme.

11 Mit einem am 04.05.2021 beim Landgericht eingegangenen Schreiben hat die Betreuerin der Betroffenen gegen den vorbenannten Beschluss weitere Beschwerde erhoben (Bl. 584 d.A.). Sie beantragt die Wiederherstellung der Erinnerungsentscheidung des Amtsgerichts und die vollständige Aufhebung des angegriffenen Kostenansatzes.

12 Das Landgericht hat dem Rechtsmittel mit Beschluss vom 19.05.2021 nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Nürnberg zur Entscheidung vorgelegt (Bl. 585 ff. d.A.).

13 Der Vertreter der Staatskasse hat sich mit Schreiben vom 23.07.2021 geäußert und beantragt, die weitere Beschwerde zurückzuweisen (Bl. 596/597 d.A.).

II. Aus den Gründen:

14 Die weitere Beschwerde der Betroffenen ist zulässig gemäß § 81 Abs. 4 Satz 1 GNotKG, nachdem sie das

Landgericht im angefochtenen Beschluss vom 08.04.2021 zugelassen hat. An diese Zulassung ist der Senat gebunden (§ 81 Abs. 3 Satz 3, Abs. 4 Satz 4 GNotKG).

15 Die weitere Beschwerde wurde gemäß § 81 Abs. 5 Satz 4 GNotKG beim Landgericht eingelegt. Sie ist nicht an eine Frist gebunden und auch ein Mindestbeschwerdewert muss nicht erreicht sein.

16 Über das Rechtsmittel entscheidet der Senat als Spruchkörper in der nach § 122 Abs. 1 GVG vorgeschriebenen Besetzung (vgl. NK-GK/Jäckel, 3. Aufl., § 81 GNotKG Rn. 42).

17 In der Sache hat das Rechtsmittel keinen Erfolg.

18 Die weitere Beschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht, also eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist (§ 81 Abs. 4 Satz 2 GNotKG, § 546 ZPO). Es handelt sich mithin um eine Rechtsbeschwerde.

19 Gemessen hieran hält der Beschluss des Landgerichts vom 08.04.2021 rechtlicher Prüfung stand. Die dieser Entscheidung zugrundeliegende Rechtsauffassung ist zutreffend.

20 a) Die hier gegenständliche Jahresgebühr nach Nr. 11101 KV GNotKG beträgt 10,00 € je angefangenen 5.000,00 € des zu berücksichtigenden Vermögens, mindestens 200,00 €. Kostenschuldner ist der Betreute (§ 23 Nr. 1 GNotKG).

21 Für die Gebührenhöhe ist das Vermögen des von der Maßnahme Betroffenen, also des Betreuten, zu berücksichtigen, soweit es nach Abzug der Verbindlichkeiten mehr als 25.000,00 € beträgt (Anm. Abs. 1 zu Nr. 11101 KV GNotKG). Selbstbewohnte angemessene Hausgrundstücke bleiben unberücksichtigt.

22 Wie die Vorinstanz rechtsfehlerfrei entschieden hat, gehört zu dem maßgeblichen Reinvermögen des Betroffenen grundsätzlich auch der Nachlass, der ihm als Vorerbe gemäß §§ 2100 ff. BGB zugefallen ist (vgl. Korintenberg/Fackelmann, GNotKG, 21. Aufl., KV Vorbem. 1.1 Rn. 12). Der Vorerbe erlangt ein zwar zeitlich beschränktes, aber als solches ungeteiltes Erbrecht (vgl. BeckOGK/Küpper, BGB, § 2100 Rn. 5 [Stand: 15.06.2021]). Er ist „echter Erbe“ und tritt mit dem Tod des Erblassers in dessen Rechte und Pflichten ein, soweit sie vererblich sind. Mit Rücksicht auf die zeitliche Begrenzung der Vorerbschaft bildet der Nachlass in der Hand des Vorerben jedoch ein von seinem eigenen Vermögen rechtlich getrenntes Sondervermögen, über das er nur eingeschränkt nach Maßgabe der §§ 2112 bis 2119 BGB verfügen kann. Gleichwohl wird der Vorerbe – unabhängig von einer Befreiung nach § 2136 BGB – Inhaber der Vermögenssubstanz des Nachlasses (vgl. BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2100 Rn. 41 [Stand: 01.05.2021]; MüKo-BGB/Lieder, 8. Aufl., § 2100 Rn. 31).

23 b) Im vorliegenden Fall ist die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft Gegenstand eines sog. Behindertentestaments. Es ist in der überwiegend und auch hier praktizierten Gestaltung – der sog. Erbschaftslösung – dadurch gekennzeichnet, dass der behinderte Abkömmling zum nicht befreiten Mitvorerben eingesetzt wird, und zwar sowohl neben dem Längerlebenden beim Tod des zuerst versterbenden Elternteils als auch neben den gesunden Abkömmlingen beim Tod des Längerlebenden (vgl. BeckOK-BGB/Litzenburger, aaO. Rn. 20). Neben der nicht befreiten Vorerbschaft und einem Vorausvermächtnis für den Behinderten ist hinsichtlich seines Erbteils eine mit konkreten Verwaltungsanweisungen versehene Dauertestamentsvollstreckung gemäß §§ 2197 Abs. 1, 2209 BGB angeordnet worden (vgl. zur Wirksamkeit einer solchen Gestaltung: BGH, Beschluss vom 24.07.2019 – XII ZB 560/18, NJW 2020, 58 Rn. 12 ff.).

24 aa) Ob der Nachlass des Betroffenen auch in einer solchen Konstellation zum gebührenrechtlich maßgeblichen Vermögen gehört, ist in der obergerichtlichen Judikatur und im Schrifttum lebhaft umstritten. Bereits das Landgericht hat das Meinungsbild auf den Seiten 12 und 13 seines Beschlusses vom 08.04.2021 dargestellt. Eine höchstrichterliche Entscheidung dieser Frage existiert nicht und kann in dem für Gerichtsgebühren nach dem GNotKG vorgesehenen Instanzenzug auch nicht herbeigeführt werden. Die wünschenswerte Vereinheitlichung ist daher dem Gesetzgeber vorbehalten.

25 bb) Ein Teil der Rechtsprechung und des Schrifttums ist der Auffassung, in Fällen des Behindertentestaments könne der Nachlass bei der Ermittlung des Reinvermögens als Grundlage der gerichtlichen Jahresgebühr für eine – zumindest auch – die Vermögenssorge umfassende Dauerbetreuung nicht werterhöhend berücksichtigt werden (vgl. OLG München, FGPrax 2019, 89; OLG Bamberg, BeckRS 2019, 44347; OLG Köln, ZEV 2019, 704; OLG Zweibrücken, ZEV 2021, 184; Korintenberg/Fackelmann, aaO., KV 11101 Rn. 37a; Rohs/Wedewer/Waldner, GNotKG, KV 11101 Rn. 21; NK-GK/Volpert, aaO., KV GNotKG Vorbem. 1.1 Rn. 20e; Jürgens/Luther, Betreuungsrecht, 6. Aufl., KV GNotKG, Teil 1 Rn. 4 f.; Hofer, FamRZ 2020, 950; ders., BtPrax 2017, 232).

26 Zwar komme es für die Bemessung des Geschäftswerts nicht darauf an, ob das Vermögen des Betreuten verwertbar oder verfügbar sei, wohl aber darauf, ob sich die Betreuung auf das gesamte Vermögen des Betreuten oder nur auf einen Teil desselben beziehe. Die Beschränkung des Verfahrenswerts in Fällen der Dauerbetreuung mit unmittelbarem Bezug auf lediglich einen Teil des Betreutenvermögens gründe in der Verknüpfung zwischen der Höhe des von der Maßnahme betroffenen Vermögens und dem Bearbeitungsaufwand so-

wie dem Haftungsrisiko des Fiskus. Eine solche Beschränkung auf einen Teil des Vermögens könne sich nicht nur aus einer ausdrücklichen Einschränkung im Bestellungsbeschluss, sondern auch „aus den Verhältnissen“ ergeben. Das dem Betreuten über ein sog. Behindertentestament zugewandte, der Dauerverwaltung durch einen Testamentsvollstrecker unterliegende Vermögen falle nicht unter die vom Betreuungsgericht zu kontrollierende Verwaltungstätigkeit des Betreuers, sondern der des Testamentsvollstreckers. Gegenstand der Betreuung im Bereich der Vermögenssorge sei wegen dieser Zuständigkeit nicht unmittelbar das der Testamentsvollstreckung unterliegende Nachlassvermögen, sondern lediglich die Ausübung der Kontrollrechte (§ 2218 BGB) und ggf. die Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber dem Testamentsvollstrecker (§§ 2217 Abs. 1, 2219 Abs. 1 BGB).

27 Durch die Annahme, das Vermögen des Betreuten sei zur Ermittlung der Jahresgebühr heranzuziehen, werde außerdem der Sinn und Zweck des sog. Behindertentestaments konterkariert. Diese testamentarischen Bestimmungen sollten gerade dazu dienen, das Nachlassvermögen des Betreuten dem Zugriff des Sozialhilfeträgers zu entziehen, was unter dem Aspekt einer möglichen Sittenwidrigkeit nicht zu beanstanden sei.

28 cc) Der Senat folgt – wie schon das Landgericht – jedoch der Gegenansicht (vgl. OLG Hamm, FGPrax 2020, 293 und FGPrax 2015, 278; OLG Celle, NJOZ 2021, 680 und NZFam 2017, 327; OLG Stuttgart, FGPrax 2020, 195; OLG Karlsruhe, ZEV 2021, 186; OLG Rostock, BeckRS 2021, 13095; Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, 4. Aufl., KV Vorbem. 1.1 Rn. 3; Sikora, ZEV 2020, 563, 564; Schneider, FamRB 2021, 196, 197; Hille, Rpfleger 2008, 114, 115).

29 Auszugehen ist vom Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung. Sowohl Vorbem. 1.1 Abs. 1 als auch Nr. 11101 Anm. Abs. 1 Satz 1 KV GNotKG sprechen von „sein Vermögen“ bzw. vom Vermögen „des von der Maßnahme Betroffenen“. Danach kommt es eindeutig nur auf die zivilrechtliche Zuordnung des Nachlasses zum Vermögen des Betreuten an. Einzige gesetzlich vorgesehene Einschränkung ist das in § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII genannte Schonvermögen. Darin liegt ein Unterschied zu § 1836c Nr. 2 BGB, der umfassend auf sozialhilferechtliche Regelungen verweist und auf den in gebührenrechtlichem Kontext wiederum (nur) Nr. 31015 KV GNotKG für die an den Verfahrenspfleger gezahlten Beträge ausdrücklich Bezug nimmt. Schon dies legt nahe, dass der Gesetzgeber in Kenntnis der in der Kautelarpraxis üblichen Behindertentestamente hinsichtlich der Jahresgebühr nach Nr. 11101 KV GNotKG keinen eigenständigen Vermögensbegriff einführen wollte.

30 Auch Nr. 11101 Anm. Abs. 1 Satz 2 KV GNotKG rechtfertigt keine andere Sichtweise. Diese Regelung betrifft eine Betreuung, deren Gegenstand nur ein Teil des Vermögens des Betroffenen ist. Mit dieser Vorschrift hat der Gesetzgeber die Vorgängerregelung des § 92 Abs. 1 Satz 3 KostO übernommen (vgl. BT-Drs. 17/11471, S. 195). Diese wiederum war durch Art. 17 des 2. Justizmodernisierungsgesetzes mit Wirkung zum 31.12.2006 eingeführt worden (BGBl. I 2006, S. 3416). Der Gesetzgeber wollte hiermit eine seinerzeit in Teilen der Literatur befürwortete „differenzierende Auslegung“ aufgreifen (vgl. BT-Drs. 16/3038, S. 53). Die in der Gesetzesbegründung zitierte Literaturfundstelle differenzierte nach drei Bewertungsgruppen, gelangte hierbei jedoch ebenfalls zur Berücksichtigung des der Testamentsvollstreckung unterliegenden Nachlasses (vgl. Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 16. Aufl., § 92 Rn. 51 und 62).

31 Im vorliegenden Fall ist der Aufgabenkreis der Betreuerin formell unbeschränkt. Der durch Beschluss vom 24.03.2014 gemäß § 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB, § 286 Abs. 1 Nr. 1 FamFG bezeichnete Aufgabenkreis umfasste als „Gegenstand der Betreuung“ das gesamte Vermögen der Betroffenen.

32 Die Ansicht, dass der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegende ererbte Vermögen sei vom Aufgabenkreis des für die (unbeschränkte) Vermögenssorge bestellten Betreuers nicht erfasst, greift zu kurz und überzeugt nicht. Dass der Betreuer wegen der angeordneten Testamentsvollstreckung keinen unmittelbaren Zugriff auf das ererbte Vermögen hat und der Testamentsvollstreckter zu einer ordnungsgemäßen Verwaltung des Vermögens verpflichtet ist, ändert nichts an der Tatsache, dass das ererbte Vermögen dem Betreuten zusteht und dementsprechend auch der Vermögenssorge des insoweit bestellten Betreuers unterliegt. Die vom Betreuer wahrzunehmende Vermögenssorge umfasst in diesem Fall als Kernaufgabe die Kontrolle der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers (§ 2216 BGB). Der Betreuer kann als Vertreter des Betreuten auch beantragen, dass einzelne Anordnungen der Erblasser betreffend die Testamentsvollstreckung außer Kraft gesetzt werden (§ 2216 Abs. 2 Satz 2 BGB). Der Testamentsvollstreckter hat auf Verlangen über das einer Dauerverwaltung unterliegende Vermögen jährlich Rechnung zu legen (§ 2218 Abs. 2 BGB). Die Einhaltung und ggf. Durchsetzung dieser Verpflichtung hat einen unmittelbaren Bezug zum Nachlassvermögen und obliegt dem Betreuer. Sind Betreuerin und Testamentsvollstreckerin – wie im vorliegenden Fall – personenidentisch, so kommt für die Wahrnehmung der zuvor genannten Rechte die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers gemäß § 1899 Abs. 1 BGB in Betracht (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 05.03.2008 – XII ZB 2/07, NJW-RR

2008, 963; Weidlich, ZEV 2020, 136, 140 f.). Letzteres wird durch die Gebühr nach Nr. 11101 KV GNotKG mit abgegolten (vgl. Korintenberg/Fackelmann, aaO., KV 11100 Rn. 15).

33 Damit wird auch dem verfassungsrechtlichen Gebot entsprochen, dass die Höhe der Gebühr für Dauerbetreuungen, die zumindest auch Vermögensangelegenheiten betreffen, durch den Bearbeitungsaufwand des Gerichts und das Haftungsrisiko des Staates sachlich gerechtfertigt sein muss (vgl. BVerfG, NJW 2006, 2246). Das Betreuungsgericht hat in der hier vorliegenden Konstellation insbesondere zu prüfen, ob die gegenüber der Testamentsvollstreckerin bestehenden Kontrollrechte ordnungsgemäß wahrgenommen werden (vgl. auch LG Augsburg, ZEV 2017, 525 Rn. 21). Zu diesem Zwecke hat das Amtsgericht im vorliegenden Fall einen Ergänzungsbetreuer bestellt.

34 Schließlich gebietet das formalisierte Kostenansatzverfahren ein für den Kostenbeamten praktikabel und einfach zu handhabendes Gebührenrecht. Dies wäre in Frage gestellt, wenn der Kostenbeamte nicht allein auf das Vorhandensein von Vermögenswerten abzustellen hätte, sondern darüber hinaus auch noch eine – im Einzelfall durchaus komplizierte und mit wertenden Überlegungen verbundene – rechtliche Prüfung vornehmen müsste, inwieweit der Kostenschuldner über das ihm zustehende Vermögen auch noch verfügen kann. Dies gilt insbesondere für die Frage, ob der Betroffene einen Anspruch darauf hat, dass der Testamentsvollstreckter im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung ihm die Geldbeträge zur Deckung der Gerichtsgebühr zur Verfügung stellt. Sachlich kann darüber nur im Rahmen einer Auslegung des Testaments/Erbvertrags der Erblasser entschieden werden. Im Kostenansatzverfahren kann eine solche Entscheidung nicht getroffen werden (vgl. OLG Hamm, aaO.). Ob und inwieweit der Kostenschuldner tatsächlich zur Begleichung der festgesetzten Gebühr herangezogen werden kann, ist demgemäß eine vollstreckungsrechtliche Frage, die sich nach den Vorschriften des Justizbeitreibungsgesetzes beantwortet.

ERBRECHT

Wirksamkeit von Pflichtteilsentziehung bei körperlicher Misshandlung

BGB § 2333 Nr. 2 e; GG Art. 14 Abs. 1 S. 1

Redaktioneller Leitsatz:

Für den Entzug des Pflichtteils muss keine grobe oder schwere vorsätzliche körperliche Misshandlung stattge-

funden haben. Es genügt auch eine leichte vorsätzliche körperliche Misshandlung, sofern das Verhalten des Abkömmlings zusätzlich eine schwere Pietätsverletzung, eine „schwere Verletzung der dem Erblasser geschuldeten familiären Achtung“, zum Ausdruck bringt. Allerdings bedarf es für die Annahme einer Misshandlung die Nennung der Hintergründe. Ein Zerwürfnis reicht nicht aus. (Rn. 27 - 30)

LG Frankenthal (8. Zivilkammer),
Urteil vom 11.03.2021 – 8 O 308/20

► I. Tatbestand:

1 Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Pflichtteilsentziehung.

2 Der Kläger ist der einzige Abkömmling der zwischen dem 10.01.2020 und dem 12.01.2020 verwitwet verstorbenen (nachfolgend: Erblasserin). Diese hatte durch notarielles Testament vom 11.10.2019 den beklagten Verein zu ihrem Alleinerben eingesetzt. Der für die Pflichtteilsberechnung relevante Reinwert ihres Nachlasses beträgt 53.509,37 €.

3 Der für die streitgegenständliche Pflichtteilsentziehung relevante Vorfall ereignete sich am 06.12.1996, als es zwischen der Erblasserin und dem Kläger zu einer tätlichen Auseinandersetzung im Anwesen in kam, deren Hergang streitig ist.

4 Nach dieser tätlichen Auseinandersetzung erstatteten die Erblasserin und der Kläger gegenseitig Strafanzeigen; die sich hieraus ergebenden Ermittlungs- oder Strafverfahren wurden in der Folgezeit ohne nähere Aufklärung des Sachverhalts eingestellt. Auch begaben sich die Erblasserin und der Kläger nach dieser Auseinandersetzung in die Notaufnahme des Städtischen Krankenhauses um sich die jeweiligen Folgen dieser Auseinandersetzung behandeln bzw. attestieren zu lassen.

5 Am 08.04.1997 errichteten die Erblasserin und ihr Ehemann der Vater des Klägers, vor dem (damaligen) Notar mit Amtssitz in einen notariellen Erbvertrag (UR.Nr. in welchem sie sich gegenseitig zu ihren Alleinerben einsetzten und ihre Enkelin die Tochter des Klägers, zu ihrer Schlusserbin, wobei dem Überlebenden ausdrücklich vorbehalten war, diese Schlusserbeneinsetzung – wie durch das notarielle Testament vom 11.10.2019 geschehen – zu widerrufen.

6 Im Eingangsteil dieser Urkunde ist vermerkt, dass beide Eheleute das Anwesen

7 In mit notarieller Urkunde vom 08.06.1990 schenkweise an den Kläger übertragen hätten und sich derzeit aufgrund groben Undanks des Erwerbers um die Rückübertragung dieses Grundbesitzes bemühten.

8 In Ziff. IV der Urkunde ist unter „Pflichtteilsanzug“ folgendes angeordnet:

„Jeder von uns entzieht hiermit unserem gemeinschaftlichen Sohn geboren am 07.07.1959, den Pflichtteil sowohl für den Fall des Erstversterbens als auch den des Letztversterbenden.

Am 06.12.1996 gegen 19:00 Uhr schlug unser Sohn seine Mutter mehrfach mit der flachen Hand ins Gesicht.

Der Vorfall ereignete sich im Anwesen in Infolge der Schläge traten bei Frau Übelkeit und eine kurze Bewusstlosigkeit ein. Der behandelnde Arzt stellte später eine Schädelprellung fest.

Zum Nachweis des vorbezeichneten Geschehens ist dieser Urkunde die polizeiliche Bestätigung über die Erstattung einer Strafanzeige vom 08.12.1996 sowie das Attest des behandelnden Arztes vom 06.12.1996 als Anlage beigefügt.

Aufgrund des vorbezeichnetes Vorfalles entzieht die Ehefrau ihrem Sohn den Pflichtteil gemäß § 2333 Nr. 2 erste Alternative BGB, der Ehemann seinem Sohn gemäß § 2333 Nr. 2 zweite Alternative BGB.“

9 Nach dem Ableben des kam es zu einem Pflichtteilsprozess zwischen dem Kläger und dessen Alleinerbin, der jetzigen Erblasserin (Az.: der mit einem Vergleich endete. Die diesbezügliche Akte wurde ausgesondert.

10 Nach dem Ableben der Erblasserin nimmt der Kläger mit vorliegender Klage nunmehr den Beklagten als deren Alleinerben auf Pflichtteilserfüllung in Anspruch.

11 Hierzu trägt er vor:

12 Der im notariellen Erbvertrag seiner Eltern vom 08.04.1997 angeordneter Pflichtteilsanzug sei mangels eines die Pflichtteilsentziehung rechtfertigenden Grundes unwirksam. Im Erbvertrag sei der Vorfall vom 06.12.1996 falsch dargestellt. Er habe seine Mutter, die jetzige Erblasserin, niemals mit der flachen Hand ins Gesicht geschlagen. Vielmehr habe es sich bei dem damaligen Vorfall um eine Auseinandersetzung gehandelt, die von der Erblasserin ausgegangen sei. So sei auch in dem gegen die Erblasserin geführten Pflichtteilsverfahren bereits festgestellt worden, dass kein Grund für eine schwere Pietätsverletzung im Sinne der Rechtsprechung vorliege und der Pflichtteilsentzug somit nicht wirksam sei.

13 Der Kläger beantragt,
zu entscheiden wie aus der Urteilsformel ersichtlich.

14 Der Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.

15 Der Beklagte trägt vor:

16 Der Pflichtteilsentzug zulasten des Klägers sei wirksam.

17 Hintergrund der damaligen Auseinandersetzung zwischen dem Kläger und seinen Eltern sei gewesen, dass diese einen hohen Kredit bei der Sparkasse aufgenommen hätten, um dem Kläger ein Studium der Architektur

bei der zu ermöglichen. Der Kläger habe sich jedoch als völlig missratener Sohn erwiesen, sein Studium heimlich abgebrochen und die ihm von den Eltern gewährten Gelder „verprasst“. Diese habe er auch nicht zurückgezahlt oder zurückzahlen können. Der von den Eltern aufgenommenen Kredit sei deshalb notleidend und von der Sparkasse fristlos gekündigt geworden, die daraufhin die Zwangsversteigerung in das Anwesen betrieben und dieses für rund 200.000 DM selbst ersteigert habe, um es anschließend für 400.000 DM wieder zu veräußern.

18 Dies habe zu einem völligen Zerwürfnis zwischen dem Kläger und seinen Eltern geführt. Dieses Zerwürfnis habe in dem im notariellen Erbvertrag dargestellten Ereignis gegipfelt. Zum Beweis dafür, dass sich der Vorfall so zugegetragen habe wie im notariellen Erbvertrag dargestellt, werde die Vernehmung des damals protokollierenden Notars beantragt. Zum Beweis für die damals von der Erblasserin erlittenen Verletzungen werde die Beiziehung der Nachlassakte beantragt, in der sich das im notariellen Erbvertrag angesprochene Attest befinde. Die Vernehmung des dort bezeichneten, die Erblasserin damals behandelnden Arztes werde beantragt.

19 Das Gericht hat auf Antrag des Beklagten in der mündlichen Verhandlung den Kläger zu dem Vorfall vom 06.12.1996 als Partei vernommen. Wegen des Ergebnisses dieser Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 18.02.2021 Bezug genommen.

20 Im Übrigen wird zur ergänzenden Darstellung des Sach- und Streitstandes auf die von den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen Bezug genommen.

► II. Aus den Gründen:

21 Die Klage ist begründet.

22 Vom Grundsatz her steht zwischen den Parteien außer Streit, dass dem Kläger gegen den beklagten Verein als Alleinerben der Mutter des Klägers ein Pflichtteilsanspruch zusteht, der der Höhe nach den geltend gemachten Betrag von 26.754,68 € beträgt, §§ 2303 Abs. 1 S. 1, 2 2311 Abs. 1 S. 1 BGB. Da die Wirksamkeit des streitgegenständlichen Pflichtteilsentzuges jedenfalls nicht festgestellt werden kann, ist der beklagte Verein auch verpflichtet, diesen Anspruch des Klägers zu erfüllen, § 1967 Abs. 2 BGB.

23 1. a) Das Pflichtteilsrecht gewährleistet die verfassungsrechtlich geschützte grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass. Diese ist als tradiertes Kernelement des deutschen Erbrechts Bestandteil des institutionell verbürgten Gehalts der Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG. Zudem

sind die strukturprägenden Merkmale der Nachlassenteilhabe von Kindern Ausdruck einer Familiensolidarität, die in grundsätzlich unauflösbarer Weise zwischen dem Erblasser und seinen Kindern besteht und die ihrerseits von Art. 6 Abs. 1 GG geschützt wird. Das Pflichtteilsrecht knüpft an die familienrechtlichen Beziehungen zwischen dem Erblasser und seinen Kindern an und überträgt diese Solidarität zwischen den Generationen in den Bereich des Erbrechts. Diese Verpflichtung zur gegenseitigen umfassenden Sorge rechtfertigt es, dem Kind mit dem Pflichtteilsrecht auch über den Tod des Erblassers hinaus eine ökonomische Basis aus dem Vermögen des verstorbenen Elternteils zu sichern (vgl. etwa BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 26. November 2018 – 1 BvR 1511/14 Rn. 13 mwN, juris).

24 Allerdings entsprechen auch die hier zu prüfenden Pflichtteilsentziehungsgründe des § 2333 Nr. 1 und 2 BGB grundsätzlich den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Sie setzen Fehlverhaltensweisen des Pflichtteilsberechtigten voraus, die schwerwiegend genug sind, um von einer Unzumutbarkeit für den Erblasser ausgehen zu können, eine seinem Willen widersprechende Nachlassenteilhabe des Kindes hinzunehmen. Diese gesetzlichen Regelungen umschreiben auch im Interesse der Normenklarheit und der Justiziabilität das Fehlverhalten des Kindes gegenüber dem Erblasser in hinreichend klarer Weise (vgl. BVerfG, Beschluss vom 19. April 2005 – 1 BvR 1644/00 –, BVerfGE 112, 332-363, Rn. 82).

25 b) Für die hier in Rede stehenden Pflichtteilsentziehung gilt Folgendes:

26 Nach § 2333 Nr. 2 BGB in der für Erbfälle seit dem 01.01.2020 gültigen – und somit hier maßgeblichen – Fassung kann der Erblasser einem Abkömmling den Pflichtteil entziehen, wenn der Abkömmling sich eines Verbrechens oder eines schweren vorsätzlichen Vergehens gegen eine der in Nummer 1 bezeichneten Personen, also gegenüber dem Erblasser, dem Ehegatten des Erblassers, einem anderen Abkömmling oder einer dem Erblasser ähnlich nahe stehenden Person, schuldig macht. Die Neufassung tritt an die Stelle des zuvor maßgeblichen Entziehungsgrundes der körperlichen Misshandlung, ohne dass der Gesetzgeber damit eine inhaltliche Änderung der Entziehungsgründe beabsichtigt hat. Da der Begriff der körperlichen Misshandlung ebenso zu verstehen war wie in § 223 StGB, ist der Fall als schweres vorsätzliches Vergehen nunmehr von Abs. 1 Nr. 2 2. Alt umfasst. Damit ist die Tat als eine üble, unangemessene, sozialwidrige Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird, zu verstehen. Schmerzempfindung wird nicht gefordert (vgl. Staudinger/Olshausen (2015) BGB § 2333, Rn. 9 mwN).

27 Es muss demnach keine grobe oder schwere vorsätzliche körperliche Misshandlung stattgefunden haben; es genügt auch eine leichte vorsätzliche körperliche Misshandlung, sofern das Verhalten des Abkömmlings zusätzlich eine schwere Pietätsverletzung, eine „schwere Verletzung der dem Erblasser geschuldeten familiären Achtung“, zum Ausdruck bringt. Letzteres hat das OLG Saarbrücken bejaht in einem Fall, in dem die pflichtteilsberechtigte Tochter dem Erblasser mehrfach mit der Hand ins Gesicht geschlagen, ihm den gestreckten Mittelfinger gezeigt, ihn mit üblen Schimpfwörtern bedacht und ihm gewünscht hat, er möge „verrecken“. Ebenfalls ein schweres vorsätzliches Vergehen und eine schwere Verletzung der der Erblasserin geschuldeten familiären Achtung hat das LG Saarbrücken bejaht bei einem Sohn der Erblasserin, der seinem Stiefvater mit einer Sportluftpistole ins Gesicht geschossen hatte. nachdem er gewaltsam in das Haus der Mutter eingedrungen war. Eine schwere Pietätsverletzung soll nach Auffassung des OLG Köln hingegen nicht anzunehmen sein, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass es zur körperlichen Misshandlung des Erblassers im Affekt und aus Enttäuschung wegen erheblicher finanzieller und persönlicher Benachteiligungen des Pflichtteilsberechtigten durch den Erblasser gekommen ist (vgl. *Birkenheier* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 2333 BGB (Stand: 25.11.2020), Rn. 28-29 mwN).

28 c) Es ist in der höchststrichterlichen Rechtsprechung schließlich geklärt, dass die Wirksamkeit einer Pflichtteilsentziehung neben der Entziehungserklärung (§ 2336 Abs. 1 BGB) jedenfalls im Rahmen des § 2333 Nr. 1 bis 4 BGB gemäß § 2336 Abs. 2 BGB auch die Angabe eines zutreffenden Kernsachverhalts in dem Testament voraussetzt. Dabei geht es nicht darum, dass der Erblasser zum Ausdruck bringt, unter welchen der im Gesetz angeführten Entziehungstatbestände er seinen Entziehungsgrund einordnet, sondern es kommt auf eine gewisse Konkretisierung der Gründe an, auf die er die Entziehung stützen will. Eine derartige konkrete Begründung in dem Testament, die nicht in die Einzelheiten zu gehen braucht, ist schon deshalb unverzichtbar, weil die Entziehung andernfalls im Einzelfall am Ende auf solche Vorwürfe gestützt werden könnte, die für den Erblasser nicht bestimmend waren, sondern erst nachträglich vom Erben erhoben und vom Richter für begründet erklärt werden. Der hiernach notwendig anzugebende Kern des konkreten Sachverhalts, der den Grund der Pflichtteilsentziehung bildet, gehört gemäß § 2336 Abs. 2 BGB in die letztwillige Verfügung. Dieser Formvorschrift wird nicht schon dadurch Genüge getan, dass der Erblasser wegen des Entziehungsgrundes lediglich auf andere, der Testamentsform nicht entsprechende Erklärungen verweist

(vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 04. Dezember 1998 – 7 U 144/97 –, Rn. 10-11 mwN, juris).

29 2. Nach diesen Grundsätzen kann nach Auffassung des erkennenden Gerichts schon nicht von der Darstellung eines wirksamen Entziehungsgrundes im notariellen Erbvertrag der Eltern des Klägers vom 08.04.1997 ausgegangen werden.

30 a) Der Hintergrund der dem Kläger dort zur Last gelegten körperlichen Misshandlung der Erblasserin wird nicht genannt, auch nicht deren Folgen für die Erblasserin in den ca. 4 Monaten bis zur Testamentserrichtung. Wenn sich die dem Kläger zur Last gelegte körperliche Misshandlung in einem Streit zugetragen haben oder als Affekthandlung zu bewerten sein sollte, dann würde dies aus Sicht des Gerichts weniger schwer wiegen als etwa in dem oben dargestellten Fall des gewaltsamen Eindringens in das Haus der Mutter. Aus Sicht des Gerichts ist es kaum nachvollziehbar, dass der dem Kläger zur Last gelegte Vorfall allein, also für sich genommen, für die Eltern des Klägers so schwerwiegend war, dass es für sie unzumutbar war, über die Enterbung hinaus eine Mindestteilhabe des Klägers an ihrem Nachlass hinzunehmen.

31 Dies gilt umso mehr, als auch der Vater des Klägers diesen Vorfall zum Anlass genommen hat oder genommen haben will, um dem Kläger den Pflichtteil zu entziehen. Der insoweit erhobene Einwand des beklagten Vereins bzw. seines Prozessbevollmächtigten, bei der Erblasserin würden als unmittelbar Betroffener andere Maßstäbe für die Pflichtteilsentziehung gelten als bei ihrem Ehemann, verkennt, dass § 2333 Nr. 2 BGB nicht danach unterscheidet, ob die zur Pflichtteilsentziehung veranlassende Tat gegenüber dem Testator oder seinen nahen Angehörigen begangen wurde.

32 b) Letztendlich geht wohl auch der Beklagte davon aus, dass der im notariellen Erbvertrag mitgeteilte Grund als singuläres Ereignis eine Pflichtteilsentziehung nicht rechtfertigen würde und stellt dieses Ereignis deshalb als Endpunkt einer Eskalation dar, die ihre Ursache in der Enttäuschung der Eltern des Klägers über dessen Studienabbruch und den sich daraus ergebenden finanziellen Problemen für die Eltern selbst (Verlust ihres Hauses) hatte. Indes gilt, dass dieser Sachverhalt im notariellen Erbvertrag schon nicht als Entziehungsgrund mitgeteilt wird. Abgesehen hiervon würde dieser Sachverhalt eine Pflichtteilsentziehung nicht rechtfertigen, sondern einen nachvollziehbaren Anlass für die Enterbung des Klägers geben, über deren Wirksamkeit indes kein Streit herrscht.

33 Es spricht demnach alles dafür, dass die Eltern des Klägers den im notariellen Erbvertrag mitgeteilten Vorfall als Vorwand dafür genutzt haben, um dem Kläger aus einem anderen, für sie zwar wichtigen, von Gesetzes wegen aber nicht relevanten Grund den Pflichtteil

zu entziehen. Wegen dieses anderen Grundes haben die Eltern des Klägers zur damaligen Zeit offenbar auch versucht, die Schenkung der Immobilie an den Kläger wegen groben Undanks rückgängig zu machen. Es mag zwar nachvollziehbar sein, dass sie wegen dieses anderen, im notariellen Erbvertrag allerdings nicht mitgeteilten und deshalb auch nicht relevanten, Grundes dem Kläger (auch) seinen Pflichtteil entziehen wollten, entspricht aber nicht den gesetzlichen Voraussetzungen für eine Pflichtteilsentziehung.

34 c) Auch ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass zum Zeitpunkt der Errichtung des notariellen Erbvertrages nach den dort mitgeteilten Geburtsdaten die Erblasserin 62 Jahre alt und ihr Ehemann 66 Jahre alt waren, sodass beide nicht ihren nahen Tod vor Augen hatten. Auch dies lässt es zweifelhaft erscheinen, dass der im notariellen Erbvertrag geschilderte Vorfall für sich genommen für die Eltern so gravierend war, dass sie sich bereits jetzt sicher waren, dass es für sie bei ihrem Tod nicht hinnehmbar sein würde, eine Mindestteilhabe des Klägers, ihres einzigen Kindes, an ihrem dereinstigen Nachlass zu akzeptieren.

35 d) Abschließend ist in diesem Zusammenhang noch darauf hinzuweisen, dass der vom Beklagten vorgetragene „Hintergrund“ für das Zerwürfnis zwischen dem Kläger und seinen Eltern vom Kläger in der mündlichen Verhandlung – insoweit nicht protokolliert – auch bestritten wurde und es insoweit an einem Beweisantritt fehlt.

36 3. Aber auch wenn man den im notariellen Erbvertrag mitgeteilten Entziehungsgrund als ausreichend ansehen wollte, würde dies dem Klageabweisungsantrag des Beklagten nicht zum Erfolg verhelfen, da die dem Kläger zur Last gelegten körperlichen Übergriffe gegenüber der Erblasserin, seiner Mutter, nicht festgestellt werden können.

37 a) Gemäß § 2336 Abs. 3 BGB obliegt der Beweis des Grundes der Entziehung demjenigen, welcher die Entziehung geltend macht, hier also dem Beklagten als dem Alleinerben der Erblasserin, der den Pflichtteilsanspruch des Klägers nicht erfüllen und hierdurch den im notariellen Erbvertrag vom 08.04.1997 geäußerten letzten Willen der Erblasserin Geltung verschaffen will. Dies mag der beklagte Verein zwar als richtig und geboten ansehen, ändert aber nichts daran, dass der Erfolg dieses Vorhabens nach § 2336 Abs. 3 BGB den Nachweis des Entziehungsgrundes voraussetzt, sodass der beklagte Verein – bildlich gesprochen – nicht nur das Vermögen der Erblasserin, sondern auch deren Beweisschwierigkeiten für das Vorliegen eines Entziehungsgrundes geerbt hat.

38 b) Diese Schwierigkeiten vermag der beklagte Verein indes nicht zu überwinden, da sich der im notariellen Erbvertrag mitgeteilte Entziehungsgrund in tatsächlicher Hinsicht nicht nachweisen lässt.

39 aa) Dem diesbezüglichen Antrag in der Klageerweiterung auf Vernehmung des beurkundenden Notars war nicht nachzugehen, da dieses Beweismittel den dem Beklagten obliegenden Nachweis nicht erbringen kann. Der beurkundende Notar kann als Zeuge nur bestätigen, dass die Eltern des Klägers dem Notar gegenüber den im notariellen Erbvertrag mitgeteilten Sachverhalt so zu Protokoll gegeben haben. Dies ist indes unstreitig und durch die notarielle Erbvertragsurkunde im Sinne des Vollbeweises auch nachgewiesen (§ 415 Abs. 1 ZPO) und bedarf somit keiner Aufklärung durch das Gericht.

40 Indes beweist die Tatsache, dass die Eltern des Klägers eine entsprechende Tatsachenschilderung beurkunden ließen, nicht, dass sich diese in tatsächlicher Hinsicht auch so zugetragen hat. Selbst wenn der beurkundende Notar diese Tatsachenschilderung den Eltern des Klägers geglaubt haben sollte, wäre dieser Beweis durch die Vernehmung des Notars nicht zu führen. Aufgabe des Notars war es, die Erklärungen der Eltern des Klägers ordnungsgemäß zu beurkunden und nicht, diese als Zeugen zu vernehmen. „Falschaussagen“ vor dem beurkundenden Notar wären für die Eltern des Klägers schließlich in strafrechtlicher Hinsicht folgenlos geblieben.

41 Damit gilt, dass allein die Tatsache, dass Testierende in ihrer letztwilligen Verfügung einen Sachverhalt beschreiben bzw. dem beurkundenden Notar mitteilen, nicht beweist, dass sich dieser in tatsächlicher Hinsicht auch so zugetragen hat. Wollte man dies anders sehen, so würde dies die sich aus § 2336 Abs. 3 BGB ergebende – und die oben erörterten verfassungsrechtlichen Rechte des Pflichtteilsberechtigten letztendlich schützende – Beweislastverteilung ad absurdum führen. Es genügt für eine wirksame Pflichtteilsentziehung eben nicht, dass eine Testierende in seiner letztwilligen Verfügung einen Entziehungsgrund mitteilt. Dies ist lediglich in formeller Hinsicht Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Pflichtteilsentziehung (§ 2336 Abs. 2 S. 1 BGB), was aber nach der genannten Vorschrift („und“) nichts daran ändert, dass dieser Grund in tatsächlicher Hinsicht auch bestehen und nachgewiesen werden muss.

42 Letztendlich könnte die Tatsache, dass die Eltern des Klägers dem Notar den von diesem beurkundeten Vorfall so geschildert haben und dieser ihnen diese Schilderung auch geglaubt hat, allenfalls ein Indiz für die tatsächliche Richtigkeit dieser Schilderung sein, das jedoch nicht geeignet ist, den dem Beklagten in dieser Hinsicht obliegenden Vollbeweis zu erbringen.

43 bb) Gleiches gilt für die Tatsache, dass die Erblasserin gegen den Kläger Strafanzeige erstattet hat, zumal dies unstreitig in umgekehrter Richtung ebenfalls der Fall war.

44 cc) Schließlich vermag auch die Tatsache, dass die Erblasserin nach dem fraglichen Vorfall die Notfallambu-

lanz des Städtischen Krankenhauses aufgesucht hat und dort Feststellungen zu Verletzungen getroffen wurden, nicht den dem Beklagten obliegenden Beweis zu erbringen oder in maßgeblicher Hinsicht zu bestärken. Deshalb war es seitens des Gerichts auch nicht veranlasst, die Nachlassakte, wie vom Beklagten beantragt, beizuziehen, um auf diese Weise in den Besitz des im notariellen Erbvertrag angesprochenen Attestes des behandelnden Arztes vom 06.12.1996 zu gelangen, um hierdurch wiederum den Namen dieses Arztes in Erfahrung zu bringen, um diesen dann als Zeugen zu vernehmen.

45 Nach dem notariellen Erbvertrag soll der behandelnde Arzt bei der Erblasserin später eine Schädelprellung festgestellt haben. Auch dies kann als wahr unterstellt werden, ohne dass es die dem Beklagten obliegende Beweisführung maßgeblich weiterbringen würde.

46 Nach der noch zu erörternden Aussage des Klägers anlässlich seiner Parteivernehmung hat dieser, allerdings in einer Art Notwehrsituation, die Erblasserin von sich weggestoßen, sodass diese sich auch hierdurch eine Schädelprellung zugezogen haben kann, die dann später vom sie untersuchenden Arzt attestiert wurde.

47 dd) Insgesamt sind somit die dem beklagten Verein zum Nachweis der tatsächlichen Voraussetzungen einer Pflichtteilsentziehung zur Verfügung stehenden bzw. die ihm von der Erblasserin „hinterlassenen“ Beweismittel bei weitem nicht ausreichend, um den ihm nach § 2336 Abs. 3 BGB obliegenden, sog. Vollbeweis zu führen.

48 c) Dieser Beweis konnte schließlich auch nicht durch die deshalb auf Antrag des Beklagtenvertreters im Termin vom 18.02.2021 durchgeführte Vernehmung des Klägers als Partei (§ 445 Abs. 1 ZPO) geführt werden.

49 Nach der Aussage des Klägers war es nämlich so, dass die Erblasserin ihn bei der Rückkehr in seine Wohnung tätlich angegriffen und auch verletzt hat und er selbst nichts weiter gemacht hat, als die Mutter zur Unterbindung weiterer Tötlichkeiten von sich wegzustoßen.

50 Es bedarf keiner näheren Begründung, dass auch durch dieses Beweismittel die tatsächlichen Voraussetzungen für die im notariellen Erbvertrag angeordnete Pflichtteilsentziehung nicht zur Überzeugung des Gerichts nachgewiesen werden konnten, zumal der vom Kläger vorgelegte Arztbericht des Städtischen Krankenhauses vom 06.12.1996 dessen

51 d) Sachverhaltsschilderung in gewisser Hinsicht bekräftigt. Dessen ungeachtet bleibt es aber dabei, dass jedenfalls nach Beweislastgrundsätzen nicht von der Wirksamkeit der im notariellen Erbvertrag vom 08.04.1997 angeordneten Entziehung des Pflichtteils ausgegangen werden kann, womit zulasten des beklagten Erben davon auszugehen ist, dass dieser weiterhin zur Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs des Klägers verpflichtet ist, auch

wenn dies die Erblasserin anders gewollt und angeordnet haben mag.

52 e) Darauf hinzuweisen ist schließlich noch, dass die Eltern des Klägers durchaus die Möglichkeit gehabt hätten, insoweit zeitnah und rechtssicher klare Verhältnisse zu schaffen. Auch wenn die Erblasserin, was eher nicht überrascht, mit ihrer Strafanzeige nicht „weitergekommen“ sein mag, hätte für sie und ihren Ehemann die Möglichkeit bestanden, die Berechtigung zur Entziehung des Pflichtteils im Wege einer Klage „festzuzurren“. An-erkanntermaßen kann in Fällen der vorliegenden Art nämlich eine Feststellungsklage (§ 256 ZPO) erhoben werden, denn für die Klage eines Testators gegen einen Pflichtteilsberechtigten auf Feststellung eines Rechts zur Entziehung des Pflichtteils besteht das erforderliche Feststellungsinteresse, weil die Klärung der Grenzen der Testierfreiheit im Allgemeinen – wie der vorliegende Fall zeigt – keinen größeren Aufschub verträgt (vgl. *Birkenheier* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPKBGB, 9. Aufl., § 2333 BGB (Stand: 25.11.2020), Rn. 91 mwN). Zur Vermeidung späterer Beweisnot auch des Erben, der sich auf die Pflichtteilsentziehung stützen will und deren Voraussetzungen im Streitfall beweisen muss, kann es sich je nach Sachlage auch empfehlen, dass der Erblasser ein selbständiges Beweisverfahren (§ 485 Abs. 1 ZPO) beantragt, in dem z.B. hochbetagte Zeugen vernommen werden, die den Entziehungsgrund bestätigen können (*Birkenheier*, aaO, § 2336 Rn. 30).

53 Derartige Schritte haben die Eltern des Klägers zu Lebzeiten indes nicht bestritten, weshalb sie sich – ebenso wie der beklagte Verein als der Rechtsnachfolger der verstorbenen Mutter – nach ihrem Tod „damit abfinden“ müssen, dass ihr offenbar bis zuletzt ungeliebter, einziger Sohn den ihm gesetzlich (und verfassungsrechtlich) zustehenden Pflichtteil fordert und auch erfolgreich durchsetzen kann.

54 4. Die geltend gemachten Zinsen aus dem nach alledem auszuurteilenden Pflichtteilsanspruch sind aus §§ 286 Abs. 1, 291 S. 1 BGB gerechtfertigt.

Alterstypische Erscheinungen vs Testierunfähigkeit

BGB § 2224 Abs. 2; ZPO § 522 Abs. 2

Redaktioneller Leitsatz:

Erinnerungslücken (Name der langjährigen Zuehfrau, Daten und zeitliche Einordnung bestimmter persönlicher Ereignisse), Vergesslichkeiten (bspw. Vorversterben der Eltern, Aufgabe der eigenen Berufstätigkeit, Regelungen

zur Grabpflege) des Erblassers, Wiederholen bestimmter Erinnerungen und Geschichten und sein Beharren auf ein ihn beschäftigendes Thema sind Auffälligkeiten, die als alterstypische Erscheinung anzusehen sind, die allein noch nicht dazu führen, dass von einer Testierunfähigkeit auszugehen ist. (Rn. 9)

LG Heilbronn (3. Zivilkammer),
Beschluss vom 13.09.2021 – 3 S 5/21

► Aus Gründen:

1 Die Berufung gegen das Urteil des Amtsgerichts Öhringen vom 15.02.2021, Aktenzeichen 2 C 303/14, ist gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil nach einstimmiger Auffassung der Kammer das Rechtsmittel offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtsache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht geboten ist.

2 Zur Begründung wird auf den vorausgegangenen Hinweis der Kammer Bezug genommen.

3 Die Stellungnahme der Beklagtenseite vom 26.08.2021 vermag hieran im Ergebnis nichts zu ändern.

4 1. Ein Mangel der Prozessführungsbefugnis liegt aufgrund des eingreifenden Notprozessführungsrechts nach § 2224 Abs. 2 BGB nicht vor.

5 Bezüglich des Vorliegens der Voraussetzungen des § 2224 Abs. 2 BGB wird auf die Ausführungen im Hinweis vom 22.07.2021 Bezug genommen.

6 Eine Antragsstellung auf Herausgabe der Gegenstände an alle Gesamttestamentsvollstrecker gemeinschaftlich ist nicht zu fordern. Aus dem Rubrum geht hervor, dass der Kläger als Testamentsvollstrecker klagt und deshalb die eingeklagten Gegenstände nicht seinem Privatvermögen zugeordnet werden sollen, sondern dem Nachlass des Erblassers.

7 2. Die Kammer ist auch unter Berücksichtigung der Stellungnahme der Beklagten vom 26.08.2021 der Ansicht, dass von einer Testierunfähigkeit des Erblassers am 08.06.2012 nicht ausgegangen werden kann.

8 In ihrer Stellungnahme bemängeln die Beklagten, dass sich die Kammer im Hinweis vom 22.07.2021 nicht konkret mit der Berufungsbegründung auseinandergesetzt habe. Eine Würdigung der Beweisaufnahme kann allerdings nur in Gesamtschau mit dem gesamten Akteninhalt erfolgen. Das Hervorheben der sich aus den Aussagen einiger Zeugen ergebender Aspekte, die für

eine erhebliche kognitive Einschränkung des Erblassers sprechen, unter Weglassen der von anderen Zeugen geschilderten Orientiertheit und geistigen Beweglichkeit des Erblassers verbietet sich.

9 Die Beklagten nehmen in ihrer Berufungsbegründung und im Schriftsatz vom 26.08.2021 ausführlich auf Erinnerungslücken (Name der langjährigen Ehefrau, Daten und zeitliche Einordnung bestimmter persönlicher Ereignisse) und Vergesslichkeiten (bspw. Vorversterben der Eltern, Aufgabe der eigenen Berufstätigkeit, Regelungen zur Grabpflege) des Erblassers Bezug, dessen Wiederholen bestimmter Erinnerungen und Geschichten und sein Beharren auf ein ihn beschäftigendes Thema (Schlüssel W... straße am 11.09.2012 im Video „Onkel O. 1“). Dies wird vom Gericht nicht in Abrede gestellt. Solche Auffälligkeiten sind durchaus als alterstypische Erscheinung anzusehen, die allein noch nicht dazu führt, dass von einer Testierunfähigkeit auszugehen ist, zumal einige der dargestellten Auffälligkeiten nur einzelne Tage betreffen (Vergessen der erteilten General- und Vorsorgevollmacht am 29.12.2011, Vergessen des notariellen Testaments am 24.10.2012, Vergessen des gestellten Strafantrags am 10.10.2012, Vergessen des Vor- und Zunamen der Ehefrau am 02.06.2011).

10 Auch die Angriffe gegen die Zuverlässigkeit des Notars B. und das Gutachten des Sachverständigen Dr. Br. ändern am Ergebnis der nicht nachgewiesenen Testierunfähigkeit nichts, weil das Gericht seine Entscheidung nicht allein und nicht einmal maßgeblich auf das Sachverständigengutachten oder darauf gestützt hat, dass der Notar B. bei den Beurkundungen am 08.12.2011 und am 08.06.2012 keine Zweifel an der Geschäftsfähigkeit des Erblassers hatte, sondern auf eine Vielzahl von Zeugenaussagen sowie den Gesamteindruck, den der Erblasser in den Videoaufzeichnungen hinterlassen hat.

11 Die von der Beklagtenseite gegen die Glaubhaftigkeit der Aussage des Zeugen Bl. vorgebrachten Argumente vermögen das Gericht nicht zu überzeugen.

12 Der Zeuge hat ausweislich seiner in der Sitzungsniederschrift vom 22.06.2016 auf 4,5 Seiten protokollierten Zeugenaussage ausführlich den Ablauf der Testamentserstellung geschildert. Übereinstimmend mit dem Zeugen R., seinem Anwaltskollegen, der beim ersten Termin mit dem Erblasser mit dabei war, gab er an, dass es bei diesem Termin im Oktober 2011 vorrangig um die Betreuung gegangen sei, der Erblasser aber bereits zu diesem Zeitpunkt angegeben habe, sein Testament ändern zu wollen. Es erscheint ohne weiteres einleuchtend, dass daraufhin ein Aktenzeichen, aus dem die damals im Vordergrund stehende Betreuungssache her-

vorgeht, vergeben wurde. Dass während eines Gesprächs über mehrere Angelegenheiten gesprochen wird, erscheint der Kammer lebensnah. Ebenfalls glaubhaft erscheint der Kammer, dass vor dem Fertigen eines Entwurfs zunächst mindestens eine weitere Besprechung stattgefunden hat, bei welcher der Zeuge dem Erblasser dessen Änderungsmöglichkeiten erklärt hat und sich die Wünsche des Erblassers erläutern ließ. Der erste Entwurf wurde auf Wunsch des Erblassers geändert. Nachdem der Zeuge telefonische Kontakte mit dem Erblasser für unwahrscheinlich hält, ist auch hierfür ein weiterer Termin anzunehmen. Zuletzt gab es den Beurkundungstermin, bei dem auch der Zeuge Bl. anwesend war. Das ergibt mindestens vier Gespräche im Zeitraum Oktober 2011 bis Juni 2012.

13 Widersprüche zu anderen Zeugenaussagen vermag die Kammer diesbezüglich nicht zu erkennen. Auch aus der Aussage des Zeugen G. ergibt sich nicht, wie viele Termine es zwischen Rechtsanwalt Bl. und dem Erblasser gab. Auf Seite 6 Absatz 2 der Sitzungsniederschrift vom 22.06.2016 gibt der Zeuge G. vielmehr an, dass es „dann noch einmal ein Gespräch mit Herrn Rechtsanwalt Bl., mir und dem Erblasser“ gegeben habe. Aus der Formulierung lässt sich schließen, dass es davor bereits mindestens ein weiteres Gespräch gegeben haben muss.

14 Die Kammer hält die Aussagen der Zeugen R. und insbesondere des Zeugen Bl. hinsichtlich der Prüfung der Frage der Geschäfts- bzw. Testierfähigkeit mit dem Amtsgericht für glaubhaft. Anhaltspunkte für die Unterstellung der Beklagtenseite, die Frage der Geschäftsfähigkeit sei dem Zeugen Bl. nach der General- und Vorsorgevollmacht vom 08.12.2011 gleichgültig gewesen, vermag die Kammer nicht zu erkennen. Selbst wenn dies der Fall gewesen sein sollte, ergeben sich aus den vom Zeugen Bl. geschilderten Gesprächen mit dem Erblasser jedoch deutliche Anhaltspunkte, die dafür sprechen, dass der Erblasser bei diesen Gesprächen und insbesondere am 08.06.2012 in der Lage war, die Bedeutung des von ihm errichteten Testaments einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln.

15 Das Ergebnis des Amtsgerichts, dass tatsächlich von einer Einschränkung der Geistestätigkeit des Erblassers im Zeitpunkt der Testamenterrichtung auszugehen ist, unter Würdigung sämtlicher Anhaltspunkte allerdings nicht zur Überzeugung des Gerichts nachgewiesen werden konnte, dass der Erblasser aufgrund seiner kognitiven Einschränkungen nicht mehr in der Lage gewesen wäre, die Bedeutung des von ihm errichteten Testaments einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln, ist daher nicht zu beanstanden.

16 Die Berufung ist deshalb zurückzuweisen.

Erbverzichtsvertrag, Geschäftsfähigkeit

BGB § 104 Nr. 2

Amtlicher Leitsatz:

Den Aussagen von Personen, die wie hier der Notar, der einen Erbverzichtsvertrag beurkundet hat, zur Zeit der Vornahme des in Rede stehenden Rechtsgeschäfts mit der betroffenen Person in bloßem sozialem Kontakt standen, ist mangels fachlicher Qualifikation zur Beurteilung der medizinischen Voraussetzungen des § 104 Nr. 2 BGB grundsätzlich kein besonderer Beweiswert zuzumessen.

OLG Hamm (10. Zivilsenat),

Urteil vom 13.07.2021 – 10 U 5/20

I. Tatbestand:

1 Die Parteien sind Halbgeschwister. Der Kläger macht nach dem am ... 1923 geborenen und am ... 2017 verstorbenen Erblasser A seinen Pflichtteil geltend. Der Kläger ist das Kind aus ist der 1. Ehe, der Beklagte das Kind aus der 2. Ehe des Erblassers.

2 Der Beklagte hat den Erblasser aufgrund eines Testaments vom 02.04.1996 allein beerbt. Zuvor hatten der Erblasser und der Kläger am 29.03.1996 einen notariellen Vertrag geschlossen, in dem der Kläger auf sein gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht verzichtete.

3 Im Jahr 2000 verstarb die 2. Ehefrau des Erblassers, er selbst zog im Jahr 2004 ins P. Am 25.05.2004 erteilte er dem Beklagten eine umfassende General- und Vorsorgevollmacht. In den Jahren 2003 und 2004 untersuchte der Neurologe und Psychiater C K den Erblasser wegen zunehmender Verwirrheitszustände und stellte mnestiche Defizite unklarer Ursache fest (Bl. 196 ff d.A.). In ihrer Stellungnahme vom 26.01.2009 stellte die Neurologin B K-D bei dem Erblasser eine mäßig ausgeprägte Demenz bei Alzheimer-Krankheit fest (Bl. 84 d.A.). In ihrem nervenärztlichen Gutachten vom 29.07.2009 diagnostizierte sie eine leichte bis mittelgradige Demenz und regte die Einrichtung einer gesetzlichen Betreuung mit dem Aufgabenkreis Vermögenssorge an (Bl. 41 ff d.A.).

4 Am 14.08.2009 erklärten der Erblasser und der Kläger vor dem Notar E in F, dass sie den Erbverzichtsvertrag vom 29.03.1996 aufheben.

5 In der Folgezeit wurde der Erblasser noch mehrfach fachärztlich untersucht. Der Allgemeinmediziner G hielt den Erblasser nach Durchführung verschiedener Untersuchungen, wie dem Uhren- und dem DemTect-Test, am

29.05.2015 für nicht mehr geschäftsfähig (Bl. 83 d.A.). Der Psychiater H stellte in seinem Bericht vom 02.06.2015 aufgrund einer Demenz vom Alzheimer Typ eine Geschäftsunfähigkeit fest (Bl. 26 d.A.). Am 09.06.2015 erstellte der Neurologe und Psychiater C K im betreuungsrechtlichen Verfahren ein nervenärztliches Gutachten und stellte eine senile Demenz vom Alzheimer Typ fest (Bl. 175 ff d.A.). Am 15.07.2015 ordnete das Betreuungsgericht die Betreuung des Erblassers für den Aufgabenkreis Vermögensangelegenheiten mit Einwilligungsvorbehalt an und bestimmte den Beklagten zu seinem Betreuer.

6 Nach dem Tod des Vaters im Jahr 2017 hat der Kläger unter Berufung auf den Aufhebungsvertrag vom 14.08.2009 seinen Pflichtteil eingeklagt und im Rahmen einer Stufenklage zunächst auf erster Stufe Auskunft über den Nachlass verlangt.

7 Der Beklagte hat die Erfüllung des Pflichtteils verweigert und gemeint, die Aufhebung des Erb- und Pflichtteilsverzichtsvertrages sei unwirksam, weil der Erblasser im August 2009 nicht mehr geschäftsfähig gewesen sei. Wegen des am 29.03.1996 erklärten Pflichtteilsverzichts stehe dem Kläger kein Anspruch hinsichtlich des Nachlasses des Erblassers mehr zu.

8 Das Landgericht hat nach Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen I, Vernehmung der Zeugin B K-D und mündlicher Erläuterung des Gutachtens durch den Sachverständigen die Klage insgesamt mit Urteil vom 26.11.2019 abgewiesen.

9 Zur Begründung hat es ausgeführt, dem Kläger stehe aufgrund des Erbverzichts vom 29.03.1996 kein Pflichtteil zu. Die am 14.08.2009 erklärte Aufhebung des Vertrages sei unwirksam, weil der Erblasser nicht mehr geschäftsfähig gewesen sei. Dies folge aus der Zeugenaussage der den Erblasser behandelnden Fachärztin K-D sowie den schriftlichen und mündlichen Ausführungen des Sachverständigen I. Danach habe der Erblasser im Zeitpunkt der Beurkundung des Aufhebungsvertrages an einer mittelschweren Demenz gelitten, die es ihm unmöglich gemacht habe, die Bedeutung und die Folgen seiner Erklärung angemessen zu beurteilen.

10 Mit seiner form- und fristgerecht eingelegten Berufung verfolgt der Kläger seine erstinstanzlichen Anträge weiter. Er hält den am 14.08.2009 beurkundeten Vertrag weiter für rechtswirksam und rügt die vom Landgericht vorgenommene Beweiswürdigung als unzutreffend und unvollständig. Er trägt vor, es gelte die Vermutung der Geschäftsfähigkeit des Erblassers. Der beurkundende Notar E habe sich am 14.08.2009 von dieser überzeugt. Hätte er Zweifel gehabt, hätte er eine Beurkundung nicht vornehmen dürfen. Das schriftliche Gutachten des Sachverständigen I sei nicht überzeugend und unvollständig.

Es leide an erheblichen Mängeln. So fehlten für das Jahr 2009 hinreichende ärztlichen Unterlagen, die eine Geschäftsunfähigkeit belegen könnten. Zudem seien die eingereichten Schreiben der Pflegekraft J und die Stellungnahme des Pflegeheimleiters und Krankenpflegers L nicht berücksichtigt worden. Auch die Pflegedokumentation des P sei nur oberflächlich gewürdigt worden. Seinen schriftlichen Ausführungen habe der Sachverständige bei seiner mündlichen Anhörung vor dem Landgericht widersprochen. Auch die Aussage der Zeugin K-D sei nicht nachvollziehbar und passe nicht zu ihren Stellungnahmen. Erst im Rahmen ihrer mündlichen Anhörung vor dem Landgericht hätte sie eine Geschäftsunfähigkeit feststellen können. Im Übrigen könne auch bei einer mittelschweren Demenz noch eine partielle Geschäftsfähigkeit vorliegen. Der Erblasser habe den natürlichen Willen gehabt, seine beiden Söhne gleich zu behandeln. Dies habe er durch seine Erklärung zur Aufhebung des Verzichtsvertrages am 14.08.2009 rechtswirksam gemacht.

11 Der Kläger beantragt,
unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Detmold vom 26.11.2018 den Beklagten im Wege der Stufenklage zu verurteilen,

1. ihm Auskunft über den Bestand des Nachlasses des Herrn A, geb. am 00.00.1923 in M, verstorben am 00.00.2017, zu erteilen, durch Vorlage eines Bestandsverzeichnisses, welches folgende Punkte umfasst:

- alle beim Erbfall tatsächlich vorhandenen Sachen und Forderungen,
- alle Nachlassverbindlichkeiten,
- alle Schenkungen, auch Pflicht- und Anstandsschenkungen des Erblassers sowie darüber hinaus auch alle ehebezogenen Zuwendungen des Erblassers an dessen Ehegatten, die nach §§ 2325, 2329 BGB pflichtteilsergänzungspflichtig sein könnten,
- alle Zuwendungen, die nach den §§ 2050 ff., 2316 BGB ausgleichspflichtig sein könnten, den Güterstand, in dem der Erblasser gelebt hat, sämtliche Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall sowie deren Zuwendungsempfänger, sämtliche Lebensversicherungen des Erblassers einschließlich der gezahlten Prämien und der Zuwendungsempfänger, sämtliche Lebensversicherungen des Erblassers einschließlich der gezahlten Prämien und der Zuwendungsempfänger, alle Erbverzichtsverträge, die der Erblasser geschlossen hat.

2. den Wert der Nachlassgegenstände zu ermitteln,

3. für den Fall, dass das Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt errichtet wird, an Eides Statt zu versichern, dass er den Bestand des Nachlasses und die darin enthaltenen Auskünfte über Vorempfänger nach bestem Wissen so vollständig angegeben hat, wie er dazu in der Lage war,

4. an ihn $\frac{1}{4}$ des anhand der nach Ziff. 1 zu erteilenden Auskunft errechneten Betrages nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit Zustellung der Klage zu zahlen.

12 Der Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

13 Der Beklagte verteidigt die ergangene Entscheidung, insbesondere die vom Landgericht vorgenommene Beweiswürdigung. Nach den Ausführungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen gebe es keinen vernünftigen Zweifel am Vorliegen einer Geschäftsunfähigkeit. Widersprüche seien nicht zu erkennen. Die vorhandene Pflegedokumentation sei hinreichend berücksichtigt worden. Bei seiner mündlichen Anhörung habe der Sachverständige sogar geäußert, selten eine so eindeutige Beurteilungsgrundlage zur Verfügung gehabt zu haben. Auch die Aussage der vernommenen Ärztin K-D sei eindeutig und überzeugend gewesen. Etwaige Widersprüche in ihrer Begutachtung habe sie klargestellt. Demgegenüber seien die eingereichten Stellungnahmen der Frau J und des Herrn L irrelevant.

14 Die Akten des Amtsgerichts Detmold, 23 XVII 279/15 V, waren beigezogen und Gegenstand der mündlichen Verhandlung. Der Senat hat den Sachverständigen I ergänzend angehört. Zum Ergebnis der Anhörung wird auf den Berichterstatteervermerk vom 13.07.2021 verwiesen.

II. Aus den Gründen:

15 Die zulässige Berufung bleibt in der Sache ohne Erfolg. Die Klage ist zu Recht insgesamt abgewiesen worden. Denn dem Kläger steht nach seinem am 00.00.2017 verstorbenen Vater kein Pflichtteilsrecht zu.

16 1. Grundsätzlich stand dem Kläger gem. § 2303 I BGB als enterbtem Sohn ein solches Recht zwar zu. Allerdings hat er hierauf durch den am 29.03.1996 mit dem Erblasser geschlossenen notariellen Erbverzichtsvertrag verzichtet. Dieser gem. §§ 2346, 2328 BGB rechtswirksam geschlossene Vertrag ist in der Folgezeit nicht hinfällig geworden. Die am 14.08.2009 vom Erblasser und dem Kläger vor dem Notar E erklärte Vertragsaufhebung ist unwirksam. Zu diesem Zeitpunkt war der damals bereits 86-jährige Erblasser nicht mehr geschäftsfähig, mit der Folge, dass seine Willenserklärung gem. § 105 I BGB nichtig ist.

17 2. Gem. § 104 Nr. 2 BGB ist geschäftsunfähig, wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist.

18 Ein seiner Natur nach nicht nur vorübergehender, die freie Willensbestimmung ausschließender Zustand krank-

hafter Störung der Geistestätigkeit liegt vor, wenn der betroffene Mensch über einen länger andauernden Zeitraum hinweg zu freien Entscheidungen nach Abwägung des Für und Wider auf Grund einer sachlichen Prüfung der in Betracht kommenden Gesichtspunkte nicht in der Lage ist, weil seine Erwägungen und Willensentschlüsse wegen krankhafter Geistesstörung oder Geistesschwäche nicht mehr auf einer der allgemeinen Verkehrsauffassung entsprechenden Würdigung der die Außenwelt prägenden Umstände und der Lebensverhältnisse beruhen, sondern durch krankhaftes Empfinden, krankhafte Vorstellungen und Gedanken oder durch unkontrollierte Triebe und Antriebskräfte oder die Einwirkung Dritter derart übermäßig beherrscht werden, dass von einer freien Willensbildung nicht mehr gesprochen werden kann. Eine solche krankhafte Störung der Geistesfähigkeit kann bei einer fortschreitenden Demenz vorliegen. Liegt eine so schwerwiegende Störung der Geistestätigkeit vor, dass die freie Willensbestimmung des Betroffenen ausgeschlossen ist, wird dies regelmäßig die ganze Persönlichkeit und damit alle von der Person vorgenommenen Rechtsgeschäfte erfassen. Nur in besonderen Einzelfällen kann sich der Ausschluss der freien Willensbestimmung auf einen gegenständlich abgegrenzten Kreis von Angelegenheiten oder bestimmte Lebensbereiche beschränken. Man spricht dann von einer partiellen Geschäftsunfähigkeit, die indes voraussetzt, dass die Einsichtsfähigkeit für die anderen Lebensbereiche vorhanden ist. Abgelehnt wird dagegen eine relative Geschäftsunfähigkeit für besonders schwierige Rechtsgeschäfte.

19 Darlegungs- und beweispflichtig für das Vorliegen einer Geschäftsunfähigkeit ist derjenige, der sich darauf beruft, hier also der Beklagte. Für die gerichtliche Feststellung der Geschäftsunfähigkeit ausreichend ist aber schon ein für das praktische Leben brauchbarer Grad an Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (vgl. OLG München NJW-RR 09, 1599; *Juris-Hansen*, 9. Aufl., § 104 BGB Rz. 11 ff; *Palandt-Ellenberger*, 80. Aufl., § 104 BGB Rz. 6 ff).

20 3. Gemessen an diesen Kriterien hat der Beklagte den ihm obliegenden Beweis, dass der Erblasser am 14.08.2009 geschäftsunfähig war, erbracht. Nach Durchführung einer ergänzenden Anhörung des Sachverständigen I ist der Senat davon überzeugt, dass der Erblasser zum damaligen Zeitpunkt aufgrund seiner fortgeschrittenen Demenzerkrankung nicht mehr in der Lage gewesen ist, die Bedeutung und die Folgen der von ihm abgegebenen Erklärung zu erfassen.

21 Der gerichtlich als Gutachter bestellte Sachverständige I ist bereits in seinem schriftlichen Gutachten vom 06.07.2019 zu dem Ergebnis gelangt, dass am 14.08.2009 die Voraussetzungen für eine Geschäftsunfähigkeit vorla-

gen. Nach Auswertung der ärztlichen Untersuchungsberichte und Stellungnahmen sei von einem langsam progredienten Verlaufstypus einer Alzheimer-Demenz mit spätem Beginn auszugehen, die bereits im Juli 2009 zu einer Geschäftsunfähigkeit geführt habe. Erste Anzeichen dieser Erkrankung seien schon in den Jahren 2003/2004 dokumentiert. Insoweit bezieht sich der Sachverständige auf die Berichte des C K vom 25.09.2003 und 24.06.2004, in denen die Abnahme des Kurzzeitgedächtnisses mit der Diagnose „Verdacht auf mnestic Defizite unklarer Genese“ festgestellt worden ist (Bl. 196 d.A.).

22 Ausschlaggebend für die Begutachtung des Sachverständigen waren die in der Dokumentation der Zeugin K-D ausführlich niedergelegten Anknüpfungstatsachen aus dem Jahr 2009. Schon damals ging es um die Frage, ob der Erblasser noch geschäftsfähig war. In ihrem Gutachten vom 29.07.2009 beruft sich die Fachärztin für Neurologie und Psychiatrie auf ihre eigenen Vorbefunde vom 13.01.2009 und auf eine erneute Untersuchung des Erblassers in ihrer Praxis am 16.07.2009. Insbesondere die letzte Untersuchung hat sie in ihrem nervenärztlichen Gutachten ausführlich zusammengefasst, so gibt sie das mit dem Erblasser seinerzeit geführte Gespräch als Wortprotokoll wieder (Bl. 42 - 44 d.A.). Die Fachärztin diagnostizierte damals eine leichte bis mittelgradige Demenz unklarer Genese und empfahl die Einrichtung einer gesetzlichen Betreuung für den Bereich der Vermögenssorge (Bl. 45 d.A.). Dieses Ergebnis hat die erstinstanzlich als Zeugin vernommene Fachärztin dahingehend konkretisiert, dass der Erblasser schon damals den Inhalt einer notariellen Urkunde nicht mehr habe erfassen können, insbesondere wenn es darum gegangen sei, eine frühere Urkunde aus dem Jahr 1996 aufzuheben. Es hätten bereits im Jahr 2003 Bedenken bestanden, dass der Erblasser seine finanziellen Dinge noch habe überblicken können. Selbst wenn eine Absicht zu erkennen gewesen sei, seine beiden Söhne gleich zu behandeln, habe er nicht erfassen können, ob das durch die Urkunde aus dem Jahr 1996 oder die geänderte aus dem Jahr 2009 geschehen könne. Hierfür habe es ihm am notwendigen Überblick über den Gesamtzusammenhang gefehlt. Die diagnostizierte Demenzerkrankung habe sich von Januar bis Juli 2009 leicht verschlechtert, so habe er bei dem Demenztest im Januar noch 23 Punkte erzielt, während es im Juli nur noch 21 Punkte gewesen seien. Soweit sie in ihrer Begutachtung von 2009 von einer in Teilen noch vorhandenen Geschäftsfähigkeit gesprochen habe, hat die Zeugin klargestellt, dass hiermit lediglich die noch erkennbare Absicht gemeint gewesen sei, die beiden Söhne gleich zu behandeln. Das mit seiner Ehefrau im Jahr 1996 errichtete Testament habe der Erblasser bei ihrer Befragung am 16.07.2009 nicht mehr parat gehabt. Er

habe auch nicht geäußert, dass er seine letztwilligen Verfügung habe ändern wollen (Bl. 316 ff d.A.).

23 Die Aussage der Zeugin ist glaubhaft und nachvollziehbar. Insbesondere widerspricht sie nicht ihren früheren schriftlichen Begutachtungen und Stellungnahmen, die sie vor Gericht nur weiter erläutert hat. Auch an der Glaubwürdigkeit der Zeugin bestehen keine Bedenken. Es ist kein Anhaltspunkt dafür erkennbar, dass sich die Fachärztin bei ihrer Begutachtung oder ihrer späteren Zeugenaussage von einer der Parteien hat beeinflussen lassen. Damit konnten die von der Zeugin erhobenen Befunde der gerichtlichen Begutachtung zugrunde gelegt werden.

24 Der Sachverständige I hat bei seiner ergänzenden Befragung durch den Senat überzeugend ausgeführt, dass aus dem von der Zeugin als Wortprotokoll wiedergegebenen Gespräch mit dem Erblasser klar hervorgehe, dass er schon damals keinen Zugriff mehr auf wesentliche Inhalte seines Gedächtnisses gehabt habe. So sei ihm das zusammen mit seiner 2. Ehefrau errichtete Testament zunächst nicht mehr eingefallen. Damit sei ihm nicht mehr klar gewesen, dass er seine Erbfolge schon geregelt hatte. Hinsichtlich seines Verhältnisses zu seinen Söhnen habe er hauptsächlich auf ältere Begebenheiten zurückgreifen können, wie es typisch für eine Demenzerkrankung sei. Auch die in dem Wortprotokoll dokumentierte Ratlosigkeit des Patienten, die deutlich bei den Nachfragen hinsichtlich der Zahlungen an den Sohn N erkennbar seien, belegten dieses Krankheitsbild. Der Erblasser habe nur noch allgemein ausdrücken können, was er will, nämlich die Gleichbehandlung seiner Söhne. Einen solchen Satz habe er sich noch gut merken können, zu mehr sei er nicht mehr imstande gewesen. Es habe ihm an konkretem Wissen und Erinnerungsinhalten gefehlt, was bedeute, dass der Erblasser sich schon damals nicht mehr auf eine neue Situation habe einstellen können. Damit hätten schon bei der Untersuchung am 16.07.2009 die Voraussetzungen für eine Geschäftsunfähigkeit vorgelegen. Dieser Zustand habe sich bis zum 14.08.2009 nicht verbessert. Das Vorliegen eines luziden Intervalls wie auch die Möglichkeit, dass zum Untersuchungszeitpunkt eine relevant schlechtere Verfassung als einen Monat später vorgelegen haben könnte, sei bei der diagnostizierten Alzheimer-Demenz, die mit einer irreparablen Zerstörung von Hirngewebe und -funktionen einhergehe, auszuschließen. Hierbei seien allenfalls kleine Schwankungen möglich. Das führe aber nicht zur Wiedererlangung einer bereits verlorenen Geschäftsfähigkeit. Anders könne dies bei akuten Krankheitszuständen, wie einem Delir sein. Ein solches Krankheitsbild sei aber im Juli 2009 nicht diagnostiziert worden. Zusätzlich stellten die Er-

gebnisse der im Jahr 2009 von der Zeugin durchgeführten Mini-Mental-Statustests Indizien für eine vorhandene Demenzerkrankung dar, auch wenn sie als reine Screeningverfahren nur als erste Orientierungshilfedienten. Entscheidend für die Beurteilung der Geschäftsunfähigkeit seien die von der Zeugin erhobenen Befunde, aus denen folge, dass dem Erblasser im Juli 2009 wesentliche Erinnerungsinhalte fehlten, um eine angemessene Abwägung des Für und Widers bei einer Entscheidung durchführen zu können. Auf dieser Grundlage gehe er davon aus, dass eine Geschäftsunfähigkeit im Juli 2009 und damit auch im August 2009 mit großer Wahrscheinlichkeit nicht mehr gegeben gewesen sei.

25 Soweit der Berufungsführer sich an dieser bereits in der schriftlichen Begutachtung verwandten Formulierung gestört hat, hat der Sachverständige ausgeführt, dass diese vorsichtige Ausdrucksweise darauf zurückzuführen sei, dass es sich bei der Psychiatrie nicht um eine exakte Wissenschaft handele. Sie sei nicht Anzeichen einer Unsicherheit. Er selbst habe keinen Zweifel an dem von ihm gefundenen Ergebnis, dass der Erblasser am 14.08.2009 nicht mehr in der Lage gewesen sei, die Bedeutung der von ihm angegebenen Erklärung zu erfassen. Insoweit sei er sich so sicher, wie man sich aufgrund der vorliegenden eindeutigen Befunddiagnose sicher sein könne (Berichterstattevermerk vom 13.07.2021)

26 Der Sachverständige I, der als Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie die erforderliche Fachkompetenz zur Beurteilung der Beweisfrage aufweist, hat den zugrundeliegenden Sachverhalt umfassend und zutreffend gewürdigt. Die von ihm gezogenen Schlussfolgerungen, die er bei seiner Anhörung vor dem Senat nochmals eingehend erläutert hat, sind nachvollziehbar und überzeugend.

27 Das Ergebnis seiner Begutachtung steht auch im Einklang mit den nach 2009 gewonnenen Diagnosen weiterer Fachärzte. So litt der Erblasser nach dem im Betreuungsverfahren eingeholten Gutachten des Neurologen und Psychiaters C K vom 09.06.2015 an einer senilen Demenz vom Alzheimerstyp mit schleichendem Beginn 2003/ 2004 (Bl.191 d.A.). Nach einer Stellungnahme des Allgemeinmediziners G am 28.05.2015 erreichte der Erblasser bei dem sog. Uhrentest nur noch 3-4 Punkte und beim DemTect-Test unter 8 Punkte (Bl. 83 d.A.). Nach diesen Untersuchungen war die Geschäftsfähigkeit des Erblassers im Jahr 2015 aufgrund einer weit fortgeschrittenen Demenzerkrankung zweifelsfrei aufgehoben. Dementsprechend hat das Betreuungsgericht mit Beschluss vom 15.07.2015 auch eine gesetzliche Betreuung des Erblassers für den Bereich Vermögensangelegenheiten mit Einwilligungsvorbehalt angeordnet.

28 Den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen I steht auch nicht das Schreiben der Pflegekraft J vom 21.09.2015 (Bl. 46 ff d.A.) entgegen. Zunächst handelt es sich bei dieser Person nicht um eine Fachärztin. Auch hat Frau J den Erblasser nicht selbst gepflegt, sondern den Kläger nur bei einem Besuch des Erblassers im P begleitet, bei dem keine weiteren Untersuchungen stattgefunden haben. Soweit sie dann ein am 03.05.2015 geführtes Gespräch bruchstückhaft wiedergibt, kann es sich bei ihrem positiven Eindruck um die „weitgehend ungestört erhaltene Persönlichkeitsfassade“ des Erblassers handeln, die auch bei fortgeschrittenen Demenzerkrankungen noch bestehen kann (vgl. Gutachten des I, Bl. 249). Denn nach den oben dargestellten Befunden war der Erblasser im Jahr 2015 zweifelsfrei geschäftsunfähig. Hierauf hat der Sachverständige I bei seinen beiden gerichtlichen Anhörungen hingewiesen und auch damit zu diesem Schreiben hinreichend Stellung bezogen (vgl. Bl. 318 Rs d.A. sowie Berichterstattevermerk vom 13.07.2021).

29 Ebenso verhält es sich mit der Stellungnahme des Herrn L vom 26.08.2019. Herr L weist zwar als diplomierter Gesundheits- und Krankenpfleger und zeitweiliger Pflegeheimleiter eine gewisse Fachkompetenz auf. In der vom Erblasser bewohnten Einrichtung war er aber weder als Pflegekraft noch als Heimdienstleiter tätig. Damit basiert seine Einschätzung nicht auf eigenen fachlichen Untersuchungen, sondern nur auf einem allgemeinen Eindruck, den er vom Erblasser vor seinem Umzug ins P im Jahr 2004 gewonnen hatte (vgl. S. 1 und 2 seines Berichts). Ein solcher Eindruck besagt aber nichts über den geistigen Zustand des Erblassers mehrere Jahre später. Die weiteren Ausführungen des Herrn L betreffen allgemeine Aspekte zu den durchgeführten Demenz-Tests sowie den in einem Pflegeheim üblichen Pflegebegutachtungen (vgl. S. 3 ff des Berichts). Soweit er damit den Vorwurf des Klägers untermauern will, der Gutachter habe die Pflegedokumentation vernachlässigt, ist das so nicht richtig. Der Sachverständige I hat die Pflegedokumentation des P vor seiner Begutachtung angefordert und auch berücksichtigt (vgl. Bl. 209, 210, 213 d.A.). Allerdings hat er die zugesandte Pflegedokumentation von Juli 2009 bis Januar 2012 nebst Pflegeanamnese und Pflegeplanung für wenig aussagekräftig gehalten, weil die Dokumentation überwiegend oberflächlich und auf die Handlungsebene bezogen gewesen sei (vgl. dazu Gutachten Bl. 233 d.A.). Selbst den Eintrag im Jahr 2009 (Bl. 207 d.A.), wonach dem Erblasser eine selbständige Medikamenteneinnahme nicht mehr möglich gewesen sei, hat er nur als Indiz für den damaligen Geisteszustand des Erblassers gewertet (vgl. Berichterstattevermerk vom 13.07.2021). Damit ist sei-

ne Begutachtung auch insoweit weder unvollständig noch ergänzungsbedürftig.

30 Schließlich war die Vernehmung des Notars E hier nicht geboten. Insoweit fehlt es bereits an einem hinreichenden Vortrag des Klägers, ob und wie der Notar sich vor oder bei der Beurkundung am 14.08.2009 von der Geschäftsfähigkeit des Erblassers überzeugt haben soll. Die vorliegende Vertragsurkunde besteht nur aus einer Seite. In der wenige Sätze umfassenden Beurkundung befindet sich kein Vermerk dazu, dass der Notar sich zuvor von der Geschäftsfähigkeit des Erblassers überzeugt oder diese in irgendeiner Weise festgestellt hat (vgl. Bl. 4 d.A.). Im Übrigen bringt ein Notar allenfalls eine gewisse Berufserfahrung bei der Feststellung der Geschäftsfähigkeit gem. § 11 BeurkG mit. Er verfügt als Jurist nicht über das notwendige medizinische Fachwissen, um das Ausmaß einer Demenzerkrankung und damit eine noch vorhandene Geschäftsfähigkeit einschätzen zu können. Das hat auch der hierzu befragte Sachverständige bestätigt (Berichterstattungsvermerk vom 13.07.2021). Deshalb ist den Aussagen von Personen, die zur Zeit der Vornahme des in Rede stehenden Rechtsgeschäfts mit der betroffenen Person in sozialem Kontakt standen, mangels fachlicher Qualifikation zur Beurteilung der medizinischen Voraussetzungen des § 104 Nr. 2 BGB grundsätzlich kein besonderer Beweiswert zuzumessen. Damit können etwaige positive Eindrücke des Notars vom damaligen Geisteszustand des Erblassers als wahr unterstellt werden. Denn die aus der Urkunde erkennbare Vorgehensweise – auf das Verlesen der Urkunde vom 29.03.1996 wurde verzichtet, die Erklärung beinhaltete nur den Satz, dass der „vorstehende Erbverzichtsvertrag“ aufgehoben wird – war zum Erkennen einer die Geschäftsfähigkeit ausschließenden Demenz nicht geeignet.

Anwendbarkeit des § 2352 S. 2 BGB auf einen vor dem 1.1.2010 abgeschlossenen Erbvertrag bei Zuwendungsverzicht nach dem Stichtag

BGB § 2352 S. 3; EGBGB Art. 229 § 23 Abs. 4

Amtliche Leitsätze:

1. Die Bindungswirkung des § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB hindert einen durch Erbvertrag eingesetzten Erben nicht daran, gem. § 2352 S. 2, S. 3 BGB iVm § 2349 BGB auch mit Wirkung für seine eigenen Abkömmlinge auf die erbvertragliche Zuwendung zu verzichten.

2. § 2352 S. 3 BGB findet auch auf vor dem 1.1.2010 abgeschlossene Erbverträge Anwendung, sofern der Zuwendungsverzicht nach dem Stichtag abgeschlossen wurde.

OLG Köln (2. Zivilsenat),

Beschluss vom 02.06.2021 – 2 Wx 145/21



Aus Gründen:

1 1. Durch Erbvertrag vom 22.07.1968 hatten sich der Erblasser und seine am 25.06.2016 vorverstorbenen Ehefrau wechselseitig zu Alleinerben eingesetzt. Zum Alleinerben des Längstlebenden war der im Jahre 1959 geborene Sohn des Erblassers berufen worden; zu Ersatzerben für den Fall seines Vorversterbens waren seine Abkömmlinge eingesetzt worden. Ferner hieß es: „Auch behält sich der Längstlebende von uns nicht den einseitigen Rücktritt von den Bestimmungen bezüglich seines Todes vor.“

2 Am 15.11.2019 schlossen der Erblasser und sein Sohn einen notariell beurkundeten Zuwendungsverzichtsvertrag. Darin verzichtete der Sohn des Erblassers „mit Wirkung für sich und seine Abkömmlinge“ auf das ihm nach dem Erbvertrag vom 22.07.1968 zustehende Erbrecht „insoweit, als hierdurch die Wirksamkeit der von Herrn K. R. beabsichtigten Verfügungen von Todes wegen, nämlich der Neuregelung der Ersatzerbfolge für den Fall, dass Herr W. R. vorverstirbt oder aus einem sonstigen Grund als Erbe wegfällt, sowie der Anordnung einer Nacherbfolge zu Lasten von Herrn W. R. und der Anordnung der Testamentsvollstreckung (sowohl in Form der Dauervollstreckung, als auch eine Abwicklungsvollstreckung und Nacherbenvollstreckung) verhindert werden würde.“ Im Folgenden erteilte der Sohn des Erblassers „hiermit mit Wirkung für sich und seine Abkömmlinge ausdrücklich seine Einwilligung in die Änderung der Ersatzerbfolge, in seine Beschwerung mit der Nacherbfolge und der Testamentsvollstreckung.“

3 Durch notariell beurkundetes Testament vom selben Tage berief der Erblasser seinen Sohn zum alleinigen befreiten Vorerben sowie die Beteiligten zu 2. bis 4. zu Ersatzerben für den Fall des Vorversterbens sowie des sonstigen Wegfalls seines Sohnes und zu Nacherben auf den Tod des Sohnes. Für den Fall des Erbantritts seines Sohnes ordnete der Erblasser, da der Sohn „aufgrund seines Alters und seines Gesundheitszustandes nicht dazu in der Lage sein wird, das ihm durch diese letztwillige Verfügung zugefallene Vermögen zu verwalten“, bis zum Tod des Sohnes Dauertestamentsvollstreckung an. Für den Fall des Eintritts der Ersatzerbfolge

ordnete er Testamentsvollstreckung zum Zwecke der Auseinandersetzung an. Zum Testamentsvollstrecker bestimmte er den Beteiligten zu 5.

4 Am 26.11.2020 verstarb der Sohn des Erblassers. Der Erblasser verstarb am 02.01.2021.

5 Der Beteiligte zu 5. hat am 19.02.2021 gestützt auf das Testament vom 15.11.2019 die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses beantragt. Dem Antrag ist die Beteiligte zu 1. als Tochter des Sohnes des Erblassers mit dem Vorbringen entgegengetreten, diesem Testament und dem Zuwendungsverzicht stehe die bindende Einsetzung der Abkömmlinge des Sohnes des Erblassers zu Ersatzerben im Ehevertrag aus dem Jahre 1969 entgegen.

6 Mit Beschluss vom 26.04.2021 hat der Nachlassrichter die Tatsachen festgestellt, welche zur Begründung des Antrages auf Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses erforderlich sind.

7 Gegen den ihr am 29.04.2021 zu Händen ihres Verfahrensbevollmächtigten zugestellten Beschluss hat die Beteiligte zu 1. mit einem am 07.05.2021 bei dem Amtsgericht eingegangenen Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom selben Tage Beschwerde eingelegt und im Wesentlichen geltend gemacht, der Zuwendungsverzicht und damit auch das Testament seien im Hinblick auf die Bindungswirkung der Ersatzerbeneinsetzung im Erbvertrag und nach § 138 BGB unwirksam. Das Amtsgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache zur Entscheidung dem Oberlandesgericht vorgelegt.

8 2. Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht (§ 63 Abs. 1 FamFG) eingelegt worden. Auch ist die Beschwerdeführerin beschwerdeberechtigt nach § 59 Abs. 1 FamFG. Denn sie macht geltend, Erbin geworden zu sein, sodass die Erteilung des vom Beteiligten zu 5. beantragten Testamentsvollstreckerzeugnisses sie in ihren Rechten beeinträchtigen würde.

9 In der Sache hat die Beschwerde keinen Erfolg. Das Nachlassgericht hat mit Recht die Tatsachen festgestellt, welche zur Begründung des Antrages auf Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses erforderlich sind. Die Anordnung der Testamentsvollstreckung ist wirksam; eine Bindungswirkung der Berufung der Abkömmlinge des Sohnes des Erblassers zu Ersatzerben im Erbvertrag aus dem Jahre 1968 steht dem nicht entgegen.

10 Die Beschwerde verkennt, dass die Bindungswirkung des § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB einen durch Erbvertrag als Dritten eingesetzten Erben nicht daran hindern kann, gemäß § 2352 Satz 2 BGB auf die Zuwendung zu verzichten, dies nach Satz 3 der Bestimmung in Verbindung mit § 2349 BGB auch mit Wirkung für seine eigenen Ab-

kömmlinge. Im Umfang des Zuwendungsverzichts wird der überlebende Ehegatte frei von der Bindungswirkung (OLG Köln FamRZ 1983, 837, 838; Staudinger/Schotten, BGB, Neubearbeitung 2016, § 2352 Rz. 29).

11 Da der Erbfall nach dem Stichtag des 01.01.2010 eingetreten ist, steht der Anwendbarkeit des § 2352 Satz 3 BGB gemäß Art. 229 § 23 Abs. 4 EGBGB nicht entgegen, dass der Erbvertrag zwischen dem Erblasser und seiner Ehefrau bereits im Jahre 1968 geschlossen worden war. Auf die in der Fundstelle MünchKomm/Wegerhoff, BGB, 8. Aufl. 2020, Rz. 14 angesprochene Problematik, wie Fälle zu behandeln sind, in denen der Zuwendungsverzichtsvertrag vor dem Stichtag geschlossen wurde, kommt es im Streitfall nicht an, weil der Zuwendungsverzicht vom Sohn des Erblassers erst im Jahre 2019 erklärt wurde.

12 Nicht zu verkennen ist im vorliegenden Fall allerdings die Besonderheit, dass der im Erbvertrag als Alleinerbe bedachte Sohn des Erblassers in dem Zuwendungsverzichtsvertrag im Jahre 2019 auf diese Erbeinsetzung nicht in vollem Umfang verzichtet hat: Denn der Verzicht ist in Teil A. I. 1. beschränkt worden, nämlich „insoweit, als hierdurch die Wirksamkeit der von Herrn K. R. beabsichtigten Verfügungen von Todes wegen, nämlich der Neuregelung der Ersatzerbfolge für den Fall, dass Herr W. R. vorverstirbt oder aus einem sonstigen Grund als Erbe wegfällt, sowie der Anordnung einer Nacherbfolge zu Lasten von Herrn W. R. und der Anordnung der Testamentsvollstreckung (sowohl in Form der Dauervollstreckung, als auch eine Abwicklungsvollstreckung und Nacherbenvollstreckung) verhindert werden würde.“ Damit hat der Sohn des Erblassers nicht auf die Zuwendung – also die Einsetzung zum Alleinerben – schlechthin verzichtet, sondern lediglich auf die Stellung als uneingeschränkter Vollerbe verzichtet und sich anstelle dessen mit einer Berufung lediglich zum Vorerben und der Anordnung einer Testamentsvollstreckung einverstanden erklärt. Ein derartiger teilweiser Zuwendungsverzicht, durch den es dem Erblasser eröffnet wird, den durch die Zuwendung Begünstigten durch die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft sowie einer Testamentsvollstreckung zu beschweren, unterliegt keinen rechtlichen Bedenken (BGH NJW 1978, 1159; Staudinger/Schotten, BGB, Neubearbeitung 2016, § 2352 Rz. 13 m.w.N.). Darauf beschränkt sich im vorliegenden Fall demnach auch die Erstreckungswirkung des § 2349 BGB zu Lasten der Abkömmlinge des Sohnes: Unwirksam ist der Zuwendungsverzicht des Sohnes des Erblassers insoweit, als er sich auf die Stellung seiner Abkömmlinge als Ersatzerben schlechthin bezieht. Denn im Rahmen der §§ 2349, 2352 BGB kann

der Erbe auf die Zuwendung zu Lasten seiner Abkömmlinge nicht weitergehend verzichten, als er dies für seine eigene Person tut. Es ist unzulässig, die Wirkung des Verzichts auf die Erstreckungswirkung zu Lasten der Abkömmlinge zu beschränken (Staudinger/Schotten, BGB, Neubearbeitung 2016, § 2349 BGB Rz. 6 m.w.N.). Da der Sohn des Erblassers nicht auf seine Berufung zum Erben als solche verzichtet hatte, führte die Erstreckungswirkung des Zuwendungsverzichts aus dem Jahre 2019 nach diesen Grundsätzen – lediglich – dazu, dass der Erblasser durch spätere letztwillige Verfügung wie diesen selbst auch die Abkömmlinge seines Sohnes mit der Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft sowie einer Testamentsvollstreckung beschweren konnte, nicht aber ihnen die im Erbvertrag bindend eingeräumte Stellung als Ersatzerben schlechthin entziehen konnte.

13 Entgegen der Auffassung der Beschwerde ist dieser vom Sohn des Erblassers erklärte beschränkte Zuwendungsverzicht in Ansehung der Erstreckungswirkung auch nicht unwirksam wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB. Denn in dem Umfang, in welchem der eingesetzte Erbe für sich selbst verzichtet, begegnet die entsprechende Erstreckungswirkung grundsätzlich keinen Bedenken. Ein Ausnahmefall mag – was indes hier offenbleiben kann – dann gegeben sein, wenn ein todkranker Verzichtender in der sicheren Erwartung seines baldigen Todes allein deshalb einen Erbverzicht vereinbart, um das Erbrecht seiner Abkömmlinge auszuschalten (Staudinger/Schotten, a.a.O. § 2349 Rz. 4). Davon kann im Streitfall indes nicht die Rede sein, weil der Sohn des Erblassers die genannten Beschränkungen – auch – für seine eigene Person hingenommen hat und nichts dafür ersichtlich ist, dass er bei Vertragsschluss todkrank war von seinem baldigen Versterben ausging. Hierfür bietet insbesondere auch der Zeitraum zwischen dem Abschluss des Zuwendungsverzichtsvertrages am 15.11.2019 und dem Versterben des Sohnes am 26.10.2020 keinen Anhalt. Ebenso wenig ist ersichtlich, dass seinerzeit von einem Vorversterben des Sohnes ausgegangen werden musste, tatsächlich ist der Erblasser nur weniger als zwei Monate später nachverstorben.

14 Eine durch den Zuwendungsverzicht zulässig gewordene Beschwerde auch der Abkömmlinge des Sohnes als Ersatzerben ist dem Testament vom 15.11.2019 im Wege der Auslegung zu entnehmen. Zwar hat der Erblasser nicht den Fall in den Blick genommen, dass die Einsetzung der Beteiligten zu 2. bis 4. zu Ersatzerben unwirksam ist, weil – wie ausgeführt – der Zuwendungsverzicht ihn nicht in die Lage versetzte, den Abkömmlingen seines Sohnes ihre Ersatzerbenstellung in vollem Umfang zu entziehen. Indes macht die beabsichtigte

Entziehung der Ersatzerbenstellung der Abkömmlinge des Sohnes deutlich, dass es dem Erblasser um eine möglichst weitgehende Einschränkung ihrer erbrechtlichen Stellung ging. Aufgrund dessen ist die vollständige Enterbung der Abkömmlinge des Erblassers als Ersatzerben im Wege der Auslegung auf eine hier noch zulässige Beschwerde mit einer Vor- und Nacherbschaft verbunden mit der Anordnung einer Testamentsvollstreckung zu beschränken. Da es dem Erblasser erkennbar um eine weitestmögliche Begünstigung der Beteiligten zu 2. bis 4. ging, sind diese Nacherben ebenso wie sie es nach dem Willen des Erblassers gewesen wären, wenn sein Sohn Vorerbe geworden wäre. Einer Beschwerde der Abkömmlinge des Erblassers als (Ersatz-)Vorerben mit der Testamentsvollstreckung steht auch nicht entgegen, dass die Dauervollstreckung in Abschnitt IV.2. des Testaments mit einer gesundheits- und altersbedingten Unfähigkeit des Sohnes des Erblassers zur Verwaltung des Vermögens begründet worden ist und unterstellt werden kann, dass bei den Abkömmlingen solche Umstände nicht vorliegen. Denn die Motivation des Erblassers, den Abkömmlingen des Sohnes die Erbenstellung schlechthin zu entziehen, lässt seinen Willen erkennen, deren Erbenstellung im rechtlich zulässigen Rahmen im Interesse der Beteiligten zu 2. bis 4. weitestmöglich einzuschränken, wozu nach dem Umfang des für seine eigene Person erklärten Zuwendungsverzichts des Sohnes neben der Beschränkung auf die Vorerbenstellung auch die Beschwerde der Abkömmlinge des Sohnes mit der Dauertestamentsvollstreckung gehörte.

15 Auf die für die Erbauseinandersetzung unter den Beteiligten zu 2. bis 4. zusätzlich angeordnete Abwicklungsvollstreckung kommt es derzeit vor Eintritt des Nacherbfalls nicht an.

Zur Wirksamkeit einer in Brasilien erklärten Erbausschlagung

EGBGB Art. 11 Abs. 1; EuErbVO Art. 28; BGB § 1944, § 1945

Amtliche Leitsätze:

- 1. Die Form einer in Brasilien erklärten Ausschlagung der Erbschaft nach einem in Deutschland verstorbenen Erblasser richtet sich alternativ nach brasilianischem Recht (Ortsform) oder nach deutschem Recht (das anzuwendende Erbrecht).**
- 2. Die notwendige notarielle Beglaubigung der Unterschrift des Ausschlagenden kann im Wege der Substi-**

tution durch die Beglaubigung einer vergleichbaren autorisierten Person des brasilianischen Rechts ersetzt werden.

OLG Köln (2. Zivilsenat),

Beschluss vom 14.07.2021 – 2 Wx 119/21

I. Tatbestand:

1 Am 18.07.2020 ist Frau A. S. (im Folgenden: Erblasserin) verstorben. Ihr Ehemann, Herr F. J. S., ist zwischen dem 13.07.2020 und 14.07.2020 vorverstorben. Die Erblasserin und ihr Ehemann hatten am 24.06.1985 einen vom Nachlassgericht am 07.08.2020 eröffneten Erbvertrag (UR.Nr. 1289/1985 des Notars Dr. W. in Köln, Bl. 7 ff. d. Beiakte 75 IV 902/20) geschlossen, in dem sie sich gegenseitig als Alleinerben eingesetzt und darüber hinaus keine weiteren Verfügungen getroffen haben.

2 Die Erblasserin hinterlässt keine Kinder. Ihre Eltern sind vorverstorben. Die Erblasserin hat zwei Geschwister, die am 11.11.1995 vorverstorbene A. G. und M. M. Die vorverstorbene A. G. hat zwei Kinder hinterlassen, Herrn W. G. und die Antragstellerin. Herr W. G. hat die Erbschaft durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht vom 18.09.2020 ausgeschlagen (Bl. 1 ff. d. Beiakte 75 VI 1126/20). Weiterhin ist zur Akte gereicht worden eine Ausschlagungserklärung der in Brasilien lebenden M. M. vom 01.10.2020 in portugiesischer Sprache mit beglaubigter deutscher Übersetzung, die von Frau S. R., einer „autorisierten Schreiberin im außergerichtlichen Dienst“ in Sao Luis, beglaubigt worden ist, wobei die Beglaubigung wiederum „überbeglaubigt“ und mit einer Apostille versehen worden ist (Bl. 6 ff. d. Beiakte 75 VI 1126/20).

3 Mit notariell beurkundetem Antrag vom 19.11.2020 – UR.Nr. 2214/2020 des Notars S. in E. – hat die Beteiligte die Erteilung eines Alleinerbscheins nach gesetzlicher Erbfolge beantragt (Bl. 1 ff. d.A.).

4 Durch Beschluss vom 04.03.2021 hat das Nachlassgericht den Erbscheinsantrag der Beteiligten zurückgewiesen, weil die erforderliche Form der Ausschlagungserklärung nicht gewahrt sei (Bl. 30 f. d.A.). Nach deutschem Recht sei eine Beglaubigung durch einen deutschen Notar oder ein deutsches Konsulat oder die deutsche Botschaft erforderlich. Nach der Ortsform, dem brasilianischen Recht, sei eine öffentliche Beurkundung erforderlich, die hier ebenfalls nicht eingehalten worden sei.

5 Gegen diesen der Beteiligten am 09.03.2021 zugestellten Beschluss hat diese mit am 09.04.2021 beim Amtsgericht Brühl eingegangenen Schriftsatz vom 08.04.2021, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird, Beschwerde eingelegt (Bl. 35 ff. d.A.).

6 Durch Beschluss vom 21.04.2021 hat das Nachlassgericht der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Köln zur Entscheidung vorgelegt (Bl. 38 f. d.A.).

II. Aus den Gründen:

7 Die zulässige Beschwerde der Beteiligten hat auch in der Sache Erfolg.

8 Der Antrag der Beteiligten auf Erteilung eines Alleinerbscheins nach gesetzlicher Erbfolge ist entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts begründet. Der angefochtene Beschluss ist daher aufzuheben. Die Tatsachen, die zur Begründung des Antrags der Beteiligten erforderlich sind, werden für festgestellt erachtet.

9 Die Beteiligte ist Alleinerbin der Erblasserin nach gesetzlicher Erbfolge. Die gewillkürte Erbfolge kommt nicht zum Tragen, weil die Einsetzung ihres Ehemannes als Alleinerben durch den Erbvertrag vom 24.06.1985 infolge seines Vorversterbens und mangels Einsetzung von Ersatzerben gegenstandslos ist. Da Erben erster Ordnung (§§ 1924, 1930 BGB) nicht vorhanden und die Eltern der Erblasserin vorverstorben sind, kommen als Erben zweiter Ordnung gem. § 1925 BGB nur die noch lebende Schwester M. M. sowie die Beteiligte und W. G. als Kinder der vorverstorbenen weiteren Schwester der Erblasserin in Betracht. M. M. und W. G. sind indes infolge ihrer Ausschlagungserklärungen als Erben gem. § 1953 Abs. 1 BGB weggefallen.

10 Die Ausschlagungserklärung des W. G. vom 18.09.2020 ist formgerecht zur Niederschrift des Nachlassgerichts gem. § 1945 Abs. 1 BGB und fristgerecht gem. §§ 1944 Abs. 1, Abs. 2 S. 1, 1945 Abs. 1 BGB erfolgt. Abkömmlinge hat W. G. nicht, so dass sein Erbteil gem. § 1953 Abs. 2 BGB an die Beteiligte fällt.

11 Auch die Ausschlagung der M. M. ist wirksam. Die Ausschlagung ist fristgerecht erfolgt. Sie lebt im Ausland, so dass die Ausschlagungsfrist gem. § 1944 Abs. 3 BGB sechs Monate beträgt. Der Erbfall erfolgte am 18.07.2020. Die Ausschlagungserklärung ist am 20.10.2020 – auch in deutscher Sprache – beim Nachlassgericht eingegangen, so dass die Ausschlagungsfrist unabhängig davon, wann die Frist zu laufen begann, gewahrt worden ist.

12 Die Ausschlagung der M. M. ist auch formgerecht erklärt worden. Dabei kann offenbleiben, ob sich die Bestimmung des auf die Form der Ausschlagung anwendbaren Rechts nach Art. 28 EuErbVO oder Art. 11 Abs. 1 EGBGB richtet, weil nach beiden Vorschriften auf die Form alternativ brasilianisches Recht (Ortsform) und deutsches Recht (das anzuwendende Erbrecht) zur An-

wendung kommt. Die Ortsform ist allerdings nicht gewahrt, weil nach brasilianischem Recht (Art. 1806 Zivilgesetzbuch) eine Ausschlagungserklärung mittels öffentlicher Urkunde oder zu Protokoll des Gerichts erfolgen muss. Hier ist die Ausschlagungserklärung weder mittels öffentlicher Urkunde noch zu Protokoll eines Gerichts erfolgt.

13 Die Form der Ausschlagung ist allerdings nach deutschem Recht, dem auf die Erbfolge anwendbaren Recht (Art. 28 EuErbVO, Art. 11 Abs. 1 EGBGB), gewahrt. Nach § 1945 Abs. 1 BGB ist die Ausschlagung gegenüber dem Nachlassgericht entweder zur Niederschrift des Nachlassgerichts oder in öffentlich beglaubigter Form abzugeben. Hier liegt die Ausschlagung in öffentlich beglaubigter Form vor. Zwar ist davon auszugehen, dass die öffentliche Beglaubigung im Sinne von § 1945 Abs. 1 2. Hs. Alt. 2 BGB grundsätzlich die Beglaubigung durch einen deutschen Notar meint. Allerdings ist die Beglaubigung der Unterschrift der Ausschlagungserklärung der M. M. durch einen deutschen Notar im vorliegenden Fall im Wege der Substitution durch die Beglaubigung einer vergleichbaren autorisierten Person im Sinne des brasilianischen Rechts ersetzt worden.

14 Bei der Substitution stellt sich die Frage, ob ein von einer in- oder ausländischen Norm vorausgesetztes Tatbestandsmerkmal auch dadurch erfüllt werden kann, dass es sich im Geltungsbereich eines nicht berufenen Rechts verwirklicht. Die Substitution hängt nach allgemeiner Ansicht davon ab, ob das in Frage stehende ausländische Rechtsinstitut dem an sich vorausgesetzten inländischen Rechtsinstitut nach der ratio der Norm bezüglich der beurkundenden Person und des Beurkundungsvorgangs funktional gleichwertig ist (Staudinger/Looschelders, BGB, Neubearbeitung 2019, Stand 18.12.2020, Einleitung IPR Rn. 1219, 1220 m.w.N.; Palandt/Thorn, BGB, 79. Aufl. 2020, Art. 11 EGBGB Rn. 9 m.w.N.; Schmidt/Kottke, ErbR 2021, 10, 16). Von einer solchen Gleichwertigkeit ist hier auszugehen.

15 Die Aufgaben der brasilianischen Notare entsprechen den typischen Aufgaben lateinischer Notare. Dazu gehören u.a. auch Unterschriftsbeglaubigungen. Dabei sind die Notare in Brasilien befugt, sogenannte Schreiber („escreventes“) als Vertreter zu beschäftigen, die gesetzlich befugt sind, bestimmte notarielle Akte durchzuführen (Art. 20 des Gesetzes Nr. 8.935 vom 19.11.1994). Hierzu zählen u.a. Unterschriftsbeglaubigungen, nicht aber Beurkundungen. Dementsprechend ist die Unterschrift der Maria Elisabeth Müller nicht nur von einer Schreiberin („escreventes“) beglaubigt worden, sondern deren Beglaubigung wiederum „überbeglaubigt“ worden. Dafür, dass die Schreiberin zur Beglaubigung der Unterschrift der Maria Elisabeth Müller befugt war,

spricht im Übrigen auch Art. 5 Abs. 2 des – auf brasilianische Urkunden anwendbaren – Haager Übereinkommens zur Befreiung ausländischer Urkunden von der Legalisation. Danach wird durch die Apostille die Echtheit der Unterschrift, die Eigenschaft, in welcher der Unterzeichner der Urkunde gehandelt hat, und gegebenenfalls die Echtheit des Siegels oder Stempels, mit dem die Urkunde versehen ist, nachgewiesen, d.h. die Echtheit des Beglaubigungsvermerks. Soweit das Nachlassgericht die Gleichwertigkeit der Beglaubigung nach brasilianischem Recht mit einer Beglaubigung durch einen deutschen Notar im Hinblick auf die beurkundende Person abgelehnt hat, ist dem nicht zu folgen. Der Zweck des Formerfordernisses einer Unterschriftsbeglaubigung gem. § 1945 BGB besteht allein darin, die Identität des Urhebers der Erklärung festzustellen (MüKo-BGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 1945 Rn. 1), nicht aber rechtliche Bewertungen wie beispielsweise bei der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages vorzunehmen. Es kommt daher nicht darauf an, ob die Schreiberin („escreventes“) vorliegend eine vergleichbare Ausbildung hat wie ein deutscher Notar. Maßgebend ist vielmehr, dass sie ebenso wie ein deutscher Notar befähigt ist, Beglaubigungen von Unterschriften vorzunehmen, wovon auszugehen ist.

16 Aufgrund der von der Beteiligten vorgelegten Unterlagen ist weiterhin davon auszugehen, dass auch der Beglaubigungsvorgang ordnungsgemäß erfolgt und mit einer Beglaubigung nach deutschem Recht vergleichbar ist, d.h. Maria Elisabeth Müller beim Beglaubigungsvorgang anwesend war und die Schreiberin („escreventes“) die Echtheit ihrer Unterschrift unter der Ausschlagungserklärung festgestellt hat.

HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

Brexit means Brexit

EUV Art. 50, Art. 49, Art. 54; Handels- und Kooperationsabkommen zwischen der Europäischen Union und dem Vereinigten Königreich vom 24.12.2020 Anhang SERVIN-1 Nr. 10; ZPO §50 Abs. 1, § 56

Amtliche Leitsätze:

1. Seit dem Vollzug des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union gemäß Art. 50 EUV durch Ablauf der Übergangsfrist am 31.12.2020 ist eine britische Limited, die ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in Deutschland hat, nach der sogenannten milden Form der Sitztheorie je nach tatsächlicher Ausgestal-

tung als GbR, OHG oder – bei nur einer Gesellschafterin – als Einzelkaufmännisches Unternehmen zu behandeln.

2. Eine Fortgeltung der Gründungstheorie mit der Konsequenz der fortbestehenden Rechts- und Parteifähigkeit einer britischen Limited trotz tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland wie unter der Geltung der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV folgt nicht aus dem Handels- und Kooperationsabkommen zwischen der Europäischen Union und dem Vereinigten Königreich vom 24.12.2020 (ABl. L 444/2020 vom 31.12.2020), weil es keine Vorschriften enthält, die ausdrücklich und unmittelbar die Niederlassungsfreiheit gewähren, sondern sich aus seinem Anhang SERVIN-1 Nr. 10 vielmehr ergibt, dass die Parteien des Abkommens die Niederlassungsfreiheit gerade nicht in Bezug nehmen oder vereinbaren wollten.

OLG München (29. Zivilsenat),
Urteil vom 05.08.2021 – 29 U 2411/21 Kart

I. Tatbestand:

1 Die Antragstellerin macht im Wege eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung einen kartellrechtlichen Unterlassungsanspruch wegen einer Preisbindung für Kosmetikprodukte geltend.

2 Die Antragsgegnerin zu 1) vertreibt über ein selektives Vertriebssystem mit Hilfe sogenannter Depositäre kosmetische Produkte unter anderem in Deutschland. Die Antragsgegnerin zu 2) ist die Geschäftsführerin der Antragsgegnerin zu 1).

3 Die Antragstellerin behauptet, eine Onlinehändlerin für Kosmetikwaren zu sein.

4 Im Februar 2021 brachte die Antragsgegnerin zu 1) eine Produktserie namens „...“ auf den Markt, wobei für acht Produkte für einen Zeitraum von vier Monaten zwischen dem 15.02.2021 und dem 14.06.2021 eine Preisbindung gemäß Ziffer IV 7. der zwischen den Depositären und der Antragsgegnerin zu 1) geschlossenen Depotverträge (Anlage AG 3) gelten sollte (Anlage ASt 1).

5 Das Landgericht München I hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung durch Urteil vom 23.04.2021, Az. 37 O 3787/21 (Bl. 71/81 d.A.), zurückgewiesen.

6 Hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen wird auf das Urteil des Landgerichts München I vom 23.04.2021 Bezug genommen.

7 Die Antragstellerin greift das Urteil mit ihrer Berufung an und verfolgt ihren Verfügungsantrag weiter.

8 Im Übrigen wird von einem Tatbestand nach §§ 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 Satz 1, 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO abgesehen.

II. Aus den Gründen:

9 Die Berufung der Antragstellerin ist unbegründet.

10 1. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist unzulässig, insbesondere ist die Antragstellerin mangels Rechtsfähigkeit nicht parteifähig im Sinne von § 50 Abs. 1 ZPO.

11 a) Die Voraussetzungen der Parteifähigkeit sind gemäß § 56 ZPO von Amts wegen, in jeder Lage des Verfahrens und in jedem Rechtszug zu prüfen. Die objektive Beweislast für ihre Parteifähigkeit trägt die ein Sachurteil begehrende Antragstellerin (vgl. BGH NJW 1996, 1059). Es gilt das Freibeweisverfahren (BGH NJW 2000, 290).

12 b) Die Antragstellerin hatte ihre Rechtsfähigkeit bereits mit Vollzug des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union gemäß Art. 50 EUV mit Ablauf der Übergangsfrist am 31.12.2020 (sog. Brexit), also bereits vor Antragstellung am 22.03.2021, verloren, weil davon auszugehen ist, dass sich ihr tatsächlicher Verwaltungssitz in Deutschland befindet.

13 Grundsätzlich findet gegenüber Drittstaaten wegen der weder im sekundären Unionsrecht (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. f) Rom I-VO und Art. 1 Abs. 2 lit. d) Rom II-VO) noch im autonomen deutschen Recht (vgl. Art. 7 bis 10 EGBGB) enthaltenen Kollisionsregeln für Gesellschaften und juristische Personen aufgrund gewohnheitsrechtlicher Geltung die sogenannte Sitztheorie Anwendung. Danach ist auf eine Gesellschaft das Recht des Staates anzuwenden, das am Sitz der Gesellschaft gilt. Unter Sitz ist dabei der tatsächliche Verwaltungssitz zu verstehen. Dieser befindet sich an dem Ort, an dem die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden (sog. Sandrock'sche-Formel, vgl. BGHZ 97, 269, 272).

14 Die Antragstellerin hat aufgrund der im Wege des Freibeweises zu würdigenden Glaubhaftmachungsmittel nicht zu belegen vermocht, dass sich ihr tatsächlicher Verwaltungssitz in Großbritannien und damit nicht – wie von der Antragsgegnerin vorgetragen – in Berlin und folglich in Deutschland befindet. Bei entsprechender Würdigung der seitens der Antragstellerin im Termin vom 05.08.2021 vorgelegten Unterlagen (Anlagen zum Protokoll, hinter Bl. 142/147 d.A., entsprechend der Nummerierung in einem anderen Verfahren als „Anlage B6“ und „Anlage B7“ bezeichnet sowie ein mit „Invoice“ überschriebenes Dokument) lässt sich die im Verfügungsverfahren notwendige überwiegende Wahrscheinlichkeit für einen tatsächlichen Verwaltungssitz in Großbritannien für den Senat nicht erkennen:

15 Die „Anlage B6“ enthält lediglich eine abstrakte steuerrechtliche Aussage ohne konkreten Bezug zur hiesi-

gen Antragstellerin dahingehend, dass sich britische Unternehmen ohne Sitz, Geschäftsleitung oder Zweigniederlassung in Deutschland steuerlich nach § 13b Abs. 7 UStG registrieren müssten und hierfür das Finanzamt Hannover-Nord zuständig sei. Über die konkreten tatsächlichen Verhältnisse bei der Antragstellerin im Hinblick darauf, ob die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung in Großbritannien in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden, lässt sich diesem Schreiben einer deutschen Steuerberatungsgesellschaft nichts entnehmen.

16 Auch die „Anlage B7“ sagt über die faktischen Voraussetzungen für einen tatsächlichen Verwaltungssitz in Großbritannien nichts aus, sondern enthält nur eine Bestätigung einer britischen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, welche nicht weiter geprüften Umsätze die Antragstellerin ausweislich ihrer Bücher für das am 31.12.2019 endende Jahr gemacht hat. Die „Anlage B7“ spricht ebenso wie die nachfolgende „Invoice“ vom 05.08.2021 eher gegen einen tatsächlichen Verwaltungssitz der Antragstellerin in Großbritannien, weil ihre Geschäftsanschrift mit der Adresse der beiden aus „Anlage B7“ und der „Invoice“ ersichtlichen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften identisch ist, was bei lebensnaher Betrachtung die Vermutung zulassen dürfte, dass dort eine Umsetzung von Leitungsentscheidungen gerade nicht stattfindet, sondern vielmehr von den Wirtschaftsprüfungsgesellschaften im Rahmen einer entsprechenden Dienstleistung der Schein eines Unternehmenssitzes aufrechterhalten wird, indem Post entgegengenommen und bearbeitet wird.

17 Aus der – erst auf den Tag der mündlichen Verhandlung datierenden und dem Antragstellervertreter offenbar während der Sitzung elektronisch übermittelten – „Invoice“ selbst lässt sich wiederum für die Voraussetzungen eines tatsächlichen Verwaltungssitzes nach der Sandrock'schen Formel nichts ableiten, da sie lediglich zwei Rechnungsposten betreffend beim Companies House einzureichende Buchhaltungsunterlagen sowie eine Körperschaftssteuererklärung enthält. Für die Umsetzung von Leitungsentscheidungen der Gesellschaft in Großbritannien ist daraus nichts ersichtlich, da sekundäre Verwaltungstätigkeiten wie die Erledigung der Buchhaltung oder der Steuerangelegenheiten grundsätzlich nicht ausreichen (vgl. LG Essen NJW 1995, 1500, 1501).

18 Schließlich waren auch die protokollierten Ausführungen des Antragstellervertreters im Termin vom 05.08.2021 (Bl. 142/147 d.A.) nicht geeignet, die Voraussetzungen für einen tatsächlichen Verwaltungssitz in Großbritannien zu belegen. Der Verweis auf die Anlage AG 13 war insofern unbehelflich, als es sich dabei um

das Impressum der Webseite der Antragstellerin handelt, aus dem für die tatsächliche Umsetzung von Leitungsentscheidungen auf dem Gebiet Großbritanniens nichts ersichtlich ist, sondern wo vielmehr nur die Berliner Postfachadresse der Antragstellerin aufscheint.

19 Unergiebig sind insoweit auch die Einlassungen, dass es ein Büro in den USA und im Vereinigten Königreich gebe, die Produkte im Wege des Drop Shipping vertrieben würden, die Gesellschaft komplett in England steuerlich veranlagt werde, ein Unternehmen dort besteuert werde, wo es seinen Sitz habe, § 4 Abs. 3 GewO die Voraussetzungen für eine Niederlassung in Deutschland definiere, eine allgemeingültige Definition für eine Niederlassung nicht existiere und die Voraussetzungen von § 4 Abs. 3 GewO für die Antragstellerin in Deutschland nicht vorlägen. Nach dem oben Gesagten ist für die Frage des tatsächlichen Verwaltungssitzes allein die zitierte Sandrock'sche-Formel maßgeblich, die auf die Umsetzung von Leitungsentscheidungen im maßgeblichen Staatsgebiet abstellt. Ein Rückgriff auf britisches oder deutsches Steuerrecht oder deutsches Gewerberecht verbietet sich, weil steuerliche oder gewerberechtliche Definitionen des Sachrechts keinen Schluss auf die im Rahmen einer Kollisionsnorm maßgeblichen tatsächlichen Verhältnisse zulassen, wo bei der Antragstellerin die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden.

20 Im Ergebnis ist daher auf die Antragstellerin nach der Sitztheorie das Recht des Landes anzuwenden, das am tatsächlichen Verwaltungssitz gilt, mithin – aufgrund der nicht erfüllten Glaubhaftmachungslast für einen tatsächlichen Verwaltungssitz in Großbritannien – deutsches Recht. Da im deutschen Gesellschaftsrecht der sogenannte *numerus clausus* der Gesellschaftsformen gilt und das deutsche Recht die Gesellschaftsform der britischen Limited nicht kennt, ist sie nicht als solche rechtsfähig. Nach der sogenannten milden Form der Sitztheorie ist sie allerdings nicht als rechtliches Nullum zu behandeln, sondern je nach tatsächlicher Ausgestaltung als GbR, OHG oder – wie vorliegend – bei nur einer Gesellschafterin als einzelkaufmännisches Unternehmen (BGH NJW 2009, 289 Rn. 23 – Trabrennbahn) mit der Konsequenz der vollen persönlichen Haftung.

21 c) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin folgt etwas anderes nicht daraus, dass aufgrund des Handels- und Kooperationsabkommen zwischen der Europäischen Union und dem Vereinigten Königreich vom 24.12.2020 (ABl. L 444/2020 vom 31.12.2020) auf Gesellschaften aus Großbritannien weiterhin die Gründungstheorie anzuwenden sein soll, mit der Konsequenz der fortbestehenden Rechts- und Parteifähigkeit trotz tat-

sächlichem Verwaltungssitz auf dem Gebiet der Europäischen Union wie unter der Geltung der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV. Das Handels- und Kooperationsabkommen zwischen der EU und Großbritannien, das insbesondere den Zugang britischer Unternehmen zum Binnenmarkt regelt, gewährt keine Rechtsposition, die der Niederlassungsfreiheit in der Ausprägung der EuGH-Rechtsprechung zur freien Wahl von Sitz und anwendbarem Gesellschaftsrecht gleichkommt. Das zeigt insbesondere der Vorlageaufhebungsbeschluss des BGH vom 16.02.2021 – II ZB 25/17, in dem er unzweideutig davon ausging, dass die Niederlassungsfreiheit voraussetzt, dass der Staat, nach dessen Recht die Gesellschaft gegründet wurde, im Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit durch die Gesellschaft ein Mitgliedstaat der Europäischen Union ist (NZG 2021, 702 Rn. 11 ff.). Hätte sich an der Rechtslage durch den Brexit nichts geändert, wären die Vorlagefragen des BGH an den EuGH unverändert entscheidungserheblich gewesen.

22 Das Handels- und Kooperationsabkommen enthält keine Vorschriften, die ausdrücklich und unmittelbar die Niederlassungsfreiheit gewähren. Soweit in der Literatur aus Vorschriften wie den Artikeln SERVIN 2.2 (b), SERVIN 2.3 und SERVIN 2.4 des Abkommens über Investitionsfreiheit und Marktzugang teilweise abgeleitet wird, dass nach dem Recht des Vereinigten Königreichs gegründete Gesellschaften weiterhin in den Genuss der Niederlassungsfreiheit kommen würden (*Schmidt*, EuZW 2021, 613, 615 ff.; *Zwirlein-Forschner*, IPRax 2021, 357, 360 f.), ist dem nicht zu folgen. Nach diesen Vorschriften gewähren die Vertragsparteien den Unternehmen gegenseitig Marktzugang, Inländerbehandlung und Meistbegünstigung. Die Bestimmungen enthalten jedoch nur Regelungen zum Verkehr mit Handelsgütern und Dienstleistungen sowie zum freien Kapitalverkehr und zu Investitionen, von denen die Niederlassungsfreiheit zu unterscheiden ist. Für den diskriminierungsfreien Zugang zum Markt für Waren, Dienstleistungen und Kapital ist die Niederlassungsfreiheit nicht erforderlich. Aus dem Anhang SERVIN-1 Nr. 10 ergibt sich zudem, dass die Parteien des Abkommens die Niederlassungsfreiheit gerade nicht in Bezug nehmen oder vereinbaren wollten („Zur Klarstellung sei angemerkt, dass für die Union mit der Verpflichtung zur Inländerbehandlung nicht die Anforderung verbunden ist, die Behandlung auf (...) juristische Personen des Vereinigten Königreichs auszudehnen, die in einem Mitgliedstaat aufgrund des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (...) folgenden Personen gewährt wird: (...) (ii) nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats (...) gegründeten (...) juristischen Personen, die (...)

ihre Hauptverwaltung (...) in der Union haben.“; vgl. *Schollmeyer*, NZG 2021, 692, 693).

23 Im Ergebnis ist der Verfügungsantrag von einer nicht (mehr) existierenden juristischen Person erhoben worden und war deshalb mangels Rechts- und Parteifähigkeit der Antragstellerin nach § 50 Abs. 1 ZPO von Anfang an unzulässig. Dem ist in der Berufungsinstanz nicht durch die Verwerfung der Berufung, sondern durch die Abänderung des Ersturteils und die Zurückweisung des Verfügungsantrags als unzulässig zu begegnen, da ein Sachurteil nicht hätte ergehen können; vgl. BGHZ 143, 122, 126 f.).

FAMILIENRECHT

Zum gesetzlichen Zweck der Betreuung

Normenkette:

BGB § 1896

Amtlicher Leitsatz:

Eine Betreuung hat nicht den Zweck, das Vermögen des Betroffenen zugunsten eines gesetzlichen Erben zu erhalten oder zu vermehren (im Anschluss an Senatsurteil BGHZ 182, 116 = FamRZ 2009, 1656).

BGH (XII. Zivilsenat),
Beschluss vom 19.05.2021 – XII ZB 518/20

I. Tatbestand:

1 Der Beteiligte zu 2 strebt die „Aufhebung“ der dem Beteiligten zu 1 von der Betroffenen erteilten General- und Vorsorgevollmacht an, soweit sie sich auf die Vermögenssorge erstreckt, und will die Einrichtung einer Betreuung mit dem Aufgabenkreis Vermögenssorge, Nachlassangelegenheiten und Geltendmachung von Rechten der Betroffenen gegenüber ihren Bevollmächtigten erreichen.

2 Die Beteiligten zu 1 und 2 sind die Söhne der 1937 geborenen Betroffenen. Ihr verstorbener Ehemann (im Folgenden: Erblasser) hatte in der Nachkriegszeit einen Fleisचेbetrieb aufgebaut, in dem sie im Verkauf mitarbeitete. Während der Beteiligte zu 2 in diesen Betrieb nicht einsteigen wollte, gründete der Beteiligte zu 1 mit seiner Ehefrau 1988 vor Ort einen zweiten Fleischereibetrieb, der eng mit dem väterlichen Betrieb kooperierte. Das Verhältnis des Beteiligten zu 2 zum Erblasser verschlechterte sich ständig;

demgegenüber stand der Beteiligte zu 1 seinen Eltern seit langen Jahren helfend zur Seite. Kurz vor seinem 70. Lebensjahr übergab der Erblasser seinen Betrieb an den Beteiligten zu 1 und dessen Ehefrau.

3 Im Jahr 2002 übertrug der Erblasser dem Beteiligten zu 2 schenkungsweise zwei Mehrfamilienhäuser in K. mit der Bestimmung, dass er sich den Wert der Objekte auf den Pflichtteilsanspruch anrechnen lassen müsse.

4 Mit notarieller General- und Vorsorgevollmacht vom 15. April 2015 hat die Betroffene ihren Ehemann und die beiden Söhne umfassend bevollmächtigt, wobei sie im Innenverhältnis die Reihenfolge Ehemann, Beteiligter zu 1 und Beteiligter zu 2 festlegte.

5 Mit notariellem Testament vom 21. März 2018 setzte der Erblasser die Betroffene und den Beteiligten zu 1 als Erben ein und zwar jeweils zu den Erbquoten, die sich aus der Gegenüberstellung des ihnen jeweils mit dem Testament zugewendeten Anteils am Nachlass ergäben, wobei der Anteil des dem Beteiligten zu 1 Zugewendeten den der Betroffenen deutlich überstieg. Als Vermächtnis wendete der Erblasser der Betroffenen erstens den Überschuss der Mieteinnahmen zu, der nach Begleichung der jährlich anfallenden Reparaturkosten für ein Hausgrundstück in K. verblieb und zweitens das Guthaben aus dem Hauskonto für das eheliche Anwesen. Von diesem Hauskonto sollten die allgemeinen Betriebskosten gedeckt und die Lebenshaltungskosten der Betroffenen gedeckt werden. In § 4 wurde dem Beteiligten zu 1 auferlegt, für eine würdevolle und angemessene Versorgung und Pflege der Betroffenen in ihrer gewohnten Umgebung des ehelichen Anwesens zu sorgen, gegebenenfalls durch die Beschäftigung einer im Haus lebenden Pflegekraft.

6 Am 26. März 2018 wurde bei der Betroffenen Demenz mit Verdacht auf Morbus Alzheimer diagnostiziert. Das vom Amtsgericht in einem Vorverfahren eingeholte Sachverständigengutachten vom 19. Juni 2018 bestätigte die Diagnose einer Demenz bei Alzheimerkrankheit. Nach den Feststellungen des Sachverständigen ist die Betroffene geschäftsunfähig und hochgradig hilflos sowie hochgradig eingeschränkt in ihrer Kritik- und Urteilsfähigkeit, ihrer Einsichts- und Steuerungsfähigkeit sowie ihren Fähigkeiten zur Realitätsprüfung und zu planerischem und zielgerichtetem Denken.

7 Am 15. April 2018 verstarb der Erblasser. Am 3. Mai 2018 fuhr der Beteiligte zu 2 mit der Betroffenen zur Sparkasse, wo sie von mehreren Konten, bei denen sie neben dem Erblasser mitberechtigt war, 1.021.000 € in bar beziehungsweise durch Überweisung an den Beteiligten zu 2 transferierte. Nach Angaben des Beteiligten zu 2 soll die Betroffene ihn gefragt haben, was sie gegen das Testament des Erblassers unternehmen könne, worauf er ihr vorgeschlagen habe, dass sie ihm die Bankkonten schenken und

überweisen könne. Am 8. Juni 2018 fuhr der Beteiligte zu 2 mit der Betroffenen zu einer Notarin, die den Widerruf der dem Beteiligten zu 1 erteilten Vollmacht und die Erklärung der Ausschlagung des Erbes nach dem Erblasser durch die Betroffene beurkundete.

8 Im August 2018 richtete das Amtsgericht eine Kontrollbetreuung mit den Aufgabenbereichen Geltendmachung von Rechten der Betroffenen gegenüber ihren Bevollmächtigten sowie Nachlass- und Vermögensangelegenheiten ein und bestellte den Beteiligten zu 3 als Kontrollbetreuer. Dieser regte im September 2019 die Aufhebung der Kontrollbetreuung an, nachdem sich der Beteiligte zu 2 in einem anderen Verfahren vor dem Amtsgericht vergleichsweise verpflichtet hatte, es zu unterlassen, von der General- und Vorsorgevollmacht vom 15. April 2015 ohne Rücksprache und Zustimmung des Beteiligten zu 1 Gebrauch zu machen, und die Betroffene durch die Umsetzung der testamentarischen Bestimmungen des Erblassers bestmöglich versorgt sei.

9 Das Amtsgericht hat die Kontrollbetreuung aufgehoben. Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Beteiligten zu 2 hat das Landgericht zurückgewiesen. Dagegen richten sich die Rechtsbeschwerden, die der Beteiligte zu 2 namens der Betroffenen und im eigenen Namen eingelegt hat und mit denen er seine Beschwerdeanträge weiterverfolgt.

II. Aus den Gründen:

10 Die zulässigen Rechtsbeschwerden sind nicht begründet.

11 1. Soweit der Beteiligte zu 2 Rechtsbeschwerde im eigenen Namen eingelegt hat, ergibt sich seine Beschwerdebefugnis für das Rechtsbeschwerdeverfahren bereits daraus, dass seine (Erst-)Beschwerde erfolglos geblieben ist (vgl. Senatsbeschluss vom 16. Januar 2019 – XII ZB 489/18 – FamRZ 2019, 618 Rn. 4 mwN).

12 Gemäß § 303 Abs. 4 FamFG, der nach der Rechtsprechung des Senats im Rechtsbeschwerdeverfahren uneingeschränkt entsprechende Anwendung findet, kann der Beteiligte zu 2 zudem als umfassend Vorsorgebevollmächtigter Rechtsbeschwerde im Namen der Betroffenen unabhängig davon einlegen, ob er bereits in der Beschwerdeinstanz namens der Betroffenen das Rechtsmittel geführt hat (vgl. Senatsbeschluss vom 14. Oktober 2020 – XII ZB 91/20 – FamRZ 2021, 228 Rn. 14 f. mwN).

13 2. Die Rechtsbeschwerden sind indessen in der Sache nicht begründet.

14 a) Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, die Einrichtung einer Betreuung scheide aufgrund der Vorsorgevollmacht aus. Auch die Voraussetzungen für die Einsetzung eines Kontrollbetreuers bezüglich der Interessenwahrnehmung durch den Beteilig-

ten zu 1 lägen nicht vor. Sie ergäben sich insbesondere nicht daraus, dass der Beteiligte zu 1 nicht für die Betroffene die Erbschaft aus dem notariellen Testament des Erblassers vom 21. März 2018 ausgeschlagen, nicht einen Zusatzpflichtteil nach § 2305 BGB geltend gemacht habe oder dass er das Gesamtguthaben eines ehemals gemeinschaftlichen Kontos des Erblassers und der Betroffenen bei der Sparkasse für sich beanspruche.

15 Das Unterlassen der Erbausschlagung lasse eine künftige Verletzung des Wohls der Betroffenen bereits deshalb nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit und in erheblicher Schwere befürchten, weil der Erblasser mit einem Bündel von Maßnahmen in seinem Testament für das Wohl der Betroffenen gesorgt habe. Zunächst sei der Betroffenen das Miteigentum des Erblassers an dem zuvor gemeinsam bewohnten Wohnhaus nebst sämtlichen Einrichtungsgegenständen übertragen worden. Zudem sei der Betroffenen das allgemeine Hauskonto vermacht worden, von dem die allgemeinen Betriebskosten zu tragen seien. Sodann enthalte das Testament das Vermächtnis der Überschüsse der Mieteinnahmen aus einem Hausgrundstück in K., woraus sich ein Jahresreinertrag von 104.731,20 € ergebe. Außerdem sei dem Beteiligten zu 1 im Testament die Auflage erteilt worden, für eine würdevolle und angemessene Versorgung und Pflege der Betroffenen in ihrer gewohnten Umgebung zu sorgen, gegebenenfalls durch die Beschäftigung einer im Haus wohnenden Pflegekraft. Soweit das der Betroffene zufließende Kapital für die beschriebene Versorgung nicht ausreichen sollte, müsse der Beteiligte zu 1 den Fehlbetrag aus eigenen Mitteln aufbringen. Entsprechendes gelte für die dem Beteiligten zu 1 übertragene Verwaltung, Instandhaltung und Instandsetzung des Wohnhauses der Betroffenen. Das Testament sehe danach eine umfassende Absicherung der Betroffenen vor, die vom Beteiligten zu 1 so auch umgesetzt worden sei.

16 Die Umsetzung der konkreten testamentarischen Bestimmungen entspräche zudem den mutmaßlichen Versorgungswünschen und -bedürfnissen der Betroffenen, da sie dadurch bis an ihr Lebensende in ihrer gewohnten Umgebung würdevoll und angemessen versorgt und gepflegt werde. Die testamentarischen Regelungen seien erkennbar auf die sich abzeichnende Erkrankung der Betroffenen zugeschnitten. Da sie zudem durch ihre Vorsorgevollmacht nach dem Erblasser den Beteiligten zu 1 bevollmächtigt habe, könne davon ausgegangen werden, dass es auch dem Willen der Betroffenen entsprochen habe, in erster Linie den Beteiligten zu 1 als den für ihr Wohlergehen Verantwortlichen einzusetzen.

17 Dagegen könne sich der Beteiligte zu 2 in diesem Zusammenhang wegen der zu diesem Zeitpunkt bereits fortgeschrittenen Demenzerkrankung nicht auf die Erbausschlagung der Betroffenen vom 8. Juni 2018 berufen.

Soweit die Notarin von einer vollen Geschäftsfähigkeit der Betroffenen bei der Beurkundung ausgehen wolle, werde dies durch das Sachverständigengutachten vom 19. Juni 2018 widerlegt.

18 Danach habe für den Beteiligten zu 1 keine Veranlassung bestanden, für die Betroffene die Erbschaft auszuschlagen, auch wenn dadurch die finanzielle Situation der Betroffenen nach den Modellrechnungen des Beteiligten zu 2 erheblich hätte verbessert werden können. Denn die Gewährleistung der beschriebenen Versorgung in ihrem vertrauten Umfeld sei für die Betroffene wichtiger als rein finanzielle Erwägungen. Hinzu komme, dass eine Ausschlagung für die Betroffene mit erheblichen Risiken verbunden gewesen wäre, zumal sie in diesem Fall auch das Alleineigentum an dem zuvor gemeinsam mit dem Erblasser bewohnten Haus und die Mieteinnahmen aus dem Hausgrundstück in K. sowie die persönliche Verpflichtung des Beteiligten zu 1 aus dem Testament verloren hätte.

19 Auch soweit der Beteiligte zu 2 nunmehr behaupte, für die Betroffene sei jedenfalls ein Zusatzpflichtteil nach § 2305 BGB geltend zu machen, lasse die Unterlassung einer solchen Geltendmachung keinen Anhaltspunkt für eine künftige Verletzung des Wohls der Betroffenen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit und erheblicher Schwere erkennen. Denn die Betroffene sei derart umfassend gesichert, dass keine Anhaltspunkte dafür bestünden, dass die beschriebene Absicherung ohne einen Zusatzpflichtteil nicht erreicht werden könne.

20 Da nach dem Gesamtverhalten des Beteiligten zu 1 keinerlei Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass er sich Geldvermögen der Betroffenen eigenmächtig einverleiben wolle, begründe es auch keine Gefährdungslage, dass der Beteiligte zu 1 die Rechtsauffassung vertrete, das Gesamtguthaben eines ehemals gemeinschaftlichen Kontos seiner Eltern falle in seinen Erbteil. Denn der Beteiligte zu 1 habe bislang keine Anstalten gemacht, auf den möglichen Anteil der Betroffenen, den er für sie angelegt habe, zuzugreifen, und zudem bei seiner Anhörung erklärt, dass er dieses Geld bis zu einer gerichtlichen Entscheidung oder Einigung der Beteiligten nicht anrühren werde.

21 Im Übrigen seien die Streitigkeiten zwischen den Beteiligten zu 1 und zu 2 bezüglich ihrer Kompetenzen aus der Vorsorgevollmacht vom 15. April 2015 zwischenzeitlich durch den in einem anderen Verfahren vor dem Amtsgericht geschlossenen Vergleich beseitigt worden.

22 Schließlich ergäben sich auch aus der Versorgung der Betroffenen keine Anhaltspunkte für die Erforderlichkeit einer Kontrollbetreuung. Denn unstreitig erhalte die Betroffene in dem von ihr bewohnten Wohnhaus, insbesondere durch eine dort lebende Pflegekraft, eine umfassende Versorgung, was sich bei der persönlichen Anhörung der Betroffenen bestätigt habe.

23 b) Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung stand.

24 aa) Das Beschwerdegericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass es einer Betreuung gemäß § 1896 Abs. 1 BGB nicht bedarf.

25 (1) Ein Betreuer darf nach § 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB nur bestellt werden, soweit die Betreuerbestellung erforderlich ist. An der Erforderlichkeit fehlt es, soweit die Angelegenheiten des Betroffenen durch einen Bevollmächtigten ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können (§ 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB). Eine Vorsorgevollmacht steht daher der Bestellung eines Betreuers grundsätzlich entgegen. Anders kann es zum einen liegen, wenn Zweifel an der Wirksamkeit der Vollmachterteilung oder am Fortbestand der Vollmacht bestehen, die geeignet sind, die Akzeptanz der Vollmacht im Rechtsverkehr und damit die Wahrnehmung von Rechten des Betroffenen durch den Bevollmächtigten zu beeinträchtigen. Eine Betreuung kann trotz Vorsorgevollmacht zum anderen dann erforderlich sein, wenn der Bevollmächtigte ungeeignet ist, die Angelegenheiten des Betroffenen zu besorgen, insbesondere weil zu befürchten ist, dass die Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen durch jenen eine konkrete Gefahr für das Wohl des Betroffenen begründet. Letzteres ist der Fall, wenn der Bevollmächtigte wegen erheblicher Bedenken an seiner Geeignetheit oder Redlichkeit als ungeeignet erscheint (vgl. Senatsbeschluss vom 9. Mai 2018 – XII ZB 413/17 – FamRZ 2018, 1188 Rn. 16 mwN).

26 Beurteilungsmaßstab für das Handeln des Bevollmächtigten ist dabei, ob es sich im Rahmen der Zweckbindung der Bevollmächtigung hält. Diese Zweckbindung ergibt sich einerseits aus dem ihm erteilten Auftrag und den ihm konkret erteilten Weisungen, andererseits aus dem einer Vorsorgevollmacht generell zugrundeliegenden Zweck einer sachgerechten Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen. Der Bevollmächtigte muss im wohlverstandenen Interesse des Vollmachtgebers handeln. Er darf und muss sich dabei an den ihm erteilten Auftrag und die damit verbundenen Weisungen halten, mit denen allerdings im Einzelfall auch freigiebige Ziele verfolgt werden können. Die erteilten Weisungen und das wohlverstandene Interesse des Betroffenen können auch Zuwendungen an andere Personen einschließen, namentlich, wenn dies in Kontinuität zu der vom Vollmachtgeber in gesunden Zeiten geübten Praxis steht und keinen selbstschädigenden Umfang annimmt. Die Vollmacht ist deshalb nicht stets schon dann zweckwidrig verwendet, wenn der Bevollmächtigte Maßnahmen ergreift, die auch ihm selbst einen Vorteil verschaffen (vgl. Senatsbeschluss vom 9. Mai 2018 – XII ZB 413/17 – FamRZ 2018, 1188 Rn. 19 f. mwN).

27 Über Art und Umfang seiner Ermittlungen entscheidet dabei der Tatrichter nach pflichtgemäßem Ermessen. Dem

Rechtsbeschwerdegericht obliegt lediglich die Kontrolle auf Rechtsfehler, insbesondere die Prüfung, ob die Tatsachengerichte alle maßgeblichen Gesichtspunkte in Betracht gezogen haben und die Würdigung auf einer ausreichenden Sachaufklärung beruht (vgl. Senatsbeschluss vom 9. Mai 2018 – XII ZB 413/17 – FamRZ 2018, 1188 Rn. 17 mwN).

28 (2) Gemessen daran hat das Beschwerdegericht den Bedarf für die Einrichtung einer Betreuung zu Recht verneint, weil die Angelegenheiten der Betroffenen durch den Beteiligten zu 1 als Bevollmächtigten ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können.

29 Die Wirksamkeit der Erteilung der General- und Vorsorgevollmacht an den Beteiligten zu 1 am 15. April 2015 steht nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts außer Zweifel. Mit zutreffender Begründung ist das Beschwerdegericht weiter von der Geschäftsunfähigkeit der Betroffenen am 8. Juni 2018 ausgegangen. Damit war der Widerruf der Bevollmächtigung unwirksam. Der Fortbestand der Bevollmächtigung wird demgemäß von der Rechtsbeschwerde auch nicht in Zweifel gezogen.

30 Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde sind auch tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass der Beteiligte zu 1 zur Wahrnehmung der Interessen der Betroffenen ungeeignet wäre oder die Vollmacht zweckwidrig verwendet hätte, weder festgestellt noch ersichtlich. Das Beschwerdegericht ist im Anschluss an die Ausführungen des Kontrollbetreuers zu Recht davon ausgegangen, dass die Betroffene und der Erblasser in gesunden Zeiten die Verteilung ihres Nachlasses langfristig gemeinsam geplant haben. Danach sollte der Beteiligte zu 2 mit der Begründung, er habe sich weder für den elterlichen Betrieb interessiert noch um seine Eltern gekümmert, auf den Pflichtteil beschränkt bleiben, zu dessen Abgeltung ihm bereits im Jahr 2002 schenkungsweise zwei Mietshäuser in K. übertragen wurden. Im Übrigen sollte die würdevolle Versorgung und Pflege der Betroffenen in ihrer bisherigen Umgebung bestmöglich gesichert werden und der restliche Nachlass sodann an den Beteiligten zu 1 fallen. Als sich die Erkrankung der Betroffenen abzeichnete, hat der Erblasser diesen gemeinsamen Wunsch der Eheleute durch sein Testament abgesichert. Der Beteiligte zu 1 hat unstreitig sämtliche Auflagen des Testaments bezüglich der Versorgung und Pflege der Betroffenen umgesetzt und sich damit zugleich im Rahmen der Bevollmächtigung gehalten. Dass der Beteiligte zu 1 für die Betroffene weder die Erbschaft nach dem Erblasser ausgeschlagen noch einen ergänzenden Pflichtteilsanspruch geltend gemacht hat, vermag demgegenüber entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde keine abweichende Beurteilung zu rechtfertigen, weil die Regelungen des Testaments die gemeinsam geplante Verfügung der Ehegatten über den

Nachlass für die Betroffene umsetzen. Das Beschwerdegericht hat zudem zutreffend darauf hingewiesen, dass eine Ausschlagung der Erbschaft schon deswegen den Interessen der Betroffenen widersprochen hätte, weil sie dadurch das Alleineigentum am vormals ehelichen Anwesen und damit die Garantie ihrer vertrauten Umgebung verloren hätte.

31 Tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass die Betroffene von den gemeinsamen Vorstellungen der Ehegatten hinsichtlich ihres Nachlasses abrücken wollte, sind weder festgestellt oder ersichtlich. Sie liegen insbesondere nicht in der Behauptung des Beteiligten zu 2, die Betroffene habe ihn gefragt, was sie gegen das Testament des Erblassers unternehmen könne. Selbst wenn man dies als wahr unterstellt, kann einer solchen Äußerung angesichts des Krankheitsbilds der Betroffenen gegenüber den Planungen zu gesunden Zeiten keine überwiegende Bedeutung beigemessen werden, da die Betroffene zum Zeitpunkt dieser Äußerungen nicht mehr in der Lage war, komplexe Sachverhalte zu überblicken. Die von der Rechtsbeschwerde insoweit aufgeworfene Frage einer postmortalen ehelichen Loyalität stellt sich daher hier nicht. Anders als die Rechtsbeschwerde meint, kann daher auch nicht davon ausgegangen werden, dass das Beschwerdegericht hätte sich dem zentralen Vorbringen des Beteiligten zu 2 verschlossen, dass der Betroffenen ganz besonders an einer gleichmäßigen und gerechten Weitergabe des elterlichen Vermögens an die nachfolgende Generation gelegen sei.

32 Ohne Erfolg versucht die Rechtsbeschwerde, eine abweichende Beurteilung aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs abzuleiten, wonach im Zweifel jedem Menschen daran gelegen ist, Vermögenswerte, die er selbst nicht benötigt, so anzulegen, dass sie mit dem Tod auf die Erben übergehen (vgl. BGH Urteil vom 16. Juni 1971 – IV ZR 33/70 – juris Rn. 23). Denn dies übergeht, dass nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts hier tatsächliche Anhaltspunkte für einen abweichenden Willen der Betroffenen vorliegen, da sie bereits in gesunden Zeiten gemeinsam mit dem Erblasser die Verteilung des Nachlasses geplant und bereits teilweise umgesetzt hat. Vor diesem Hintergrund ist es rechtsbeschwerderechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Beschwerdegericht davon ausgegangen ist, dass sich der mutmaßliche Wille der Betroffenen nicht auf die Optimierung ihrer eigenen finanziellen Situation als Erblasserin richtet, sondern auf die Umsetzung ihrer Vorstellungen aus gesunden Zeiten und ihre eigene beste Versorgung und Pflege.

33 Abweichend von den Vorstellungen des Beteiligten zu 2 dienen auch weder die Eigentums- und Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz GG noch die Betreuung dazu, das Vermögen des Betroffenen zugunsten eines gesetzlichen Erben zu erhalten oder zu vermehren (vgl. Senatsurteil

BGHZ 182, 116 = FamRZ 2009, 1656 Rn. 19 mwN). Soweit der Senat entschieden hat, dass das wohlverstandene Interesse des Betroffenen auch Zuwendungen an Angehörige einschließen kann, namentlich wenn dies in Kontinuität zu einer in gesunden Zeiten geübten Praxis steht und keinen selbstschädigenden Umfang annimmt (vgl. Senatsbeschluss vom 8. Januar 2020 – XII ZB 368/19 – FamRZ 2020, 629 Rn. 17), führt dies entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde vorliegend schon deswegen zu keiner abweichenden Beurteilung, weil es in gesunden Zeiten keine Zuwendungen an den Beteiligten zu 2 gab, die über seinen Pflichtteil hinausgingen.

34 bb) Zutreffend ist das Beschwerdegericht auch davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen für die Einrichtung einer Kontrollbetreuung nach § 1896 Abs. 3 BGB hinsichtlich der Interessenwahrnehmung durch den Hauptbevollmächtigten, den Beteiligten zu 1, nicht vorliegen.

35 (1) Eine Kontrollbetreuung darf wie jede andere Betreuung nach § 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB nur dann eingerichtet werden, wenn sie erforderlich ist. Insoweit kann das Bedürfnis nach einer Kontrollbetreuung nicht allein damit begründet werden, der Vollmachtgeber sei aufgrund seiner Erkrankung nicht mehr selbst in der Lage, den Bevollmächtigten zu überwachen. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzutreten, die die Errichtung einer Kontrollbetreuung erfordern. Notwendig ist der konkrete, also durch hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte untermauerte Verdacht, dass mit der Vollmacht dem Betreuungsbedarf nicht oder nicht in gebotener Weise Genüge getan wird. Dies kann der Fall sein, wenn nach den üblichen Maßstäben aus der Sicht eines vernünftigen Vollmachtgebers unter Berücksichtigung des in den Bevollmächtigten gesetzten Vertrauens eine ständige Kontrolle schon deshalb geboten ist, weil Anzeichen dafür sprechen, dass der Bevollmächtigte mit dem Umfang und der Schwierigkeit der vorzunehmenden Geschäfte überfordert ist, oder wenn gegen die Redlichkeit oder die Tauglichkeit des Bevollmächtigten Bedenken bestehen. Ein Missbrauch der Vollmacht oder ein entsprechender Verdacht ist nicht erforderlich. Ausreichend sind konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der Bevollmächtigte nicht mehr entsprechend der Vereinbarung und im Interesse des Vollmachtgebers handelt (vgl. Senatsbeschluss vom 5. Juni 2019 – XII ZB 58/19 – FamRZ 2019, 1355 Rn. 19 mwN).

36 Soll dem Kontrollbetreuer zudem die Ermächtigung zum Vollmachtwiderruf übertragen werden, setzt dies tragfähige Feststellungen voraus, dass das Festhalten an der erteilten Vorsorgevollmacht eine künftige Verletzung des Wohls des Betroffenen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit und in erheblicher Schwere befürchten lässt. Sind behebbare Mängel bei der Vollmächtausübung festzustellen, erfordert der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zunächst den

Versuch, durch einen zu bestellenden Kontrollbetreuer auf den Bevollmächtigten positiv einzuwirken, insbesondere durch Verlangen nach Auskunft und Rechenschaftslegung sowie die Ausübung bestehender Weisungsrechte. Nur wenn diese Maßnahmen fehlschlagen oder ein solches Vorgehen aufgrund feststehender Tatsachen mit hinreichender Sicherheit als ungeeignet erscheint, drohende Schäden auf diese Weise abzuwenden, ist die Ermächtigung zum Vollmachtwiderruf, der die ultima ratio darstellt, verhältnismäßig (vgl. Senatsbeschlüsse vom 5. Juni 2019 – XII ZB 58/19 – FamRZ 2019, 1355 Rn. 22 mwN und vom 9. Mai 2018 – XII ZB 413/17 – FamRZ 2018, 1188 Rn. 32 mwN). **37** (2) Gemessen daran hat das Beschwerdegericht die Voraussetzungen für eine Kontrollbetreuung zu Recht verneint.

38 Der Beteiligte zu 1 hat sich, wie bereits oben ausgeführt, bislang an die ihm erteilten Weisungen gehalten und im wohlverstandenen Interesse der Betroffenen gehandelt. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass das Festhalten an der Bevollmächtigung künftig irgendeine Verletzung des Wohls der Betroffenen erwarten lasse, sind weder festgestellt noch ersichtlich. Sie werden von der Rechtsbeschwerde auch nicht aufgezeigt. Denn entgegen der Auffassung des Beteiligten zu 2 können sie nicht daraus hergeleitet werden, dass der Beteiligte zu 1 als Bevollmächtigter die Weisungen und das wohlverstandene Interesse der Betroffenen über das Interesse des Beteiligten zu 2 stellt, das Vermögen der Betroffenen zu seinen eigenen Gunsten als gesetzlicher Erbe zu erhalten oder zu vermehren. Darüber hinausgehende Rügen erhebt der Beteiligte zu 2 aber nicht.

LIEGENSCHAFTS- UND GRUNDBUCHRECHT

Umwandlung eines zum WEG-Verwalter bestellten Einzelkaufmanns in eine GmbH

WEG § 26 Abs. 1; BGB § 673 S. 1; UmwG § 20 Abs. 1 Nr. 2

Amtlicher Leitsatz:

Bei der Ausgliederung eines zum Verwalter bestellten einzelkaufmännischen Unternehmens zur Neugründung einer Kapitalgesellschaft gehen die Organstellung und der Verwaltervertrag in aller Regel im Wege der Rechtsnachfolge auf den übernehmenden Rechtsträger über; allein der Umstand, dass eine natürliche Person zum Verwalter bestellt wurde, gibt dem Verwalteramt und -vertrag nicht ein höchstpersönliches Gepräge (Fortführung von Senat, Urteil vom 21. Februar 2014 – V ZR 164/13, BGHZ 200, 221).

BGH (V. Zivilsenat),

Urteil vom 02.07.2021 – V ZR 201/20



I. Tatbestand:

1 Die Parteien sind die Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft. Im November 2014 wurde S. P. bis zum 30. Juni 2018 zur Verwalterin bestellt. Am 31. August 2017 gliederte sie ihr im Handelsregister als solches eingetragenes einzelkaufmännisches Unternehmen zur Neugründung der K. GmbH (nachfolgend GmbH) aus. Geschäftsführer der GmbH sind Frau P. und eine weitere Person. Auf der Eigentümersammlung vom 18. Mai 2018, zu der die GmbH eingeladen hatte, fassten die Wohnungseigentümer zu TOP 9 folgenden Beschluss: „Der bestehende Verwaltervertrag und die Verwalterbestellung der K. GmbH wird bis zum 30. Juni 2021 verlängert.“

2 Auf die Beschlussanfechtungsklage des Klägers hat das Amtsgericht u.a. diesen Beschluss für ungültig erklärt. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Landgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, wenden sich die Beklagten zu 1 gegen die Ungültigerklärung des Beschlusses zu TOP 9.



II. Aus den Gründen:

3 Nach Ansicht des Berufungsgerichts widerspricht der angefochtene Beschluss ordnungsmäßiger Verwaltung, weil es an den für die Neubestellung eines Verwalters erforderlichen Alternativangeboten fehle. Enthalte der mit einem Einzelunternehmer geschlossene Verwaltervertrag – wie hier – für Umwandlungsfälle keine Regelung, sei im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung im Zweifel eine personenbezogene Bestellung anzunehmen. Das Verwalteramt gehe daher bei einer Ausgliederung des einzelkaufmännischen Unternehmens zum Zwecke der Neugründung einer GmbH nicht auf diese über. Der angefochtene Beschluss sei auch nicht als Zustimmung der Wohnungseigentümer zur Fortführung des Verwalteramtes und des Verwaltervertrages durch die GmbH anzusehen, weil nicht davon ausgegangen werden könne, dass die Wohnungseigentümer sich bewusst gewesen seien, einen neuen Verwalter in geänderter Rechtsform zu bestellen. Selbst wenn man den Beschluss als faktische Wiederbestellung des Verwalters ansehen wollte, sei die Einholung von Alternativangeboten nicht entbehrlich gewesen, weil sich der Sachverhalt seit der Erstbestellung infolge der Ausgliederung des Einzelunternehmens in die GmbH verändert habe.

4 Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die zulässige Revision ist begründet. Die von dem Berufungsgericht gegebene Begründung, der angefochtene Beschluss über die Verlängerung der Bestellung und des Verwaltervertrages der K. GmbH widerspreche ordnungsmäßiger Verwaltung, weil zuvor keine Alternativangebote eingeholt worden seien, trägt die Ungültigerklärung nicht.

5 1. Im Ausgangspunkt zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass es nach der Rechtsprechung des Senats bei der Neubestellung eines Verwalters regelmäßig geboten ist, Alternativangebote einzuholen (vgl. Senat, Urteil vom 1. April 2011 – V ZR 96/10, NZM 2011, 515 Rn. 12 f.; Urteil vom 24. Januar 2020 – V ZR 110/19, NZM 2020, 663 Rn. 12). Bei der Wiederbestellung des amtierenden Verwalters ist die Einholung von Alternativangeboten anderer Verwalter hingegen nur geboten, wenn sich seit der Erstbestellung des wieder zu bestellenden Verwalters der Sachverhalt verändert hat (Senat, Urteil vom 1. April 2011 – V ZR 96/10, aaO).

6 2. Rechtsfehlerhaft ist indes die Annahme des Berufungsgerichts, der angefochtene Beschluss über die Verlängerung des Verwaltervertrages und der Verwalterbestellung der K. GmbH sei als Neubestellung des Verwalters anzusehen und habe daher nicht ohne Einholung von Alternativangeboten gefasst werden dürfen. Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung kann nicht von einer Neubestellung des Verwalters ausgegangen werden. Für das Revisionsverfahren ist, weil das Berufungsgericht dies ausdrücklich offengelassen hat, zugunsten der Beklagten zu unterstellen, dass die Ausgliederung wirksam war und das gesamte Hausverwaltungsunternehmen der ehemaligen Verwalterin erfasst. Dann sind entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts die Verwalterstellung und der Verwaltervertrag auf die GmbH übergegangen und ist der Beschluss über die Verlängerung ihrer Bestellung und des Vertrages nicht als Neuwahl, sondern als Wiederwahl des amtierenden Verwalters anzusehen. Allerdings ist umstritten, ob im Falle der Ausgliederung eines einzelkaufmännischen Unternehmens zur Neugründung einer Kapitalgesellschaft die Verwalterstellung und der Verwaltervertrag auf letztere übergehen.

7 a) Eine Ansicht lehnt die Rechtsnachfolge der Kapitalgesellschaft in den Verwaltervertrag und das Verwalteramt des Einzelkaufmanns ab (vgl. BayObLG, ZfIR 2002, 390; Jennißen in Jennißen, WEG, 6. Aufl., § 26 Rn. 18b; MüKoBGB/Zscheschack, 8. Aufl., § 26 WEG nF Rn. 14; Nidenführ in Nidenführ/Schmidt-Räntsch/Vandenhouten, WEG, 13. Aufl., § 26 Rn. 18; Bärmann/Pick/Emmerich, WEG, 20. Aufl., § 26 Rn. 11; BeckOGK/Greiner, WEG [1.6.2021], § 26 Rn. 34; Spielbauer in Spielbauer/Then, WEG, 3. Aufl., § 36 Rn. 6; jurisPK-BGB/Geiben, 9. Aufl.,

WEG § 26 Rn. 36; Zajonz/Nachtwey, ZfIR 2008, 701, 705; Wicke/Menzel, MittBayNot 2009, 203, 206, 208; Sommer, ZWE 2017, 203, 206). Wenn eine natürliche Person zum Verwalter bestellt werde, sei der Vertrag von einem persönlichen Vertrauensverhältnis geprägt und habe das Amt höchstpersönlichen Charakter (vgl. BayObLG, ZfIR 2002, 390; MüKoBGB/Zscheschack, 8. Aufl., § 26 WEG nF Rn. 14). Mit der Umwandlung verlören die Wohnungseigentümer ihren Einfluss auf die Person des Verwalters, da eine Mitwirkungsmöglichkeit bei der Auswechslung von Gesellschaftern und Geschäftsführern der juristischen Person nicht bestehe (vgl. BayObLG, ZfIR 2002, 390; BeckOGK/Greiner, WEG [1.6.2021], § 26 Rn. 34; ähnlich Nidenführ in Nidenführ/Schmidt-Räntsch/Vandenhouten, WEG, 13. Aufl., § 26 Rn. 18).

8 b) Nach anderer Ansicht gehen Verwaltervertrag und Verwalteramt bei der Ausgliederung des einzelkaufmännischen Unternehmens auf die neu entstehende Kapitalgesellschaft über (vgl. Erman/Grziwotz, BGB, 16. Aufl., § 26 WEG Rn. 1; Bärmann/Becker, WEG 14. Aufl., § 26 Rn. 39; Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl., § 26 Rn. 33; BeckOK WEG/Elzer [2.4.2021], § 26 Rn. 23, 32; Vossius in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht [Oktober 2015], UmwG § 20 Rn. 323; Lutter/Lieder, UmwG, 6. Aufl. § 131 Rn. 86; BeckOGK/Wiersch/Breuer, UmwG [1.10.2020], § 131 Rn. 47; Becker, FS Merle 2010, S. 51, 60 f.; Rapp, ZfIR 2001, 754; Lüke, ZfIR 2002, 469, 470; Wachter, EWIR 2014, 343 f.; Krebs, GWR 2014, 194; Serr, ZWE 2016, 307, 311; wohl auch Schmitt/Hörtnagel, UmwG, 9. Aufl., § 131 Rn. 76; für Personengesellschaften auch Armbrüster/Greis, ZfIR 2014, 327, 332). Bei Umwandlungsvorgängen könne nicht pauschal auf die höchstpersönliche Amtsausübung abgestellt werden. Die Teilnehmer des Rechtsverkehrs erwarteten im Allgemeinen nicht, dass der Inhaber des im Handelsregister eingetragenen Unternehmens die Aufgaben des Verwalters höchstpersönlich wahrnehme (vgl. etwa Erman/Grziwotz, BGB, 16. Aufl., § 26 WEG Rn. 1; Wachter, EWIR 2014, 343, 344).

9 c) Der Senat hat die Frage bislang nicht entschieden. Er hat zwar für den Fall der Verschmelzung einer zur Verwalterin bestellten juristischen Person auf eine andere juristische Person ausgesprochen, dass die Organstellung und der Verwaltervertrag im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen. Dabei hat er aber ausdrücklich offen gelassen, ob dies auch für eine Spaltung gilt, insbesondere für die Ausgliederung eines einzelkaufmännischen Unternehmens (Senat, Urteil vom 21. Februar 2014 – V ZR 164/13, BGHZ 200, 221 Rn 20). Er entscheidet die Frage nunmehr im Sinne der zuletzt genannten Ansicht. Bei der Ausgliederung eines zum Verwalter bestellten einzelkaufmännischen Unternehmens zur Neugründung einer Kapitalgesellschaft gehen die Organ-

stellung und der Verwaltervertrag in aller Regel im Wege der Rechtsnachfolge auf den übernehmenden Rechtsträger über; allein der Umstand, dass eine natürliche Person zum Verwalter bestellt wurde, gibt dem Verwalteramt und -vertrag nicht ein höchstpersönliches Gepräge.

10 aa) Wie der Senat bereits entschieden hat, kann die Frage, ob Verwalteramt und Verwaltervertrag bei Umwandlungsvorgängen auf die übernehmende Gesellschaft übergehen, nicht anhand der Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches (§§ 673, 613 Satz 1 BGB) oder des Wohnungseigentumsgesetzes (§ 26 Abs. 1 WEG) beantwortet werden, da das Umwandlungsgesetz für solche Vorgänge eine vorrangige Sonderregelung enthält (vgl. Senat, Urteil vom 21. Februar 2014 – V ZR 164/13, BGHZ 200, 221 Rn. 18 zur Verschmelzung). Dies gilt auch in dem Fall, dass der Verwalter sein einzelkaufmännisches Unternehmen zur Neugründung einer GmbH ausgliedert.

11 bb) Nach § 152 Satz 1 UmwG kann das von einem Einzelkaufmann betriebene Unternehmen, dessen Firma im Handelsregister eingetragen ist, zur Neugründung einer Kapitalgesellschaft ausgegliedert werden. Die Ausgliederung stellt eine Unterform der Spaltung dar; ihre Rechtsfolgen richten sich nach § 158 i. V. m. den §§ 153 ff. UmwG sowie nach den §§ 123 ff. UmwG (vgl. etwa *Leitzen* in *Habersack/Wicke*, UmwG, 2. Aufl., § 152 Rn. 9). Mit der Eintragung im Handelsregister geht das von der Ausgliederung umfasste Vermögen des einzelkaufmännischen Unternehmens einschließlich der Verbindlichkeiten im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge (vgl. zu diesem Begriff *BeckOGK/Wiersch/Breuer* [1.10.2020], UmwG § 131 Rn. 4; *Raible* in *Maulbetsch/Klumpp/Rose*, UmwG, 2. Aufl., § 131 Rn. 3) auf den übernehmenden Rechtsträger über (§ 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Erfasst die Ausgliederung das gesamte Unternehmen des Einzelkaufmanns, so erlischt mit der Eintragung die von dem Einzelkaufmann geführte Firma (§ 158 i. V. m. § 155 UmwG). Von dem Übergang ausgenommen sind allerdings höchstpersönliche Rechte und Pflichten (vgl. BGH, Urteil vom 13. August 2015 – VII ZR 90/14, ZIP 2015, 1823 Rn. 24 und – im Zusammenhang mit der Aufhebung von § 132 UmwG aF – BT-Drucks. 16/2919, S. 19, sowie zu der entsprechenden Regelung für die Verschmelzung in § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG Senat, Urteil vom 21. Februar 2014 – V ZR 164/13, BGHZ 200, 221 Rn. 17).

12 cc) Daher kommt es entscheidend darauf an, ob das Verwalteramt und der Verwaltervertrag aus umwandlungsrechtlicher Sicht als höchstpersönliche Rechtsverhältnisse anzusehen sind. Dies ist regelmäßig nicht der Fall, und zwar auch dann nicht, wenn eine natürliche Person mit den Aufgaben des Verwalters betraut ist.

13 (1) Der Umstand allein, dass die Wohnungseigentümer eine natürliche Person zum Verwalter bestellen, be-

sagt nicht, dass es ihnen gerade darauf ankommt, dass diese Person die Aufgaben des Verwalters höchstpersönlich wahrnimmt.

14 (a) Gegen diese Annahme spricht schon, dass das Umwandlungsgesetz in den §§ 152 ff., 123 ff. Regelungen für die Ausgliederung des einzelkaufmännischen Unternehmens enthält. Rechtsträger eines solchen Unternehmens ist stets eine natürliche Person. Wäre generell davon auszugehen, dass Rechtsverhältnisse, aus denen eine natürliche Person Dienst- oder Geschäftsbesorgungspflichten unterliegt, höchstpersönlicher Natur sind, liefen diese umwandlungsrechtlichen Regelungen für weite Tätigkeitsbereiche einzelkaufmännischer Unternehmen leer.

15 (b) Auch die Stellung des Verwalters einer Wohnungseigentümergeinschaft rechtfertigt nicht die generelle Annahme eines höchstpersönlichen Rechtsverhältnisses. Das Amt des Verwalters ist zwar mit Pflichten und Befugnissen verbunden, deren sachgerechte Wahrnehmung und Erfüllung erhebliche Bedeutung für die Wohnungseigentümer haben können. Den Wohnungseigentümern wird es daher regelmäßig darauf ankommen, einen fachkundigen Verwalter zu bestellen, dem sie die ordnungsgemäße Wahrnehmung der mit dem Amt verbundenen Aufgaben zutrauen (vgl. auch § 19 Abs. 2 Nr. 6 i. V. m. § 26a WEG). Das Vertrauen der Wohnungseigentümer in die Eignung und Befähigung des von ihnen ausgewählten Verwalters ist aber, wenn der Inhaber eines im Handelsregister eingetragenen Unternehmens zum Verwalter bestellt wird, regelmäßig nicht darauf gerichtet, dass dieser die Aufgaben des Verwalters höchstpersönlich wahrnimmt. Vielmehr wird sich das Vertrauen im Regelfall auf die Expertise und Leistungsfähigkeit des von dem Verwalter geführten Geschäftsbetriebs richten (zutreffend *Becker*, FS Merle 2010, S. 51, 60; *Wachter*, EWiR 2014, 343, 344; *Serr*, ZWE 2016, 311). Dieses Vertrauen wird nicht schon dadurch enttäuscht, dass der Verwalter sein einzelkaufmännisches Unternehmen in eine neu gegründete Kapitalgesellschaft ausgliedert, da mit der Umwandlung als solcher kein Verlust an Sachkunde und Leistungsfähigkeit verbunden sein muss, namentlich wenn der Verwalter als Gesellschafter und Geschäftsführer maßgeblichen Einfluss auf die neu gegründete Gesellschaft nimmt. Das wird besonders deutlich, wenn der Einzelkaufmann, der mehrere Wohnungseigentümergeinschaften verwaltet, Mitarbeiter beschäftigt, denen die Betreuung bestimmter Objekte zugewiesen ist. In einem solchen Fall bedingt die Umwandlung von vornherein keinen personellen Wechsel in der Bearbeitung.

16 (2) Dass die Wohnungseigentümer nach der Umwandlung in eine Kapitalgesellschaft einen Wechsel in der Geschäftsführung und in dem Gesellschafterbestand nicht mehr verhindern können, führt nicht zu einer anderen Be-

wertung. Denn dem Vertrauen der Wohnungseigentümer in die Person des Verwalters kann in einem solchen Fall durch das Recht zu dessen Abberufung und zur außerordentlichen Kündigung des Verwaltervertrages ausreichend Rechnung getragen werden. Dabei kann dahinstehen, ob die Ausgliederung des einzelkaufmännischen Unternehmens des Verwalters und die damit verbundene Rechtsnachfolge der Kapitalgesellschaft in Organstellung und Verwaltervertrag schon für sich genommen einen wichtigen Grund darstellen, der die Wohnungseigentümergeinschaft zur Abberufung des Verwalters und zur außerordentlichen Kündigung des Verwaltervertrages berechtigt (dafür etwa *Rapp* ZfIR 2001, 754, 755; *Lüke* ZfIR 2002, 469, 470; dagegen – allgemein für übergenehnde Verträge – etwa *Maulbetsch/Klump/Rose/Raible*, UmwG, 2. Aufl., § 131 Rn. 25; offen gelassen in BGH, Urteil vom 13. August 2015 – VII ZR 90/14, BGHZ 206, 332 Rn. 27; ablehnend für die Verschmelzung Senat, Urteil vom 21. Februar 2014 – V ZR 164/13, BGHZ 200, 221 Rn. 28). Denn ein solches Recht besteht jedenfalls dann, wenn es zu einem solchen personellen Wechsel kommt und die Fortführung der Verwaltung durch die Kapitalgesellschaft unter der neuen Geschäftsführung den Wohnungseigentümer nicht zuzumuten ist, wobei insoweit keine hohen Anforderungen zu stellen sind (vgl. Senat, Urteil vom 21. Februar 2014 – V ZR 164/13, BGHZ 200, 221 Rn. 28). Das gilt umso mehr, als die Abberufung des Verwalters nach § 26 Abs. 3 Satz 1 WEG in der zum 1. Dezember 2020 in Kraft getretenen Fassung jederzeit möglich ist und der Verwaltervertrag spätestens sechs Monate nach der Abberufung des Verwalters endet (Satz 2). Die Wohnungseigentümer können somit im Falle eines als nachteilig angesehenen Wechsels in der Geschäftsführung der die Verwaltung übernehmenden GmbH den Verwaltervertrag kurzfristig beenden, ohne dass die Voraussetzungen für die Annahme eines zur Kündigung berechtigenden wichtigen Grundes vorliegen müssen.

17 dd) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts folgt die Höchstpersönlichkeit des Rechtsverhältnisses zwischen der Gemeinschaft und dem Verwalter auch nicht aus einer ergänzenden Vertragsauslegung des Verwaltervertrages dahingehend, dass bei der Bestellung einer natürlichen Person zum Verwalter im Zweifel von einem Ausschluss der Rechtsnachfolge auf eine Kapitalgesellschaft auszugehen wäre.

18 (1) Voraussetzung hierfür wäre zunächst, dass der in § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG angeordnete Übergang des abgespaltenen oder ausgegliederten Vermögens als Gesamtheit auf den übernehmenden Rechtsträger überhaupt vertraglich ausgeschlossen werden kann. In der Literatur ist umstritten, ob für einzelne Rechtsverhältnisse bestehende Übertragungshindernisse die partielle Ge-

samtrechtsnachfolge hindern können (siehe zum Streitstand etwa *BeckOGK/Wiersch/Breuer* [1.10.2020], UmwG § 131 Rn. 9; ausdrücklich dagegen etwa *KK-UmwG/Simon*, § 131 Rn. 16). Der Bundesgerichtshof hat für den Bauvertrag und die Verschmelzung entschieden, dass ein vereinbartes Abtretungsverbot nach § 399 Alt. 2 BGB dem Übergang der dem Auftragnehmer gegen den Auftraggeber zustehenden Zahlungsansprüche auf die übernehmende Gesellschaft aufgrund der in § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG angeordneten Gesamtrechtsnachfolge anlässlich einer Verschmelzung des Auftragnehmers auf die übernehmende Gesellschaft nicht entgegensteht (vgl. BGH, Urteil vom 22. September 2016 – VII ZR 298/14, NJW 2017, 71 Rn. 25 ff.). Es kann aber im Ergebnis dahinstehen, ob der Übergang des mit einem einzelkaufmännischen Unternehmen geschlossenen Verwaltervertrages auf eine Kapitalgesellschaft im Wege der Ausgliederung durch eine vertragliche Regelung ausgeschlossen werden kann, denn die von dem Berufungsgericht befürwortete Auslegung des Verwaltervertrages kommt schon aus anderen Gründen nicht in Betracht.

19 (2) Es fehlt bereits an einer planwidrigen Lücke in dem Verwaltervertrag, die Voraussetzung für eine ergänzende Vertragsauslegung wäre (vgl. Senat, Urteil vom 14. Februar 2020 – V ZR 11/18, NJW 2020, 2104 Rn. 16, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 225, 1). Der Verwaltervertrag enthält zwar keine Regelung über die Folgen einer Umwandlung des Unternehmens der Verwalterin. Dies war aber auch nicht erforderlich, weil die Rechtsfolgen der Ausgliederung des einzelkaufmännischen Unternehmens zur Neugründung einer Kapitalgesellschaft in den § 158 i.V.m. §§ 153 ff. UmwG sowie §§ 123 ff. UmwG geregelt sind. Danach gehen bestehende Verträge im Wege der Rechtsnachfolge über.

20 (3) Zudem entspräche eine ergänzende Auslegung des Verwaltervertrages dahingehend, dass dieser von der Rechtsnachfolge ausgenommen ist, nicht dem hypothetischen Willen der Parteien (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 14. Februar 2020 – V ZR 11/18, NJW 2020, 2104 Rn. 17, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 225, 1), denn sie wäre nicht interessengerecht.

21 (a) Dass der Ausschluss der Rechtsnachfolge dem Interesse des Verwalters, der sein einzelkaufmännisches Unternehmen auf eine Kapitalgesellschaft ausgliedert, widerspräche, liegt auf der Hand, denn die Maßnahme zielt gerade auf den Übergang der von ihr umfassten Verträge auf das neu gegründete Unternehmen. Der Verwalter müsste, wenn der Übergang des Verwaltervertrages ausgeschlossen wäre, für jede von ihm verwaltete Wohnungseigentümergeinschaft eine Eigentümerversammlung einberufen, damit diese der Übertragung zustimmt oder die Bestellung der Kapitalgesellschaft und

den Abschluss eines neuen Verwaltervertrages mit dieser beschließt (vgl. *Lüke*, ZfIR 2002, 469, 470).

22 (b) Der Ausschluss der Rechtsnachfolge entspräche aber auch nicht dem Interesse der Wohnungseigentümer. Scheitert bei der Ausgliederung des einzelkaufmännischen Unternehmens der Übergang des Vertrages auf die juristische Person, kommen zwei denkbare Rechtsfolgen in Betracht. Entweder endet das Verwalteramt und der Verwaltervertrag erlischt mit der Folge, dass die Wohnungseigentümergeinschaft verwalterlos wird (so etwa *Jennißen*, WEG, 6. Aufl., § 26 Rb. 18b; *Bärman/Pick/Emmerich*, WEG, 20. Aufl., § 131 Rn. 11; *jurisPK-BGB/Geiben*, 9. Aufl., WEG § 26 Rn. 36). Damit träte ein den Interessen der Wohnungseigentümer widersprechender Zustand ein (vgl. Senat, Urteil vom 5. April 2019 – V ZR 339/17, BGHZ 222, 1 Rn. 11). Oder aber das Verwalteramt und der Verwaltervertrag verbleiben bei dem bisherigen Verwalter, weil nur die im Handelsregister eingetragene Firma erlischt und die natürliche Person als Rechtsträger (vgl. § 17 HGB) auch nach der Ausgliederung noch vorhanden ist (so allgemein für nicht übertragbare Vermögensgegenstände *Lutter/Lieder*, UmwG, 6. Aufl., § 131 Rn. 46; *NK/Fischer*, UmwG, 2. Aufl., § 131 Rn. 5; *Schmitt/Hörtnagel/ders.*, UmwG, 9. Aufl., § 131 Rn. 82; aA *Semler/Stengel/Leonard/Schröer/Greitemann*, UmwG, 5. Aufl., § 131 Rn. 19: Gegenstand geht ungeachtet des Übertragungshindernisses über). Dieser wäre aber nicht mehr in der Lage, seine Aufgaben wie bisher zu erfüllen; denn sein Geschäftsbetrieb wäre dann im Wege der Ausgliederung auf die juristische Person übergegangen (zutreffend *Becker*, FS Merle 2010, S. 51, 61). In beiden Fällen stünden die Wohnungseigentümer im Ergebnis schlechter da, als wenn – wie richtigerweise anzunehmen – Organstellung und Vertrag übergehen und die Kündigung nur in dem Fall ausgesprochen werden muss, dass die neue Verwalterin die sachliche Kundenbetreuung tatsächlich schlechter ausübt als das bisherige einzelkaufmännische Unternehmen. Es besteht daher entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch ein praktisches Bedürfnis für den Übergang von Amt und Vertrag auf die juristische Person.

23 (c) Der Umstand, dass die juristische Person, anders als natürliche Personen, nur beschränkt haftet, führt ebenfalls nicht dazu, dass von einem hypothetischen Willen der Wohnungseigentümer auszugehen wäre, den Verwaltervertrag nicht übergehen zu lassen. Denn der Einzelkaufmann, der sein Unternehmen ausgliedert, unterliegt nach §§ 156, 157 UmwG für fünf Jahre der Nachhaftung für Verbindlichkeiten, die auf die juristische Person übergehen. Während dieses Zeitraumes können die Wohnungseigentümer einen anderen Verwalter bestellen, falls sie die Haftungsbeschränkung der juristischen Person nicht hinnehmen möchten.

24 3. Bei dem zu unterstellenden Gelingen der Ausgliederung und bei dem Übergang des Verwaltungsunternehmens auf die GmbH wären Alternativangebote auch nicht deshalb einzuholen, weil sich der Sachverhalt verändert hätte. Alternativangebote müssen zur Vorbereitung einer Wiederbestellung der bisherigen Verwaltung nur eingeholt werden, wenn sich bei der Amtsführung des Verwalters relevante Veränderungen wie Qualitätsdefizite oder eine Verschlechterung des Verhältnisses zwischen Verwaltung und Wohnungseigentümern ergeben haben, oder wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass dieselben Leistungen von anderen Verwaltungen spürbar kostengünstiger zu erhalten wären (vgl. Senat, Urteil vom 1. April 2011 – V ZR 96/10, NZM 2011, 515 Rn. 12 f.). Die Ausgliederung des Verwaltungsunternehmens auf einen anderen Rechtsträger führt als solche „nur“ zu einem Wechsel des Rechtsträgers und insbesondere dann nicht zu Veränderungen bei der Amtsführung, wenn die handelnden Personen – wie hier – dieselben bleiben. Sie erfordert für sich genommen die Einholung von Alternativangeboten nicht (so auch *BeckOGK/Greiner*, WEG [1.6.2021], § 26 Rn. 48.3; aA LG Frankfurt aM, ZWE 2018, 327 Rn. 7).

25 Das Urteil kann danach keinen Bestand haben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist zur Entscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO). Es bedarf insbesondere keiner weiteren Feststellungen zu der von dem Berufungsgericht offen gelassenen Frage, ob die Ausgliederung den zuvor einzelkaufmännisch betriebenen Geschäftsbereich der Wohnungseigentumsverwaltung der ehemaligen Verwalterin erfasste. Selbst wenn dies nicht der Fall gewesen sein sollte, wären weder die geltend gemachten Anfechtungsgründe noch Nichtigkeitsgründe gegeben und die Klage somit abzuweisen.

26 1. Dann hätte die Ausgliederung zwar nicht zum Übergang von Verwalteramt und -vertrag auf die K. GmbH geführt, der angefochtene Beschluss widerspräche aber dennoch nicht deshalb ordnungsmäßiger Verwaltung, weil keine Alternativangebote eingeholt wurden. Denn in dieser Situation wäre die Einholung von Alternativangeboten weder unter dem Gesichtspunkt einer Neubestellung des Verwalters oder noch unter dem Gesichtspunkt einer wesentlichen Veränderung des Sachverhalts geboten gewesen, weil die beabsichtigte Ausgliederung faktisch vollzogen worden ist, die GmbH jedenfalls tatsächlich die Verwaltung fortgeführt hat und ihre Tätigkeit den Wohnungseigentümern somit eine ausreichende Grundlage für die Entscheidung über ihre Bestellung für die folgenden drei Jahre bot.

27 a) Ein etwaiges Scheitern der Ausgliederung machte die Einholung von Alternativangeboten für sich genommen nicht erforderlich.

28 aa) Die Einholung von Alternativangeboten hat den Zweck, den Wohnungseigentümern bei der Neubestellung eines Verwalters, der für sie wichtige und weitreichende Funktionen wahrnimmt und regelmäßig für mehrere Jahre bestellt wird, eine Wahl auf einer fundierten Tatsachengrundlage zu ermöglichen. Diese sollen in die Lage versetzt werden, einen tragfähigen Vergleich zwischen den Angeboten der Bewerber anzustellen und die Stärken und Schwächen der Leistungsangebote zu beurteilen sowie ggf. Erkundigungen über die Bewerber einzuziehen und sich ein Bild darüber zu verschaffen, ob der jeweilige Bewerber fachlich geeignet ist, die Wohnungseigentümergeinschaft zu verwalten (vgl. zum Ganzen Senat, Urteil vom 24. Januar 2020 – V ZR 110/19, NZM 2020, 663 Rn. 12). Der mit der Einholung von Alternativangeboten verbundene Aufwand ist aber nur angezeigt, wenn die Wohnungseigentümer oder erhebliche Teile der Wohnungseigentümer einer Anlage mit der Arbeit des bisherigen Verwalters nicht mehr zufrieden sind oder Anlass besteht, die Angemessenheit von dessen Honorierung zu überprüfen (Senat, Urteil vom 1. April 2011 – V ZR 96/10, NZM 2011, 515 Rn. 13).

29 bb) Danach muss die Wiederwahl auch dann nicht durch die Einholung von Alternativangeboten vorbereitet werden, wenn eine Kapitalgesellschaft für den neuen Bestellungszeitraum zur Verwalterin bestellt werden soll, auf die das Verwaltungsunternehmen der bisherigen Verwaltung ausgegliedert werden sollte, und die das Unternehmen trotz technischer Mängel der Ausgliederung über einen mehr als nur geringfügigen Zeitraum faktisch fortgeführt hat. Denn auch in diesem Fall können die Wohnungseigentümer aufgrund der bisherigen faktischen Verwaltungstätigkeit beurteilen, ob der neue Rechtsträger, auf den das Unternehmen ausgegliedert werden sollte, den Anforderungen genügt und ob sie mit ihm zurechtkommen. Sie müssen deshalb nur dann Alternativangebote einholen, wenn sich der Sachverhalt verändert hat.

30 b) Ein solcher neuer Sachverhalt läge entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts selbst dann nicht vor, wenn Verwalteramt und -vertrag nicht auf die K. GmbH übergegangen wären. Unabhängig davon, ob das Verwalteramt und der Verwaltervertrag mit der Ausgliederung auf die K. GmbH übergegangen sind, hat diese die Verwaltung jedenfalls faktisch fortgeführt. Dass sich die Leistungen der Verwalterin oder das Verhältnis zwischen dieser und den Wohnungseigentümern durch den Wechsel verschlechtert hätte, macht der Kläger nicht geltend. Er trägt auch nicht vor, dass die Leistungen der Verwalterin von anderen Verwaltungsfirmen spürbar günstiger angeboten würden. Der Umstand allein, dass es sich bei der Verwalterin nach der Ausgliederung um eine in der

Haftung beschränkte Gesellschaft handelt und die Wohnungseigentümergeinschaft keinen unmittelbaren Einfluss darauf haben, dass S. P. Geschäftsführerin der GmbH bleibt, führt nicht dazu, dass der Beschluss über die Bestellung der GmbH und die Verlängerung des Verwaltervertrages ordnungsmäßiger Verwaltung widersprechen (aA – wie das Berufungsgericht – LG Frankfurt aM, ZWE 2018, 327 Rn. 8). Insoweit kann auf die oben angeführten Gründe verwiesen werden (vgl. Rn. 9 ff.).

31 2. Soweit der Kläger als weiteren Anfechtungsgrund vorbringt, die Eigentümerversammlung vom 18. Mai 2018 leide an einem Einladungsmangel, weil nicht die berechnete Verwalterin S. P., sondern eine unberechtigte Dritte, nämlich die K. GmbH zu der Versammlung eingeladen habe, führt dies nicht zum Erfolg. Auch dabei kann dahinstehen, ob das Verwalteramt zuvor durch die Ausgliederung auf die GmbH übergegangen war oder infolge von Mängeln der Ausgliederung bei Frau P. verblieben ist.

32 a) Die Erklärung eines Beschlusses für ungültig scheidet nämlich in der Regel aus, wenn feststeht, dass sich der Beschlussmangel auf das Abstimmungsergebnis nicht ausgewirkt hat. Anders verhält es sich nur bei schwerwiegenden Verstößen, die dazu führen, dass das Teilnahme- und Mitwirkungsrecht eines Mitgliedes in gravierender Weise ausgehebelt wird (Senat, Urteil vom 10. Dezember 2010 – V ZR 60/10, ZfIR 2011, 321 Rn. 10; Urteil vom 20. November 2020 – V ZR 64/20, WuM 2021, 204 Rn. 14 mwN) oder wenn die Regeln des Wohnungseigentumsgesetzes über die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums systematisch missachtet, etwa Einladungen zu Wohnungseigentümerversammlungen immer wieder sehenden Auges und bewusst von einem dazu nicht ermächtigten oder sonst befugten Wohnungseigentümer ausgesprochen werden (vgl. Senat, Urteil vom 20. November 2020 – V ZR 64/20, aaO). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor.

33 b) Der Kläger legt nicht dar, dass sich der von ihm geltend gemachte Ladungsmangel auf das Abstimmungsergebnis ausgewirkt hat. Einer solchen Darlegung bedürfte es aber, zumal der Beschluss mit 19 Ja-Stimmen und zwei Stimmenthaltungen gefasst wurde. Der Kläger macht auch nicht geltend, dass die K. GmbH trotz einer von ihr erkannten Unwirksamkeit der Ausgliederung sehenden Auges immer wieder unbefugt zu Eigentümerversammlungen eingeladen habe.

34 3. Auf die von dem Berufungsgericht verneinte und von den Parteien auch im Revisionsverfahren diskutierte Frage, ob in dem von den Wohnungseigentümern gefassten Beschluss eine konkludente Zustimmung zu dem Übergang der Verwalterstellung und des Verwaltervertrages auf die GmbH zu sehen sein könnte, kommt es nach dem zuvor Gesagten nicht an.

Keine Zahlung der Instandhaltungsrücklage durch einen Berechtigten einer Grunddienstbarkeit.

Normenkette:

BGB § 1020 S. 2

Amtlicher Leitsatz:

Ist das Sondereigentum mit einer Grunddienstbarkeit belastet, kann der Sondereigentümer von dem Dienstbarkeitsberechtigten, der auf der Fläche des belasteten Sondereigentums eine Anlage hält (hier: Tiefgaragenstellplätze), die von ihm an die Wohnungseigentümergeinschaft auf die Instandhaltungsrücklage erbrachten Zahlungen nicht erstattet verlangen.

BGH (V. Zivilsenat),

Urteil vom 18.06.2021 – V ZR 146/20

I. Tatbestand:

1 Die Klägerin ist Mitglied einer Wohnungseigentümergeinschaft und Sondereigentümerin von 18 Tiefgaragenstellplätzen. Auf dem Nachbargrundstück befindet sich ebenfalls eine Wohnungseigentumsanlage. Dort gehört der Beklagten ein 1/18 Anteil an der Sondereigentumseinheit „Keller Nr. 19“. Zugunsten dieser Sondereigentumseinheit besteht eine Grunddienstbarkeit an den Tiefgaragenstellplätzen der Klägerin. Eine Regelung hinsichtlich der Kostentragung für laufenden Unterhalt und Betriebskosten der Stellplätze ist nicht getroffen worden. Die Klägerin zahlte nach ihrer Darstellung in den Jahren 2014 bis 2016 Beiträge für die Instandhaltungsrücklage ihrer Wohnungseigentümergeinschaft von 5.940 €.

2 Mit der Klage verlangt die Klägerin – soweit für das Revisionsverfahren von Interesse – von der Beklagten entsprechend deren 1/18 Anteil an der Einheit Nr. 19 Zahlung von 330 € nebst Zinsen. Zudem beantragt sie die Feststellung, dass ihr die Beklagte pro Kalenderjahr die „TG Rücklagen-Zuführung“ anteilig zu erstatten hat. Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Die von der Klägerin eingelegte Berufung ist ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem Landgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter.

II. Aus den Gründen:

3 Nach Ansicht des Berufungsgerichts kann der von der Klägerin geltend gemachte Zahlungsanspruch nicht auf

§ 1020 Satz 2 BGB gestützt werden. Eine Rücklagenbildung diene nicht dem Ausgleich gegenwärtiger Kosten von Erhaltungs- und Instandhaltungsmaßnahmen, sondern werde abstrakt als Vorsorge für zukünftige Maßnahmen angespart. Zudem sei nicht ersichtlich, wie die Rücklagen zukünftig verwendet würden und ob insoweit von einer Erstattungsfähigkeit im Verhältnis der Parteien auszugehen sei. Eine entsprechende Anwendung der Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes in diesem Zusammenhang scheide aus. Der Feststellungsantrag sei unzulässig, da nicht die Feststellung eines gegenwärtigen streitigen Rechtsverhältnisses im Sinne des § 256 Abs. 1 ZPO begehrt werde, vielmehr entstehe der Anspruch der Klägerin bei Vornahme einer berechtigten Fremdgeschäftsführung jedes Mal neu. Zudem fehle es an einem Feststellungsinteresse. Die neu entstehenden Kosten würden nicht einmal abstrakt umschrieben. Es erscheine auch fraglich, ob bei Feststellung einer Leistungspflicht dem Grunde nach die Beklagte in Zukunft zur Leistung bereit sei.

4 Die Beklagte war im Verhandlungstermin vor dem Senat nicht vertreten. Gleichwohl ist über die Revision der Klägerin nicht durch Versäumnisurteil, sondern durch Endurteil (unechtes Versäumnisurteil) zu entscheiden, da sich die Revision auf der Grundlage des von dem Berufungsgericht festgestellten Sachverhalts als unbegründet erweist (vgl. Senat, Urteil vom 14. Juli 1967 – V ZR 112/64, NJW 1967, 2162; Urteil vom 26. Februar 2021 – V ZR 33/20, juris Rn. 5). Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten im Ergebnis und hinsichtlich der Abweisung des Zahlungsantrags auch in der Begründung rechtlicher Nachprüfung stand. Das Berufungsurteil bedarf lediglich insoweit einer Korrektur, als die Feststellungsklage nicht als unzulässig, sondern als unbegründet abzuweisen ist.

5 1. Die Klägerin kann von der Beklagten nicht anteilige Erstattung der auf die Instandhaltungsrücklage geleisteten Zahlungen verlangen, weil es an einer Anspruchsgrundlage fehlt.

6 a) Allerdings hat gemäß § 1020 Satz 2 BGB der Grunddienstbarkeitsberechtigte, der zur Ausübung der Dienstbarkeit auf dem belasteten Grundstück eine Anlage hält, diese im ordnungsgemäßen Zustand zu erhalten, soweit das Interesse des Eigentümers dies erfordert. Eine solche Pflicht trifft hier im Ausgangspunkt auch die Beklagte. Die Tiefgaragenstellplätze stellen eine Anlage im Sinne der Vorschrift dar (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 27. Mai 2013 – 5 U 163/12, juris Rn. 43; siehe allgemein zu dem Anlagenbegriff Senat, Urteil vom 17. Februar 2006 – V ZR 49/05, NJW 2006, 1428, 1429; Urteil vom 8. März 2019 – V ZR 343/17, NJW 2019, 2615 Rn. 17). Für das Revisionsverfahren ist mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts zudem davon auszugehen, dass die Be-

klagte die Stellplätze tatsächlich für eigene Zwecke nutzt und damit i. S.d. § 1020 Satz 2 BGB hält (vgl. zu dieser Voraussetzung Senat, Urteil vom 17. Dezember 2010 – V ZR 125/10, NJW 2011, 1351 Rn. 14).

7 b) Der Verpflichtung, die Anlage in ordnungsgemäßem Zustand zu halten, kann der Dienstbarkeitsberechtigte nur entsprechen, wenn er die Anlage ordnungsgemäß unterhält und erforderlichenfalls auch instandsetzt (Senat, Urteil vom 12. November 2004 – V ZR 42/04, BGHZ 161, 115, 121.) Zur Unterhaltung der Anlage ist er aber nicht uneingeschränkt, sondern nur in dem Umfang verpflichtet, wie es das Interesse des Eigentümers erfordert. Damit ist nicht jedes Interesse des Eigentümers gemeint, sondern nur sein Integritätsinteresse. Der Berechtigte ist nur verpflichtet, von der Anlage ausgehende Beeinträchtigungen des Eigentums zu vermeiden, die Verkehrssicherheit sicherzustellen und gegebenenfalls auch für ein ordentliches Aussehen der Anlage zu sorgen. Die Grenze bildet das Interesse des Eigentümers an der Benutzung seines Grundstücks (vgl. Senat, Urteil vom 12. November 2004 – V ZR 42/04, BGHZ 161, 115, 122). Kommt der Dienstbarkeitsberechtigte seiner Pflicht aus § 1020 Satz 2 BGB nicht nach und nimmt der Eigentümer die Maßnahmen selbst vor, handelt es sich nach der Rechtsprechung des Senats um eine berechnete Geschäftsführung ohne Auftrag, die dem Eigentümer gemäß § 683 Satz 1 BGB, § 670 BGB das Recht gibt, von dem Dienstbarkeitsberechtigten die Kosten für die bereits vorgenommenen Maßnahmen zu verlangen, soweit dieser nicht widersprochen hat. Hat der Dienstbarkeitsberechtigte widersprochen, ist er gemäß den § 280 Abs. 1 und 3, § 281 Abs. 1, 2 BGB zum Schadensersatz verpflichtet (vgl. Senat, Urteil vom 12. November 2004 – V ZR 42/04, BGHZ 161, 115, 124).

8 c) Besteht die Grunddienstbarkeit – wie hier – an dem Sondereigentum eines Wohnungseigentümers, kann der Sondereigentümer die Kosten für die erforderliche Unterhaltung und ggf. für die Instandsetzung der Anlage unmittelbar aus dem Begleitschuldverhältnis verlangen, das zwischen ihm und dem Dienstbarkeitsberechtigten besteht und seinen Ausdruck unter anderem in der Unterhaltungspflicht des § 1020 Satz 2 BGB findet (vgl. Senat, Urteil vom 8. März 2019 – V ZR 343/17, NJW 2019, 2615 Rn. 11). Ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus § 280 Abs. 1 und 3, § 281 Abs. 1, 2 BGB scheidet demgegenüber aus, weil der Dienstbarkeitsberechtigte im Hinblick auf das Gemeinschaftseigentum nicht zu der eigenen Durchführung von Unterhaltungsmaßnahmen berechtigt ist.

9 d) Wie das Berufungsgericht richtig sieht, gehört die Bildung von Rücklagen für zukünftige Erhaltungs- und Instandhaltungsmaßnahmen aber nicht zu der Pflicht des Dienstbarkeitsberechtigten, die Anlage im ordnungsgemäßen Zustand zu erhalten.

10 aa) Bereits entschieden hat der Senat dies für den Fall, dass eine Grunddienstbarkeit (Geh- und Fahrrecht) an dem im Gemeinschaftseigentum stehenden Grundstück (Privatstraße) bestellt war und die Wohnungseigentümergeinschaft als gesetzliche Prozesstandschafterin für die Wohnungseigentümer von dem Dienstbarkeitsberechtigten im Hinblick auf die künftige Unterhaltung der Privatstraße die Zahlung einer Instandhaltungsrücklage verlangte. Hierfür fehlt es an einer Anspruchsgrundlage; § 1020 Satz 2 BGB gibt einen solchen Anspruch nicht her (vgl. Senat, Urteil vom 17. Dezember 2010 – V ZR 125/10, NJW 2011, 1351 Rn. 12).

11 bb) Entgegen der Auffassung der Revision gilt nichts anderes, wenn – wie hier – die Erstattung einer von einem Wohnungseigentümer als Dienstbarkeitsverpflichteten bereits erbrachten Zahlung auf die Instandhaltungsrücklage verlangt wird. Ist das Sondereigentum mit einer Grunddienstbarkeit belastet, kann der Sondereigentümer von dem Dienstbarkeitsberechtigten, der auf der Fläche des belasteten Sondereigentums eine Anlage hält (hier: Tiefgaragenstellplätze), die von ihm an die Wohnungseigentümergeinschaft auf die Instandhaltungsrücklage erbrachten Zahlungen nicht erstattet verlangen.

12 (1) In dem Rechtsverhältnis zwischen dem Verpflichteten und dem Berechtigten einer Grunddienstbarkeit ergeben sich die auf eine Anlage bezogenen Pflichten aus § 1020 Satz 2 BGB, wenn es – wie hier – an einer abweichenden Vereinbarung (§ 1021 Abs. 1 BGB) fehlt. Die Bildung von Rücklagen dient nicht der Unterhaltung der Anlage, sondern hat die Funktion, Vorsorge für den Fall zu treffen, dass in Zukunft für eine dann erforderlich werdende Erhaltungsmaßnahme die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen. Die Pflicht zu einer solchen Vorsorgemaßnahme ergibt sich aus § 1020 Satz 2 BGB indessen nicht. Ist der Dienstbarkeitsberechtigte im Zeitpunkt des Erfordernisses einer Erhaltungsmaßnahme aus finanziellen Gründen nicht in der Lage, diese durchzuführen, realisiert sich vielmehr das allgemeine Risiko jedes (ungesicherten) Gläubigers, dass sein Schuldner nicht leistungsfähig ist. Nichts anderes folgt daraus, dass der Eigentümer die von ihm aufgewendeten Kosten einer Haftpflichtversicherung, wenn und soweit mit ihr die Risiken der Verletzung der dem Dienstbarkeitsberechtigten für die Anlage obliegenden Verkehrssicherungspflicht abgedeckt werden, erstattet verlangen kann. Der Abschluss einer solchen Versicherung mit der hiermit verbundenen – nicht erst zukünftig anfallenden – Prämienzahlung ist Bestandteil der Unterhaltungspflicht i.S.d. § 1020 Satz 2 BGB (vgl. Senat, Urteil vom 8. März 2019 – V ZR 343/17, NJW 2019, 2615 Rn. 21, 26).

13 (2) Rechtlich unerheblich für das Rechtsverhältnis des Eigentümers und des Dienstbarkeitsberechtigten ist das

Verhältnis, in dem der Berechtigte zu einem Dritten steht. Dass der Wohnungseigentümer, dessen Sondereigentum mit einer Grunddienstbarkeit belastet ist, gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft zu Zahlungen auf eine Instandhaltungsrücklage verpflichtet ist (vgl. § 21 Abs. 5 Nr. 4 WEG aF und ab dem 1. Dezember 2020: § 19 Abs. 2 Nr. 4 WEG), hat nicht eine entsprechende Pflicht des Dienstbarkeitsberechtigten gegenüber dem Sondereigentümer zur Folge. Insoweit muss auch berücksichtigt werden, dass die Instandhaltungsrücklage nicht zwingend für eine Instandsetzung der auf dem Grundstück gehaltenen Anlage – hier: der Tiefgarage – verwendet werden muss, sondern auch für sonstige Maßnahmen am Gemeinschaftseigentum herangezogen werden kann. Unabhängig davon kann es für die aus § 1020 Satz 2 BGB folgende Unterhaltungspflicht keine Rolle spielen, ob es sich bei dem Dienstbarkeitsverpflichteten um einen Alleineigentümer handelt – dann gibt es für eine Pflicht zur Rücklagenbildung von vorneherein keine Grundlage – oder um einen Sondereigentümer, der Mitglied in einer Wohnungseigentümergeinschaft ist und (nur) aufgrund dieser Mitgliedschaft besonderen Pflichten unterliegt.

14 (3) Der Sondereigentümer – hier die Klägerin – ist darauf beschränkt, von dem Dienstbarkeitsberechtigten Ersatz der tatsächlich angefallenen Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten zu verlangen. Wenn die Wohnungseigentümergeinschaft, der die Klägerin angehört, die von der Grunddienstbarkeit erfassten Tiefgaragenstellplätze instandsetzt, kann die Klägerin den Betrag, der für die Instandsetzung anfällt, anteilig von der Beklagten erstattet verlangen, allerdings nur in dem Umfang, wie ihr Integritätsinteresse (vgl. oben Rn. 7) betroffen ist. Dies gilt unabhängig davon, ob die Wohnungseigentümergeinschaft die anfallenden Kosten aus der Instandhaltungsrücklage begleicht oder auf sonstige Mittel der Gemeinschaft zurückgreift, etwa auf eine Sonderumlage. Der von der Klägerin mit der Revision angeführte Nachteil, dass bei ihr die Kosten bereits zuvor in Form der Rücklage angefallen seien, beruht auf den Besonderheiten des Wohnungseigentumsrechts. Diese rechtfertigen es nicht, die in § 1020 Satz 2 BGB normierten Pflichten zu Lasten des Dienstbarkeitsberechtigten erweiternd ausulegen, auch wenn es für die Klägerin „komfortabler“ wäre, die von ihr aufgewandten Kosten für die Instandhaltungsrücklage unmittelbar an die Beklagte weiterzureichen.

15 2. Die Feststellungsklage hat das Berufungsgericht ebenfalls zu Recht abgewiesen, allerdings nur im Ergebnis. Die Klage ist nicht unzulässig, sondern unbegründet.

16 a) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts liegen die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 256 Abs. 1 ZPO vor.

17 aa) Die von der Klägerin beantragte Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr pro Kalenderjahr die TG-Rücklagenzuführung anteilig zu erstatten – nur darum geht es noch in dem Revisionsverfahren – ist hinreichend bestimmt und betrifft ein gegenwärtiges Rechtsverhältnis. Hierfür reicht es aus, dass die zwischen den Parteien des Rechtsstreits bestehenden Beziehungen schon zur Zeit der Klageerhebung wenigstens die Grundlage bestimmter Ansprüche bilden (vgl. BGH, Urteil vom 23. September 1987 – IVa ZR 59/86, NJW 1988, 774). So liegt es hier, weil zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Dienstbarkeitsberechtigten ein Rechtsverhältnis besteht, aus dem sich die Unterhaltungspflicht gemäß § 1020 Satz 2 BGB ergibt. Hierauf stützt die Klägerin ihren Anspruch auf Erstattung künftiger Zahlungen auf die Instandhaltungsrücklage.

18 bb) Die Klägerin hat auch ein berechtigtes Interesse an der beantragten Feststellung. Ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses ist gegeben, wenn dem Recht oder der Rechtslage des Klägers eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht und wenn das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen. Bei einer behauptenden Feststellungsklage liegt eine solche Gefährdung in der Regel – und auch hier – schon darin, dass der Beklagte das Recht des Klägers ernstlich bestreitet (vgl. Senat, Urteil vom 7. Februar 1986 – V ZR 201/84, NJW 1986, 2507 mwN). Mit der von der Klägerin erstrebten Feststellung wäre der Streitpunkt hinsichtlich der grundsätzlichen Erstattungsfähigkeit von Zahlungen auf die Rücklage abschließend geklärt und dem späteren Streit der Parteien endgültig entzogen. Darauf, ob die Beklagte bei Feststellung einer Leistungspflicht dem Grunde nach in Zukunft zur Leistung bereit ist, kommt es für das Vorliegen eines berechtigten Interesses an der Feststellung entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht an.

19 b) Die Feststellungsklage ist aber unbegründet. Wie ausgeführt, hat die Klägerin keinen Anspruch auf Erstattung der von ihr auf die Instandhaltungsrücklage erbrachten Zahlungen.

20 c) Der Senat ist zu einer entsprechenden Änderung des Berufungsurteils befugt. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann das Rechtsmittelgericht ein die Klage als unzulässig abweisendes Prozessurteil – Entscheidungsreife wie hier vorausgesetzt – auch dann durch ein sachabweisendes Urteil ersetzen, wenn nur der Kläger das Rechtsmittel eingelegt hat. Eine Schlechterstellung des Rechtsmittelklägers ist hiermit nicht verbunden, weil diesem durch die Abweisung der Klage als unzulässig keine Rechtsposition irgendwelcher Art zuerkannt worden war (vgl. nur BGH Urteil vom 21. April 1988 – VII ZR 372/86, BGHZ 104, 212, 214 mwN).

Auszahlung von Mietsicherheiten

BGB § 241 Abs. 2, § 286, § 288, § 551 Abs. 3 S. 3, § 566 Abs. 2, § 566a S. 2, § 572; ZPO § 290, § 580, § 709

Redaktioneller Leitsatz:

Im Fall der übereinstimmenden Erledigungserklärung sind die Prozesshandlungen sog. Bewirkungshandlungen, weil der Prozess durch die korrespondierenden Erklärungen selbst und nicht erst durch Richterspruch gestaltet wird. (Rn. 19)

LG Köln (14. Zivilkammer),
Teilurteil vom 14.05.2021 – 14 O 99/20

I. Tatbestand:

1 Die Parteien streiten um die Auszahlung von Mietsicherheiten vom früheren Eigentümer einer vermieteten Immobilie an den Erwerber.

2 Der Kläger erwarb mit notariellem Kaufvertrag vom 17.09.2019 die Immobilie in der L Straße ... in L1 von dem Beklagten. Der Kaufpreis wurde vollständig gezahlt. Der Kläger wurde als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen.

3 Hinsichtlich der vorgenannten Immobilie bestehen drei Mietverhältnisse, welche auch zum Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses und der Eintragung des Klägers in das Grundbuch schon bestanden. Das Erdgeschoss ist an Herrn G vermietet, der in den Räumlichkeiten einen Klavierladen betreibt. Herr G leistete an den Beklagten per Überweisung eine Kautions i.H.v. 3.150,- €. Die Wohnung im Dachgeschoss wird bewohnt von den Eheleuten C. Die Eheleute C leisteten eine Kautions per Überweisung i.H.v. 5.250,- €. Das weitere Mietverhältnis für die Wohnung im ersten Obergeschoss sieht vertraglich keine Leistung einer Sicherheit vor.

4 Der notarielle Kaufvertrag vom 17.09.2019 (Anlage K1, Bl. 13 GA) sieht in Ziffer IV. 3. folgende Regelung vor: „[...] Der Verkäufer garantiert: Der Vertragsbesitz ist ungekündigt vermietet; es bestehen weder Mietrückstände, Mietvorauszahlungen, Streitigkeiten (z.B. Minderungen; Einwendungen gegen Nebenkostenabrechnungen), Pfändungen, Verfügungen über künftige Mietzinsansprüche noch abzugeltende Investitionen des Mieters.

Der Käufer tritt gemäß der gesetzlichen Regelung (§ 566 BGB) in das bestehende Mietverhältnis ein und zwar mit wirtschaftlicher Wirkung zum Tage des Besitzüberganges. Ab diesem Zeitpunkt des Verkäufers umfassend zu allen das Mietverhältnis betreffenden Erklärungen – auch zu Kündigungen und Mieterhöhungsverlangen – ermäch-

tigt, und bevollmächtigt, jedoch auf eigene Kosten und eigenes Risiko.

Der Verkäufer hat unverzüglich eine Kopie, am Tage des Besitzüberganges die Originale der Mietverträge sowie etwa durch den Mieter gestellte Sicherheiten (Kautions; Bürgschaft) zu übergeben; Vertragsänderungen und Vorausverfügungen über die Miete bedürfen ab sofort Zustimmung des Käufers.

Der Notar hat dem Verkäufer empfohlen, zur Haftungsvermeidung den Mietübergang dem Mieter anzuzeigen und ggf. dessen Zustimmung zur schuldbefreienden Übergabe der Mietsicherheiten an den Käufer einzuholen (Paragrafen §§ 566 Abs. 2, 566a Satz 2 BGB).

Der Verkäufer garantiert außerdem: Es bestehen zwischen Verkäufer und Mieter keine weiteren Vereinbarungen.

Die Abrechnung der Nebenkosten mit dem Mieter wird alleine diejenige Partei vornehmen, die am Ende des Abrechnungszeitraumes mittelbarer Besitzer ist. Der andere Vertragsbeteiligte hat etwa empfangene Nebenkostenvorauszahlungen, soweit sie die aufzuschlüsselnden umlegungsfähigen, durch den Verkäufer getragenen Nebenkosten übersteigen, ggf. mit der Kautions an den Käufer herauszugeben. Sofern jedoch eine der Kaufvertragsparteien dies wünscht, wird auf deren Kosten eine Zwischenablesung auf den Stichtag des Besitzübergangs vorgenommen und durch Verkäufer und Käufer getrennt für die einzelnen Zeiträume abgerechnet.“

5 Der zuvor genannte Mieter G wurde vom Beklagten am 24.12.2018 wegen der Nebenkostenabrechnung für das Jahr 2017 zum Ausgleich eines Fehlbetrages i.H.v. 1.021,63 € aufgefordert. Der Mieter zahlte hierauf nicht. Der Beklagte erklärte dann mit Schreiben vom 10.02.2019 die Aufrechnung. Für 2018 steht dem Beklagten gegen den Mieter noch ein unerfüllter Nachzahlungsanspruch i.H.v. 1.065,44 € zu.

6 Der Kläger forderte den Beklagten zur Übertragung der Mietsicherheiten auf, zuletzt mit anwaltlichem Schreiben vom 23.03.2020 unter Fristsetzung bis zum 03.04.2020. Der Beklagte reagierte auf dieses Schreiben nicht.

7 Der Kläger ist der Ansicht, dass ihm ein Anspruch auf Auszahlung der Mietsicherheiten aus dem gemeinsamen notariellen Kaufvertrag sowie aus gesetzlichen Vorschriften zustehe. Der Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, Abzüge von diesen Mietsicherheiten vorzunehmen. Insbesondere habe er nicht dazu vorgetragen, dass die Voraussetzung für den Zugriff auf die Kautions während eines laufenden Mietverhältnisses durch den Beklagten vorgelegen haben. Die Aufrechnung des Beklagten mit Ansprüchen auf Nebkostennachzahlung

für das Jahr 2017 gegen den Mieter G sei nicht wirksam gewesen. Selbst wenn der Beklagte Teile der Kautions einbehalten dürfte, sei er insoweit dem Kläger gegenüber schadensersatzpflichtig, weil er als Verkäufer im notariellen Kaufvertrag garantiert hatte, dass keine Mietrückstände oder Streitigkeiten z.B. betreffend Minderungen oder Einwendungen gegen Nebenkostenabrechnungen bestehen.

8 Der Kläger beantragte zunächst,

1. den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger die von den Mietern der Immobilie L Straße ... in ... L1 geleisteten Mietsicherheiten i.H.v. 3.150,00 € (G, Erdgeschoss, Frau N und Herr I C, Wohneinheit, Dachgeschoss, Mietvertrag vom 27.07.2016), also insgesamt 8.400,00 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 03.04.2020 zu zahlen;
2. den Beklagten zu verurteilen, dem Kläger Auskunft über die Höhe der erwirtschafteten Zinsen aufgrund der Anlage der von den Mietern der Immobilie L Straße ... in ... L1 geleisteten Mietsicherheiten i.H.v. 3.150,00 € (G, Erdgeschoss, Gewerbeflächen, Mietvertrag vom 06.04.2009) und 5.250,00 € (Frau N und Herr I C, Wohneinheit, Dachgeschoss, Mietvertrag vom 27.07.2016) zu erteilen;
3. den Beklagten zu verurteilen, den sich aus der Ziffer 2 ergebenden Zinsbetrag an den Kläger zuzüglich Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 03.04.2020 zu zahlen;
4. an den Kläger außergerichtliche Rechtsanwaltsgebühren i.H.v. 808,13 € zu zahlen.

9 Der Kläger hat mit Schriftsatz vom 01.04.2021 (eingegangen bei Gericht am selben Tag per Fax) den Klageantrag zu 1.) i.H.v. 5.250,00 € für erledigt erklärt. Der Beklagte hat mit Schriftsatz vom 15.04.2021 dieser Erledigungserklärung zugestimmt. Der Kläger hat sodann mit Schriftsatz vom 22.04.2021 erklärt, dass seine Erledigungserklärung vom 01.04.2021 dahingehend korrigiert werden müsse, dass die Teilerledigung lediglich einen Betrag i.H.v. 5.200,00 € betrifft.

10 Der Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

11 Der Beklagte behauptet, ihm stünde für das Jahr 2019 gegen den Mieter G noch ein Anspruch auf Nachzahlung von Nebenkosten i.H.v. 719,80 € zu. Für dasselbe Jahr sei auch eine höhere Nachzahlungspflicht für Nebenkosten von den Mietern C zu erwarten.

12 Der Beklagte ist der Ansicht, dass er zurecht Teile der Kautions zurückgehalten habe um hieraus seine Ansprüche gegen seine früheren Mieter zu befriedigen.

13 Die Parteien haben einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren zugestimmt, und zwar beklagten-

durch Schriftsatz vom 01.04.2021 und klägerseits durch Schriftsatz vom 09.04.2021.

▶ II. Aus den Gründen:

14 Die zulässige Stufenklage ist im hier zu bescheidenden Umfang begründet.

15 Dabei war in diesem Teilurteil zunächst über die unabhängigen Klageanträge zu 1.) und 4.) sowie die Auskunftsstufe in Klageantrag zu 2.) zu entscheiden. Eine Entscheidung über die Zahlungsstufe in Klageantrag zu 3.) bleibt einem Schlussurteil vorbehalten. Der Klageantrag zu 1.) war infolge der übereinstimmenden teilweisen Erledigung vom Gericht auszulegen und umzuformulieren, wie tenoriert.

16 Der Kläger hat einen Anspruch gegen den Beklagten auf Zahlung der Mietsicherheiten, soweit der Rechtsstreit nicht übereinstimmend für erledigt erklärt worden ist (siehe dazu Ziffer 1.). Der Kläger hat außerdem einen Auskunftsanspruch gegen den Beklagten über die Höhe der mit den Mietsicherheiten erwirtschafteten Zinsen (siehe dazu Ziffer 2.). Zuletzt hat der Kläger auch einen Anspruch gegen den Beklagten auf Zahlung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten (siehe dazu Ziffer 3.).

17 1. Der Kläger hat einen Anspruch gegen den Beklagten auf Zahlung von 3.150,- € aus § 566a BGB sowie aus dem Kaufvertrag vom 17.09.2019. Er hat ferner einen Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 03.04.2020 bis zum 01.04.2021 aus einem Betrag von 8.400,- € sowie aus 3.150,- € seit dem 02.04.2021 aus §§ 286, 288 BGB.

18 a) Über den Klageantrag zu 1.) ist nur noch im Umfang des nicht übereinstimmend für erledigt erklärten Teils zu entscheiden. Die übereinstimmende Erledigungserklärung betrifft vorliegend 5.250,- €. Rechtshängig ist damit noch der Zahlungsantrag in Höhe von 3.150,- € betreffend die Kautions des Mieters G sowie die Zinsansprüche.

19 Die nach Erklärung der übereinstimmenden Erledigung durch den Beklagten vorgenommene „Berichtigung“ der klägerischen Erledigungserklärung ist prozessual unbeachtlich. Im Fall der übereinstimmenden Erledigungserklärung sind die Prozesshandlungen sog. Bewirkungshandlungen, weil der Prozess durch die korrespondierenden Erklärungen selbst und nicht erst durch Richterspruch gestaltet wird (MüKoZPO/Schulz, 6. Aufl. 2020, ZPO § 91a Rn. 23). Ist durch eine Bewirkungshandlung der prozessuale Erfolg eingetreten, auf den sie zielt, dann kann sie (anders als sog. Erwirkungshandlungen) nicht mehr widerrufen werden. Eine Aus-

nahme ist hinsichtlich aller nicht mehr einseitig rücknehmbarer Prozesshandlungen dann zuzulassen, wenn die Prozesshandlung von einem Restitutionsgrund iSv § 580 ZPO betroffen ist, auf Grund dessen das Urteil, das auf der Prozesshandlung beruht, mit der Wiederaufnahmeklage beseitigt werden könnte. Andernfalls ist der einseitige Widerruf bzw. die Rücknahme einer Prozesshandlung nur möglich, soweit das Gesetz dies ausdrücklich gestattet wie z. B. § 290 ZPO für das Geständnis (Musielak/Voit, ZPO, 18. Auflage 2021, Einleitung, Rn. 63, § 91a, Rn. 16; BGH NJW 2013, 2686 Rn. 7).

20 Nach diesen Grundsätzen konnte der Kläger nach Abgabe der übereinstimmenden Erledigungserklärung des Beklagten nicht mehr den quantitativen Umfang seiner Teilerledigungserklärung minimieren. Hierin ist bei gebotener Auslegung der Prozessklärung des Klägers („Berichtigung“) durch das Gericht ein teilweiser Widerruf der Erledigungserklärung des Klägers zu erkennen. Wie oben beschrieben kommt ein solcher Widerruf jedoch nur ausnahmsweise in Betracht. Vorliegend ist jedoch kein Grund des § 580 ZPO einschlägig. Auch kennt das Gesetz keine Widerrufs- oder Berichtigungsmöglichkeit von übereinstimmenden Erledigungserklärungen speziell und Bewirkungshandlungen allgemein.

21 b) Der Kläger kann vom Beklagten sowohl aus dem gemeinsamen Vertrag als auch aus § 566a BGB die Auszahlung der Kautions des Mieters G i.H.v. 3.150,- € verlangen. Ziffer IV. 3. Absatz 4 des notariellen Kaufvertrags enthält die Pflicht des Beklagten, die vom Mieter gestellten Sicherheiten am Tag des Besitzübergangs der Immobilie zu übergeben. Ein solcher Anspruch folgt auch direkt aus § 566a BGB. Die Vorschrift ist, auch wenn das in ihrem Wortlaut nur unzureichend zum Ausdruck kommt, Anspruchsgrundlage (*Schmidt-Futterer/Streyll*, 14. Aufl. 2019, BGB § 566a Rn. 19; OLG Köln, Beschluss vom 04. Oktober 2012 – 19 U 88/12 –, juris). Bei gebotener Auslegung der Vertragsklausel ist davon auszugehen, dass die Parteien eine dem § 566a BGB entsprechende Regelung treffen wollten. Die Voraussetzungen und Erwägungen zu § 566a BGB sind deshalb in die Vertragsklausel hinein zu lesen. Im Nachgang wird deshalb der klägerische Anspruch nach § 566a BGB geprüft.

22 Nach dem Gesetzeswortlaut des § 566a Satz 1 BGB ist Voraussetzung für den Eintritt des Erwerbers in die Rechte und Pflichten aus der Mietsicherheit nur, dass der Mieter die Sicherheit bereits vor Eigentumsübergang geleistet hat. Daneben müssen aber auch die Voraussetzungen des § 566 BGB erfüllt sein, d. h., der Erwerber muss auch in das Mietverhältnis insgesamt eingetreten sein, insbesondere muss das Mietverhältnis bei Eigentumsübergang noch bestehen (*Schmidt-Futterer/Streyll*, BGB § 566a Rn. 11).

23 So liegt der Fall hier. Der Kläger ist durch Erwerb der Immobilie und Besitzübergang zugleich gem. § 566 BGB in das Mietverhältnis mit dem Mieter G eingetreten. Dies war auch zwischen den Parteien durch Verweis auf diese Norm in Ziffer IV. 3. Absatz 3 des notariellen Kaufvertrags gewollt. Die hier beachtliche Kautions hat der Mieter G auch unstreitig bereits vor Eigentumsübergang an den Kläger geleistet, wobei das genaue Datum nicht vorgebracht ist. Eine Leistung im zeitlichen Zusammenhang mit dem Abschluss des Mietvertrags im Jahr 2009 ist jedoch nicht zweifelhaft. Insbesondere hat der Beklagte nicht vorgetragen, dass die Kautions nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig geleistet worden ist.

24 Wegen der Verknüpfung mit § 566 BGB ist jedoch die Kautions in dem Zustand und der Höhe herauszugeben bzw. auszuzahlen, in der sie zum Zeitpunkt des Eigentumswechsels bestand (*Schmidt-Futterer/Streyll*, BGB § 566a Rn. 15). Der Veräußerer muss nach § 566a BGB nur das an den Erwerber herausgeben, was er in seinem Vermögen hat bzw. – bei unberechtigter Verwertung der Kautions – haben müsste (OLG Köln, Beschluss vom 04. Oktober 2012 – 19 U 88/12 –, juris). Insoweit geht das Gericht davon aus, dass die Kautions noch in voller Höhe bestand und nicht durch eine Aufrechnung oder sonstigen Zugriff gemindert worden ist.

25 Dabei ist zu beachten, dass der Vermieter eine Mietsicherheit wegen streitiger Forderungen gegen den Mieter während des laufenden Mietverhältnisses nicht verwerten darf (BGH, Az. VIII ZR 234/13, NJW 2014, 2496, Leitsatz). Die Mietkautions dient nicht dazu, dem Vermieter eine Verwertungsmöglichkeit zum Zwecke schneller Befriedigung behaupteter Ansprüche gegen den Mieter während des laufenden Mietverhältnisses zu eröffnen. Gemäß § 551 Abs. 3 S. 3 BGB hat der Vermieter die ihm als Sicherheit überlassene Geldsumme getrennt von seinem Vermögen anzulegen. Mit der Pflicht zur treuhänderischen Sonderung der vom Mieter erbrachten Kautions wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses auch in der Insolvenz des Vermieters ungeschmälert auf die Sicherheitsleistung zurückgreifen kann, soweit dem Vermieter keine gesicherten Ansprüche zustehen. Diese Zielsetzung würde unterlaufen, wenn der Vermieter die Mietkautions bereits während des laufenden Mietverhältnisses auch wegen streitiger Forderungen in Anspruch nehmen könnte. Eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung im Mietvertrag ist gem. § 551 Abs. 4 BGB unwirksam (BGH a.a.O. Rn. 11).

26 Nach diesem Grundsatz war die unstreitig durch den Beklagten erklärte Aufrechnung gegenüber dem Mieter G betreffend die Nebenkostennachzahlung für das Jahr 2017 auf Grundlage des Sach- und Streitstandes unwirk-

sam. Denn der Beklagte hat nicht dazu vorgetragen, dass diese Forderung unstreitig war. Der Kläger hat dies in der Replik sogar ausdrücklich mit Nichtwissen bestritten. Hierauf hat der Beklagte nicht weiter vorgetragen. Da es sich hierbei um eine für den Beklagten günstige Tatsache handelt, war er hierfür jedoch darlegungs- und beweissbelastet. Durch die eindeutige Thematisierung in der Replik war auch ein gerichtlicher Hinweis an den Beklagten nicht geboten. Es ist demnach davon auszugehen, dass der Anspruch des Beklagten gegen den Mieter G auf Nebkostennachzahlung für das Jahr 2017 nicht durch Aufrechnung untergegangen ist.

27 Auch soweit der Beklagte einwendet, es bestehen zu seinen Gunsten neben dem vorgenannten Anspruch für das Jahr 2017 noch weitere bis zur Veräußerung nicht erfüllte Ansprüche auf Nachzahlung von Nebenkosten gegen den Mieter G aus 2018 und aus 2019, durfte er die Kautions nicht in Anspruch nehmen. Denn auch insoweit hat der Beklagte nicht vorgetragen, dass die Ansprüche im Verhältnis zum Mieter G unstreitig oder rechtskräftig festgestellt sind. Allein aus diesem Grunde verbietet sich der Rückgriff auf die Kautions durch den Beklagten. Insoweit ändert auch der zwischenzeitliche Erwerb des vermieteten Objekts durch den Kläger nichts an der Rechtslage (vgl. in diesem Zusammenhang OLG Frankfurt, Urteil vom 15.04.2011 – 2 U 192/10, BeckRS 2011, 10901: hier wurde eine Zugriffsmöglichkeit des Veräußerers auf eine Barkautions nach Veräußerung des vermieteten Objekts nur im Falle rechtskräftig festgestellter Ansprüche gegen den Mieter gestattet; wegen der zeitlich nachfolgend ergangenen Entscheidung des BGH, Az. VIII ZR 234/13, NJW 2014, 2496, kommt eine Erstreckung dieser Rechtsprechung auf streitige bzw. nicht rechtskräftig titulierte Forderungen nicht in Betracht). Dabei verkennt das Gericht nicht, dass die Frage der Verwertung einer Barkautions durch den Verkäufer bzw. früheren Vermieter nach Veräußerung einer vermieteten Immobilie aber vor Auszahlung der Kautions an den Erwerber bzw. neuen Vermieter in Rechtsprechung und Schrifttum streitig ist. Das Gericht hält jedoch die Auffassung für vorzugswürdig, wonach sich der Veräußerer aus einer nicht auf einem Treuhandkonto angelegten Barkautions nicht mehr wegen offener Ansprüche gegen den Mieter befriedigen darf (*Schmidt-Futterer/Streyll*, BGB § 566a Rn. 16 m.w.N. auch zur a.A.; *MüKoBGB/Häublein*, 8. Aufl. 2020, BGB § 566a Rn. 12 m.w.N. auch zu a.A.; *Kraemer* NZM 2001, 742). Dabei ist zunächst zu beachten, dass bei anderen Mietsicherheiten als Barkautions der Erwerber ohne weitere Handlungen Inhaber der Sicherheit wird und eine Befriedigung aus der Sicherheit schon deshalb ausscheidet, weil der Veräußerer nicht mehr Inhaber der Sicherheit ist. Davon

ausgehend ist es überzeugend, dass der Inhaber einer Barkautions nicht besser gestellt werden darf, nur weil er die Sicherheit aktiv an den Erwerber auskehren muss (*Schmidt-Futterer/Streyll*, BGB § 566a Rn. 15 f.). Soweit die Gegenansicht (v.a. *Staudinger/Emmerich* (2021) BGB § 566a, Rn. 24) den Erwerber auf den Anspruch auf Wiederauffüllung der Sicherheit gegen den Mieter verweist, erscheint diese Verweisung nicht gerechtfertigt. Zum einen beruft sich diese Ansicht maßgeblich auf zur Vorgängernorm des heutigen § 566a BGB, dem bis 2001 geltenden § 572 BGB a.F., beruhenden Rechtsprechungsfundstellen (vgl. *Schmidt-Futterer/Streyll*, BGB § 566a, Fn. 77 m.w.N.; hierbei wird gerade auf die Rechtsprechungsfundstellen Bezug genommen, die auch der Beklagte in seiner Klageerwiderung zitiert). Im Übrigen würde mit dieser Ansicht der mit den Änderungen von § 566a BGB im Verhältnis zur Vorgängernorm bezweckte erheblich verstärkte Schutz des Mieters nach Leistung einer Sicherheit (so *Staudinger/Emmerich* (2021) BGB § 566a, Rn. 1) negativ beeinträchtigt. Denn insoweit müsste sich der Mieter im Falle der Befriedigung des früheren Vermieters aus der Kautions gegen einen Anspruch des neuen Vermieters auf Wiederauffüllung der Kautions verteidigen, indem wiederum inzident Ansprüche des früheren Vermieters gegen den Mieter zu prüfen sind. Mit dieser Verlagerung gehen neben der für juristische Laien erheblichen Komplizierung der Sachlage auch ggf. prozessuale Nachteile einher (etwa eine denkbare Beweislastverschiebung). Eine Privilegierung des Veräußerers, der zum einen eine Barkautions im Verhältnis zum Erwerber entgegen der klaren gesetzlichen Zuordnung zurückhält und zudem seine Ansprüche gegen den Mieter während seiner Zeit als Vermieter nicht durchgesetzt hat, ist nicht geboten (ähnlich: *MüKoBGB/Häublein*, 8. Aufl. 2020, BGB § 566a Rn. 12, der überzeugenderweise auch eine nicht gerechtfertigt Verlagerung des Risikos der unrechtmäßigen Inanspruchnahme der Kautions auf den Erwerber der Immobilie erkennt).

28 Insoweit ist auch zu beachten, dass die Problematik der ggf. noch offenen, streitigen Forderungen des Veräußerers gegen den Mieter im Kaufvertrag mit dem Erwerber vorrangig privatautonom geregelt werden kann (vgl. *MüKoBGB/Häublein*, 8. Aufl. 2020, BGB § 566a Rn. 11; *Derleder* NJW 2008, 1189 (1192)). Dies ist hier trotz erkanntem Problem der Nebkostenabrechnungen für die Zeit vor bzw. nach Besitzübergang der Immobilie (vgl. Ziffer IV. 3. letzter Absatz des notariellen Kaufvertrags) nicht erfolgt. Im Gegenteil hat der Beklagte sogar garantiert, dass keine Streitigkeiten über Nebkostenabrechnungen bestehen (Ziffer IV. 3. Absatz 2 des Kaufvertrags). Demnach ist der Beklagte auch im konkreten Fall nicht schutzwürdig.

29 c) Der Kläger hat auch einen Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen seit dem 03.04.2020 aus §§ 286, 288 BGB. Spätestens mit Ablauf der in der anwaltlichen Zahlungsaufforderung vom 23.03.2020 (Anlage K4, Bl. 49 GA) ist der Beklagte in Verzug mit der Zahlung der Mietsicherheiten in Höhe von 8.400,- € geraten. Insoweit gilt für den ursprünglich bestehenden Anspruch auf Auszahlung der Kautions der Eheleute C das Obige entsprechend, sodass der Kläger auch insoweit einen fälligen, durchsetzbaren Anspruch gegen den Beklagten hatte. Demnach hat der Beklagte auch Verzugszinsen zu zahlen. Durch die übereinstimmende Erledigungserklärung und den Vortrag des Klägers zur teilweisen Zahlung durch den Beklagten ist der Zahlungsanspruch betreffend die Kautions der Eheleute C in Höhe von 5.250,- € erfüllt worden, womit der Schuldnerverzug mit Blick auf diese Forderung endete. Mangels konkreten Vortrags, wann die Zahlung beim Kläger eingegangen ist, war auf das Datum der klägerischen Erledigungserklärung abzustellen. Hiernach befand sich der Beklagte nur noch mit der Zahlung der Kautions des Mieters G in Höhe von 3.150,- € in Schuldnerverzug. Verzugszinsen sind deshalb insoweit auch weiterhin zu zahlen.

30 2. Der Kläger kann von dem Beklagten außerdem Auskunft über die Höhe der mit den Mietsicherheiten erwirtschafteten Zinsen für die beiden Kautions der Mieter G und Eheleute C fordern. Dieser Auskunftsanspruch ergibt sich in Auslegung des notariellen Kaufvertrags aus eben diesem sowie aus § 566a BGB iVm § 242 BGB.

31 Das deutsche Recht kennt eine allgemeine, nicht aus besonderen Rechtsgründen abgeleitete Auskunftsspflicht nicht. Der Umstand, dass eine Person Kenntnis über Tatsachen hat, die für eine andere von Bedeutung sein mögen, zwingt sie nicht zur Auskunftserteilung. Grundsätzlich besteht nur dann eine Pflicht zur Auskunftserteilung, wenn auf Grund der erteilten Auskunft materielle Ansprüche gegen den Auskunftsverpflichteten herzuleiten sind. Die Pflicht zur Auskunft ist deshalb im Allgemeinen nur eine Nebenpflicht zu einem Hauptanspruch. Trotz Verneinung einer allgemeinen Auskunftsspflicht besteht ein Auskunftsanspruch, wenn der Berechtigte nach den ganzen Umständen entschuldbarerweise nicht in der Lage ist, das Bestehen und den Umfang seines Rechts festzustellen, dem Verpflichteten, der zur Auskunft unschwer in der Lage ist, diese aber nach Treu und Glauben zugemutet werden kann. Voraussetzung ist aber gerade, dass wirklich eine Verpflichtung besteht, deren Ausmaß sich aus der Auskunft im Einzelnen ergeben soll (grundsätzlich: BGH NJW 1957, 669).

32 Dabei ist der Beklagte grundsätzlich gem. § 551 Abs. 3 BGB zur Anlage der Kautions verpflichtet gewesen und zwar jedenfalls für das Wohnraummietverhältnis der

Eheleute C. Mit Blick auf die Kautions des Mieters G als Gewerbemietverhältnis ergibt sich aus dem Mietvertrag (§ 5a Abs. 3, Bl. 27 GA), dass die Kautions auf ein besonderes Sparkonto zu den Bedingungen für Spareinlagen mit gesetzlicher Kündigungsfrist einzuzahlen ist.

33 Der Beklagte ist – wie oben unter Ziffer 1. – ausführlich dargestellt auch zur Auszahlung der Kautions des Mieters G verpflichtet. Für den übereinstimmend erledigt erklärten Anspruch auf Auszahlung der Kautions der Mieter Eheleute C sind die obigen Ausführungen übertragbar. Zinserträge erhöhen die Kautions und sind ebenfalls an den Erwerber herauszugeben (MüKoBGB/Häublein, 8. Aufl. 2020, BGB § 566a Rn. 10). Die Parteien haben auch nicht im Kaufvertrag etwas anderes in diesem Zusammenhang geregelt.

34 Zwar ergibt sich aus dem Kaufvertrag kein ausdrücklicher Auskunftsanspruch des Klägers gegen den Beklagten über die Höhe der Zinserträge. Dieser ist aber im Rahmen der (einfachen) Vertragsauslegung als Nebenpflicht zu folgern. Dabei ist zu beachten, dass die Parteien das Problem der Höhe der Zinserträge der Kautions zwar nicht ausdrücklich geregelt haben. Durch die Regelung der Übergabe der Mietsicherheiten am Tage des Besitzübergangs ist jedoch wegen des Verständnisses, dass die Zinserträge Teil der Sicherheit sind, auch ein Anspruch auf Zahlung der Zinsen verbunden. Erst durch Nichtleistung der Kautions durch den Beklagten ist ein Bedürfnis des Klägers auf Auskunft entstanden, das bei Vertragsschluss noch nicht vorhersehbar war. Diese Lücke kann durch die Annahme einer Nebenpflicht des Beklagten zur Auskunft über der Zinserträge gem. § 241 Abs. 2 BGB geschlossen werden. Zu demselben Ergebnis würde auch eine ergänzende Vertragsauslegung führen. Selbst wenn man in dem Vertrag keine Grundlage erkennen würde, ließe sich dasselbe Ergebnis aus der Anwendung von § 242 BGB iVm mit dem gesetzlichen Anspruch aus § 566a BGB folgern. Denn jedenfalls kann der Beklagte ohne Weiteres Auskunft zur Frage der Höhe der Zinserträge erteilen, da er selbst die für die Anlage der Kautionszahlungen verantwortliche Person ist. Der Kläger hingegen hat keine Möglichkeit, die Höhe der Zinserträge ohne Hilfe des Beklagten zu ermitteln. Mangels dieser Information ist er auch gehindert seinen entsprechenden Zahlungsanspruch zu beziffern.

35 3. Der Kläger hat auch einen Anspruch gegen den Beklagten auf Zahlung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 808,13 € aus §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB. Dem Grunde nach ist der klägerische Vortrag unbestritten geblieben, dass der Beklagte „trotz mehrfacher Aufforderungen durch den Kläger“ sowie durch den Prozessbevollmächtigten des Klägers (S. 4 der Klageschrift, Bl. 10 GA) keine Zahlung geleistet hat. Hieraus

ist zu folgern, dass offenbar der Kläger zunächst selbst eine Mahnung ausgesprochen hat und erst danach die Beauftragung seiner Prozessbevollmächtigten erfolgt ist. Dem ist der Beklagte jedenfalls nicht entgegen getreten. Der Höhe nach ist die hier korrekt vorgenommene Berechnung der Gebühren gem. RVG aus einem Gegenstandswert von 8.400,- € nicht zu beanstanden.

Nachweis der Erbfolge nur durch einen Erbschein oder ein europäisches Nachlasszeugnis, ersatzweise durch eine öffentliche Urkunde, nicht aber durch ein privates, eigenhändiges Testament

OLG Schleswig (2. Zivilsenat),
Beschluss vom 08.09.2021 – 2 Wx 49/21

I. Tatbestand:

1 In dem betroffenen Wohnungserbbaugrundbuch ist H. A. (Erblasserin) als Eigentümerin eingetragen, die am 30. November 2020 verstorben ist.

2 Die Erblasserin war mit M. A. verheiratet, der vorverstorben ist. Die Eheleute hatten am 11. März 1995 ein privatschriftliches gemeinschaftliches Testament errichtet, in dem sie sich gegenseitig zu Alleinerben und nach dem Tod des letztversterbenden Ehegatten den Beteiligten, ihren Sohn, als Schlusserben eingesetzt haben.

3 Mit Schreiben vom 11. Februar 2021 hat die Nachlassabteilung des Amtsgerichts Lübeck dem Grundbuchamt eine Kopie des Testaments nebst der Eröffnungsniederschrift vom 1. Februar 2021 – ... – übersandt. Aus den auf dem Testament enthaltenen Eröffnungsvermerken ergibt sich, dass der Ehemann am 31. März 2000 verstorben ist, das Testament von der Erblasserin abgeliefert worden und am 13. April 2000 eröffnet und nach dem Tod der Erblasserin am 1. Februar 2021 nochmals eröffnet worden ist.

4 Der Beteiligte hat am 29. März 2021 unter Bezugnahme auf die Akte des Nachlassgerichts beantragt, das Grundbuch auf ihn als Alleinerben zu berichtigen.

5 Das Grundbuchamt hat ihn mit Schreiben vom 22. April 2021 darauf hingewiesen, dass der Erbnachweis nur durch Vorlage eines Erbscheins erbracht werden könne, weil es sich bei der Verfügung von Todes wegen vom 11. März 1995 um ein privatschriftliches Testament handle. Der Beteiligte hat die Auffassung vertreten, dass das Testament im Hinblick darauf, dass es beim Nachlassgericht Lübeck hinterlegt gewesen sei, in seiner

rechtlichen Wirkung einem notariellen Testament gleichstehe, so dass ein Erbnachweis durch Vorlage eines Erbscheins nicht erforderlich sei. Hinzu komme, dass die finanzielle Belastung, mit der ein Erbschein für ihn verbunden sei, angesichts der Klarheit der Rechtslage unverhältnismäßig sei.

6 Mit Zwischenverfügung vom 28. April 2021 hat das Grundbuchamt ihm die Vorlage eines Erbscheins aufgegeben. Es hat ausgeführt, dass bei einem privatschriftlichen Testament die Erbfolge gemäß § 35 GBO mit einem Erbschein nachzuweisen sei. Dass das Testament beim Nachlassgericht hinterlegt gewesen sei, habe darauf keinen Einfluss.

7 Gegen diese Zwischenverfügung hat der Beteiligte am 4. Mai 2021 Beschwerde eingelegt. Er hat die Auffassung vertreten, dass sich aus § 35 GBO nicht ergebe, dass das Vorhandensein eines privatschriftlichen Testaments dazu führe, dass die Erbfolge durch Erbschein zu führen sei. In § 35 S. 2 GBO sei von einer „öffentlichen Urkunde“ die Rede, die die Vorlage eines Erbscheins entbehrlich mache. Eine Unterscheidung von privatschriftlichem Testament und notariellem Testament sei dem Gesetzestext nicht zu entnehmen. Entscheidend sei die „Öffentlichkeit“ der Urkunde, die durch die Hinterlegung des Testaments beim Nachlassgericht gegeben sei. Die erörterte Rechtsfrage sei bereits Gegenstand des Beschlusses des OLG Düsseldorf vom 1. Juni 2021 (gemeint: 2012) – I-3 Wx 113/12 – gewesen. Die Verfügung von Todes wegen sei vom Grundbuchamt auf die Formgültigkeit und ihren Inhalt zu überprüfen (Verweis auf OLG München, Beschlüsse vom 25. Januar 2012 – 34 Wx 316/11 – und 12. Januar 2012 – 34 Wx 501/11 –). Nur wenn das Testament nicht zu einer eindeutigen Auslegung führe oder vom Auslegungsergebnis eines Erben abweiche, könne ein Erbschein verlangt werden.

8 Die Rechtspflegerin hat dem Beteiligten am 10. Mai 2021 telefonisch erläutert, was „öffentliche Urkunde“ im Sinne des § 35 GBO bedeutet. Der Beteiligte hat mit Schreiben vom 11. Mai 2021 alsdann selbst Rechtsprechung zitiert, wonach ein eigenhändig errichtetes Testament weder durch eine amtliche Verwahrung noch durch eine Eröffnung durch das Nachlassgericht zu einer öffentlichen Urkunde werde, so dass als Konsequenz an sich die Vorlage eines Erbscheins verlangt werden könne. Er hat die Auffassung vertreten, dass in seinem Fall aber die Besonderheit bestehe, dass die Forderung nach einem Erbschein unverhältnismäßig sei, weil er über keine eigenen regelmäßigen Einkünfte verfüge und die entstehenden Kosten durch Ersparnisse decken müsste. Das sei angesichts des eindeutigen Inhalts des Testaments, bei dem kein Klärungsbedarf bestehe, unzumutbar. Es komme hinzu, dass der Tod der

Erblasserin durch die staatlich empfohlene Grippeimpfung verursacht worden sei, weshalb ein Ermittlungsverfahren beim Generalstaatsanwalt des Landes Schleswig-Holstein anhängig sei, und bei Impfschäden infolge von Schutzimpfungen, die von einer zuständigen Landesbehörde öffentlich empfohlen und in ihrem Bereich vorgenommen würden, der Staat gemäß § 60 Abs. 1 des Infektionsschutzgesetzes hafte. Insoweit sei der Erlass der Kosten des Erbscheins als Teilverlagerung der staatlichen Haftungsverpflichtung anzusehen.

9 Nach weiteren Aufklärungsverfügungen des Grundbuchamts vom 17. Mai 2021 und 28. Mai 2021, auf die verwiesen wird, hat der Beteiligte ergänzend geltend gemacht, dass die Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit des Berliner Testaments bereits durch den Erbschein vom 13. Juni 2000 nach dem Tod seines Vaters nachgewiesen worden sei. Er hat nunmehr die Auffassung vertreten, dass das Testament dadurch zu einer öffentlichen Urkunde geworden sei, dass in einer anderen öffentlichen Urkunde, nämlich dem früheren Erbschein, seine Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit „bestätigt“ worden sei.

10 Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 28. Juni 2021 seine Zwischenverfügung vom 28. April 2021 aufrechterhalten. Es hat ergänzend ausgeführt, dass das Erfordernis des Erbscheins gesetzlich geregelt sei und es dabei keinen Ermessensspielraum gebe.

11 Gegen die Zwischenverfügung vom 28. Juni 2021 hat der Beteiligte am 25. Juli 2021 Beschwerde eingelegt, mit der er unter Bezugnahme auf seine erstinstanzlichen Schreiben an seiner Auffassung festhält und seine finanzielle Situation durch eidesstattliche Versicherung vom 24. Juli 2021, auf die verwiesen wird, glaubhaft macht.

12 Das Grundbuchamt hat den Beschwerden vom 4. Mai 2021 und 25. Juli 2021 mit Beschluss vom 18. August 2021, auf den Bezug genommen wird, nicht abgeholfen.

► **II. Aus den Gründen:**

13 Die Beschwerden sind gemäß § 71 Abs. 1 GBO zulässig, aber unbegründet.

14 Gemäß § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO kann der Nachweis der Erbfolge nur durch einen Erbschein oder ein europäisches Nachlasszeugnis geführt werden. Nur wenn die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen beruht, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, genügt es gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO grundsätzlich, wenn an Stelle des Erbscheins oder des europäischen Nachlasszeugnisses die Verfügung und die Niederschrift der Verfügung vorgelegt werden.

15 Öffentliche Urkunden sind gemäß § 415 ZPO Urkunden, die von einer öffentlichen Behörde innerhalb ihrer

Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind. Die in § 415 ZPO enthaltene Begriffsbestimmung gilt auch in Grundbuchsachen (BGH NJW 1957, 1673; OLG München NJW-RR 2018, 1423; *Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 29 Rn. 27).

16 1. Das Testament vom 11. März 1995 ist nicht in einer öffentlichen Urkunde enthalten, insbesondere nicht zur Niederschrift eines Notars gemäß § 2331 Nr. 1 BGB oder als Nottestament vor dem Bürgermeister gemäß § 2249 BGB errichtet worden, sondern stellt ein eigenhändiges Testament der Eheleute gemäß § 2231 Nr. 2, § 2247 BGB dar.

17 2. Ein eigenhändig errichtetes Testament wird weder durch amtliche Verwahrung noch durch nachlassgerichtliche Eröffnung zu einem öffentlichen Testament oder zu einer öffentlichen Urkunde (OLG München NJW-RR 2018, 1423 und NJW-RR 2018, 645) und auch nicht dadurch, dass auf der Grundlage eines gemeinschaftlichen eigenhändigen Ehegattentestaments nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten ein Erbschein erteilt worden ist.

18 a) Die Möglichkeit, ein eigenhändiges Testament gemäß § 2248 BGB auf Verlangen des Erblassers in die besondere amtliche Verwahrung zu geben, dient dem Interesse des Erblassers am Schutz und an der Geheimhaltung seiner letztwilligen Verfügung. Die hierfür geltenden Verfahrensvorschriften (§§ 344, 346, 347 FamFG) sichern das öffentliche Interesse der Rechtspflege an einem geordneten Verwahrungsverfahren (vgl. Keidel/*Zimmermann*, FamFG, 20. Aufl., § 346 Rn. 1). Verfügungen von Todes wegen, die – wie hier – nach dem Tod des Erblassers von jemandem, der sie in Besitz hatte, beim Nachlassgericht abgeliefert werden (§ 2259 BGB), werden hingegen lediglich in einfache amtliche Verwahrung genommen (vgl. Keidel/*Zimmermann*, a. a. O., § 346 Rn. 4). In beiden Varianten bleibt es dabei, dass das eigenhändige Testament nach § 2247 BGB lediglich eine Privaturkunde (§ 416 ZPO) darstellt, weil die darin niedergelegten Erklärungen des Erblassers nicht von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person gemäß § 415 ZPO aufgenommen sind.

19 b) Nach § 348 FamFG hat das Nachlassgericht Verfügungen von Todes wegen zu eröffnen, d. h. amtlich zur Kenntnis zu nehmen, und darüber eine Niederschrift aufzunehmen. Das Nachlassgericht bekundet dabei innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnis aber nur das Datum, an dem die Verfügung eröffnet wird, d. h. an dem sie ins Rechtsleben tritt (Keidel/*Zimmermann*, a. a. O., § 348 Rn. 2 und 37). Die Eröffnung ist bedeutsam u. a. für die Erteilung des Erbscheins, die nach herrschender Mei-

nung erst nach Eröffnung erfolgen darf (Keidel/*Zimmermann*, a. a. O., § 348 Rn. 37 mit § 352 Rn. 7), und für den Beginn der Ausschlagungsfrist (vgl. § 1944 Abs. 2 BGB). Sie bezeugt jedoch nicht, dass eine wirksame und für die Erbfolge maßgebliche letztwillige Verfügung des Erblassers vorliegt. Diese Prüfung ist vielmehr dem Erbscheinsverfahren vorbehalten (OLG München, a. a. O., (Keidel/*Zimmermann*, a. a. O., § 348 Rn. 16).). Somit ist die Eröffnungsniederschrift zwar ihrerseits eine öffentliche Urkunde im Sinne von § 415 Abs. 1 ZPO, aber für sich genommen nicht geeignet, die Erbfolge zu beweisen (OLG München, a. a. O.; Keidel/*Zimmermann*, a. a. O., § 348 Rn. 36).

20 c) Der Erbschein ist ein vom Nachlassgericht ausgestellter Ausweis, wer Erbe und wie groß der Erbteil ist, § 2353 BGB. Er bezeugt indes nicht, auf welcher Grundlage er erteilt worden ist. Dementsprechend weist der der Erblasserin nach dem Tod ihres Ehemanns erteilte Erbschein vom 13. Juni 2000 die Erblasserin nur als Alleinerbin aus, enthält aber keine Angaben dazu, worauf diese Feststellung beruht. Insbesondere wird das gemeinschaftliche Testament vom 11. März 1995 darin nicht erwähnt.

21 Der Erbschein ist zwar eine öffentliche Urkunde, weil er vom Nachlassgericht ausgestellt worden ist. Ein privatschriftliches Testament wird aber nicht dadurch zu einer öffentlichen Urkunde, weil auf seiner Grundlage in der Vergangenheit schon einmal ein Erbschein erteilt worden ist, da die Erteilung eines Erbscheins nichts daran ändert, dass das Testament selbst nur als eigenhändiges Testament gemäß § 2231 Nr. 2, § 2247 BGB errichtet worden und deshalb eine Privaturkunde im Sinne des § 415 ZPO ist und bleibt.

22 Der Senat verkennt nicht, dass sich bei Beiziehung der Nachlassakte voraussichtlich erweisen würde, dass die Erblasserin nach dem Tod ihres Ehemannes einen Erbschein, der sie als Alleinerbin ausweist, aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments vom 11. März 1995 beantragt hat und ihr der Erbschein vom 13. Juni 2000 aufgrund dieses Testaments erteilt worden ist, auch wenn er selbst dies nicht ausdrücklich bezeugt. Damit wäre aber für das jetzige Grundbuchverfahren nichts gewonnen. Dem wäre lediglich inzident zu entnehmen, dass das Nachlassgericht die in dem Testament enthaltene letztwillige Verfügung des Ehemannes, wonach bei seinem Tod die Erblasserin Alleinerbin werden soll, für wirksam angesehen hat.

23 Dies ist indes nicht geeignet, in der für das Grundbuchverfahren erforderlichen Form zu beweisen, dass auch die Einsetzung des Beteiligten als Schlusserben nach dem Tod des letztversterbenden Ehegatten wirksam ist. Das hängt von verschiedenen anderen Voraussetzungen ab, beispielsweise davon, ob die Erblasserin im Zeitpunkt der

Errichtung des Testaments testierfähig war (vgl. § 2229 Abs. 4 BGB) oder sie durch einen bindenden Erbvertrag schon anderweitig letztwillig verfügt hatte und an diese letztwillige Verfügung gebunden war (vgl. § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB). Während eine in öffentlicher Form errichtete letztwillige Verfügung einen gewissen Indizwert für ihre Wirksamkeit hat, weil ein Notar verpflichtet ist, sich von der Geschäftsfähigkeit der Person, die ein letztwillige Verfügung bei ihm errichten will, zu überzeugen und Zweifel daran zu vermerken (§ 11 BeurkG), und er aufgrund seiner Beratungspflicht die Testierenden regelmäßig zu früher errichteten Testamenten oder Erbverträgen befragen und die Erklärungen dazu in der notariellen Urkunde aufnehmen wird, müssen diese Feststellungen bei einem eigenhändig errichteten Testament im Erbscheinsverfahren vom Nachlassgericht geklärt werden.

24 3. Schließlich liegt auch kein Ausnahmefall nach § 35 Abs. 3 GBO vor. Danach kann zur Eintragung des Eigentümers oder Miteigentümers eines Grundstücks das Grundbuchamt von den in Absatz 1 genannten Beweismitteln absehen und sich mit anderen Beweismitteln, für welche die Form des § 29 GBO nicht erforderlich ist, begnügen, wenn das Grundstück weniger als 3.000 € wert ist und die Beschaffung des Erbscheins, des europäischen Nachlasszeugnisses oder des Zeugnisses nach § 1507 BGB nur mit unverhältnismäßigem Aufwand an Kosten oder Mühe möglich ist.

25 Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor. Es geht um ein im Wohnungserbbaugrundbuch eingetragenes und von der Stadt X. herausgegebenes Erbrecht an der Gebäude- und Freifläche ... in X., der ausweislich der Eröffnungsniederschrift vom 1. Februar 2021 letzten Wohnanschrift der Erblasserin. Dass ein solches Erbbaurecht einen wesentlich höheren Verkehrswert als 3.000 € hat, ist gerichtsbekannt. Das ergibt sich hier im Übrigen auch bereits daraus, dass es in Abt. III am 6. Juni 1966 mit einer Hypothek für eine Forderung aus einem Schuldversprechen für die ... in Höhe von 10.000 DM belastet worden ist.

Zur (Un-)Zulässigkeit einer Zwischenverfügung des Grundbuchamts – Der Nachweis für die Unrichtigkeit eines Grundbucheintrags über eine Rückübertragungsvormerkung gelingt nicht automatisch durch den Nachweis des Todes des Berechtigten.

OLG Schleswig (2. Zivilsenat),
Beschluss vom 02.09.2021 – 2 Wx 53/20

I. Tatbestand:

1 Der Beteiligte zu 1) beantragt die Löschung einer Rückübertragungsvormerkung aufgrund der Sterbeurkunde der Berechtigten.

2 Der Beteiligte zu 1) ist eingetragener Berechtigter des betroffenen Erbbaurechts an dem im Grundbuch von X. Blatt ... BV Nr. 1 eingetragenen Grundstück. Das Erbbaurecht stand ursprünglich gemeinschaftlich seinen Eltern M. und H. A. je zur ideellen Hälfte zu. Mit notariellem Vertrag vom 23. Oktober 2018 – UR-Nr. ... des Notars Dr. B in X. – übertrug seine damals 83 Jahre alte Mutter, aufgrund einer Vorsorgevollmacht zugleich handelnd für ihren Ehemann, das Erbbaurecht schenkungshalber im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf den Beteiligten zu 1). Die Beurkundung fand auf Ersuchen der Mutter in der C-Klinik statt. In dem Vertrag heißt es u.a.:

„§ 3

Auflassung

(...)

§ 4

Sonstige Bestimmungen

Der Beschenkte verpflichtet sich die Patientenverfügungen von H. und M. A. gegenüber den Ärzten, den versorgenden Kliniken und allen Beteiligten soweit rechtlich möglich durchzusetzen.

Der Beschenkte verpflichtet sich weiter, für eine angemessene und würdevolle Bestattung von H. und M. A. Sorge zu tragen, und dafür zu sorgen, dass diese möglichst nebeneinander bestattet werden.

Der Beschenkte verpflichtet sich weiter, Herrn M. A. regelmäßig in seiner Seniorenpension zu besuchen und für eine angemessene und würdevolle Pflege Sorge zu tragen.

(...)

§ 7

Der Schenker behält sich den Rücktritt vom schuldrechtlichen Teil dieses Vertrages vor, wenn

1. Der Beschenkte vor dem Schenker verstirbt oder
2. der Beschenkte zu Lebzeiten des Schenkers ohne dessen vorherige schriftliche Zustimmung über den Schenkungsgegenstand verfügt oder
3. der Beschenkte die Auflagen gemäß § 3 trotz Aufforderung durch den Schenker nicht erfüllt oder
4. der Schenker berechtigt wäre dem Berechtigten den Pflichtteil zu entziehen oder
5. in dem gesetzlich geregelten Fall des § 530 ff. BGB.

Der Rücktritt kann nur vom Schenker persönlich oder nach Maßgabe des § 530 BGB von dessen Erben nur schriftlich oder nur innerhalb von 3 Monaten ab Kenntnis des Rückabwicklungsgrundes gegenüber dem Beschenkten erklärt werden. Daneben bleibt das Rückforderungsrecht nach § 527 BGB bestehen.

(...)

§ 9

Rückauflassungsvormerkung

Zur Sicherung des Rückforderungsanspruchs ist für den Schenker eine Rückauflassungsvormerkung einzutragen, deren Eintragung bewilligt und beantragt wird.“

3 Aufgrund dieser Eintragungsbewilligung ist seit dem 11. März 2019 in Abt. II Nr. 3 des Erbbaugrundbuchs eine „Vormerkung zur Sicherung des bedingten Anspruchs auf Rückübertragung des Eigentums für H. A.“ eingetragen.

4 Mit notariellem Erbbaurechtsvertrag vom 25. März 2020 – UR-Nr. ... des Notars Dr. B. in X. – verkaufte der Beteiligte zu 1) das Erbbaurecht an den Beteiligten zu 2) und verpflichtete sich in § 5 Nr. 3 des Vertrags, das verkaufte Erbbaurecht frei von im Grundbuch eingetragenen Belastungen und Beschränkungen zu verschaffen, soweit sie nicht von dem Käufer übernommen werden. In § 6 Nr. 2 des Vertrags beantragten die Beteiligten die Löschung aller nicht übernommenen Rechte in Abt. II und III des Grundbuchs und bewilligten die Löschung auch, soweit sie selbst berechtigt sind.

5 Mit Schreiben vom 1. April 2020 hat der beurkundende Notar eine Ausfertigung des Vertrags vom 25. März 2020 und eine vom Standesamt X am 20. November 2018 ausgestellte Sterbeurkunde eingereicht, aus der sich ergibt, dass H. A. am 17. November 2018 verstorben ist und ihr Familienstand zu diesem Zeitpunkt „verheiratet“ war. Er hat die Eintragung einer Einigungsvormerkung zugunsten des Beteiligten zu 2) und die Löschung der in Abt. II lfd. Nr. 3 eingetragenen Rückübertragungsvormerkung beantragt, weil diese durch den Tod der Berechtigten gegenstandslos geworden sei. Der erstgenannte Antrag ist zwischenzeitlich durch Eintragung einer Erbbaurechtsübertragungsvormerkung für den Beteiligten zu 2) am 18. Mai 2020 in Abt. II Nr. 4 vollzogen.

6 Mit Zwischenverfügung vom 6. April 2020 hat das Grundbuchamt zum Vollzug des Löschantrags unter Fristsetzung die Vorlage eines Erbnachweises nach H. A. in der Form des § 35 GBO und einer Löschantragsbewilligung des Berechtigten in Abt. II Nr. 3 in öffentlich beglaubigter Form gemäß § 29 GBO aufgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Vormerkung als Sicherungsmittel eigener Art nicht selbstständig auflösend bedingt sei. Dem Grundbuchamt sei nicht nachgewiesen, dass die Bedingungen für den Anspruch auf Rückübertragung nicht vorlägen. Insbesondere ob die Bedingungen gemäß § 8 Nr. 4 oder 5 (gemeint: § 7 Nr. 4 oder 5) der Urkunde vom 25. Oktober 2018 vorlägen und die Nichtgeltendmachung bestehender Ansprüche sei nicht in der Form des § 29 GBO nachweisbar. Aufgrund

der konkreten Anspruchsbedingungen sei davon auszugehen, dass die Erblasserin den Anspruch im Zweifel vererblich habe gestalten wollen, wenn dieser von ihr zu Lebzeiten ausgeübt worden sei.

7 Der beurkundende Notar hat demgegenüber die Auffassung vertreten, dass für den Fall, dass die Rückkauflassungsvormerkung weder bedingt noch befristet sei, ein Erlöschen der Vormerkung infolge des Wegfalls des gesicherten Rückkauflassungsanspruchs in Betracht komme. Sofern im Überlassungsvertrag hinsichtlich einer Befristung oder Bedingung keine ausdrückliche Regelung getroffen worden sei, bedürfe es der Auslegung. Hier habe er, der Notar, sich auf Bitten der Verstorbenen zum Zwecke der Beurkundung des Übertragungsvertrags in die C-Klinik begeben. Eine ernste Erkrankung der Verstorbenen habe zu der Befürchtung Anlass gegeben, dass sie letztlich das Krankenhaus nicht mehr lebend würde verlassen können. Es sei deshalb ein abzusicherndes Wohnrecht im Schenkungsvertrag nicht vorgesehen. Vor diesem Hintergrund sei die Regelung in § 7 des Schenkungsvertrags verzichtbar gewesen, denn für die Absicherung der Verpflichtungen des Beschenkten in § 4 des Vertrags habe es der Absicherung des § 7 eigentlich nicht bedurft. Noch weniger sei davon auszugehen, dass der Anspruch habe vererblich gestaltet werden sollen. Die Annahme des Amtsgerichts, dass im Zweifel von einer vererblichen Gestaltung auszugehen sei, stehe nicht im Einklang mit der Rechtsprechung. Danach sei der Anspruch im Zweifelsfall nicht vererblich. Die Vererblichkeit des Anspruchs mache keinerlei Sinn, weil es keine abzusichernden Rechte der Frau H. A. gegeben habe, die durch § 7 und eine entsprechende Rückkauflassungsvormerkung hätten abgesichert werden müssen. Im Übrigen könne nicht verlangt werden, dass der Nachweis geführt werde, dass die Bedingungen für den Anspruch auf Rückübertragung zum Zeitpunkt des Todes der Berechtigten nicht vorgelegen hätten. Ein Rücktritt könne nur vom Schenker persönlich oder nach Maßgabe des § 530 BGB von den Erben schriftlich oder nur innerhalb von drei Monaten ab Kenntnis des Rückabwicklungsgrundes gegenüber dem Beschenkten erklärt werden. Eine derartige Erklärung gebe es nicht. Das Nichtvorliegen einer derartigen Erklärung, gar das Nichtvorliegen der Gründe sei vom Grundbuchamt nicht zu prüfen. In diesem Fall erübrige sich auch die Forderung nach einem Erbnachweis. Die Rückübertragungsvormerkung sei mit dem Tod der Schenkerin erloschen. Sofern der Tod des Gläubigers gegenüber dem Grundbuchamt nachgewiesen werde, sei die Vormerkung auf Antrag des Eigentümers zu löschen.

8 Das Grundbuchamt hat an seiner Zwischenverfügung festgehalten. Es hat ausgeführt, schon wenn nur die Rücktrittserklärung vom dem Schenker persönlich er-

klärt werden könne, bedürfe es bereits einer Bewilligung der Erben der Schenkerin. Hier könne nach der ausdrücklichen Regelung der Rücktritt für den Fall des § 530 BGB sogar von den Erben der Schenkerin erklärt werden, was ein deutlicher Hinweis dafür sei, dass der Anspruch im Zweifel vererblich sein sollte. Ansonsten liefe das Recht in § 530 BGB leer. Neben diesen Anhaltspunkten für eine Auslegung in Richtung Vererblichkeit des Anspruchs sei eine anderweitige Auslegung im Sinne des Antragstellers durch das Grundbuchamt formalrechtlich unzulässig, weil das Ergebnis eines Auslegungsprozesses durch das Grundbuchamt zu einem eindeutigen Ergebnis führen müsse, woran es hier fehle. Der Erlass einer Zwischenverfügung sei hier zulässig gewesen, weil keine Berichtigungsbewilligung, sondern eine Löschungsbewilligung erforderlich sei (Verweis auf OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. März 2017 – I-3 Wx 93/16 – juris Rn. 33).

9 Mit Schreiben vom 6. August 2020 hat der Notar Beschwerde gegen die Zwischenverfügung eingelegt, mit der er seine erstinstanzlich vorgetragene Auffassung wiederholt. Ergänzend macht er geltend, selbst wenn man mit dem Grundbuchamt von der Vererblichkeit des Rücktritts von der Schenkung und damit von der Vererblichkeit des Rückübertragungsanspruchs ausgehe, sei in diesem speziellen Fall nicht davon auszugehen, dass ein Anspruch der Frau A. auf Rückübertragung des Grundstücks, der mit dem Tod der Frau A. auf die Erben übergegangen sein könnte, in der kurzen Phase ihres Lebens zwischen der Beurkundung am 23. Oktober 2018 und ihrem Versterben am 17. November 2018 entstanden sei und/oder habe entstehen können. Ihre Berechtigung hätten die Regelungen in § 7 nur für den Fall gehabt, dass – wider Erwarten – Frau A. wieder genesen wäre und doch nicht noch – wie zu erwarten gestanden habe und letztlich auch eingetreten sei – im Krankenhaus verstorben wäre. Eine Löschung der Vormerkung aufgrund des Nachweises des Todes der ursprünglichen Berechtigten komme nur dann nicht in Betracht, wenn nicht auszuschließen sei, dass mit der Vormerkung auch die Sicherung der Erben des Berechtigten für den Fall beabsichtigt worden sein könnte, dass der Übereignungsanspruch zu Lebzeiten des Berechtigten entstanden und geltend gemacht worden, aber bis zum Tod des Berechtigten noch nicht durchgesetzt worden sei. Selbst wenn es hier einen Übereignungsanspruch gegeben hätte, hätte dieser bis zum Tod der Verstorbenen nicht geltend gemacht werden können.

10 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde mit Beschluss vom 11. August 2020 nicht abgeholfen. Es hat ergänzend ausgeführt, dass die von dem Notar vorgetragenen Umstände, insbesondere bezüglich der Situa-

tion und Motivation der Erklärenden zum Zeitpunkt der Beurkundung, außerhalb von Urkunden lägen. Diese Angaben tatsächlicher Art könnten im formellen Grundbuchverfahren weder vom Grundbuchamt noch vom Beschwerdegericht berücksichtigt werden, da für sie kein Urkundenbeweis gemäß § 29 GBO erbracht werden könne. Entgegen dem Vorbringen des Notars gehe die Tendenz in der Rechtsprechung dahin, im Zweifelsfall von der Vererblichkeit eines Anspruchs auszugehen. Ob solch ein vererblicher Anspruch entstanden sei, sei mit den Beweismittelbeschränkungen des Grundbuchamts nicht formgerecht nachzuweisen. Die Ausführungen des Notars zum kurzen Zeitraum zwischen Beurkundung der Bewilligung und Versterben der Berechtigten könnten nicht überzeugen. Dass innerhalb eines Zeitraums von knapp einem Monat der Eintritt aller alternativen Bedingungen absolut unrealistisch sei, entspreche nicht der allgemeinen Lebenserfahrung und sei auch nicht substantiiert begründet.

II. Aus den Gründen:

11 Die gemäß § 71 Abs. 1 GBO zulässige Beschwerde ist als Rechtsmittel nur des Beteiligten zu 1) auszulegen. Der Notar, der den Erbbaurechtskaufvertrag vom 25. März 2020 mit dem darin in § 6 enthaltenen Löschungsantrag beurkundet hat, gilt gemäß § 15 GBO nur im Namen der Antragsberechtigten ermächtigt, eine Eintragung zu beantragen. Weitergehend ist auch seine Ermächtigung zur Einlegung eines Rechtsmittels nicht. Antragsberechtigt ist nur der unmittelbar Beteiligte, dessen dingliche Rechtsstellung durch die Eintragung einen Verlust oder einen Gewinn erfährt (Senatsbeschluss vom 24. August 2021 – 2 Wx 29/21 –: *Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 13 Rn. 42). Gewinnender Teil ist bei der Löschung einer (Rückübertragungs-)Vormerkung nur der Eigentümer, nicht dagegen der Berechtigte einer Eigentumsvormerkung, der durch die Löschung im Rang aufrückt (vgl. OLG Frankfurt FGPrax 1996, 208; *Demharter*, a. a. O., Rn. 46).

12 Die Beschwerde führt aus formalen Gründen zur Aufhebung der Zwischenverfügung (1.), ohne dass damit in der Sache ein Erfolg für den Beteiligten zu 1) verbunden ist (2.).

13 1. Die Zwischenverfügung ist unzulässig.

14 Auch wenn das Grundbuchamt zu Recht der Auffassung ist, dass die Voraussetzungen für eine Löschung der Rückübertragungsvormerkung gemäß § 22 GBO nicht vorliegen, hätte es insoweit keine Zwischenverfügung erlassen, sondern nur einen formlosen Hinweis erteilen dürfen und, nachdem der Notar an seiner Auf-

fassung festgehalten hat, den Löschungsantrag durch Beschluss zurückweisen müssen.

15 Eine Zwischenverfügung gemäß § 18 GBO darf nämlich nur dann ergehen, wenn ein Eintragungshindernis mit rückwirkender Kraft zu beseitigen ist, da anderenfalls dem Antrag nicht der Rang nach dem Eingang beim Grundbuchamt gebühren würde (BGHZ 27, 310; ständige Senatsrechtsprechung, z. B. Rpfleger 2011, 23 ff. m. w. N.; Beschluss vom 15. April 2011 – 2 W 65/10 –; NJW-RR 1999, 15 f.; FamRZ 2010, 1468 f.; OLG Düsseldorf ZEV 2016, 707; *Demharter*, a. a. O., § 18 Rn. 8 ff.). Die gleichwohl ergangene Zwischenverfügung ist durch das Beschwerdegericht in jedem Fall aufzuheben (Senat, a. a. O.; *Demharter*, a. a. O., § 77 Rn. 14). Die Entscheidung über den Eintragungsantrag hat dagegen das Grundbuchamt zu treffen, da Gegenstand des Beschwerdeverfahrens nur die Zwischenverfügung und nicht der Eintragungsantrag selbst ist (Senat, a. a. O., m. w. N.; BayObLG Rpfleger 1990, 61 f.; *Demharter*, a. a. O., § 77 Rn. 15).

16 Ein nicht mit rückwirkender Kraft zu beseitigendes Eintragungshindernis liegt unter anderem dann vor, wenn die zur Eintragung erforderliche Bewilligung des unmittelbar Betroffenen noch nicht erklärt ist (BayObLG NJW-RR 2004, 1533 f.; BayObLG Rpfleger 1990, 61 f.; OLG Hamm, Rpfleger 1998, 154 ff.; *Demharter*, a. a. O., § 18 Rn. 12, m. w. N.). Ohne Bedeutung ist dabei, ob es sich bei der fehlenden Eintragungsbewilligung des unmittelbar Betroffenen um eine rechtsändernde Bewilligung oder um eine Berichtigungsbewilligung handelt (OLG Nürnberg NJW 2018, 1029; OLG München Rpfleger 2015, 198; BayObLG NJW-RR 2004, 1533; *Demharter*, a. a. O., § 18 Rn. 12). Unmittelbar betroffen sind im Verfahren über die Löschung einer Vormerkung zur Sicherung des bedingten Anspruchs auf Rückübertragung der Vormerkungsberechtigte (Senat Beschluss vom 9. Juli 2010, a. a. O.; BayObLG, jeweils a. a. O.) und nach seinem Tod für den Fall, dass der Rückforderungsanspruch nicht auf die Lebenszeit des Berechtigten begrenzt ist, seine Erben. Auf der Grundlage seiner Auffassung, dass hier die Vererblichkeit des Anspruchs nicht ausgeschlossen sei, hätte das Grundbuchamt daher keine Zwischenverfügung erlassen dürfen. Dass, wenn – wie hier – ein Löschungsantrag darauf gestützt wird, dass der Unrichtigkeitsnachweis bereits geführt sei, das Grundbuchamt eine Löschungsbewilligung der Erben nicht im Wege der Zwischenverfügung verlangen kann, weil in der Anforderung der Bewilligung des Erben nach § 19 GBO nicht ein Mittel zur Beseitigung eines Defizits (Eintragungshindernisses) in Bezug auf das auf Grundbuchunrichtigkeit gestützte Gesuch um Löschung der Rückauflassungsvormerkung nach § 22 GBO gesehen werden kann, sondern der Löschungsantrag vielmehr

auf eine neue Basis gestellt würde, ist anerkannt (Senat Rpfleger 2011, 23; OLG Düsseldorf ZEV 2016, 707; OLG München ZEV 2016, 708; BayObLG Rpfleger 1990, 61; *Demharter*, a. a. O., § 18 Rn. 12 m. w. N. und § 22 Rn. 31; Hügel/*Zeiser*, GBO, 3. Aufl. § 18 Rn. 17). Anderes ergibt sich entgegen der Auffassung des Grundbuchamts auch nicht aus dem zitierten Beschluss des OLG Düsseldorf vom 9. März 2017 – I-3 Wx 93/16 – juris (vgl. Rn. 21 bis 23). In der vom Grundbuchamt für das Gegenteil zitierten Rn. 33 hat sich das OLG Düsseldorf mit der Frage der Zulässigkeit einer Zwischenverfügung nicht befasst, sondern nach Aufhebung der unzulässigen Zwischenverfügung für das weitere Verfahren Hinweise in der Sache selbst erteilt.

17 2. Es besteht indes kein Anlass, das Grundbuchamt anzuweisen, von seinen Bedenken hinsichtlich des Unrichtigkeitsnachweises Abstand zu nehmen. In der Sache ist die Rechtsauffassung des Grundbuchamts nicht zu beanstanden. Die in Abt. II Nr. 3 des betroffenen Erbbaugrundbuchs eingetragene Vormerkung kann nur nach Nachweis der Erben der eingetragenen Berechtigten H. A. gemäß § 35 GBO und auf Bewilligung der Erben gelöscht werden.

18 Gemäß § 19 GBO erfolgt eine Eintragung, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Der Grundsatz der einseitigen Bewilligung gilt sowohl für rechtsändernde als auch für berichtigende Eintragungen, wobei zu den Eintragungen auch Löschungen zählen (*Demharter*, a. a. O., § 19 Rn. 3).

19 a) Einer Bewilligung nach § 19 GBO bedarf es nur dann nicht, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen ist, § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO. An den Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit, der dem Antragsteller obliegt, sind strenge Anforderungen zu stellen (Senat FGPrax 2011, 72; OLG München ZEV 2016, 708; Meikel/*Böttcher*, GBO, 11. Aufl., § 22 Rn. 121; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rn. 370). Der Antragsteller hat in der Form des § 29 GBO grundsätzlich lückenlos jede Möglichkeit auszuräumen, die der Unrichtigkeit der gegenwärtigen Grundbuchlage und der Richtigkeit der begehrten Eintragung entgegenstehen könnte. Lediglich ganz entfernt liegende, nur theoretische Möglichkeiten müssen nicht widerlegt werden (BGH FGPrax 2016, 99; Senat, a. a. O.; OLG München, a. a. O.; BayObLGZ 1995, 413 (415 f.); *Demharter*, a. a. O., § 22 Rn. 37; Hügel/*Holzer*, a. a. O., § 22 Rn. 59 f.).

20 Die Löschung einer Vormerkung wegen Unrichtigkeit ist nach diesem Maßstab nur möglich, wenn der Antragsteller in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise und in der Form des § 29 GBO nachweist, dass das Bestehen oder Entstehen des zu sichernden Anspruchs ausgeschlossen ist (Senat, a. a. O.; OLG München, a. a. O.,

m. w. N.; OLG Köln FGPrax 2010, 14; Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 22. April 2014 – 12 Wx 74/13 – juris; OLG Zweibrücken FGPrax 2005, 244/245), denn als Sicherungsmittel hängt die Vormerkung in ihrem Bestand von demjenigen des Anspruchs ab, zu dessen Sicherung sie bestellt ist.

21 Der Nachweis des Todes des Berechtigten genügt als Nachweis für die Unrichtigkeit eines Grundbucheintrags über eine Rückübertragungsvormerkung nur dann, wenn sich aus der zugrunde liegenden Vereinbarung ergibt, dass mit dem Tod des Berechtigten der Sicherungsfall nicht mehr eintreten kann und wenn ausgeschlossen werden kann, dass der gesicherte Anspruch zu Lebzeiten des Berechtigten entstanden ist, aber nicht durchgesetzt wurde und auf die Erben des Berechtigten nach § 1922 BGB auf die Erben übergegangen ist (OLG Düsseldorf FamRZ 2017, 1430 (1431); OLG München, a. a. O.; *Demharter*, a. a. O., Anhang zu § 44 Rn. 89).

22 b) Nach diesen Grundsätzen ist der Unrichtigkeitsnachweis in der Form des § 29 GBO nicht geführt. Gemäß der Eintragungsbewilligung in § 9 des Schenkungsvertrags vom 23. Oktober 2018 sichert die Rückübertragungsvormerkung den in § 7 geregelten Rückforderungsanspruch für den Schenker.

23 aa) Ob der durch die Vormerkung gesicherte Rückübertragungsanspruch vererblich ist mit der Folge, dass er nach dem Tod der Berechtigten nicht erlischt, ist durch Auslegung der Erklärung zu ermitteln (*Demharter*, a. a. O., Anhang zu § 44 Rn. 89). Einen Grundsatz, dass der Rückforderungsanspruch „im Zweifelsfall“ nicht vererblich ist, gibt es nicht. Er ergibt sich insbesondere nicht aus den vom Notar hierfür zitierten Entscheidungen des BGH vom 21. März 2013, FamRZ 2013, 1038 und des OLG Hamm vom 7. März 2006, DNotZ 2007, 122. Dem Urteil des BGH lag ein Überlassungsvertrag zugrunde, in dem vertraglich ausdrücklich geregelt war, dass der Rückforderungsanspruch weder übertragbar noch vererblich sein soll (bei juris Rn. 1). Der Beschluss des OLG Hamm beruht auf einer individuellen Auslegung des maßgeblichen Vertragswerks (bei juris Rn. 12, 14 bis 18), wobei u. a. darauf abgestellt worden ist, dass das Rücktrittsrecht im dortigen Vertrag an die Verletzung von bestimmten Pflichten anknüpft, die zugunsten des Übertraggebers als Einzelperson bestellt worden sind. Das ist mit dem hier gegebenen Vertrag im Hinblick auf die in § 4 übernommenen Verpflichtungen auch bezüglich des Ehemannes der Verstorbenen und die Regelungen in § 7 Abs. 2 des Vertrags nicht vergleichbar.

24 bb) Soweit der Notar weiter geltend macht, dass sich die Verstorbene nicht durch ein Wohnrecht am Schenkungsgegenstand abgesichert habe, weil sie davon ausgegangen sei, dass sie wegen einer ersten Erkrankung

das Krankenhaus nicht mehr lebend verlassen würde, und er meint, dass es ihrer Absicherung daher eigentlich nicht bedurft hätte und § 7 verzichtbar gewesen wäre, sind diese Erwägungen rechtlich unerheblich. Die Verstorbene konnte unter den in § 7 genannten Voraussetzungen auch dann ein Interesse an der Rückübertragung des Erbbaurechts haben, wenn sie selbst in das betroffene Haus nicht wieder einziehen wollte oder konnte, beispielsweise, um es einem anderen Abkömmling zu übertragen oder zu vererben. Entscheidend ist allein, dass die Schenkerin selbst – trotz des Umstandes, dass sie zum Zeitpunkt der Beurkundung stationär im Krankenhaus aufgenommen war und nach Darstellung des Notars bereits ernstlich krank gewesen sein soll – den Rückforderungsanspruch nicht für verzichtbar hielt, wie sich daraus ergibt, dass sie sich den Rücktritt vom Vertrag unter den genannten Voraussetzungen ausdrücklich vorbehalten hat. Das kann unter anderem den nachvollziehbaren Grund gehabt haben, ein Druckmittel gegen den Beteiligten in der Hand zu haben, um sicher zu gehen, dass er die in § 4 übernommenen Verpflichtungen auch einhält, ohne dass es auf die Beweggründe der Schenkung für die Vereinbarung des Rückforderungsanspruchs aber ankommt.

25 cc) Hier kann nach den in § 7 des Vertrags vereinbarten Bedingungen für das Rücktrittsrecht schon nicht ausgeschlossen werden, dass bereits zu Lebzeiten der Verstorbenen die Voraussetzungen für eine Rückforderung des Erbbaurechts gemäß § 7 Nr. 3, 4 oder 5 entstanden sind, die Verstorbene den Rücktritt vom Vertrag selbst erklärt hat, sie den Rückforderungsanspruch infolge der kurzen Zeitspanne zwischen der Beurkundung des Vertrags aber nicht mehr durchsetzen konnte und der Rückforderungsanspruch auf die Erben übergegangen ist. Wie das Grundbuchamt zutreffend ausgeführt hat, entspricht es nicht der Lebenserfahrung, dass es absolut unrealistisch ist, dass in einem Zeitraum von knapp einem Monat der Eintritt aller vereinbarten Rücktrittsgründe ausgeschlossen ist. Die Pflichtteilsunwürdigkeit oder die Voraussetzungen des Schenkungswiderrufs wegen einer schweren Verfehlung des Beschenkten gegen den Schenker oder einen nahen Angehörigen des Schenkers, durch den sich der Beschenkte des groben Undanks schuldig gemacht hat, können schon durch einen einzigen schweren Vorfall begründet werden. Derartiges kann sich nach der allgemeinen Lebenserfahrung auch innerhalb eines Zeitraums von knapp einem Monat ereignen.

26 Die Auslegung des Schenkungsvertrags ergibt, dass ein etwaiger solcher noch zu Lebzeiten der Verstorbenen entstandener und von ihr geltend gemachter Rückforderungsanspruch auch vererblich wäre. Die Vererb-

lichkeit des Rückforderungsanspruchs ist in § 7 des Vertrags nicht ausdrücklich ausgeschlossen worden. In § 7 Abs. 2 ist vielmehr vereinbart worden, dass der Rücktritt nur vom Schenker persönlich „oder nach Maßgabe des § 530 BGB von dessen Erben“ erklärt werden kann. Deutlicher als durch die zitierte Formulierung hat die Verstorbene nicht zum Ausdruck bringen können, dass der Anspruch unter bestimmten Voraussetzungen auch vererblich ist.

27 Gemäß § 530 Abs. 2 BGB steht dem Erben das Recht des Widerrufs zu, wenn der Beschenkte den Schenker vorsätzlich und widerrechtlich getötet oder den Schenker am Widerruf gehindert hat. Wenn die Erben den Schenkungswiderruf nach dem Willen der Verstorbenen sogar dann erklären können, wenn der Beteiligte zu 1) seine Mutter am Widerruf der Schenkung gehindert hat, der Rückforderungsanspruch in diesem Fall also vererblich ist, kann nach der Lebenserfahrung davon ausgegangen werden, dass der Rückforderungsanspruch erst recht auch für den Fall vererblich sein soll, dass die Verstorbene den Rücktritt sogar persönlich erklärt hat, aber die Rückübertragung zu Lebzeiten nicht mehr vollzogen worden ist. Alles andere würde keinen Sinn machen.

28 Dass diese Voraussetzungen nicht vorliegen, ist nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen.

29 dd) Ebenso wenig ist ausgeschlossen, dass ein Rückforderungsanspruch der Erben nach Maßgabe von § 7 Abs. 2 S. 1 des Vertrags i. V. m. § 530 BGB bestehen kann.

30 Ob die Bezugnahme auf § 530 BGB dahin auszulegen ist, dass die Erben – abweichend von der gesetzlichen Regelung – auch berechtigt sein sollen, den Widerruf gemäß § 7 Nr. 5 wegen einer schweren Verfehlung im Sinne des § 530 Abs. 1 BGB zu erklären, wie das Grundbuchamt meint, mag zweifelhaft sein. Das kann im Grundbuchverfahren nicht geklärt und jedenfalls nicht völlig ausgeschlossen werden. Selbst wenn die Formulierung „nach Maßgabe des § 530 BGB“ indes nur dahin auszulegen sein sollte, dass entsprechend der gesetzlichen Regelung ein Widerrufsrecht nur unter den Voraussetzungen des § 530 Abs. 2 BGB besteht, kann ein entsprechender Rückforderungsanspruch nicht ausgeschlossen werden.

31 Ob die Verstorbene, wie der Notar behauptet, ohne dies in der Form des § 29 GBO belegt zu haben, im Krankenhaus aufgrund einer ernstlichen Erkrankung gestorben ist, oder aber ihr Tod gemäß § 530 Abs. 2 1. Alt. BGB dem Beteiligten zuzurechnen ist, steht im Lösungsverfahren nicht in der Form des § 29 GBO fest. Es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass die Erben ein Rückforderungsrecht haben, weil ein Rücktrittsrecht der Verstorbenen noch zu ihren Lebzeiten eingetreten ist,

der Beteiligte seine Mutter aber am Widerruf der Schenkung gehindert hat.

32 dd) Gemäß § 7 Abs. 2 Satz 2 des Vertrags bleibt „daneben“ das Rückforderungsrecht nach § 527 BGB bestehen. Danach kann für den Fall, dass die Vollziehung einer Auflage unterblieben ist, die Herausgabe des Geschenkes unter den für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung insoweit gefordert werden, als das Geschenk zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen. Nach dem Kontext des Vertrags knüpft dies an das Rückforderungsrecht gemäß § 7 Nr. 3 des Vertrags wegen Nichterfüllung der Auflagen „gemäß § 3“ an, wobei ein offensichtliches Versehen in der Bezeichnung des maßgeblichen Paragraphen vorliegt. Die Auslegung von § 7 Nr. 3 des Vertrags gemäß 133 BGB nach dem tatsächlichen Willen der Vertragsparteien ergibt bei verständiger Würdigung, dass nicht § 3 gemeint ist, der die Auflassung betrifft, sondern § 4, in dem der Beschenkte gegenüber der Schenkerin verschiedene Verpflichtungen übernommen hat.

33 In § 4 hat sich der Beteiligte zu 1) u. a. dazu verpflichtet, die Patientenverfügung auch von Herrn M. A. durchzusetzen, Herrn M. A. regelmäßig in seiner Seniorenpension zu besuchen und für dessen angemessene und würdevolle Pflege sowie für seine angemessene und würdevolle Beisetzung Sorge zu tragen. Es kann nach dem Inhalt der Regelungen in § 4 des Vertrags kein ernstlicher Zweifel daran bestehen, dass nach dem Willen der Schenkerin diese Verpflichtungen des Beteiligten auch nach dem Tod der Verstorbenen fortbestehen. Nach dem Aufbau von § 7 Abs. 2 des Vertrags, wonach das Rückforderungsrecht nach § 527 BGB „daneben“ besteht, spricht derzeit alles dafür, dass dieses Rückforderungsrecht vererblich ist. § 4 Abs. 3 des Vertrags ist zu entnehmen, dass es der Verstorbenen ein zentrales Anliegen war, die Versorgung ihres Ehemannes auch nach ihrem Tod sicherzustellen. Auf der Grundlage des Vortrags des Notars, dass zum Zeitpunkt der Beurkun-

dung des Vertrags aufgrund einer ernstlichen Erkrankung der Verstorbenen zu befürchten war, dass sie das Krankenhaus nicht mehr lebend würde verlassen können, liegt es sogar nahe, dass die Durchsetzung der Patientenverfügungen beider Eheleute und die Sicherstellung der Versorgung ihres Ehemannes nach ihrem alsbald zu erwartenden Tod sogar ein wesentlicher Beweggrund für die Übertragung des Erbbaurechts auf den Beteiligten trotz Vorhandensein noch weiterer Abkömmlinge gewesen sein könnte. Die Durchsetzung dieses Anspruchs nach Maßgabe von § 527 BGB i. V. m. §§ 4, 7 Nr. 3 des Vertrags auch nach dem Tod der Schenkerin ist indes nur im Falle der Vererblichkeit des Rückforderungsrechts gesichert, weil nur in diesem Fall ein Druckmittel besteht, den Beteiligten zur Einhaltung seiner Verpflichtungen anzuhalten, was deutlich dafür spricht, dass das Rückforderungsrecht nach diesen Bestimmungen auch vererblich sein soll.

34 Dafür spricht weiter, dass die Regelung in § 7 Abs. 2 Satz 2 des Vertrags überhaupt aufgenommen worden ist. Wenn nämlich der Rückforderungsanspruch nach § 7 Nr. 3 nur von der Schenkerin persönlich und von ihren Erben nur nach Maßgabe von § 530 Abs. 2 BGB erklärt werden könnte, hätte es dieser Regelung gar nicht bedurft. Der Anspruch nach § 527 BGB ist – anders als der Schenkungswiderruf wegen groben Undanks, abgesehen vom Ausnahmefall des § 530 Abs. 2 BGB – vererblich (Staudinger/*Chiusi*, BGB, Neubearb. 2021, § 527 Rn. 7). Es spricht derzeit alles dafür, dass die Regelung überhaupt nur aus diesem Grund in den Vertrag aufgenommen worden ist.

35 Aus der vorgelegten Sterbeurkunde ergibt sich, dass der Familienstand der Verstorbenen bei ihrem Ableben „verheiratet“ war, ihr Ehemann M. A. also noch lebte. Auch aus diesem Grund kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass ein Rückforderungsanspruch der Erben bereits entstanden sein kann oder für den Fall, dass Herr A. auch gegenwärtig noch lebt, sogar künftig noch entstehen kann.



Elternunterhalt: Grundlagen und Strategien

Von Jörn Hauß,
völlig neu bearbeitete Aufl., Giesecking-Verlag, Bielefeld 2020, 374 Seiten.
49,- €. ISBN 978-3-769-41098-3.

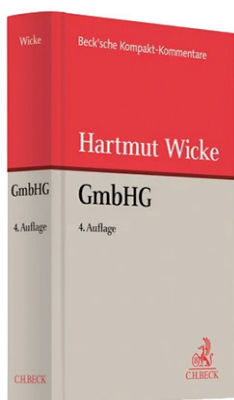
Besprechung von Notar Daniel Jockisch

Pünktlich zum Inkrafttreten des Angehörigen-Entlastungsgesetzes am 01.01.2020 (BGBl. 2019 I, S. 2135) ist eine völlig neu bearbeitete Auflage des bewährten Ratgebers ergangen. Die für den Übergang des Unterhaltsanspruchs eines sozialhilfebedürftigen Elternteils in § 94 Abs. 1a SGB XII bestimmte Jahreseinkommensgrenze von brutto 100.000,00 € wurde eingeführt, um weite Bevölkerungsschichten unterhaltsrechtlich gegenüber der Elterngeneration zu entlasten. Dadurch wurde die Systematik des gesetzlichen Unterhaltsrechts nach den §§ 1603 ff BGB nicht verdrängt, sondern lediglich (rechtsgebietsfremd) überlagert.

Das Handbuch erhält eine ausführliche Darstellung der neuen Rechtslage und der Ausgestaltung, welche das Elternunterhaltsrecht durch die Rechtsprechung erfahren hat. Aufbauend auf der bisherigen Systematik und Tendenz der Rechtsprechung bietet der Autor eine Fülle von Lösungsansätzen für die zahlreichen neuen Probleme und Fragestellungen, welche die neue Rechtslage mit sich bringt, z.B. im Bereich der Auskunftspflichten, der Einkommensermittlung oder der Bildung von Altersvorsorge-schonvermögen des Kindes.

Als unterhaltsrechtliches Nachschlagewerk ist das Handbuch nicht nur unentbehrlich für Anwälte, Gerichte, Sozialhilfeträger, sondern auch für interessierte Laien gut lesbar. Bei Beratungen oder (Nachfolge-)Gestaltungen im Bereich gehobener Einkommensverhältnisse, welche auch künftig unterhaltsrechtlich relevant bleiben, kommt auch der Notar regelmäßig mit unterhaltsrechtlichen Fragestellungen in Berührung. Hier leistet das Handbuch mit seiner Übersichtlichkeit, Verständlichkeit, Praxisbezug und Berücksichtigung eine wertvolle Hilfestellung.

Das Hauptaugenmerk des Notars wird sich allerdings auf Teil H des Handbuchs richten (vorsorgende Beratung) sowie auf die Ausführungen zur Schenkungsrückforderung (Rdn. 209 ff). Dort finden sich in komprimierter Form wertvolle Praxistipps und Gestaltungshinweise für die vorsorgende Beratung, insbesondere zum Thema „Rettung des Vermögens“ durch vorzeitige unentgeltliche Vermögensübertragung oder - bei konkret drohender oder bereits eingetretener Pflegebedürftigkeit - durch belohnende oder entgeltliche Übertragungen, Kreditierung von Dienstleistungen und dergleichen. Für Betroffene hat sich aufgrund der neuen Rechtslage der Schwerpunkt zumeist vom Unterhaltsrecht auf das Schenkungsrecht verlagert, d.h. auf die Verhinderung der drohenden Überleitung und Geltendmachung des Revokationsrechts nach § 528 BGB durch den Sozialhilfeträger, so dass lebzeitige Übertragungsvorgänge zum Teil neu überdacht werden müssen. Zum Problem des Wertersatzes bei einem späteren Verzicht des Berechtigten auf ein vorbehaltenes Nutzungsrecht liegt mittlerweile neuere Rechtsprechung vor (BGH, Urteil vom 20.10.2020, X ZR 7/20). Im Bereich der Notbedarfseinschreibe des Beschenkten nach § 529 Abs. 2 BGB ist allerdings mit Blick auf die neue Rechtslage noch weitgehend ungeklärt, wann der „standesgemäße“ Unterhalt des Beschenkten tatsächlich gefährdet ist oder ob die Transformation des geschenkten Vermögens in unterhaltsrechtlich geschütztes Schonvermögen das Revokationsrecht hindert. Die Justizfestigkeit derartiger Gestaltungen wird sich erst noch (neu) erweisen müssen, so dass der Autor seine diesbezüglichen Darstellungen eher als Diskussionsgrundlage denn als Ratgeber versteht. Die weitere Entwicklung dieses Rechtsgebietes bleibt deshalb spannend.



Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbHG)

Kommentar von Prof. Dr. Hartmut Wicke,
4. Auflage 2020, Verlag C.H. Beck oHG, München. Hardcover. 788 Seiten.
69,- €. ISBN 978-3-406-75778-5.

Besprechung von Notarassessor Alkan Atak (Schwäbisch Hall)

Auch mit der 4. Auflage ist Hartmut Wicke eine kompakte Darstellung des gesamten GmbH-Rechts gelungen. Die neue Auflage bringt das Werk auf den aktuellen Rechtsstand und behan-

delt neben zahlreichen gesetzlichen Neuerungen, wie etwa das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der Covid-19 Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht, auch höchstrichter-

liche Entscheidungen zum Gesellschaftsrecht. Hervorzuheben ist etwa die Entscheidung des zweiten Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 08.01.2019 (Az. II ZR 364/18; BGHZ 220, 354), bei dem es im Kern um den - vor allem in der Literatur geführten - Meinungsstreit nach der analogen Anwendbarkeit des § 179a AktG für Verpflichtungsgeschäfte betreffend Gesamtvermögensübertragungen einer GmbH geht. Der Bundesgerichtshof verneinte in seiner Entscheidung die analoge Anwendbarkeit von § 179a AktG und begründete dies im Wesentlichen mit den Strukturunterschieden zwischen einer GmbH und einer Aktiengesellschaft, die vor allem auf der Ebene von Weisungs- und Einflussnahmerechten der Gesellschafterversammlung bzw. Hauptversammlung in Bezug auf Geschäftsführer bzw. Vorstand bestehen. *Wicke* befasst sich bei § 53 Rn. 3 sowie § 35 Rn. 7 GmbHG mit dieser Entscheidung und stellt klar, dass die allgemeinen Grundsätze, nach denen der Geschäftsführer in Gesamtvermögensübertragungsgeschäften im Innenverhältnis eines Gesellschafterbeschlusses bedarf, weiterhin Geltung beanspruchen.

Sehr schön fallen die Ausführungen bei § 4a Rn. 10ff. GmbHG zur Niederlassung im Ausland bzw. zur Niederlassungsfreiheit aus. *Wicke* geht an dieser Stelle recht ausführlich auf praxisbedeutende umwandlungsspezifische Fragestellungen ein und beleuchtet auch aktuelle höchstrichterliche Entscheidungen, wie etwa die Rs. Polbud (EuGH, Urteil vom. 25.10.2017 – C-106/16

(Polbud - Wykonawstwo sp. zo.o.) –, DStR 2017, 2684). Nicht unerwähnt geblieben ist auch die sog. *Mobilitätsrichtlinie* (RL 2019/2121/EU) und obergerichtliche Rechtsprechung zu grenzüberschreitenden Formwechseln (zum Beispiel: OLG Saarbrücken, Beschluss vom 07.01.2020 – 5 W 79/19 – NZG 2020, 390).

Mit Art. 8 des Abschlussprüfungsreformgesetzes wurden die §§ 86, 87 und 88 im GmbHG eingefügt. Neu dazugekommen ist daher die Kommentierung zu dieser gesetzlichen Neuregelung.

Anzumerken ist schließlich, dass das Werk mit den Jahren und Auflagen umfangreicher geworden ist; während es zur 3. Auflage noch knapp 661 Seiten waren, weist das Werk in der aktuellen Auflage 127 Seiten mehr auf und wächst auf insgesamt 788 Seiten. Der Preis in Höhe von 69,00 € kann daher als angemessen bezeichnet werden.

Dieses Werk kann uneingeschränkt jedem empfohlen werden, der eine schlüssige, kompakte und juristisch auf höchstem Niveau aufbereitete Darstellung des gesamten GmbH-Rechts sucht. Zuzustimmen ist *Wicke* ebenfalls in dem im Vorwort genannten Punkt, dass dieses Werk auch Unternehmen empfohlen werden kann, die ohne vertiefte Kenntnisse des GmbH-Rechts nach einer klaren Orientierung im GmbH-Recht suchen. Diese Empfehlung kann an dieser Stelle uneingeschränkt weitergegeben werden.



Kostenrecht

Kommentar von Dr. Guido Toussaint (Hrsg.),
51. Auflage 2021, Verlag C.H. Beck oHG, München. Hardcover (in Leinen).
159,- €. ISBN 978-3-406-76175-1.

Notarassessor Anton Gordon LL.M., Ellwangen (Jagst)

Seit der 16. Auflage 1971 war das hier zu besprechende Werk mit dem Namen *Peter Hartmann*, Richter am AG Lübeck a.D. verbunden. Bis zur 48. Auflage hat dieser das Werk noch als Autor und Herausgeber mitbegleitet. Nunmehr in der dritten Auflage nach seinem Ausscheiden wird dieser Klassiker des Kostenrechts von Dr. Guido Toussaint herausgegeben. Diese 51. Auflage trägt zum ersten Mal seit 50 Jahren nicht mehr den Namen *Hartmanns*.

Inhaltlich widmet sich das Werk sämtlichen Kostengesetzen aus dem Bereich der Justiz, namentlich Gerichte, Rechtsanwälte und Notare. Angesichts zahlreicher und umfangreicherer Werke exklusiv zum GNotKG spielt das Werk in der notariellen Praxis aber bisher eine eher untergeordnete Rolle. Das Werk ist aber eine willkommene Ergänzung für die Handbibliothek eines Notars, um schnell und zuverlässig jede kostenrechtliche Frage zu beantworten. Die Autoren, sämtlich Praktiker aus dem Bereich des Notariats und der Justiz, schaffen es die relevanten Fragestellungen prägnant aber zugleich praxistauglich zu beantworten.

Im Einzelnen hervorzuheben ist die Kommentierung von *Zivier* zum § 36 GNotKG. Diese Vorschrift gilt als Auffangnorm für die Bestimmung des Wertes sonstiger gebührenbedürftiger Vorgänge. In der Praxis ist es oft schwierig festzustellen wann eine vermögensrechtlichen und wann eine nichtvermögensrechtliche Angelegenheit gegeben ist, und wie das billige Ermessen im Sinne des Abs. 1 rechtssicher auszuüben ist. Hierzu arbeitet der Autor mit alphabetischen Listen, welche jeweils nach Stichworten sortiert sind. Dies ermöglicht dem Anwender schnell den für seinen konkreten Sachverhalt einschlägigen Fall zu finden und rechtssicher zu lösen.

Auch zum Kostenverzeichnis finden sich praxistaugliche Kommentierungen welche im Einzelnen zwar erfrischend kurz in der Sache aber ausgiebig sind. So wird die auch für die notarielle Praxis wichtige KV 14110 von *Kawell* bearbeitet. Hier wird unter anderem auch die in der Praxis häufig auftretende Frage erörtert welche Fristen im Fall einer Vor- und Nacherbschaft zu wahren sind. Richtigerweise geht der Autor davon aus, dass nach beiden Erbfällen die Zweijahresfrist gewahrt werden muss (Rn. 21).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Toussaint eine willkommene Ergänzung für die Handbibliothek eines Notars darstellt. Gerade für eine schnelle Recherche oder Selbstkontrolle ist dieser Handkommentar bestens geeignet. Ferner ist

neben dem GNotKG auch die Kommentierung anderer Kotengesetze enthalten, welche in der notariellen Praxis gelegentlich ebenfalls eine Rolle spielen können. Eine Anschaffung lohnt sich daher auf jeden Fall.



Ehevertrag und Vermögenszuordnung unter Ehegatten

Kommentar von Dr. Christoph Dorsel (bis zur 7. Auflage von Prof. Dr. Günter Brambring), 8. Auflage 2021, Verlag C.H. Beck oHG, München. Softcover. 49,- €. ISBN 978-3-406-76389-2.

Notarassessor Anton Gordon LL.M., Ellwangen (Jagst)

Der Ehevertrag gehört sicherlich zum Standardrepertoire eines jeden Notars. Um in diesem unsicheren Terrain welches durch eine Fülle von Rechtsprechung geprägt ist, sicher zu agieren, bittet dieses Werk den richtigen Einstieg. Angesichts deutlich umfangreicherer Werke zu dieser Thematik stellt sich die Frage, worin der Mehrwert dieses doch eher kurzen Werks liegen soll. Doch genau in seiner Kürze und praktischen Handhabbarkeit liegt die große Stärke dieses Buches. Dem Autor gelingt es komplexe Fragestellung kompakt und sicher darzustellen. Gerade auch für den Notar sind die erfrischend kurzen aber gleichzeitig hochaktuellen Muster eine große Bereicherung.

Nach einer kurzen Einführung zum Recht des Ehevertrages folgen die einzelnen Vertragsmuster, welchen jeweils umfassende Erläuterungen nachfolgen. Es finden sich Muster zum Gesamtverzicht, zum Ehevertrag junger Eheleute, zum Ehevertrag eines Unternehmers und zu einer Ausländerehe. Ferner finden sich Muster zur Ver-

mögenszuordnung. Letztere ist aus vielfältigen Gründen sinnvoll. Sei es aus Vorsorge für eine mögliche Haftung oder zur steueroptimalen Planung der Übertragung des Vermögens an die nächste Generation. Dieses Werk gibt für jeden dieser Fälle und für viele weitere praktische Anregungen und bewährte Lösungsvorschläge.

Die vorgenannten Beispiele zeigen, dass dieses Werk jedem in der Vertragsgestaltung tätigen Juristen eine wertvolle Hilfestellung bieten können. Sowohl die anwaltliche als auch die notarielle Praxis findet in dem Werk einen Mehrwert. Gerade die Kombination von prägnanter Formulierung und Verständlichkeit ist etwas was jedem Praktiker gefallen wird. Zugleich gibt das Werk einem Berufseinsteiger einen ersten Überblick über die notwendigen Regelungsinhalte. Es erklärt nicht nur was man in einem Ehevertrag regeln kann, sondern auch was man in einem Ehevertrag regeln sollte. Es ist daher für die notarielle Praxis wärmstens zur Anschaffung zu empfehlen.



Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB

Kommentar von Prof. Dr. Franz Jürgen Säcker, Prof. Dr. Roland Rixecker, Prof. Dr. Hartmut Oetker und Bettina Limberg (Hrsg.),

8. Auflage 2018-2020, – München, Verlag C.H. Beck oHG. Hardcover (in Leinen). ISBN 978-3-406-76670-1.

Notarassessor Anton Gordon LL.M., Ellwangen (Jagst)

Kommentare zum Bürgerlichen Gesetzbuch sind auf dem Rechtsmarkt in Fülle vorhanden. Es gibt diese in jedem Umfang und für jede Lebenslage. Das zu besprechende Werk stellt sicherlich eine der umfassendsten Darstellungen der Materie zur Verfügung und ist jedem Juristen seit dem Studium bestens bekannt. Ob für die juristische Hausarbeit, für eine wissenschaftliche Recherche oder zur Beantwortung einer nichtalltäglichen Frage im Alltags-

geschäft, der Münchener Kommentar zum BGB bietet jedem Anwender einen hohen Praxisnutzen und das Werkzeug an die Hand jedes Problem aus dem bürgerlichen Recht sicher zu lösen. Die Darstellung umfasst dabei nicht nur das Bürgerliche Gesetzbuch, auch die Nebengesetze wie das WEG das ErbbauRG und das BeurkG werden kommentiert. Schließlich wird auch das internationale Recht wie die europarechtlichen Verordnungen und das CISG

besprochen. Eine umfassende Würdigung des Werks ist an dieser Stelle kaum möglich. Daher sollen nachfolgend aus jedem Band Stellen erörtert werden, die für die notarielle Praxis von besonderer Bedeutung sind.

Im ersten Band, welches die §§ 1-240 BGB behandelt ist aus notarieller Sicht vor allem die Kommentierung des Vereinsrechts von Interesse. Hier beleuchtet *Leuschner* im Rahmen des § 71 BGB das Verfahren und die notwendigen Unterlagen für die Änderung der Satzung des Vereins. Es wird auch darauf eingegangen wer die Anmeldung der Satzungsänderung anmelden darf. Wurde mit der Änderung, wie häufig, auch ein Wechsel im Vorstand beschlossen, so kann der neue Vorstand die Anmeldung nur vornehmen, wenn er bereits im Amt ist (§ 71, Rn. 8).

Der zweite Band behandelt die §§ 241-310 BGB. Hier ist aus notarieller Sicht vor allem die Kommentierung der AGB-rechtlichen Vorschriften von großer Bedeutung. Da Bauträgerverträge in der Praxis allgemeine Geschäftsbedingungen darstellen, spielen Fragen in dieser Materie häufig eine wichtige Rolle. *Basedow* und *Wurmnest* geben hier einen umfassenden Überblick über alle relevanten Fragestellungen sowie anschauliche Beispiele aus der Praxis.

Im dritten Band, welcher die §§ 311-432 BGB umfasst ist vor allem auf die Kommentierung von *Ruhwinkel* zum § 311 b BGB hinzuweisen. Diese, bis zur siebten Auflage von *Kanzleiter* übernommene Kommentierung, ist für die notarielle Praxis von herausragender Bedeutung. Zu Recht wird die vom BGH vertretene Ansicht, dass Änderungen nach Erklärung der Auflassung nicht mehr dem Formerfordernis unterliegen, abgelehnt. Da die Auflassung heute, anders als früher, bereits im Kaufvertrag erklärt wird, und lediglich deren Vollzug bis zur Kaufpreiszahlung ausgesetzt wird ist der Erwerber auch nach Erklärung der Auflassung weiterhin schutzwürdig.

Der vierte Band widmet sich den §§ 433-534 BGB und behandelt unter anderem das für die notarielle Praxis sehr wichtige Schenkungsrecht. Gerade bei der Überlassung von Grundeigentum an die nächste Generation stellen sich oft Detailfragen, nicht nur aus dem Zivilrecht, sondern auch aus dem Steuer- und/oder Sozialrecht. Auch auf diese wird in der Kommentierung von *Koch* eingegangen. So findet sich in Rn. 33 zu § 528 BGB der Hinweis, dass im Fall von Bezug von Arbeitslosengeld II, der Anspruch gemäß § 33 SGB II ebenfalls auf den Träger der Leistung übergeleitet werden kann.

Im fünften Band (§§ 535-630h BGB) ist aus notarieller Sicht vor allem auf die Kommentierung des § 577 BGB hinzuweisen. Diese Vorschrift beschäftigt die Praxis und die Gerichte immer wieder, daher ist eine sichere Kenntnis der zugrundeliegenden Dogmatik unerlässlich. *Häublein* bietet hierzu eine umfassende Übersicht der relevanten Punkte unter Auswertung der einschlägigen Rechtsprechung.

Band 6 (§§ 631-704) behandelt vor allem das zum 01.01.2018 neu eingeführte Bauträgervertragsrecht. *Busche* bietet eine umfassende Übersicht der neuen Regelungen und sieht diese teilweise zu Recht auch kritisch. Gemäß § 650u Abs. 2 BGB ist nunmehr auch § 648a BGB nicht auf den Bauträgervertrag anwendbar. Somit ist für den Erwerber jede Kündigung, auch aus wichtigem Grund, ausgeschlossen. Dies ist unpraktikabel und wird von der überwiegenden Meinung zu Recht kritisiert.

Der siebte Band (§§ 705-853 BGB) beinhaltet unter anderem die Kommentierung des Rechts der BGB-Gesellschaft. Auch wenn dieses zum 01.01.2024 durch das MoPeG in vielen Punkten auf den Kopf gestellt wird, so ist die Kommentierung bis zum Inkrafttreten weiterhin relevant. So gibt *Schäfer* in den Rnn. 29 bis 53 des § 727 BGB einen umfassenden Überblick über Nachfolgeklauseln in der GbR. Diese spielen in der notariellen Praxis vor allem im Zusammenhang mit der Berichtigung des Grundbuchs nach dem Tod eines Gesellschafters eine große Rolle.

Der achte Band (§§ 854-1296 BGB) behandelt das Sachenrecht. Dieser Band ist für die notarielle Praxis unerlässlich und beinhaltet neben den Vorschriften des BGB auch eine Kommentierung des WEG aF. und des ErbbauRG. Zu Recht verweist *Ruhwinkel* in § 925 Rn. 15 darauf, dass nur ein deutscher Notar für die Erklärung der Auflassung zuständig sein kann um den Vollzug der Eigentumsumschreibung im Grundbuch zu Gewährleisten. Diese Ansicht wurde kürzlich wieder vom BGH bestätigt (Beschluss vom 13.02.2020, V ZB 3/16).

Durch das Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz – WEMoG wurde das WEG zum 01.12.2020 grundlegend reformiert. Um dem Bedürfnis der Praxis gerecht zu werden, wurde der MüKo Anfang 2021 um einen außerordentlichen Band 8a ergänzt welcher ausschließlich das neue WEG beinhaltet. Grundlegend verändert wurde unter anderem das Recht der Wohnungseigentümergeinschaft. Diese ist nunmehr rechtsfähig, und zwar ohne jegliche Einschränkung. Ferner wurde die Vertretung der Gesellschaft neu geregelt. Hierfür ist nun ausschließlich der Verwalter zuständig und zwar grundsätzlich umfassend, aber mit den in § 9a WEG nF geregelten Einschränkungen. *Burgmair* gibt in Kommentierung einen Überblick über die neue Rechtslage und beantwortet hierbei auch für die Praxis relevante Einzelfragen. So wird der Umfang der Vertretungsmacht des Verwalters detailliert dargestellt und vor allem auf den Vorbehalt in § 9b Abs. 1 Satz 1 WEG nF eingegangen. Richtigerweise gilt dieser beim praktisch wichtigen Fall des Grundstücksvertrages nur für den schuldrechtlichen Kaufvertrag, nicht aber für die dingliche Auflassung. Für die letztere gilt die allgemeine Vertretungsregelung ein Beschluss der Wohnungseigentümer ist daher nicht notwendig. Eine weitere Neuerung ist die Möglichkeit der Einräumung von Sondereigentum an Stellplätzen und Außengrundstücken. Letzteres ist nach § 3 Abs. 2 WEG nF nur möglich, wenn diese einer Sondereigentumseinheit zugeordnet sind, und diese dabei die Hauptsache bildet. In den Rnn. 50 ff. geht *Krafka* im Detail darauf ein wie mit dieser Einschränkung in der Praxis umzugehen ist, und definiert auch die Anforderungen an den Aufteilungsplan.

Die Bände 9 (§§ 1297-1588) und 10 (§§ 1589-1921) beinhalten das Familienrecht. Aus notarieller Sicht ist vor allem auf die Kommentierung von *Münch* zum § 1408 BGB hinzuweisen. Hier wird das Recht des Ehevertrages detailliert besprochen, und vor allem ein Überblick über die Entwicklung der obergerichtlichen Rechtsprechung gegeben. Wie die Entscheidung des LG Frankenthal vom 26.07.2021 (4 O 47/21, in diesem Heft, Seite 375) zeigt, ist die Kenntnis dieser Rechtsprechung für die notarielle Praxis von entscheidender Bedeutung. In der Praxis kommt ferner im Rahmen eines Adoptionsantrages häufig die Frage auf, ob der Anzunehmende seinen bisherigen Familiennamen behalten darf, oder den Namen des Anzunehmenden zwingend annehmen muss. Letzteres ist grundsätzlich der Fall, allerdings gibt es von der Rechtsprechung anerkannte Ausnahmen, welche von *Maurer* in § 1757

Rn. 72 ff. anschaulich und unter Hinweis auf die einschlägige Rechtsprechung dargestellt werden.

Band 11 behandelt das gesamte Erbrecht (§§ 1922-2385 BGB). Interessant ist hier vor allem die Kommentierung des § 2325 BGB von *Lange*. So stellt eine Zuwendung unter Ehegatten „die der Verwirklichung oder Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft dient und der als Geschäftsgrundlage die Erwartung oder Vorstellung zugrunde liegt, die eheliche Lebensgemeinschaft werde Bestand haben“ nach der Rechtsprechung des BGH keine Schenkung dar. Dennoch wird die unbenannte Zuwendung im Erbrecht wie eine Schenkung behandelt, wenn diese objektiv unentgeltlich ist. Wann dies im Einzelnen der Fall ist, wird in den Rnn. 24 ff. detailliert und kritisch dargelegt. Aus notarieller Sicht von besonderer Bedeutung: Die hälftige Zuwendung des Familienheims ist nicht entgeltlich und unterfällt daher grundsätzlich § 2325 BGB (Rn. 27).

Die Bände 12 und 13 widmen sich schließlich dem Internationalen Privatrecht. Hierbei beinhaltet Band 12 das in der notariellen

Praxis immer wichtiger werdende europäische Kollisionsrecht. Es werden unter anderem die Europäische Güterrechtsverordnung, die Europäische Erbrechtsverordnung und die relevanten Vorschriften des EGBGB kommentiert. Band 13 widmet sich sodann dem internationalen Wirtschaftsrecht, und behandelt das internationale Sachenrecht und das internationale Handels- und Gesellschaftsrecht. Letzteres ist vor allem vor dem Hintergrund des sogenannten Brexits relevant, als sich nunmehr die Frage stellt, wie die in Deutschland tätigen Limited einzuordnen sind (vgl. hierzu OLG München Urteil vom 05.08.2021, 29 U 2411/21 Kart in diesem Heft, Seite 397).

Wie die vorstehenden Beispiele zeigen, bietet der Münchner Kommentar eine umfassende Darstellung des nationalen und des internationalen Bürgerlichen Rechts welche in dieser Detailfülle auf dem Markt kaum ein zweites Mal vorhanden ist. Ob in Papierform oder im Rahmen eines Online-Moduls, die Anschaffung dieses Werks ist jedem Praktiker, und vor allem jedem Notar, ausdrücklich zu empfehlen.

Die Zwangsversteigerung von Immobilien als individuelles und kollektives Krisenphänomen sowie als Programm für die Krisenintervention.

Dissertation von *Prof. Dr. jur. Hanns Flik*, Dresden, zur Erlangung des Grades eines Doktors der Philosophie an der Philosophischen Fakultät der Technischen Universität Dresden.
2021, 506 Seiten, Selbstverlag.

Professor Walter Böhringer, Notar a. D., Heidenheim/Brenz

In seiner zweiten Dissertation befasst sich der ehemalige württembergische Bezirksnotar Flik mit dem sozialen Phänomen einer Krise zwischen Gläubiger und Schuldner. Das eigene Haus oder Wohnungseigentum kann für den Schuldner und derzeitigen Eigentümer zu den Statussymbolen zählen. Der Besitzumseffekt kann bewirken, dass der Eigentümer sich einem Notverkauf verschließt. Die Hergabe der Immobilie unterhalb des Einstandspreises, die Selbstüberschätzung der wirtschaftlichen Möglichkeiten eines Bieters oder die Verkenntung der mit einem Erwerb verbundenen Risiken, sind für den Verfasser Anlass, Zweifel am zweckrationalen Handeln der Parteien zu haben. In seiner Dissertation geht es dem Verfasser darum, aus Beobachtungen Schlüsse über Ursachen und Wirkungen abzuleiten. Vertiefend behandelt Flik deshalb die Fragen nach den mutmaßlichen Ursachen für die Zwangsversteigerung, nach der angeblichen Asymmetrie und so-

zialen Imparität der Parteienstruktur sowie nach der Notwendigkeit von Kompensationen durch Maßnahmen des Versteigerungsgerichts. Durch seine hervorragenden Kenntnisse zum notariellen Beurkundungsverfahren und zum Versteigerungsrecht kommt Flik in einem Teilbereich seiner Studie zu der Schlussfolgerung, dass die Einführung einer vereinfachten Veräußerung derzeit noch ein Gedankenexperiment bleibe. Flik greift auch die Frage zur Übertragung von Teilfunktionen der Zwangsversteigerung auf den Notar (vgl. den in Baden-Württemberg früher einmal geltenden Landesvorbehalt für Zwangsversteigerungskommissäre: Amtsnotare in Baden und die württ. Bezirksnotare) oder den Gerichtsvollzieher auf und lehnt dies ab. Auch in den anderen Teilen der umfassenden Studie zeigt der Verfasser auf, dass grundsätzlich kein dringlicher Handlungsbedarf des Gesetzgebers zur Änderung der Bestimmungen des Versteigerungsrechts besteht.

