

# BW NotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

# 1 | 2022

Februar 2022

## HERAUSGEBER

Württembergischer Notarverein e.V.

in Verbindung mit dem

Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A

70174 Stuttgart

## SCHRIFTLÉITUNG

Notarassessor Anton Gordon,

Ellwangen (Jagst)

ISSN-Nummer 1434-2979

[www.notare-wuerttemberg.de](http://www.notare-wuerttemberg.de)  
[www.badischer-notarverein.de](http://www.badischer-notarverein.de)

## ABHANDLUNGEN

Update: Das MoPeG wurde verabschiedet -

Im Blickpunkt: Die beschlossenen Änderungen im materiellen  
Personengesellschaftsrecht

von Annette Späth-Weinreich,

Dr. iur., Rechtsanwältin und Notarvertreterin, Stuttgart ..... 2

Grundstücksgeschäfte zur Geldbeschaffung fürs Alter

von Professor Walter Böhringer, Notar a. D., Heidenheim/Brenz ..... 13

## RECHTSPRECHUNG

### BERUFS- UND KOSTENRECHT

BGH (Senat für Notarsachen), Beschluss vom 15.11.2021 - NotZ(Brfg) 3/21

Zur Befreiung eines Notars von der Verschwiegenheitspflicht

durch die Aufsichtsbehörde ..... 17

OLG Köln (7. Zivilsenat), Beschluss vom 12.07.2021 - 7 U 139/20

mit Anmerkung Becker

Haftung des Notars bei unzutreffender Auskunft zu § 23 EstG ..... 21

### ERBRECHT

BGH (IV. Zivilsenat), Urteil vom 01.12.2021 - IV ZR 189/20

Notarielles Nachlassverzeichnis kann an Eides Statt versichert werden .... 24

### LIEGENSCHAFTS- UND GRUNDBUCHRECHT

BGH (V. Zivilsenat), Beschluss vom 21.10.2021 - V ZB 52/20

Unrichtiges Grundbuch bei Eintragung kapitalisierter Zinsen ..... 40

BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 12.11.2021 - V ZR 25/21

Nachbarwand oder Überbau? ..... 47

BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 12.11.2021 - V ZR 204/20

Untergemeinschaft „Tiefgarage“ in der WEG? ..... 51

Notar in München ([www.notar-thomas-wachter.de](http://www.notar-thomas-wachter.de)) sucht ab sofort

## **Notarfachangestellte (m/w/d) und Notarassistenten (m/w/d)**

### **Was dürfen Sie erwarten?**

- Abwechslungsreiche Tätigkeit im Grundstücks- und Gesellschaftsrecht
- Moderner Arbeitsplatz im bester Innenstadtlage
- Geregelte Arbeitszeiten ohne Überstunden
- Vielfältige Möglichkeiten der Fort- und Weiterbildung
- Sehr gute Bezahlung und attraktive Aufstiegsmöglichkeiten

### **Habe ich Ihr Interesse geweckt?**

Rufen Sie mich jederzeit gerne an oder schicken mir eine E-Mail.  
Ich melde mich dann gerne persönlich bei Ihnen.

Dr. Thomas Wachter  
Notar in München  
Theatinerstraße 38/III  
80333 München  
Telefon (0151) 12 72 79 91  
Email: [info@notar-thomas-wachter.de](mailto:info@notar-thomas-wachter.de)



Für meine Notarkanzlei im südlichen  
Stuttgarter Großraum suche ich einen

## **juristischen Mitarbeiter (m/w/d)**

in Teilzeit (bis zu 20 Wochenstunden bei  
flexibler Einteilung).

### **Ihre Aufgaben:**

- Vorbereitung von Urkunden
- Mandantenberatung
- Übernahme der Notarvertretung.

Ihre Bewerbung senden sie bitte an:  
Friedrichstraße 9A  
70174 Stuttgart  
Chiffre Nummer 0222

88. BAND

# BWNotZ

## AUSGABE 1|2022 INHALTSVERZEICHNIS

### HERAUSGEBER

Württembergischer Notarverein e.V.

in Verbindung mit dem

Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A, 70174 Stuttgart

### SCHRIFTLLEITUNG

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.

### HERSTELLUNG

Erich Schretzmann Siebdruck GmbH

siebdruck-schretzmann.de.

Huber Werbung, 73547 Lorch

www.huber-werbung-lorch.de

## ABHANDLUNGEN

Seite

Von Annette Späth-Weinreich, Dr. iur., Rechtsanwältin und Notarvertreterin, Stuttgart <b>Update: Das MoPeG wurde verabschiedet - Im Blickpunkt: Die beschlossenen Änderungen im materiellen Personengesellschaftsrecht</b> .....	2
Von Professor Walter Böhringer, Notar a. D., Heidenheim/Brenz <b>Grundstücksgeschäfte zur Geldbeschaffung fürs Alter</b> .....	13

## RECHTSPRECHUNG

### BERUFSRECHT

BGH (Senat für Notarsachen), Beschluss vom 15.11.2021 - NotZ(Brfg) 3/21 .....	17
BGH (V. Zivilsenat), Beschluss vom 09.12.2021 - V ZB 25/21 .....	19
OLG Köln (7. Zivilsenat), Beschluss vom 12.07.2021 - 7 U 139/20 mit Anmerkung Becker .....	21

### ERBRECHT

BGH (IV. Zivilsenat), Urteil vom 01.12.2021 - IV ZR 189/20 .....	24
KG (1. Zivilsenat), Beschluss vom 12.08.2021 - 1 W 305/21 .....	31
OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.02.2021 - 9 W 58/20 .....	33
OLG Rostock (3. Zivilsenat), Beschluss vom 13.07.2021 - 3 W 80/20 .....	37

### LIEGENSCHAFTS- UND GRUNDBUCHRECHT

BGH (V. Zivilsenat), Beschluss vom 21.10.2021 - V ZB 52/20 .....	40
BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 12.11.2021 - V ZR 25/21 .....	47
BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 12.11.2021 - V ZR 204/20 .....	51
BGH (V. Zivilsenat), Versäumnisurteil vom 01.10.2021 - V ZR 48/21 .....	56
OLG Bremen (3. Zivilsenat), Beschluss vom 29.11.2021 - 3 W 22/21 .....	57
OLG Karlsruhe, Beschl. v. 18.10.2021 - 19 W 72/21 (Wx) .....	60
OLG Frankfurt a. M. (20. Zivilsenat), Beschluss vom 07.01.2021 - 20 W 135/20 .....	63
OLG Köln, Beschl. v. 20.12.2021 - 2 Wx 314/21 .....	66

## BUCHBESPRECHUNGEN

1. Korintenberg, Gerichts- und Notarkostengesetz (GNotkG), 22. Auflage (Besprechung von Professor Walter Böhringer, Notar a. D., Heidenheim/Brenz) .....	68
2. Böttcher, Zwangsversteigerungsgesetz (ZVG), 7. Auflage (Besprechung von Professor Walter Böhringer, Notar a. D., Heidenheim/Brenz) .....	69
3. Eckhardt/Hermanns Kölner Handbuch des Gesellschaftsrechts, 4. Auflage (Besprechung von Notarassessor Dr. Sebastian Feige, Achern) .....	70
4. Hausmann/Odersky, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Auflage (Besprechung von Notarassessorin Dr. Julia Bochis, Lahr/Schwarzwald) .....	71
5. Müller-Engels/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira, Adoptionsrecht in der Praxis, 4. Auflage (Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M., Ellwangen (Jagst) .....	72
6. Hüffer/Koch, Aktiengesetz, 15. Auflage (Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M., Ellwangen (Jagst) .....	73
7. Grziwotz/Lüke/Saller, Praxishandbuch Nachbarrecht, 3. Auflage (Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M., Ellwangen (Jagst) .....	73

# ABHANDLUNGEN

## **Update: Das MoPeG wurde verabschiedet – Im Blickpunkt: Die beschlossenen Änderungen im materiellen Personengesellschaftsrecht**

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

### ▶ I. Einleitung

Es ist vollbracht:

In seiner Sitzung am 24. Juni 2021 hat der Bundestag das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG) einstimmig verabschiedet. Der Bundesrat hat in seiner Sitzung am 25. Juni 2021 keinen Einspruch erhoben und das MoPeG gebilligt. Das Gesetz wurde am 10. August 2021 ausgefertigt und am 17. August 2021 im Bundesgesetzblatt verkündet.<sup>1</sup>

Damit ist die größte Reform des Personengesellschaftsrechts seit über hundert Jahren in die Wege geleitet. Der Zeitpunkt des Inkrafttretens des MoPeG wurde mit Verabschiedung des Gesetzes allerdings um ein Jahr verschoben, nämlich auf den 1. Januar 2024. Diese Verschiebung erfolgte mit Rücksicht auf die Länder, die im Jahr 2022 bereits mit der Umsetzung des DiRUG technische und organisatorische Änderungen bei den Handelsregistern vorzunehmen haben. Das spätere Inkrafttreten des MoPeG soll sicherstellen, dass die Länder hinreichend Zeit für die Planung und die erforderlichen Ressourcen für die Einrichtung des neu geschaffenen Gesellschaftsregisters haben.

### ▶ II. Änderungen beim Registerrecht im Vergleich zum Regierungsentwurf

Im ersten Beitrag zur Reform des Personengesellschaftsrechts durch das MoPeG<sup>2</sup> wurden die geplanten Änderungen im Registerrecht auf der Basis des Gesetzentwurfes der Bundesregierung ausführlich vorgestellt. Im Vergleich

zum Regierungsentwurf wurden bei Verabschiedung des MoPeG nur wenige inhaltliche Modifizierungen vorgenommen.

Im Registerrecht selbst wurde dabei nur der im ersten Beitrag bereits besprochene Änderungsvorschlag des Bundesrates umgesetzt, dass im GmbHG-Einführungsgesetz die Verpflichtung zur Änderung der Gesellschafterliste auch auf Veränderungen des Gesellschafterbestandes einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die Anteile an einer GmbH hält, ausgeweitet wird.

Da eine GbR künftig nur in die Gesellschafterliste eingetragen werden kann und Veränderungen an ihrer Eintragung nur vorgenommen werden können, wenn sie zuvor im Gesellschaftsregister eingetragen ist, löst diese Erweiterung der Pflicht zur Einreichung einer neuen Gesellschafterliste die Eintragungspflicht der GbR im neuen Gesellschaftsregister aus. So können Transparenzlücken im Rahmen der Beteiligung einer GbR an einer GmbH vermieden werden.

### ▶ III. Zu den wichtigsten materiellrechtlichen Neuregelungen bei der GbR

#### 1. Vorbemerkung

Zwar dauert es noch fast zwei Jahre, bis die verabschiedeten neuen Regelungen des MoPeG am 1. Januar 2024 in Kraft treten werden. Trotz oder gerade wegen dieses Zeithorizonts sollen in diesem Beitrag nun auch die wichtigsten materiellrechtlichen Neuerungen vorgestellt werden, die das MoPeG für die GbR einführt. Hiermit soll ein erster Überblick verschafft werden, welche gesetzlichen Neuregelungen am 1. Januar 2024 in Kraft treten werden, damit die Beratungs- und Gestaltungspraxis perspektivisch angepasst werden kann.

<sup>1</sup> Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil I Nr. 53, S. 3436.

<sup>2</sup> Späth-Weinreich, Zur Reform des Personengesellschaftsrechts durch das MoPeG – Im Blickpunkt: Die geplanten Änderungen im Registerrecht, BWNotZ 2021, 90.

Die gesetzlichen Neuregelungen zur GbR in §§ 705 ff. BGB n.F. sind in drei Untertitel gegliedert („Untertitel 1 Allgemeine Bestimmungen“, „Untertitel 2 Rechtsfähige Gesellschaft“ und „Untertitel 3 Nicht rechtsfähige Gesellschaft“), wobei der Regelungsschwerpunkt bei der rechtsfähigen Gesellschaft (§ 706 BGB n.F. bis § 739 BGB n.F.) liegt. Die Regelungen zur nicht rechtsfähigen Gesellschaft (§ 740 BGB n.F. bis § 740c BGB n.F.) beschränken sich hingegen im Wesentlichen auf die Festlegung der auf sie anwendbaren Vorschriften.

Die Gliederung der gesetzlichen Neuregelungen stellt sich im Einzelnen wie folgt dar:

- Untertitel 1 – Allgemeine Bestimmungen (§ 705 BGB n.F.)
- Untertitel 2 – Rechtsfähige Gesellschaft (§§ 706 bis 739 BGB n.F.)
  - Kapitel 1 – Sitz, Registrierung (§§ 706 bis 707d BGB n.F.)
  - Kapitel 2 – Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander und der Gesellschafter zur Gesellschaft (§§ 708 bis 718 BGB n.F.)
  - Kapitel 3 – Rechtsverhältnis der Gesellschaft zu Dritten (§§ 719 bis 722 BGB n.F.)
  - Kapitel 4 – Ausscheiden eines Gesellschafters (§§ 723 bis 728b BGB n.F.)
  - Kapitel 5 – Auflösung der Gesellschaft (§§ 729 bis 734 BGB n.F.)
  - Kapitel 6 – Liquidation der Gesellschaft (§§ 735 bis 739 BGB n.F.)
- Untertitel 3 – Nicht rechtsfähige Gesellschaft (§§ 740 bis 740c BGB n.F.)

Nach wie vor gilt dabei der zentrale Grundsatz der Gestaltungsfreiheit von Gesellschaftsverträgen, welcher nun auch kodifiziert ist: § 708 BGB n.F. regelt ausdrücklich, dass von den Vorschriften des Kapitels 2 (§§ 708 bis 718 BGB n.F.) zum Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander und der Gesellschafter zur Gesellschaft durch den Gesellschaftsvertrag abgewichen werden kann, soweit im Gesetz nichts anderes bestimmt ist.

In diesem Beitrag werden deshalb – sofern nicht ausdrücklich auf die nicht rechtsfähige Gesellschaft verwiesen wird – die wichtigsten Neuregelungen für die rechtsfähige Gesellschaft vorgestellt. Zum Zwecke der Übersichtlichkeit werden diese Neuregelungen dabei thematisch zusammengefasst und gebündelt vorgestellt, jeweils unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung im Regierungsentwurf.

## 2. Zur Rechtsfähigkeit und Entstehung der Gesellschaft

### a) Wortlaut von §§ 705, 719 BGB n.F.

#### § 705

##### **Rechtsnatur der Gesellschaft**

(1) *Die Gesellschaft wird durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrags errichtet, in dem sich die Gesellschafter verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern.*

(2) *Die Gesellschaft kann entweder selbst Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, wenn sie nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll (rechtsfähige Gesellschaft), oder sie kann den Gesellschaftern zur Ausgestaltung ihres Rechtsverhältnisses untereinander dienen (nicht rechtsfähige Gesellschaft).*

(3) *Ist der Gegenstand der Gesellschaft der Betrieb eines Unternehmens unter gemeinschaftlichem Namen, so wird vermutet, dass die Gesellschaft nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt.*

#### § 719

##### **Entstehung der Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten**

(1) *Im Verhältnis zu Dritten entsteht die Gesellschaft, sobald sie mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt, spätestens aber mit ihrer Eintragung im Gesellschaftsregister.*

(2) *Eine Vereinbarung, dass die Gesellschaft erst zu einem späteren Zeitpunkt entstehen soll, ist Dritten gegenüber unwirksam.*

### b) Zum Inhalt der Neuregelungen<sup>3</sup>

Rechtsfähige und nicht rechtsfähige Gesellschaft bilden künftig die beiden, sich gegenseitig ausschließenden Rechtsformvarianten einer GbR. Maßgeblich für die Abgrenzung zwischen rechtsfähiger und nicht rechtsfähiger Gesellschaft ist, ob die Gesellschaft nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll (§ 705 Abs. 2 BGB n.F.).

Der Sicherheit des Rechtsverkehrs dienen soll die gesetzliche Vermutungsregel in § 705 Abs. 3 BGB n.F. zugunsten einer rechtsfähigen Gesellschaft, wenn der Gegenstand der Gesellschaft der Betrieb eines Unternehmens unter gemeinschaftlichem Namen ist.

<sup>3</sup> S. Begründung des Gesetzesentwurfs, BR-Drucksache 59/21 v. 22.01.2021 und BT-Drucksache 19/27635 v. 17.03.2021.

Die rechtsfähige GbR kann selbst Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen. Sie gehört damit wie die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft und die Partnerschaftsgesellschaft zu den rechtsfähigen Personengesellschaften im Sinne von § 14 Abs. 2 BGB.

Als Rechtssubjekt entsteht die rechtsfähige GbR im Verhältnis zu den Gesellschaftern bereits mit dem wirksamen Abschluss des Gesellschaftsvertrags, wenn sie nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll. Im Verhältnis zu Dritten entsteht die GbR gemäß § 719 BGB n.F. allerdings erst ab dem Zeitpunkt, in dem die Gesellschaft mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt. Die Eintragung der GbR im Gesellschaftsregister steht dabei dem gemeinsamen Willen zur Teilnahme am Rechtsverkehr gleich.

### 3. Zur Sitzwahlfreiheit

#### a) Wortlaut von § 706 BGB n.F.

**§ 706**  
**Sitz der Gesellschaft**

*Sitz der Gesellschaft ist der Ort, an dem deren Geschäfte tatsächlich geführt werden (Verwaltungssitz). Ist die Gesellschaft im Gesellschaftsregister eingetragen und haben die Gesellschafter einen Ort im Inland als Sitz vereinbart (Vertragssitz), so ist abweichend von Satz 1 dieser Ort Sitz der Gesellschaft.*

#### b) Zum Inhalt der Neuregelung<sup>4</sup>

Nach der aktuell geltenden Rechtslage ist der Sitz einer Personengesellschaft ungeachtet der Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag immer dort zu verorten, wo sich die faktische Geschäftsleitung befindet.<sup>5</sup> Eine freie Wahl des Vertragssitzes (unabhängig vom tatsächlichen Verwaltungssitz) ist also derzeit noch ausgeschlossen – anders als beispielsweise bei einer GmbH, bei welcher der Satzungssitz im Inland frei und unabhängig vom Verwaltungssitz gewählt werden kann, § 4a GmbHG.

§ 706 BGB n.F. ermöglicht unter bestimmten Voraussetzungen die Trennung des Verwaltungssitzes vom Vertragssitz, und zwar unabhängig davon, ob die Gesellschaft ihren Verwaltungssitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem Drittstaat hat. Die Gesellschafter können also einen auch

---

<sup>4</sup> S. Begründung des Gesetzesentwurfs, BR-Drucksache 59/21 v. 22.01.2021 und BT-Drucksache 19/27635 v. 17.03.2021.

<sup>5</sup> S. OLG Schleswig, Beschluss vom 14.11.2011 – 2 W 48/11, NZG 2012, 775; Langhein, in: MünchKomm-HGB, 4. Auflage 2016, § 106 Rn. 26.

nach außen hin verbindlichen Vertragssitz vereinbaren, der vom Verwaltungssitz abweichen kann. Als Verwaltungssitz wird dabei der Ort verstanden, an dem die Verwaltung tatsächlich geführt wird. Das Sitzwahlrecht unterliegt allerdings zwei Beschränkungen: Zum einen gilt es nur für den Fall, dass die GbR im Gesellschaftsregister eingetragen ist. Zum anderen muss der gewählte Vertragssitz – der Wertung des § 4a GmbHG folgend – zwingend im Inland liegen.

Über § 105 Abs. 2 HGB n.F., § 161 Abs. 2 HGB n.F. und § 1 Abs. 4 PartGG n.F. wird diese Neuregelung auch bei den übrigen Personengesellschaften Anwendung finden.

Die neu eingeführte Sitzwahlfreiheit für registrierte Personengesellschaften ermöglicht es deutschen Personengesellschaften, künftig sämtliche Geschäftstätigkeit außerhalb des deutschen Hoheitsgebietes zu entfalten, ohne auf eine deutsche Rechtsform verzichten zu müssen.

### 4. Zum Gesellschaftsvermögen

#### a) Wortlaut von §§ 713, 740 BGB n.F.

**§ 713**  
**Gesellschaftsvermögen**

*Die Beiträge der Gesellschafter sowie die für oder durch die Gesellschaft erworbenen Rechte und die gegen sie begründeten Verbindlichkeiten sind Vermögen der Gesellschaft.*

**740**  
**Fehlende Vermögensfähigkeit;  
anwendbare Vorschriften**

*(1) Eine nicht rechtsfähige Gesellschaft hat kein Vermögen.*

#### b) Zum Inhalt der Neuregelung<sup>6</sup>

Die für die rechtsfähige Gesellschaft erworbenen Rechte und die gegen sie begründeten Verbindlichkeiten gehören zum Vermögen der Gesellschaft (§ 713 BGB n.F.). Träger des Vermögens ist die GbR selbst und nicht mehr die Gesellschafter in gesamthänderischer Verbundenheit.

Die nicht rechtsfähige GbR verfügt hingegen über kein Vermögen (§ 740 Abs. 1 BGB n.F.). Dies schließt auch ein gesamthänderisch gebundenes Vermögen der Gesellschafter aus. Damit hat das Gesamthandsprinzip jedenfalls auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts ausgedient.

---

<sup>6</sup> S. Begründung des Gesetzesentwurfs, BR-Drucksache 59/21 v. 22.01.2021 und BT-Drucksache 19/27635 v. 17.03.2021.

## 5. Zur Geschäftsführung und Vertretung

### a) Wortlaut von §§ 715, 720 BGB n.F.

#### § 715

##### **Geschäftsführungsbefugnis**

- (1) Zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft sind alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet.
- (2) Die Befugnis zur Geschäftsführung erstreckt sich auf alle Geschäfte, die die Teilnahme der Gesellschaft am Rechtsverkehr gewöhnlich mit sich bringt. Zur Vornahme von Geschäften, die darüber hinausgehen, ist ein Beschluss aller Gesellschafter erforderlich.
- (3) Die Geschäftsführung steht allen Gesellschaftern in der Art zu, dass sie nur gemeinsam zu handeln berechtigt sind, es sei denn, dass mit dem Aufschub eines Geschäfts Gefahr für die Gesellschaft oder das Gesellschaftsvermögen verbunden ist. Dies gilt im Zweifel entsprechend, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführung mehreren Gesellschaftern zusteht.
- (4) Steht nach dem Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführung allen oder mehreren Gesellschaftern in der Art zu, dass jeder allein zu handeln berechtigt ist, kann jeder andere geschäftsführungsbefugte Gesellschafter der Vornahme des Geschäfts widersprechen. Im Fall des Widerspruchs muss das Geschäft unterbleiben.
- (5) Die Befugnis zur Geschäftsführung kann einem Gesellschafter durch Beschluss der anderen Gesellschafter ganz oder teilweise entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein wichtiger Grund ist insbesondere eine grobe Pflichtverletzung des Gesellschafters oder die Unfähigkeit des Gesellschafters zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung.
- (6) Der Gesellschafter kann seinerseits die Geschäftsführung ganz oder teilweise kündigen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. § 671 Abs. 2 und 3 ist entsprechend anzuwenden.

#### § 720

##### **Vertretung der Gesellschaft**

- (1) Zur Vertretung der Gesellschaft sind alle Gesellschafter gemeinsam befugt, es sei denn, der Gesellschaftsvertrag bestimmt etwas anderes.
- (2) Die zur Gesamtvertretung nach Abs. 1 befugten Gesellschafter können einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen.
- (3) Die Vertretungsbefugnis der Gesellschafter erstreckt sich auf alle Geschäfte der Gesellschaft. Eine Beschränkung des Umfangs der Vertretungsbefugnis ist Dritten gegenüber unwirksam. Dies gilt insbesondere

*für die Beschränkung, dass sich die Vertretung nur auf bestimmte Geschäfte oder Arten von Geschäften erstreckt oder dass sie nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden soll.*

- (4) Die Vertretungsbefugnis kann einem Gesellschafter in entsprechender Anwendung von § 715 Abs. 5 ganz oder teilweise entzogen werden.
- (5) Ist der Gesellschaft gegenüber eine Willenserklärung abzugeben, genügt die Abgabe gegenüber einem vertretungsbefugten Gesellschafter.

### b) Zum Inhalt der Neuregelungen<sup>7</sup>

§ 715 BGB n.F. fasst den auf die aktuellen §§ 709 bis 712 BGB verteilten Normenbestand unter der Bezeichnung „Geschäftsführungsbefugnis“ zusammen. Geschäftsführung ist dabei jede zur Förderung des Gesellschaftszwecks ausgeübte Tätigkeit, mit Ausnahme solcher Maßnahmen, die die Grundlagen der Gesellschaft betreffen. Dem Recht auf Geschäftsführung entspricht eine gegenüber der Gesellschaft und den anderen Gesellschaftern bestehende Pflicht, an der Führung der Geschäfte mitzuwirken.

§ 715 Abs. 3 Satz 1 BGB n.F. sieht im Innenverhältnis als gesetzlichen Regelfall die Gesamtgeschäftsführungsbefugnis vor. Das Recht der GbR unterscheidet sich insoweit von dem der offenen Handelsgesellschaft, bei der § 116 Abs. 3 HGB n.F. als gesetzlichen Regelfall die Einzelgeschäftsführungsbefugnis vorsieht.

Die Gesellschafter können im Gesellschaftsvertrag etwas anderes regeln, beispielsweise, dass alle oder mehrere Gesellschafter in der Art geschäftsführungsbefugt sind, dass jeder allein zu handeln berechtigt ist. Dann kann gemäß § 715 Abs. 4 BGB n.F. jeder andere geschäftsführungsbefugte Gesellschafter der Vornahme eines Geschäfts im Innenverhältnis widersprechen.

715 Abs. 5 BGB n.F. sieht vor, dass einem Gesellschafter die Befugnis zur Geschäftsführung durch Beschluss der anderen Gesellschafter aus wichtigem Grund entzogen werden kann, und zwar ganz oder teilweise und auch unabhängig davon, ob sie ihm durch den Gesellschaftsvertrag übertragen wurde oder nicht.

§ 720 BGB n.F. regelt die organschaftliche Vertretung der GbR im Außenverhältnis. Dabei sieht § 720 Abs. 1 BGB n.F. als gesetzlichen Regelfall die Gesamtvertretungsbe-

<sup>7</sup> S. Begründung des Gesetzesentwurfs, BR-Drucksache 59/21 v. 22.01.2021 und BT-Drucksache 19/27635 v. 17.03.2021.

fugnis aller Gesellschafter gemeinsam vor. Das Recht der GbR unterscheidet sich auch diesbezüglich von dem der offenen Handelsgesellschaft, bei der § 124 Abs. 1 HGB n.F. als gesetzlichen Regelfall die Einzelvertretungsbefugnis vorsieht.

Die Gesellschafter können im Gesellschaftsvertrag etwas anderes, z.B. Einzelvertretungsbefugnis vereinbaren. Außerdem besteht gemäß § 720 Abs. 2 BGB n.F. die Möglichkeit einer – nicht in das Gesellschaftsregister einzutragenden – Gesamtvertreterermächtigung, bei der der ermächtigte Gesamtvertreter zur Ausübung der dem ermächtigenden Gesamtvertreter zustehenden organschaftlichen Vertretungsmacht für bestimmte Geschäfte oder bestimmte Arten von Geschäften berechtigt ist.

Bei einer im Gesellschaftsregister eingetragenen GbR ist gemäß § 707 Abs. 1 Nr. 3 BGB n.F. die Eintragung der Vertretungsbefugnis der Gesellschafter erforderlich. Dies ermöglicht es dem Rechtsverkehr, die ordnungsgemäße Vertretung der Gesellschaft mit Publizitätswirkung aus dem Gesellschaftsregister abzulesen. Eine im Gesellschaftsregister eingetragene Einzelvertretungsbefugnis genießt Registerpublizität, wohingegen die Gesellschafter einer nicht eingetragenen GbR ihre Einzelvertretungsbefugnis weiterhin nachweisen müssen, zum Beispiel durch Vorlage einer Vollmachtsurkunde.

## 6. Zur Haftung und Nachhaftung der Gesellschafter

### a) Wortlaut von §§ 721, 721a, 728b BGB n.F.

#### § 721

##### **Persönliche Haftung der Gesellschafter**

*Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner persönlich. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.*

#### § 721a

##### **Haftung des eintretenden Gesellschafters**

*Wer in eine bestehende Gesellschaft eintritt, haftet gleich den anderen Gesellschaftern nach Maßgabe der §§ 721 und 721b für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.*

#### § 728b

##### **Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters**

*(1) Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so haftet er für deren bis dahin begründete Verbind-*

*lichkeiten, wenn sie vor Ablauf von fünf Jahren nach seinem Ausscheiden fällig sind und*

- 1. daraus Ansprüche gegen ihn in einer in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 bezeichneten Art festgestellt sind oder*
- 2. eine gerichtliche oder behördliche Vollstreckungshandlung vorgenommen oder beantragt wird; bei öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeiten genügt der Erlass eines Verwaltungsakts.*

*Ist die Verbindlichkeit auf Schadensersatz gerichtet, haftet der ausgeschiedene Gesellschafter nach Satz 1 nur, wenn auch die zum Schadensersatz führende Verletzung vertraglicher oder gesetzlicher Pflichten vor dem Ausscheiden des Gesellschafters eingetreten ist. Die Frist beginnt, sobald der Gläubiger von dem Ausscheiden des Gesellschafters Kenntnis erlangt hat oder das Ausscheiden des Gesellschafters im Gesellschaftsregister eingetragen worden ist. Die §§ 204, 206, 210, 211 und 212 Abs. 2 und 3 sind entsprechend anzuwenden.*

- (2) Einer Feststellung in einer in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 bezeichneten Art bedarf es nicht, soweit der Gesellschafter den Anspruch schriftlich anerkannt hat.*

### b) Zum Inhalt der Neuregelungen<sup>8</sup>

Die Neuregelungen der §§ 721 ff BGB n.F. zur persönlichen Haftung der Gesellschafter sind den geltenden Haftungsregelungen in §§ 128 ff. HGB nachgebildet.

§ 721 Satz 1 BGB n.F. sieht die persönliche gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten vor. Dabei haben gemäß § 721 Satz 2 BGB n.F. haftungsbeschränkende Vereinbarungen unter den Gesellschaftern keine Wirkung gegenüber einem Gesellschaftsgläubiger – selbst dann, wenn dieser von der Vereinbarung weiß. Das schließt allerdings nicht aus, von Seiten der Gesellschaft oder des einzelnen Gesellschafters mit dem Gesellschaftsgläubiger eine Haftungsbeschränkung zu vereinbaren.

Die Haftung der Gesellschafter ist akzessorischer Natur, das heißt sie ist hinsichtlich der Entstehung, des Inhalts, der Durchsetzung und des Fortbestands von der Gesellschaftsverbindlichkeit abhängig. Daraus folgt, dass die Gesellschafterhaftung weder gegenständlich noch summenmäßig begrenzt ist. Deshalb stehen dem von einem Gesellschaftsgläubiger wegen einer Gesellschaftsverbindlichkeit in Anspruch genommenen unbeschränkt persönlich haftenden Gesellschafter gemäß § 721b Abs. 1

<sup>8</sup> S. Begründung des Gesetzesentwurfs, BR-Drucksache 59/21 v. 22.01.2021 und BT-Drucksache 19/27635 v. 17.03.2021.

BGB n.F. alle Einwendungen und Einreden zu, die die Gesellschaft noch erheben kann.

Die Gesellschafter haften dem Gesellschaftsgläubiger als Gesamt- und nicht etwa als Teilschuldner. Der Gesellschaftsgläubiger kann daher nach § 421 BGB grundsätzlich jeden Gesellschafter nach seiner Wahl auf die Begleichung der Gesellschaftsverbindlichkeit in voller Höhe in Anspruch nehmen und braucht sich nicht um die interne Lastenverteilung zu kümmern.

Nach § 721a BGB n.F. haftet auch der in eine Gesellschaft eintretende Gesellschafter für die zu diesem Zeitpunkt bereits begründeten Gesellschaftsverbindlichkeiten unbeschränkt persönlich.

Die Regelung in § 728b BGB n.F. zur Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters übernimmt im Wesentlichen den geltenden § 736 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 160 HGB. Die Vorschrift zielt darauf ab, den ausgeschiedenen Gesellschafter einer GbR nach Ablauf von fünf Jahren gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger von der Inanspruchnahme für solche Gesellschaftsverbindlichkeiten freizustellen, die bis zum Zeitpunkt seines Ausscheidens begründet wurden. Fristbeginn ist bei der nicht eingetragene GbR der Zeitpunkt, zu dem der Gläubiger von dem Ausscheiden des Gesellschafters Kenntnis erlangt hat. Für die eingetragene GbR ist hingegen grundsätzlich auf den Tag abzustellen, an dem das Ausscheiden des Gesellschafters in das Gesellschaftsregister eingetragen worden ist, es sei denn, der jeweilige Gläubiger hat schon davor Kenntnis vom Ausscheiden des Gesellschafters erlangt.

## 7. Zur Übertragung von Gesellschaftsanteilen und von Gesellschafterrechten

### a) Wortlaut von § 711, 711a BGB n.F.

#### § 711

##### **Übertragung und Übergang von Gesellschaftsanteilen**

- (1) Die Übertragung eines Gesellschaftsanteils bedarf der Zustimmung der anderen Gesellschafter. Die Gesellschaft kann eigene Anteile nicht erwerben.
- (2) Ist im Gesellschaftsvertrag vereinbart, dass im Fall des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit seinem Erben fortgesetzt werden soll, geht der Anteil auf den Erben über. Sind mehrere Erben vorhanden, fällt der Gesellschaftsanteil kraft Gesetzes jedem Erben entsprechend der Erbquote zu. Die Vorschriften über die Erbengemeinschaft finden insoweit keine Anwendung.

#### § 711a

##### **Eingeschränkte Übertragbarkeit von Gesellschafterrechten**

*Die Rechte der Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis sind nicht übertragbar. Hiervon ausgenommen sind Ansprüche, die einem Gesellschafter aus seiner Geschäftsbesorgung für die Gesellschaft zustehen, soweit deren Befriedigung außerhalb der Liquidation verlangt werden kann, sowie Ansprüche eines Gesellschafters auf einen Gewinnanteil oder auf dasjenige, was ihm im Fall der Liquidation zukommt.*

### b) Zum Inhalt der Neuregelungen<sup>9</sup>

§ 711 BGB n.F. regelt – in Abgrenzung zur eingeschränkten Übertragbarkeit von Rechten aus dem Gesellschaftsanteil – die Übertragbarkeit des Gesellschaftsanteils als solchen, wobei regelungstechnisch zwischen Übertragung unter Lebenden (Abs. 1) und Übergang von Todes wegen (Abs. 2) unterschieden wird.

Voraussetzung für die Übertragung eines Gesellschaftsanteils unter Lebenden ist die Zustimmung der übrigen Gesellschafter zum Verfügungsgeschäft zwischen Veräußerer und Erwerber. Die Zustimmung kann antizipiert im Gesellschaftsvertrag erteilt sein oder ad hoc als Einwilligung oder Genehmigung erklärt werden. Gemäß § 711 Abs. 1 Satz 2 BGB n.F. ist die Übertragung eigener Anteile an die GbR unzulässig.

Die Gesellschafter können gemäß § 711 Abs. 2 Satz 1 BGB n.F. im Gesellschaftsvertrag vereinbaren, dass die Gesellschaft bei Tod eines Gesellschafters mit dessen Erben fortgesetzt werden soll. Die Gestaltungspraxis, den erbrechtlichen Übergang des Gesellschaftsanteils durch eine qualifizierte Nachfolgeklausel nur für bestimmte Personen als Erben zulassen, bleibt hiervon unberührt. Das gilt gleichermaßen für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Testamentsvollstreckung an einem Anteil des unbeschränkt haftenden Gesellschafters zulässig ist.

Mit dem Tod des Erblassers treten der oder die Erben unmittelbar kraft erbrechtlicher Nachfolge an die Stelle des verstorbenen Gesellschafters. Diesbezüglich stellt § 711 Abs. 2 Satz 2 BGB n.F. klar, dass (in Übereinstimmung mit der geltenden Rechtslage) die Gesellschafterstellung nicht auf die Erbengemeinschaft, sondern auf die Erben persönlich übergeht. Insoweit wird der erbrechtliche Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge durch

<sup>9</sup> S. Begründung des Gesetzesentwurfs, BR-Drucksache 59/21 v. 22.01.2021 und BT-Drucksache 19/27635 v. 17.03.2021.

die Erbengemeinschaft durchbrochen und es kommt zur Sondererfolge der einzelnen Miterben entsprechend ihrer Erbquote.

Zu unterscheiden von der Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen ist die isolierte Übertragung von aus der Mitgliedschaft resultierenden Rechten der Gesellschafter. Dazu übernimmt § 711a BGB n.F. im Wesentlichen die Regelungen des § 717 BGB. Grundsätzlich sind mitgliedschaftsgebundene Recht nicht übertragbar, mit Ausnahme bestimmter Vermögensrechte der Gesellschafter.

## 8. Zum Ausscheiden und Eintritt von Gesellschaftern

### a) Wortlaut von §§ 712, 712a, 728 BGB n.F.

#### § 712

##### **Ausscheiden eines Gesellschafters; Eintritt eines neuen Gesellschafters**

- (1) *Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so wächst sein Anteil an der Gesellschaft den übrigen Gesellschaftern im Zweifel im Verhältnis ihrer Anteile zu.*
- (2) *Tritt ein neuer Gesellschafter in die Gesellschaft ein, so mindern sich die Anteile der anderen Gesellschafter an der Gesellschaft im Zweifel im Umfang des dem neuen Gesellschafter zuwachsenden Anteils und in dem Verhältnis ihrer bisherigen Anteile.*

#### § 712a

##### **Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters**

- (1) *Verbleibt nur noch ein Gesellschafter, so erlischt die Gesellschaft ohne Liquidation. Das Gesellschaftsvermögen geht zum Zeitpunkt des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den verbleibenden Gesellschafter über.*
- (2) *In Bezug auf die Rechte und Pflichten des vorletzten Gesellschafters sind anlässlich seines Ausscheidens die §§ 728 bis § 728b entsprechend anzuwenden.*

#### § 728

##### **Ansprüche des ausgeschiedenen Gesellschafters**

- (1) *Sofern im Gesellschaftsvertrag nichts anderes vereinbart ist, ist die Gesellschaft verpflichtet, den ausgeschiedenen Gesellschafter von der Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu befreien und ihm eine dem Wert seines Anteils angemessene Abfindung zu zahlen. Sind Verbindlichkeiten der Gesellschaft noch nicht fällig, kann die Gesellschaft dem Ausgeschiedenen Sicherheit leisten, statt ihn von der Haftung nach § 721 zu befreien.*

- (2) *Der Wert des Gesellschaftsanteils ist, soweit erforderlich, im Wege der Schätzung zu ermitteln.*

### b) Zum Inhalt der Neuregelungen<sup>10</sup>

§ 712 BGB n.F. regelt, wie sich das Ausscheiden eines Gesellschafters und der Eintritt eines neuen Gesellschafters auf die Beteiligungsverhältnisse an der Gesellschaft auswirken.

§ 712 Abs. 1 BGB n.F. übernimmt dabei im Wesentlichen den geltenden § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB. Wenn ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheiden, kommt es zur Anwachsung. Der Anteil des ausgeschiedenen Gesellschafters an der Gesellschaft wird dabei nicht eingezogen, sondern geht kraft Gesetzes auf die verbleibenden Gesellschafter über, ohne dass es hierzu einer rechtsgeschäftlichen Verfügung bedarf.

§ 712 Abs. 2 BGB n.F. behandelt nun ausdrücklich die in § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB implizit mitgeregelte Abwachsung für den Fall, dass ein neuer Gesellschafter durch Aufnahmevertrag eintritt.

§ 712a BGB n.F. kodifiziert das geltende Recht zum Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters. Abs. 1 ordnet für diesen Fall zwei Rechtsfolgen an. Zum einen erlischt die Gesellschaft ohne Abwicklung (Satz 1). Zum anderen geht das Gesellschaftsvermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den verbleibenden Gesellschafter über (Satz 2).

§ 728 Abs. 1 BGB n.F. räumt dem ausgeschiedenen Gesellschafter gegen die Gesellschaft einen Abfindungsanspruch ein, für den gemäß § 721 BGB n.F. auch die übrigen Gesellschafter unbeschränkt persönlich haften. Ferner steht dem ausgeschiedenen Gesellschafter gegen die Gesellschaft ein Anspruch auf Befreiung von der persönlichen Haftung für fällige Gesellschaftsverbindlichkeiten zu. Die Ansprüche entstehen im Zeitpunkt des Ausscheidens. Sie stehen grundsätzlich zur Disposition der Gesellschafter, die im Gesellschaftsvertrag anderweitige Regelungen treffen können.

Der Abfindungsanspruch muss zum Schutz des ausgeschiedenen Gesellschafters angemessen sein; er soll ein vollwertiges Äquivalent sein für den durch das Ausscheiden aus der Gesellschaft bedingten Verlust der Mitgliedschaft. Zu ermitteln ist daher der Wert des Gesellschaftsanteils, der sich im Regelfall indirekt aus dem Unternehmenswert

---

10 S. Begründung des Gesetzesentwurfs, BR-Drucksache 59/21 v. 22.01.2021 und BT-Drucksache 19/27635 v. 17.03.2021.

ableitet. Eine bestimmte Bewertungsmethode ist dabei nicht vorgegeben.

## 9. Zu den Ausscheidensgründen

### a) Wortlaut von § 723 BGB n.F.

#### § 723

#### **Gründe für das Ausscheiden; Zeitpunkt des Ausscheidens**

(1) *Folgende Gründe führen zum Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft, sofern der Gesellschaftsvertrag für diese Fälle nicht die Auflösung der Gesellschaft vorsieht:*

1. *Tod des Gesellschafters;*
2. *Kündigung der Mitgliedschaft durch den Gesellschafter;*
3. *Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters;*
4. *Kündigung der Mitgliedschaft durch einen Privatgläubiger des Gesellschafters;*
5. *Ausschließung des Gesellschafters aus wichtigem Grund.*

(2) *Im Gesellschaftsvertrag können weitere Gründe für das Ausscheiden eines Gesellschafters vereinbart werden.*

(3) *Der Gesellschafter scheidet mit Eintritt des ihn betreffenden Ausscheidensgrundes aus, im Fall der Kündigung der Mitgliedschaft aber nicht vor Ablauf der Kündigungsfrist und im Fall der Ausschließung aus wichtigem Grund nicht vor Mitteilung des betreffenden Beschlusses an den auszuschließenden Gesellschafter.*

### b) Zum Inhalt der Neuregelungen<sup>11</sup>

Die Gründe für das Ausscheiden eines Gesellschafters und der Zeitpunkt des Ausscheidens sind nunmehr in § 723 BGB n.F. geregelt. Zahlreiche Gründe, die nach aktueller Rechtslage noch zur Auflösung der Gesellschaft führen, werden künftig Gründe für das Ausscheiden eines Gesellschafters sein. § 723 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 BGB n.F. wandelt alle bisher in §§ 723, 725, 727, und 728 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 736 Abs. 1 BGB geregelten Auflösungsgründe, die in der Person des Gesellschafters begründet sind, zu Ausscheidensgründen um, namentlich:

- Tod des Gesellschafters,
- Kündigung der Mitgliedschaft durch den Gesellschafter,
- Kündigung durch einen Pfändungspfandgläubiger des Gesellschafters,

- Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters.

Hinsichtlich der Kündigung ist in Zukunft zu unterscheiden, ob sich diese auf die Mitgliedschaft bezieht oder auf die Gesellschaft. Nur die auf die Mitgliedschaft bezogene Kündigung eines Gesellschafters oder seines Pfändungspfandgläubigers führt zum Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters (§§ 725 und 726 BGB n.F.), während die Kündigung der Gesellschaft die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hat (§ 731 BGB n.F.).

§ 723 Abs. 1 Nr. 5 BGB n.F. regelt als weiteren Ausscheidensgrund die Ausschließung eines Gesellschafters aus wichtigem Grund. Das setzt nach dem geltenden § 737 Satz 1 BGB noch eine entsprechende Fortsetzungsklausel im Gesellschaftsvertrag voraus.

Außerdem wird klargestellt, dass die vorgenannten Ausscheidensgründe (nur) alternativ zur Auflösung der Gesellschaft stehen. Damit ist eine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung, nach der die Gesellschaft bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters oder bei Kündigung durch einen Privatgläubiger eines Gesellschafters mit dem betroffenen Gesellschafter fortbesteht, unwirksam. Dies soll dem Schutz des Gesellschaftergläubigers dienen, um ihm bei Ausscheiden oder Auflösung einen Zugriff auf das Abfindungs- oder das Liquidationsguthaben zu ermöglichen.

§ 723 Abs. 3 BGB n.F. regelt den Zeitpunkt des Ausscheidens. In der Regel scheidet der Gesellschafter mit dem Eintritt des ihn betreffenden Ausscheidensgrundes, insbesondere also des Todes und der Privatinsolvenz, aus. Im Fall der ordentlichen Kündigung seiner Mitgliedschaft scheidet er hingegen erst mit Ablauf der Kündigungsfrist aus. Wird der Gesellschafter durch Beschluss der übrigen Gesellschafter aus wichtigem Grund ausgeschlossen, scheidet er sofort mit Mitteilung des Beschlusses durch die Gesellschaft aus.

## 10. Zur Kündigung der Mitgliedschaft durch den Gesellschafter

### a) Wortlaut von § 725 BGB n.F.

#### § 725

#### **Kündigung der Mitgliedschaft durch den Gesellschafter**

(1) *Ist das Gesellschaftsverhältnis auf unbestimmte Zeit eingegangen, kann ein Gesellschafter seine Mitgliedschaft unter Einhaltung einer Frist von drei Monaten*

<sup>11</sup> S. Begründung des Gesetzesentwurfs, BR-Drucksache 59/21 v. 22.01.2021 und BT-Drucksache 19/27635 v. 17.03.2021.

zum Ablauf des Kalenderjahres gegenüber der Gesellschaft kündigen, es sei denn, aus dem Gesellschaftsvertrag oder aus dem Zweck der Gesellschaft ergibt sich etwas anderes.

- (2) Ist für das Gesellschaftsverhältnis eine Zeitdauer vereinbart, ist die Kündigung der Mitgliedschaft durch einen Gesellschafter vor dem Ablauf dieser Zeit zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt hat oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird.
- (3) Liegt ein wichtiger Grund im Sinne von Abs. 2 Satz 2 vor, so ist eine Kündigung der Mitgliedschaft durch einen Gesellschafter stets ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zulässig.
- (4) Ein Gesellschafter kann seine Mitgliedschaft auch kündigen, wenn er volljährig geworden ist. Das Kündigungsrecht besteht nicht, wenn der Gesellschafter bezüglich des Gegenstands der Gesellschaft zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gemäß § 112 ermächtigt war oder der Zweck der Gesellschaft allein der Befriedigung seiner persönlichen Bedürfnisse diente. Der volljährig Gewordene kann die Kündigung nur binnen drei Monaten von dem Zeitpunkt an erklären, in welchem er von seiner Gesellschafterstellung Kenntnis hatte oder haben musste.
- (5) Die Kündigung darf nicht zur Unzeit geschehen, es sei denn, dass ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt. Kündigt ein Gesellschafter seine Mitgliedschaft ohne solchen Grund zur Unzeit, hat er der Gesellschaft den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.
- (6) Eine Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag, welche das Kündigungsrecht nach den Absätzen 2 und 4 ausschließt oder diesen Vorschriften zuwider beschränkt, ist unwirksam.

#### b) Zum Inhalt der Neuregelungen<sup>12</sup>

§ 725 BGB n.F. regelt die Kündigung durch einen Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft. Die Kündigung bezieht sich dabei auf die Mitgliedschaft des kündigenden Gesellschafters und führt daher zu dessen Ausscheiden anstelle einer Auflösung der Gesellschaft.

§ 725 Abs. 1 BGB n.F. führt eine ordentliche Kündigungsfrist von drei Monaten zum Ablauf des Kalenderjahres ein, sofern im Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt ist.

Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne von § 725 Abs. 2 Satz 2 BGB n.F. kann die Mitgliedschaft auch ohne Einhaltung einer Frist gekündigt werden. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Gesellschafter unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen eine Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses mit den übrigen Gesellschaftern bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann, weil die Förderung des gemeinsamen Zwecks wegen wirtschaftlichen oder in der Person eines anderen Gesellschafters liegenden Umständen dauerhaft schwer beeinträchtigt ist.

Im Übrigen wurden weitgehend die Regelungen des geltenden § 723 BGB übernommen.

## 11. Zur Auflösung der Gesellschaft

### a) Wortlaut von §§ 729, 731 BGB n.F.

#### § 729

##### Auflösungsgründe

- (1) Die Gesellschaft wird aufgelöst durch:
1. Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen wurde;
  2. Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft;
  3. Kündigung der Gesellschaft;
  4. Auflösungsbeschluss.
- (2) Die Gesellschaft wird ferner aufgelöst, wenn der Zweck, zu dem sie errichtet wurde, erreicht oder seine Erreichung unmöglich geworden ist.
- (3) Eine Gesellschaft, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, wird ferner aufgelöst:
1. mit der Rechtskraft des Beschlusses, durch den die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist;
  2. durch die Löschung wegen Vermögenslosigkeit nach § 394 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
- Dies gilt nicht, wenn zu den persönlich haftenden Gesellschaftern eine andere rechtsfähige Personengesellschaft gehört, bei der mindestens ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.
- (4) Im Gesellschaftsvertrag können weitere Auflösungsgründe vereinbart werden.

#### § 731

##### Kündigung der Gesellschaft

- (1) Ein Gesellschafter kann die Gesellschaft jederzeit aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungs-

<sup>12</sup> S. Begründung des Gesetzesentwurfs, BR-Drucksache 59/21 v. 22.01.2021 und BT-Drucksache 19/27635 v. 17.03.2021.

*frist kündigen, wenn ihm die Fortsetzung der Gesellschaft nicht zuzumuten ist. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt hat oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird.*

*(2) Eine Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag, welche das Kündigungsrecht ausschließt oder dieser Vorschrift zuwider beschränkt, ist unwirksam.*

#### b) Zum Inhalt der Neuregelungen<sup>13</sup>

§ 729 BGB n.F. regelt in nicht abschließender Weise Auflösungsgründe, die zur anschließenden Liquidation der Gesellschaft führen. Dabei fasst § 729 BGB n.F. die in den geltenden §§ 723, 726, 728 Abs. 1 BGB genannten Auflösungsgründe zusammen und erweitert sie um die Auflösungsgründe des § 131 Abs. 2 Nr. 1 und 2 HGB. Die GbR wird danach (nur noch) aufgelöst in den folgenden Fällen:

- Zeitablauf,
- Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft,
- Kündigung der Gesellschaft (nicht der Mitgliedschaft)
- Auflösungsbeschluss
- Erreichung oder Unmöglichwerden des Gesellschaftszwecks

Im Gesellschaftsvertrag können weitere Gründe vereinbart werden, die zur Auflösung und anschließenden Liquidation führen.

§ 731 BGB n.F. befasst sich mit der Kündigung der Gesellschaft durch einen Gesellschafter, die zur Auflösung der Gesellschaft führt. Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kann ein Gesellschafter die Gesellschaft jederzeit mit auflösender Wirkung kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Gesellschafter unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen eine Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses bis zu einer vereinbarten Beendigung der Gesellschaft oder bis zum Ablauf einer vereinbarten Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann, weil die Förderung des gemeinsamen Zwecks wegen wirtschaftlicher oder in der Person eines anderen Gesellschafters liegender Umstände dauerhaft schwer beeinträchtigt ist. Die Voraussetzungen sind insoweit dieselben wie bei einer außerordentlichen Kündigung der Mitgliedschaft aus wichtigem Grund, nur verlangt hier

die Interessenabwägung eine besonders sorgfältige Prüfung, ob der Grund derart gewichtig ist, dass er als letztes Mittel gerade eine Auflösung der Gesellschaft rechtfertigt.

Die Auflösung der Gesellschaft ist gemäß § 733 BGB n.F. von sämtlichen Gesellschaftern einer eingetragenen GbR zur Eintragung in das Gesellschaftsregister anzumelden.

## 12. Zur Liquidation der Gesellschaft

### a) Wortlaut von §§ 735, 736 BGB n.F.

#### § 735

##### **Notwendigkeit der Liquidation; anwendbare Vorschriften**

- (1) Nach Auflösung der Gesellschaft findet die Liquidation statt, sofern nicht über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet ist. Ist die Gesellschaft durch Löschung wegen Vermögenslosigkeit aufgelöst, findet eine Liquidation nur statt, wenn sich nach der Löschung herausstellt, dass noch Vermögen vorhanden ist, das der Verteilung unterliegt.*
- (2) Die Gesellschafter können anstelle der Liquidation eine andere Art der Abwicklung vereinbaren. Ist aufgrund einer Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag die Gesellschaft durch die Kündigung eines Privatgläubigers eines Gesellschafters oder durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst, bedarf eine Vereinbarung über eine andere Art der Abwicklung der Zustimmung des Privatgläubigers oder des Insolvenzverwalters. Ist im Insolvenzverfahren Eigenverwaltung angeordnet, tritt an die Stelle der Zustimmung des Insolvenzverwalters die Zustimmung des Schuldners.*
- (3) Die Liquidation erfolgt nach den folgenden Vorschriften dieses Kapitels, sofern sich nicht aus dem Gesellschaftsvertrag etwas anderes ergibt.*

#### § 736

##### **Liquidatoren**

- (1) Zur Liquidation sind alle Gesellschafter berufen.*
- (2) Ist über das Vermögen eines Gesellschafters das Insolvenzverfahren eröffnet und ein Insolvenzverwalter bestellt worden, tritt dieser an die Stelle des Gesellschafters.*
- (3) Mehrere Erben eines Gesellschafters haben einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen.*
- (4) Durch Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluss der Gesellschafter können auch einzelne Gesellschafter oder andere Personen zu Liquidatoren berufen werden. Das Recht, einen solchen Liquidator nach § 736a Abs. 1 Satz 1 zu berufen, bleibt unberührt.*

13 S. Begründung des Gesetzesentwurfs, BR-Drucksache 59/21 v. 22.01.2021 und BT-Drucksache 19/27635 v. 17.03.2021.

(5) *Hat nach dem Gesellschaftsvertrag die Mehrheit der Stimmen zu entscheiden, gilt dies im Zweifel nicht für die Berufung und Abberufung eines Liquidators.*

#### b) Zum Inhalt der Neuregelungen<sup>14</sup>

§ 735 BGB n.F. regelt grundlegend die Notwendigkeit der Abwicklung der aufgelösten Gesellschaft durch Liquidation und übernimmt dabei die wesentlichen Regelungen von §§ 730, 731 BGB sowie § 145 HGB.

Gemäß § 736 BGB n.F. sind dabei primär sämtliche Gesellschafter für die Durchführung der Liquidation zuständig. Liquidatoren sind demnach auch die bislang von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter. Wegen der durch die Auflösung entfallenden Gemeinsamkeit der Interessen geht der Wille der Gesellschafter für das Liquidationsstadium im Zweifel dahin, die Liquidation gemeinsam vorzunehmen und sich dabei gegenseitig zu kontrollieren.

Nach § 735 Abs. 3 und § 736 Abs. 4 Satz 1 BGB n.F. besteht aber die Möglichkeit, die Liquidation einzelnen Gesellschaftern oder anderen Personen vorab aufgrund Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag zu übertragen oder auch nachträglich durch Beschluss der Gesellschafter einzelne Gesellschafter oder andere Personen zu Liquidatoren zu berufen.

§ 736c Abs. 1 BGB n.F. verpflichtet sämtliche Gesellschafter einer eingetragenen GbR, die Liquidatoren und ihre Vertretungsbefugnis sowie jede diesbezügliche Änderung zur Eintragung in das Gesellschaftsregister anzumelden. Die Anmeldung hat auch zu erfolgen, wenn die bislang vertretungsbefugten Gesellschafter Liquidatoren werden oder wenn sämtliche Gesellschafter Liquidatoren werden.

Nach Beendigung der Liquidation sind sämtliche Liquidatoren gemäß § 738 BGB n.F. dazu verpflichtet, das Erlöschen der Gesellschaft zur Eintragung in das Gesellschaftsregister anzumelden.

## ► IV. Fazit

Die verabschiedeten und hier vorgestellten Neuregelungen der §§ 705 ff. BGB gewährleisten die erforderliche Flexibilität bei der Ausgestaltung von Gesellschaftsver-

trägen einerseits und kodifizieren andererseits eine stringente, in weiten Teilen an das Recht der oHG angelehnte Regelungssystematik für das materielle Recht der GbR.

In der notariellen Praxis wird die Einführung des (im Beitrag zu den Neuregelungen im Registerrecht<sup>15</sup> ausführlich dargestellten) Gesellschaftsregisters für die rechtsfähige GbR und dessen Auswirkungen auf weitere öffentliche Register, wie das Grundbuch oder das Handelsregister, eine maßgebliche Rolle spielen.

Bei der Gestaltung oder Neufassung von GbR-Gesellschaftsverträgen hingegen können die im vorliegenden Beitrag vorgestellten gesetzlichen Neuregelungen eine Erleichterung dahingehend verschaffen, dass der Gesellschaftsvertrag nach wie vor (im Rahmen der gesetzlichen Grenzen) flexibel ausgestaltet werden kann. Im Einzelfall werden aber regelmäßig deutlich weniger gesellschaftsvertragliche Regelungen in Abweichung vom Gesetz erforderlich sein, sei es nur mit Blick auf die Themenfelder Ausscheidensgründe, Auflösungsgründe oder Übertragung von Gesellschaftsanteilen. Die Neuregelungen durch das MoPeG kodifizieren hier weitgehend die übliche Gestaltungspraxis.

Ergänzend sei noch darauf hingewiesen, dass mit dem MoPeG zahlreiche weitere Neuregelungen im Personengesellschaftsrecht außerhalb des Rechts der GbR verabschiedet wurden, auf die im Rahmen dieses Beitrags nicht detailliert eingegangen werden kann. Beispielsweise erhalten Freiberufler Zugang zur Personenhandelsgesellschaft, wenn das Berufsrecht dies zulässt, und die Partnerschaftsgesellschaft erhält ein liberales Firmenrecht, das auch Phantasie-, Sach- und Personenfirmen zulässt.

Abschließend festzuhalten bleibt, dass das erklärte Ziel der Reform durch das MoPeG, das kodifizierte Personengesellschaftsrecht an die heutige Rechtswirklichkeit und die heutigen Bedürfnisse anzupassen, mit dem verabschiedeten Gesetz erreicht wurde.

---

14 S. Begründung des Gesetzesentwurfs, BR-Drucksache 59/21 v. 22.01.2021 und BT-Drucksache 19/27635 v. 17.03.2021.

---

15 *Späth-Weinreich*, Zur Reform des Personengesellschaftsrechts durch das MoPeG – Im Blickpunkt: Die geplanten Änderungen im Registerrecht, BWNotZ 2021, 90.

# Grundstücksgeschäfte zur Geldbeschaffung fürs Alter

Von Professor Walter Böhringer, Notar a. D., Heidenheim/Brenz

*Viele Senioren haben das Bedürfnis nach einem sorgenfreien Lebensabend in der eigenen Wohnung bzw. im eigenen Haus. Die notarielle Praxis wird dabei konfrontiert mit verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten, wie die Senioren ihre Immobilie zu Geld machen und trotzdem dort wohnen bleiben können. Es geht um Finanzierungsmodelle, Leibrenten und Teilverkauf (sog. Immobilienverrentung). Die Abhandlung gibt für die Notarpraxis einen Überblick über die Grundstücksgeschäfte und die Belehrungspflichten der Urkundsperson.*

## ► Kreditaufnahme und Absicherung durch Grundpfandrecht

### Vorzunehmende Rechtsgeschäfte

Die Kosten für die Pflege oder einen altersgerechten Umbau seines Hauses oder Reisewünsche im Alter können Gründe sein für eine Beleihung der Immobilie eines Seniors, ohne das eigene Heim verkaufen zu müssen. Entscheidet sich der Eigentümer für eine Kreditaufnahme, so hat er sich an einen Kreditgeber zu wenden. Senioren haben es aber nicht immer leicht, ihre Wohnung oder ihr Eigenheim zu beleihen. Die Kreditwürdigkeitsprüfung des Kreditgebers muss nämlich ergeben, dass der Kreditnehmer seinen Verpflichtungen aus dem Darlehen nachkommen kann, was bekanntlich auch vom Einkommen des Darlehensschuldners abhängt.

Die konkreten Konditionen des Kredits sind wie immer individuell abhängig vom Kreditnehmer und der Immobilie. Der Darlehensgeber und der Grundstückseigentümer, der zugleich Darlehensschuldner ist, haben eine Einigung zu erzielen über die Konditionen des Kredits, so z. B. über die Laufzeit des Vertrags, die Höhe der Darlehenszinsen, die Tilgungsbestimmungen, den Verwendungszweck usw. Zu regeln ist auch, ob der Immobilieneigentümer oder seine Erben das Darlehen vorzeitig entschädigungslos zurückzahlen kann und ob die Erben entscheiden können, ob sie das Kreditverhältnis fortführen bzw. beenden dürfen.

Der Kreditnehmer hat den Kredit durch ein Grundpfandrecht abzusichern. Dafür stehen die Rechtsinstitute einer Hypothek (Verkehrshypothek nach § 1113 BGB oder Si-

cherungshypothek nach § 1184 BGB) oder Grundschuld (§ 1191 BGB) zur Verfügung. Für den Notar ist neben dieser Vorgabe auch wichtig, ob ein Buch- oder Briefrecht bestellt werden soll (§§ 1116, 1192 BGB). Außerdem ist zu klären, ob der Notar eine unterschriftsbeglaubigte Eintragungsbewilligung oder eine vollstreckbare Schuldurkunde (§ 794 ZPO, dinglicher und/oder persönlicher Titel) zu errichten hat. Der Kreditgeber verlangt idealerweise die Absicherung an erster Rangstelle im Grundbuch, andernfalls verschlechtern sich die Konditionen für die Darlehensgewährung oder scheitert gar die Finanzierung. Ggf. ist auf eine Rangänderung hinzuwirken (§ 880 BGB).

### Konsequenzen

Bei der Immobilienfinanzierung bleibt der Senior Eigentümer seines Eigenheims bzw. seiner Eigentumswohnung. Er hat den Nutzen der Immobilie, trägt aber auch alle Lasten und Gefahren des Eigentums. Kommt er seinem auferlegten Kapitaldienst nicht nach, drohen ihm Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, insbesondere die Zwangsversteigerung seiner Immobilie (§ 1147 BGB).

## ► Immobilienveräußerung und Verbleib im Vertragsobjekt

### Leibrentenvertrag

#### Allgemeines

Soll ein Kaufpreis als Gegenleistung für die Veräußerung der Immobilie nicht in einer Summe, sondern in Teilbeträgen gezahlt werden, so ist zu unterscheiden zwischen einer bloßen Ratenzahlung mit oder ohne Zinsen und einer Rentenzahlung (§ 759 BGB) an den Veräußerer. Die Rentenzahlungen sind lebenslang zu erbringen, können gleichbleibend hoch oder indexiert werden. Im Regelfall ist es sachgerecht, die Höhe der Zahlungsverpflichtungen durch eine Wertsicherungsvereinbarung den Änderungen der Kaufkraft anzupassen (sog. Wertsicherungsklausel, § 3 PrKIG). Das Alter des Veräußerers und seine Lebenserwartung (angelehnt an die Sterbetafel des Statistischen Bundesamts) sowie der Immobilienwert bestimmen die Höhe der Leibrente. Der Immobilienverkauf auf Rentebasis ist immer ein (spekulatives) Risikogeschäft inso-

fern, als die Laufzeit der Rente und damit die Summe der zu erbringenden Zahlungen nicht sicher vorhergesagt werden kann. Stirbt der Veräußerer bald nach Vertragsabschluss, hat der Erwerber den Vorteil. Wird der Veräußerer dagegen sehr alt, muss der Erwerber womöglich erheblich mehr zahlen als das Grundstück wert ist.<sup>1</sup> Der Notar hat deutlich auf die zivilrechtlichen Unterschiede zwischen Ratenkauf und Rentenkauf hinzuweisen und einen entsprechenden Vermerk in die Urkunde aufzunehmen. Die Bestimmungen des Vertrags dürfen auch nichts verschleiern. Den zu bestellenden dinglichen Rechten des Veräußerers sollte die bestmögliche Rangstelle verschafft werden, ggf. ist ein Rangrücktritt (§ 880 BGB) anzustreben. Die Vertragsbeteiligten sollten sich zudem unbedingt steuerrechtlich beraten lassen.

### Vorzunehmende Rechtsgeschäfte

Der Veräußerungsvertrag ist notariell zu beurkunden (§ 311b Abs. 1 BGB) und aufzulassen (§ 925 BGB, § 20 GBO). Zur Sicherstellung der vereinbarten lebenslangen Rente kommt eine Reallast (§ 1105 BGB) in Betracht. Die Eintragungsbewilligung wird im Veräußerungsvertrag mit erklärt (§ 19 GBO). Diese wird zugunsten des Immobilienveräußerers – subjektiv persönlich – im Grundbuch eingetragen und sichert bei einer Rente mit Wertsicherung deren jeweilige Höhe, da die Geldleistung nur bestimmbar sein muss (§ 1105 Abs. 1 BGB). Der Schuldner der Rentenleistungen kann sich in dem Veräußerungsvertrag der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO); eine Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung mit Wirkung gegen den jeweiligen Eigentümer (§ 800 ZPO) kann bei der Reallast nicht in das Grundbuch eingetragen werden. Eine Wertsicherungsklausel muss nicht direkt in das Grundbuch selbst eingetragen werden; es genügt die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung – gleichwohl empfiehlt sich ein Hinweis auf die Wertsicherung im Eintragungstext. Es sollten auch in den Veräußerungsvertrag Regelungen aufgenommen werden für den Fall, dass der Veräußerer einen Umzug in ein Alten- oder Pflegeheim vornimmt (sogen. Wegzugsklausel). Festzulegen wäre bei einem Wohnungsrecht für den Veräußerer, ob er dann die Wohnung vermieten darf (vgl. § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB, vgl. beim Nießbrauch jedoch § 1059 Satz 2 BGB).

Im Veräußerungsvertrag ist auch noch ein Nießbrauch (§ 1030 BGB) oder ein Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB für den Veräußerer zu vereinbaren und durch Eintragung im Grundbuch zu sichern. Der Notar hat mit den Betei-

ligten zu klären, welches Rangverhältnis zwischen der Reallast und dem Nießbrauch bzw. Wohnungsrecht und zu anderen Grundstücksbelastungen besteht. Weil keine besonderen persönlichen Beziehungen zwischen den Vertragsbeteiligten bestehen, kommt die erleichterte Grundbuchführung nach § 49 GBO nicht in Betracht.<sup>2</sup>

### Konsequenzen

Mit der Immobilienveräußerung auf Leibrentenbasis verliert der Veräußerer komplett sein Eigentum an der Immobilie. Da er in der Immobilie verbleiben will, muss der Urkundsnotar den Vertrag so gestalten, dass der Veräußerer ein Nießbrauchsrecht bzw. ein lebenslanges Wohnungsrecht in der veräußerten Immobilie erhält. Im Begleitschuldverhältnis zur Dienstbarkeit wie auch zum Nießbrauch kann in gewissen Grenzen geregelt werden, wer z. B. die Kosten für den laufenden Betrieb, für Ausbesserungen und Erneuerungen zu tragen hat (§§ 1041 ff., § 1093 Abs. 1 Satz 2 BGB). Lebt ein veräußernder Ehegatte im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, so bedarf die Veräußerung der Immobilie der Zustimmung des anderen Ehegatten, wenn die übertragene Immobilie das gesamte oder nahezu gesamte Vermögen des Veräußerers ausmacht und der Erwerber das weiß oder doch die Verhältnisse kennt, aus denen es sich ergibt (§ 1365 BGB).

## ► Veräußerung an nahen Angehörigen

### Allgemeines

Bei einem Kaufvertrag gehen die Beteiligten davon aus, dass die beiderseitigen Leistungen gleichwertig sind. Überlässt der Verkäufer den Gegenstand dem Käufer allerdings mit Rücksicht darauf, dass beide miteinander verwandt sind, bewusst zu einem besonders günstigen Preis und wollen sie beide, dass der Mehrwert unentgeltlich übergehen soll, so liegt eine sog. gemischte Schenkung vor. Den Vertragsbeteiligten ist die Einholung eines steuerrechtlichen Rats zu empfehlen.

### Vorzunehmende Rechtsgeschäfte

Der Veräußerungsvertrag ist notariell zu beurkunden (§ 311b Abs. 1 BGB) und aufzulassen (§ 925 BGB, § 20 GBO). In der Notarpraxis kommen verschiedene Vereinbarungen zur Gegenleistung des Übernehmers vor. So kann eine einmalige Geldleistung des Übernehmers an den Übergeber vereinbart werden (sog. Abstandsgeld oder Übergabepreis). Damit soll in der Regel ein bereits

---

<sup>1</sup> Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 3237.

<sup>2</sup> Meikel/Böhringer, GBO, § 49 Rn. 13, 22.

erkennbarer Geldbedarf des Übergebers oder ein möglicherweise in Zukunft entstehender zusätzlicher Bedarf befriedigt werden. Daneben können bei der Übertragung auch Rentenzahlungen bis zum Tod des Übergebers vereinbart werden (sog. Leibrente). Diese werden durch eine Reallast abgesichert und indexiert (§ 1105 BGB). Der Übergeber kann sich auch ein Nießbrauchsrecht vorbehalten. Dabei bleiben die Herrschaftsgewalt (Besitz, § 1036 BGB) und der Ertrag (Nutzungen, § 1030 BGB) beim Übergeber. Statt eines Nießbrauchs wäre auch ein Wohnungsrecht nach § 1093 BGB denkbar. Eine Mehrzahl der für den Veräußerer bestellten dinglichen Rechte kann aus Vereinfachungsgründen und zur besseren Übersichtlichkeit des Grundbuchs unter der Sammelbezeichnung „Altenteil“ i. S. von § 49 BGB im Grundbuch eingetragen werden. Vgl. auch oben.

### Konsequenzen

Der Übergeber verliert sein Eigentum, behält aber bei Bestellung eines Nießbrauchs den unmittelbaren Besitz über die Immobilie bzw. darf bei einem Wohnungsrecht seine Wohnung weiterhin nutzen. Zu regeln ist die Kostentragungspflicht für die Betriebskosten, für Instandsetzungen, private und öffentliche Lasten und die Verkehrssicherungspflicht. Bei der Übertragung stellt sich auch die Frage, ob ein übernehmendes Kind sich diese Zuwendung in irgendeiner Weise auf sein späteres Erbe oder seinen Pflichtteil „anrechnen“ lassen muss oder nicht (§§ 2050, 2315 BGB). Eine nachträgliche Anordnung oder ein nachträglicher Ausschluss kann nur durch Verfügung von Todes wegen (Testament oder Erbvertrag) erfolgen.

## ► Teilverkauf

### Allgemeines

Beim Teilverkauf<sup>3</sup> veräußert der bisherige Immobilieneigentümer einen ideellen Miteigentumsanteil an den Käufer gegen eine Einmalzahlung. Veräußerer und Erwerber bilden eine Bruchteilsgemeinschaft, für die die Regelung der §§ 741 ff. BGB gelten. Der Verkäufer erhält ein lebenslanges Wohnungsrecht bzw. Nießbrauchsrecht, hat aber ein Nutzungsentgelt zu zahlen. Die Miteigentümer regeln ihre Beziehungen untereinander und zum gemeinschaftlichen Grundstück durch eine Vereinbarung nach § 1010 BGB, die zur Wirkung gegenüber Sondernachfolgern der Eintragung im Grundbuch bedarf.

Die Vertragsparteien können vereinbaren, dass die Kosten der Instandhaltung des Objekts insgesamt der Veräußerer trägt. Gleiches gilt für die Betriebskosten wie Kosten für elektrische Energie, Heizung, Hausmeister, TV-Anschluss, Versicherungen, Winterdienst.

### Vorzunehmende Rechtsgeschäfte

Der Kaufvertrag ist notariell zu beurkunden (§ 311b Abs. 1 BGB). Für die Auflassung gelten § 925 BGB und § 20 GBO. Ein Gutachter stellt den Verkehrswert der Immobilie fest; daran orientiert sich die Kaufpreishöhe. Im Veräußerungsvertrag wird geregelt, ob es bei einem Umzug in ein Alters- oder Pflegeheim oder nach dem Tod des Veräußerers zu einem Gesamtverkauf der Immobilie kommt, ob im Todesfall des Verkäufers seine Erben ein Vorkaufsrecht haben, welche Folgen eine Vertragsstörung hat.

Im Kaufvertrag werden üblicherweise auch Vereinbarungen nach § 1010 BGB getroffen.<sup>4</sup> Die von Gesetzes wegen lose Interessengemeinschaft kann ausgestaltet und verfestigt werden. In das Grundbuch eintragbar sind z. B. folgende Abreden: Nutzungsaufteilung eines Gebäudes nach Stockwerken mit Verpflichtung zur Lasten- und Kostentragung; Vereinbarung der Miteigentümer, dass dieses unter einem bestimmten Mindestpreis nicht veräußert werden darf. Gegenstand der Miteigentümergeinschaft kann weiter sein das Recht aus § 749 Abs. 1 BGB, nämlich jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen zu können, auszuschließen oder zu erschweren. Nicht im Grundbuch eintragungsfähig wären aber Abreden, dass z. B. die Veräußerung oder Belastung eines Miteigentumsanteils von der Zustimmung des anderen Miteigentümers abhängig gemacht wird und eine Abrede über eine Schadensersatzpflicht des Miteigentümers bei Schäden, die auf unsachgemäßes Verhalten dieses Miteigentümers oder seiner Familienangehörigen oder seiner Besucher zurückzuführen sind.<sup>5</sup> Die Grundbucheintragung, die in der zweiten Abteilung erfolgen muss, steht in einem Rangverhältnis zu anderen Belastungen im Grundbuch, auch zu dem ebenfalls neu einzutragenden Nießbrauchs- bzw. Wohnungsrecht des Veräußerers.<sup>6</sup>

Da der Verkäufer das Kaufobjekt weiterhin nutzen kann und dies durch Nießbrauch bzw. Wohnungsrecht im Grundbuch abgesichert wird, verlangt der Käufer für seine nicht mögliche Nutzung des Kaufobjekts eine Nut-

<sup>4</sup> Ausführlich *Tschon*, RNotZ 2006, 205; *Müller*, Rpfleger 2002, 554.

<sup>5</sup> BayObLG DNotZ 1993, 391 = Rpfleger 1993, 59.

<sup>6</sup> Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1471.

<sup>3</sup> Ausführlich *Holthausen-Dux/Forschner*, DNotZ 2021, 821.

zungsentschädigung. Das zu bestellende Nießbrauchs- bzw. Wohnungsrecht ist möglichst an erster Rangstelle abzusichern, ggf. auch noch vor einer Finanzierungsgrundschuld. Bei einer einzutragenden Finanzierungsgrundschuld ist zu entscheiden, ob diese am gesamten Grundstück oder nur auf dem Miteigentumsanteil des Käufers eingetragen werden soll. Aus der Schau des Veräußerers im Verwertungsfall ist die Anteilsbelastung interessengerecht.

Zu beachten ist, dass die Veräußerung ein Grunderwerbsteuerrechtlicher Vorgang darstellt. Da evtl. Spe-

kulationssteuern anfallen können, sollte steuerliche Beratung erfolgen.

### **Konsequenzen**

Der Verkäufer bleibt – nur noch – anteilig Miteigentümer an der Immobilie. Er nutzt aber das gemeinsame Grundstück und hat je nach vertraglicher Regelung Nutzen, Lasten und Gefahren der Immobilie insgesamt zu tragen. Der Notar hat auf die besondere Rechtslage beim Teilverkauf hinzuweisen.

# RECHTSPRECHUNG

## BERUFS- UND KOSTENRECHT

### Zur Befreiung eines Notars von der Verschwiegenheitspflicht durch die Aufsichtsbehörde

*BNotO § 18 Abs. 2 Halbs. 2; VwGO § 43 Abs. 1, § 124 Abs. 2, § 124a Abs. 4, 5 VwGO*

#### Amtlicher Leitsatz:

**Zur Befreiung eines Notars von der Pflicht zur Verschwiegenheit durch die Aufsichtsbehörde an Stelle eines verstorbenen Beteiligten gemäß § 18 Abs. 2 Halbs. 2 BNotO.**

BGH (Senat für Notarsachen),

Beschluss vom 15.11.2021 – NotZ(Brfg) 3/21

#### ► I. Sachverhalt

1 Die Parteien streiten über die Nichtigkeit einer dem Kläger vom Beklagten erteilten Befreiung von der Pflicht zur Verschwiegenheit.

2 Der Kläger ist Notar in Thüringen. Im April 2009 beurkundete er einen Kaufvertrag über ein Tankstellengrundstück, der eine Vertragsstrafenregelung enthielt. Eine der Vertragsparteien, die O[...] GmbH, wurde bei der Beurkundung von ihrem – im Jahr 2015 verstorbenen – Geschäftsführer R. J. vertreten. In der Folgezeit kam es zwischen den Vertragsparteien zu einem die Vertragsstrafenregelung betreffenden Rechtsstreit vor dem Landgericht. Im Rahmen dieses Rechtsstreits soll der Kläger zu den Umständen des Zustandekommens der Vertragsstrafenregelung als Zeuge vernommen werden. Nachdem er für sich ein Zeugnisverweigerungsrecht in Anspruch genommen hatte, das sich – so seine Auffassung – aus seiner Eigenschaft als beurkundender Notar ergebe, entschied das Landgericht im März 2016 durch Zwischenurteil, dass ihm ein solches Recht nicht zustehe. Das Oberlandesgericht hob dieses Urteil im Juni 2016 mit der Begründung auf, der (hiesige) Kläger sei von seiner Pflicht zur Verschwiegenheit nicht wirksam befreit worden.

3 Hierauf stellte die Prozessbevollmächtigte der O[...] GmbH im Juni 2017 beim Beklagten den Antrag, den Kläger von der notariellen Verschwiegenheitspflicht zu befreien, weil der verstorbene R. J. die Befreiung nicht

mehr erteilen könne. Mit Bescheid vom 21. August 2017 befreite der Beklagte den Kläger gemäß § 18 Abs. 2 Halbs. 2 BNotO an Stelle des verstorbenen R. J. von der Pflicht zur Verschwiegenheit hinsichtlich der Umstände über das Zustandekommen der Vertragsstrafenregelung. Da sich der Kläger weiterhin auf ein ihm seiner Auffassung nach zustehendes Zeugnisverweigerungsrecht berief, erging im November 2017 im Rechtsstreit vor dem Landgericht ein weiteres, ein Zeugnisverweigerungsrecht des Klägers verneinendes Zwischenurteil, das vom Oberlandesgericht auf die Beschwerde des Klägers aber wiederum aufgehoben wurde, weil der Kläger – so die Begründung des Oberlandesgerichts – am Zwischenstreit nicht als Partei beteiligt worden und ihm rechtliches Gehör nicht gewährt worden sei. Am 7. Januar 2019 erging daraufhin ein neuerliches Zwischenurteil, das ein Zeugnisverweigerungsrecht des Klägers verneinte; die vom Kläger hiergegen eingelegte sofortige Beschwerde wies das Oberlandesgericht mit Beschluss vom 30. Oktober 2019 zurück.

4 Mit seiner im Juni 2020 erhobenen Klage wendet sich der Kläger nunmehr gegen den Bescheid des Beklagten vom 21. August 2017 und beantragt festzustellen, dass die dort enthaltene Entscheidung des Beklagten nichtig ist. Der Senat für Notarsachen des Oberlandesgerichts hat die Klage abgewiesen. Die Berufung hat er nicht zugelassen. Hiergegen wendet sich der Kläger mit seinem Antrag auf Zulassung der Berufung.

#### ► II. Aus den Gründen:

5 Der zulässige Antrag auf Zulassung der Berufung ist unbegründet.

6 Das Oberlandesgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt, die Klage sei bereits unzulässig. Ihr fehle das gemäß § 43 Abs. 1 VwGO, § 111b Abs. 1 Satz 1 BNotO erforderliche Feststellungsinteresse. Zwar habe ein Notar an der Feststellung der Nichtigkeit eines Bescheides betreffend die Aufhebung der Verschwiegenheitspflicht grundsätzlich ein berechtigtes Interesse, wenn davon seine Pflicht zur Aussage über an sich der Verschwiegenheit unterliegende Sachverhalte abhängt. Diese Abhängigkeit bestehe im Streitfall aber gerade nicht, weil aufgrund des rechtskräftigen Zwischenurteils des Landgerichts vom 7. Januar 2019 feststehe,

dass der Kläger sich im genannten Zivilrechtsstreit nicht auf ein Aussageverweigerungsrecht wegen bestehender Verschwiegenheitspflicht berufen könne. Dem Anliegen des Klägers, Klarheit über seine Pflicht zur Aussage zu erhalten, sei damit bereits Genüge getan.

**7** Dem Kläger gelingt es nicht, hiergegen einen durchgreifenden Grund für die Zulassung der Berufung darzulegen (vgl. § 124a Abs. 5 Satz 2 VwGO, § 111d Satz 2 BNotO).

**8** 1. In der Sache beruft sich der Kläger (auch) auf den Zulassungsgrund der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils im Sinne von § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO, § 111d Satz 2 BNotO. Dieser Zulassungsgrund setzt voraus, dass der Antragsteller einen einzelnen tragenden Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage stellt, wobei die Zweifel auch die Richtigkeit des Ergebnisses erfassen müssen (vgl. nur Senatsbeschluss vom 19. Juli 2021 – NotZ (Brfg) 11/20, juris Rn. 14, mwN). Diese Voraussetzungen sind im Streitfall nicht erfüllt.

**9** a) Der Kläger ist insoweit zunächst der Auffassung, das Oberlandesgericht habe, indem es das Feststellungsinteresse im Hinblick auf das rechtskräftige Zwischenurteil vom 7. Januar 2019 verneint habe, verkannt, dass die Rechtskraft nichts mit dem Feststellungsinteresse zu tun habe, sondern die fehlende Rechtskraft eine eigene Prozessvoraussetzung darstelle. Vorliegend könne nicht davon ausgegangen werden, dass durch das Zwischenurteil über den mit der vorliegenden Klage erhobenen Anspruch rechtskräftig entschieden worden sei. Denn zum einen sei der (hiesige) Beklagte am Zwischenrechtsstreit über die Zeugnisverweigerung im Zivilprozess überhaupt nicht beteiligt gewesen, so dass an den beiden Prozessen nicht die gleichen Parteien beteiligt gewesen seien. Zum anderen sei die Frage, ob der streitgegenständliche Bescheid wirksam sei, im Zwischenrechtsstreit nur eine Vorfrage gewesen; Entscheidungen über Vorfragen erwachsen aber nicht in Rechtskraft.

**10** Diese Ausführungen stellen die Argumentation des Oberlandesgerichts schon im Ausgangspunkt nicht in Frage. Der Kläger verkennt, dass das Oberlandesgericht die Zulässigkeit der Feststellungsklage nicht daran hat scheitern lassen, dass über den Streitgegenstand dieses Verfahrens bereits anderweitig, nämlich durch das Zwischenurteil vom 7. Januar 2019, rechtskräftig entschieden worden wäre. Entscheidend für das Oberlandesgericht war vielmehr, dass der Kläger nur dann ein Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit der Befreiung von der Verschwiegenheitsverpflichtung hätte, wenn eine solche Feststellung Auswirkungen auf seine Verpflichtung zur Aussage im Zivilverfahren hätte, was angesichts des rechtskräftigen Zwischenurteils aber nicht (mehr) der Fall

sein könne. Diese, das angefochtene Urteil allein tragende Erwägung stellt der Kläger schon nicht schlüssig in Frage.

**11** b) Soweit der Kläger auch das – vom Oberlandesgericht in dem Zivilrechtsstreit durch Beschluss vom 30. Oktober 2019 bestätigte – Zwischenurteil des Landgerichts für nichtig hält, zeigt er schon nicht schlüssig auf, warum die von ihm angenommene Fehlerhaftigkeit des Urteils zu dessen Nichtigkeit führen sollte. Unabhängig davon erschließt sich dem erkennenden Senat auch nicht, warum der Kläger durch das Zwischenurteil – wie er meint – zu „evident strafbare[m] Verhalten“ gezwungen werden soll. Jedenfalls aufgrund des rechtskräftigen Zwischenurteils stellt eine Aussage des Klägers keine „unbefugte“ Offenbarung eines Privatgeheimnisses im Sinne des § 203 Abs. 1 StGB dar.

**12** 2. Ohne Erfolg beruft sich der Kläger weiter auf den Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung im Sinne des § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO, § 111d Satz 2 BNotO.

**13** Eine Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung, 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 daher im Interesse der Einheit oder der Fortbildung des Rechts auch für vergleichbare Fälle ein Interesse besteht (vgl. nur Senatsbeschlüsse vom 19. Juli 2021 – NotZ (Brfg) 11/20 juris, Rn. 35; vom 22. März 2021 – NotSt (Brfg) 4/20, NJW-RR 2021, 782 Rn. 4, mwN). Auf die vom Kläger vorliegend für grundsätzlich gehaltene Rechtsfrage, ob „auch der Antrag nach § 18 Absatz 2 BNotO höchstpersönlich gestellt werden“ müsse, kommt es im Streitfall nicht entscheidungserheblich an, weil das Oberlandesgericht die Klage – wie gezeigt – davon unabhängig mit der Erwägung für unzulässig gehalten hat, angesichts des im Zivilverfahren ergangenen, inzwischen rechtskräftigen Zwischenurteils vom 7. Januar 2019 sei die Klage bereits unzulässig, ohne dass insoweit ein Grund zur Zulassung der Berufung vorläge.

**14** Unabhängig davon kann die dargestellte – soweit ersichtlich bislang von niemandem sonst als vom Kläger aufgeworfene – Frage ohne Weiteres dahingehend beantwortet werden, dass der Antrag gegenüber der Aufsichtsbehörde, den Notar gemäß § 18 Abs. 2 Halbs. 2 BNotO an der Stelle eines verstorbenen Beteiligten von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit zu befreien, nicht „höchstpersönlich“ gestellt werden muss. Auch wenn man das dahingehende Antragsrecht nicht jedermann (so aber Frenz/Miermeister/*Bremkamp*, 5. Aufl., BNotO § 18 Rn. 50), sondern nur bestimmten Personen zubilligen will (vgl. Senatsbeschluss vom 10. März 2003 – NotZ 23/02, DNotZ 2003, 780, 781; ferner Schippel/Görk/*Sander*, 10. Aufl., BNotO § 18 Rn. 152), ist kein Grund er-

sichtlich, warum das Antragsrecht von diesen Personen nur höchstpersönlich ausgeübt werden können soll. Aus dem Umstand, dass die Befreiung des Notars von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats ein höchstpersönliches Recht des jeweiligen Beteiligten darstellt, so dass eine Vertretung im Willen hier unzulässig ist (Senatsbeschluss vom 20. April 2009 – NotZ 23/08, NJW-RR 2009, 991 Rn. 7), folgt nichts Anderes. Denn die (höchstpersönliche) Befreiungserklärung eines verstorbenen Beteiligten kann dieser naturgemäß nicht selbst abgeben. Sie wird deshalb nach der Regelung des § 18 Abs. 2 Satz 2 BNotO durch die Entscheidung der Aufsichtsbehörde ersetzt, nicht aber schon durch den darauf gerichteten Antrag einer anderen Person, deren Persönlichkeitsrechte von der durch die Aufsichtsbehörde anstelle des Verstorbenen getroffenen Befreiungsentscheidung gerade nicht unmittelbar berührt werden.

15 3. Soweit der Kläger schließlich rügt, an der angefochtenen Entscheidung habe Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Dr. S. mitgewirkt, der nach § 41 Nr. 6 ZPO ausgeschlossen gewesen sei, begehrt er in der Sache die Zulassung der Berufung wegen eines der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegenden Verfahrensmangels, auf dem die Entscheidung beruhen kann (§ 124 Abs. 2 Nr. 6 VwGO, § 111d Satz 2 BNotO). Auch damit vermag er aber nicht durchzudringen. Das Oberlandesgericht hat das entsprechende Ablehnungsgesuch des Klägers in der Vorinstanz mit Beschluss vom 9. April 2021 zurückgewiesen. Gemäß § 146 Abs. 2 VwGO, § 111b Abs. 1 Satz 1 BNotO ist dieser Beschluss nicht anfechtbar. Damit unterliegt er gemäß § 512 ZPO, § 173 VwGO, § 111d Satz 2 BNotO auch nicht der Beurteilung des Berufungsgerichts. Ein darauf gestützter Antrag auf Zulassung der Berufung scheidet damit aus (vgl. Kopp/Schenke/W.-R. Schenke, VwGO, 27. Aufl., § 54 Rn. 22, mwN).

### Zur Pflicht eines Notars ein Wertgutachten auf dessen Schlüssigkeit zu überprüfen.

BNotO § 15 Abs. 2 Satz 3; FamFG § 65 Abs. 3, § 68 Abs. 3 Satz 1, § 53 BeurkG; BNotO § 15 Abs. 2

#### Amtliche Leitsätze:

1. Die Beschwerde nach § 15 Abs. 2 Satz 1 BNotO kann auf neue Tatsachen gestützt werden (§ 65 Abs. 3 FamFG i.V.m. § 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO). Unabhängig davon hat das Beschwerdegericht die Beschwerde wie ein Erstgericht auf alle Gründe zu prüfen, die ihr zum Erfolg ver-

helfen können (§ 68 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO); dabei hat es auch nach der Entscheidung des Notars bekanntgewordene Umstände zu berücksichtigen.

2. Bescheide oder Gutachten über den Wert eines verkauften Grundstücks sind grundsätzlich ungeeignet, die evidente Unwirksamkeit eines über das Grundstück geschlossenen Kaufvertrags unter dem Gesichtspunkt eines wucherähnlichen Rechtsgeschäfts gegenüber dem Notar zu belegen; er muss sie daher im Rahmen seiner Vollzugstätigkeit nach § 53 BeurkG nicht prüfen. Entsprechendes gilt für das Beschwerdegericht, das im Rahmen einer Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO nur zu entscheiden hat, ob der Notar pflichtwidrig handelt.

BGH (V. Zivilsenat),

Beschluss vom 09.12.2021 - V ZB 25/21

#### I. Sachverhalt:

1 Die Beteiligte zu 1 (nachfolgend Verkäuferin) verkaufte mit notariellem Vertrag vom 12. Dezember 2019 an den Beteiligten zu 2 (nachfolgend Käufer) ein Grundstück zu einem Kaufpreis von 110.000 €. In dem Vertrag erklärten die Beteiligten die Auflassung, zudem bewilligte die Verkäuferin und beantragte der Käufer zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums die Eintragung einer Vormerkung zugunsten des Käufers. Die Beteiligten beauftragten die beurkundende Notarin mit dem Vollzug der Urkunde. Mit Schreiben vom 15. April 2020 teilte die Verkäuferin der Notarin mit, dass der Käufer ihr bei Vertragsabschluss zugesichert habe, er würde ihr eine Eigentumswohnung suchen sowie ihr bei einem Umzug behilflich sein. Ihre Bitte, dies schriftlich festzulegen, habe er abgelehnt.

2 Mit Vorbescheid vom 22. April 2020 hat die Notarin angekündigt, den weiteren Vollzug der Urkunde nicht zu betreiben, da eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür spreche, dass eine nicht beurkundete Nebenabrede vorliege, die nach § 311b BGB zur Nichtigkeit des Kaufvertrags führe. Hiergegen hat sich der Käufer gewandt, woraufhin die Notarin mit Abhilfebescheid vom 25. Juni 2020 angekündigt hat, den Vollzug der Urkunde weiter zu betreiben. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Verkäuferin, die sie im Laufe des Beschwerdeverfahrens erstmals auch auf die Begründung gestützt hat, es liege ein wucherähnliches Geschäft vor, hat das Landgericht zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde möchte die Verkäuferin die Wiederherstellung der Entscheidung der Notarin vom 22. April 2020 erreichen.

## ▶ II. Aus den Gründen:

3 Das Beschwerdegericht meint, die Notarin habe zu Recht angekündigt, den Vollzug der Kaufvertragsurkunde weiter zu betreiben, da eine Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts nicht ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennbar sei. Die von der Verkäuferin vorgetragene Nebenabrede zum Kaufvertrag begründe eine derartige Evidenz nicht, denn es sei nicht offensichtlich, dass es sich um eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung gehandelt habe. Auch eine Sittenwidrigkeit des Vertrags wegen eines wucherähnlichen Geschäfts sei nicht evident. Nach den von der Verkäuferin vorgelegten Unterlagen könne nicht zweifelsfrei von einem besonders groben Missverhältnis zwischen Kaufpreis und Verkehrswert ausgegangen werden. Darüber hinaus habe der Käufer beachtliche Gründe vorgebracht, die die Vermutung einer verwerflichen Gesinnung erschüttern könnten. Die Klärung der streitigen Fragen könne nur im Zivilprozess erfolgen.

4 Die infolge der Zulassung statthafte (§ 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO i.V.m. § 70 Abs. 1, Abs. 2 FamFG) und auch im Übrigen zulässige (§ 71 FamFG) Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Zutreffend nimmt das Beschwerdegericht an, dass die Notarin gemäß § 53 BeurkG verpflichtet ist, den Vollzug der Kaufvertragsurkunde weiter zu betreiben.

5 1. Im Rahmen einer Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO ist nur zu prüfen, ob der Notar pflichtwidrig handelt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es nicht Aufgabe des Notars und damit nicht Aufgabe der über eine Notarbeschwerde entscheidenden Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist, über die materiellrechtliche Wirksamkeit einer beurkundeten Willenserklärung zu befinden. Die Pflicht, vollzugsreife Urkunden beim Grundbuchamt einzureichen, besteht auch dann, wenn ein Beteiligter die Wirksamkeit der zu vollziehenden Erklärungen mit beachtlichen Gründen bestreitet (vgl. Senat, Beschluss vom 19. September 2019 – V ZB 119/18, NJW 2020, 610 Rn. 16, 40; Beschluss vom 5. Februar 2020 – V ZB 6/20, juris Rn. 6 f.). Der Beteiligte kann solche Einwendungen mit Aussicht auf Erfolg nur beim Prozessgericht geltend machen (vgl. Senat, Beschluss vom 19. September 2019 – V ZB 119/18, NJW 2020, 610 Rn. 45). Der Notar hat von dem Vollzug einer notariellen Urkunde nur dann abzusehen, wenn die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts für ihn ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennbar, also evident ist (vgl. Senat, Beschluss vom 19. September 2019 – V ZB 119/18, NJW 2020, 610 Rn. 19 f.).

6 2. Eine evidente Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts liegt hier offensichtlich nicht vor.

7 a) Es ist nicht evident, dass der beurkundete Kaufvertrag wegen fehlender Beurkundung einer vertraglichen Nebenabrede nach § 125 Satz 1 BGB nichtig ist. Der Käufer

macht geltend, dass sein Versprechen lediglich aus Freundschaft, also ohne Rechtsbindungswillen erfolgt sei; zudem ist er in seiner E-Mail vom 16. April 2020 der Darstellung der Verkäuferin insgesamt und damit entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde auch ihrer Einlassung, er habe ihren Wunsch auf schriftliche Fixierung des Versprechens abgelehnt, entgegengetreten. Die Klärung des streitigen Vortrags und auch der mit der Rechtsbeschwerde geltend gemachten Zweifel an der Glaubwürdigkeit der Einlassung des Käufers kann nur vor den Zivilgerichten erfolgen.

8 b) Auch eine evidente Nichtigkeit des Vertrags nach § 138 Abs. 1 BGB liegt nicht vor.

9 aa) Der diesbezügliche Einwand der Verkäuferin ist ungeachtet dessen zu berücksichtigen, dass er erstmals mit der Beschwerde vorgebracht worden ist. Die Beschwerde kann auf neue Tatsachen gestützt werden (§ 65 Abs. 3 FamFG i. V.m. § 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO). Unabhängig davon hat das Beschwerdegericht die Beschwerde wie ein Erstgericht auf alle Gründe zu prüfen, die ihr zum Erfolg verhelfen können (vgl. § 68 Abs. 3 Satz 1 FamFG sowie dazu BGH, Beschluss vom 21. November 2012 – XII ZB 306/12, NJW-RR 2013, 193 Rn. 11); dabei hat es auch nach der Entscheidung des Notars bekanntgewordene Umstände zu berücksichtigen (so auch BeckOK BNotO/Sander [31.07.2021], § 15 BNotO Rn. 136 f.). Dieser sich aus der Verweisung in § 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO auf das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergebende Prüfungsumfang korrespondiert mit dem Zweck der Beschwerde nach § 15 Abs. 2 Satz 1 BNotO, der Durchsetzung des Anspruchs des Beschwerdeführers auf Vornahme bzw. Nichtvornahme der notariellen Amtstätigkeit (vgl. hierzu *Preuß*, DNotZ 2010, 265, 279, vgl. auch *Frenz/Miermeister/Frenz*, BNotO, 5. Aufl., § 15 Rn. 45; BeckOK BNotO/Sander [31.07.2021], BNotO § 15 Rn. 137).

10 bb) Entgegen der Auffassung der Verkäuferin lassen der von ihr vorgelegte Bescheid des Finanzamts und das von ihr eingeholte Verkehrswertgutachten nicht ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennen, dass es sich bei dem Kaufvertrag um ein wucherähnliches Rechtsgeschäft handelt.

11 Das folgt bereits daraus, dass ein wucherähnliches Rechtsgeschäft nicht allein aus einem objektiven Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung abgeleitet werden kann. Ein gegenseitiger Vertrag ist als wucherähnliches Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung ein auffälliges Missverhältnis besteht und außerdem mindestens ein weiterer Umstand hinzukommt, der den Vertrag bei Zusammenfassung der subjektiven und der objektiven Merkmale als sittenwidrig erscheinen lässt. Dies ist ins-

besondere der Fall, wenn eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten hervorgetreten ist. Ist das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besonders grob, lässt dies zwar den Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten zu; hierbei handelt es sich aber lediglich um eine tatsächliche Vermutung (vgl. Senat, Urteil vom 9. Oktober 2009 – V ZR 178/08, NJW 2010, 363 Rn. 12 ff.), die erschüttert werden kann.

12 Hinzu kommt, dass der behauptete Verkehrswert eines Grundstücks durch die Vorlage von Gutachten oder Bescheiden für den Notar kaum jemals zweifelsfrei feststehen wird. Denn er kann nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit nachvollziehen, dass die darin getroffenen Einschätzungen zum Wert zutreffend sind; eine solche Klärung ist nur innerhalb eines Zivilverfahrens vor den ordentlichen Gerichten möglich. Bescheide oder Gutachten über den Wert eines verkauften Grundstücks sind daher grundsätzlich ungeeignet, die evidente Unwirksamkeit eines über dieses Grundstück geschlossenen Kaufvertrags unter dem Gesichtspunkt eines wucherähnlichen Rechtsgeschäfts gegenüber dem Notar zu belegen; er muss sie daher im Rahmen seiner Vollzugstätigkeit nach § 53 BeurkG nicht prüfen. Entsprechendes gilt für das Beschwerdegericht, das im Rahmen einer Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO nur zu entscheiden hat, ob der Notar pflichtwidrig handelt.

## Haftung des Notars bei unzutreffender Auskunft zu § 23 EStG

StG § 23 Abs. 1 S.1 Nr. 1, BNotO § 19 Abs. 1 S.1

**Amtlicher Leitsatz:**

**Zur Haftung des Notars bei unzutreffender Auskunft über die Steuerpflicht gemäß § 23 EStG bei der Veräußerung von Grundstücken.**

**OLG Köln (7. Zivilsenat),**

**Beschluss vom 12.07.2021 – 7 U 139/20**

### I. Aus den Gründen:

1 Die zulässige Berufung hat nach der einstimmigen Überzeugung des Senates keine Aussicht auf Erfolg. Es ist nicht ersichtlich, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung beruht, § 546 ZPO, oder nach § 529 ZPO zugrundezulegenden Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen, § 513 Abs. 1 ZPO. Die Sache hat auch weder grundsätzliche Bedeutung noch ist eine Entscheidung des

Senats durch Urteil zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich, weswegen der Senat beabsichtigt, eine Entscheidung durch Beschluss zu treffen, § 522 Abs. 2 ZPO.

2 Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Beklagten gegen das angefochtene Urteil hat in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht und mit insgesamt überzeugender Begründung, der sich der Senat in vollem Umfange anschließt, hat das Landgericht den Beklagten zur Zahlung von 48.972,05 EUR nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.05.2019 verurteilt. Der der Klägerin durch das Urteil zuerkannte Anspruch ergibt sich, worauf das Landgericht zu Recht erkannt hat, aus § 19 Abs. 1 S. 1 BNotO.

3 Die hiergegen von dem Beklagten mit der Berufungsbegründung erhobenen Einwendungen haben keinen Erfolg.

4 1. Entgegen der vom Beklagten vertretenen Auffassung weist die Beweiswürdigung des Landgerichts keine Rechtsfehler auf. Nur wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen (§ 529 Abs. 1 S. 1 ZPO) und aus Sicht des Senats eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür begründen, dass sich bei erneuter Beweiserhebung die Unrichtigkeit der Feststellungen herausstellt, hat der entsprechende Berufungsangriff Erfolg und gebietet die Erneuerung der Beweisaufnahme (OLG Hamm Ur. v. 9.6.2020 – 28 U 65/19, BeckRS 2020, 18028 Rn. 24, beck-online). Bloß subjektive Zweifel, lediglich abstrakte Erwägungen oder Vermutungen der Unrichtigkeit ohne greifbare Anhaltspunkte wollte der Gesetzgeber dagegen ausschließen (vgl. BGH, Ur. vom 08.06.2004 – VI ZR 230/03, juris Rn. 13, 16 mwN).

5 Derartige konkrete Anhaltspunkte ergeben sich jedoch aus dem Vorbringen des Beklagten in der Berufungsbegründung nicht. Der Senat ist deshalb gemäß § 529 Abs. 1 ZPO an die vom Landgericht als Ergebnis seiner Beweiswürdigung festgestellte Tatsachengrundlage gebunden und hat diese gemäß § 529 ZPO seiner Entscheidung zugrunde zu legen.

6 Zum einen begegnet es keinen Bedenken, dass sich die Aussagen der Zeugen A und B, bezogen auf das Kerngeschehen, inhaltlich entsprechen. Es liegt keine solche umfangreiche Übereinstimmung vor, dass von abgesprochenen Zeugenaussagen ausgegangen werden könnte oder müsste. So hat die Zeugin B ausgesagt, der Beklagte habe sinngemäß geäußert, das würde die Klägerin nicht betreffen, weil die Frist abgelaufen sei. Der Zeuge A hingegen hat bekundet, der Beklagte habe sinngemäß nach dem Hinweis auf die Spekulationssteuer geäußert: „Das trifft ja dann auf Sie nicht zu.“ Beide Aussagen entsprechen sich zwar inhaltlich zum Kerngeschehen, was sich nachvollziehbar daraus erklärt, dass die beiden Zeugen

Teilnehmer derselben Beurkundung waren. Die Aussagen sind aber in der Schilderung der sonstigen Umstände und auch in der Wortwahl nicht derart übereinstimmend, dass auch nur der Verdacht von miteinander abgesprochenen Aussagen bestünde. Gegen eine Absprache spricht auch, dass die Zeugen ersichtlich kein eigenes Interesse am Ausgang des Rechtsstreites haben. Die Zeugen haben von der Klägerin die Wohnung bereits zu Eigentum erworben und sind dementsprechend nunmehr weder wirtschaftlich noch aufgrund privater Beziehungen von der Klägerin oder deren Wohlverhalten ihnen gegenüber abhängig. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass die Zeugen „im Lager der Klägerin“ stehen. Auch dass die Zeugen noch nach einem Zeitraum von mehr als 3 Jahren konkrete Erinnerungen an den Verlauf des Beurkundungstermins hatten, verwundert in Anbetracht der wirtschaftlichen Bedeutung des Termins für die Zeugen nicht. Es handelt sich um ein isoliertes, einmaliges Ereignis, welches für die Lebensführung und die wirtschaftlichen Verhältnisse der Zeugen erhebliche Bedeutung hatte.

**7** Anders als der Beklagte meint, spricht auch nicht gegen die Zeugen, dass diese sich an die Erörterungen betreffend die Spekulationssteuer noch erinnerten, obwohl diese Frage lediglich die Klägerin und nicht sie selbst betraf. Es ist nachvollziehbar, dass die Zeugen sich dieses Thema gerade deshalb bewusst machten, um sich den möglichen Anfall einer Spekulationssteuer für den Fall einer eigenen Verkaufsabsicht binnen eines Zeitraums von 10 Jahren zu merken.

**8** Den von dem Beklagten unter Z. 3 der Berufungsbeurkundung (Seite 4 der Berufungsbegründung, Bl. 78 GA) konstruierten Widerspruch in der Aussage des Zeugen A vermag der Senat nicht zu erkennen. Entgegen der vom Beklagten vertretenen Auffassung hat der Zeuge nicht ausgesagt, dass ein konkretes Datum thematisiert worden wäre. Er hat vielmehr ausgesagt, dass ein Verweis darauf erfolgt sei, „dass das Datum des Verkaufs der Wohnung ja außerhalb der Zehnjahresfrist liegen würde.“ Ein konkretes Datum wurde von dem Zeugen in diesem Zusammenhang laut dem Protokoll der Beweisaufnahme gerade nicht genannt.

**9** 2. Ebenfalls beanstandungsfrei ist das Landgericht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zu dem Schluss gelangt, es könne ausgeschlossen werden, dass der Vertrag ohne die aufgrund der geschilderten Zeugenaussagen bewiesene fehlerhafte Aussage des Beklagten zu Stande gekommen wäre. Soweit der Beklagte sich in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung des OLG Saarbrücken, Urte. v. 15.11.2005 – 4 U 489/04, BeckRS 2006, 903, beck-online beruft, verkennt er, dass in dem dortigen Fall die Kläger unabhängig vom beurkundenden Notar rechtzeitig durch einen Dritten, einem von ihnen mit der Prüfung des

Vertragsentwurfs beauftragten Rechtsanwalt, „ausführlich, korrekt und umfassend über alle rechtlich relevanten Aspekte des Vertrages aufgeklärt“ (so OLG Saarbrücken Urte. v. 15.11.2005 – 4 U 489/04, BeckRS 2006, 903 Rn. 34, beck-online) worden waren und der von ihnen eingeschaltete Rechtsanwalt den dortigen Klägern auch die bestehenden Möglichkeiten der Abhilfe für die von ihm gesehenen Risiken rechtzeitig ausführlich mitgeteilt hatte.

**10** Der Fall unterscheidet sich mithin deutlich von dem hier vorliegenden, in dem der Beklagte nicht eine Aufklärung unterlassen, sondern eine falsche Auskunft erteilt hat. Gerade in der unrichtigen, nicht in der unterlassenen Auskunft des Beklagten liegt die Amtspflichtverletzung. Der Senat schließt sich der Auffassung des Landgerichts an, wonach es der Lebenserfahrung entspricht, dass die Klägerin für den Fall, dass ihr die falsche Auskunft nicht erteilt worden wäre, wegen der Bedeutung der Steuerlast im Termin nochmals sicherheitshalber nachgefragt und dann bei zutreffender Auskunft die Beurkundung abgebrochen hätte, wie dies die Klägerin auch im Rahmen ihrer Parteivernehmung bekundet hat. Rechtsfehler vermag der Senat in dieser Würdigung seitens des Landgerichts nicht zu erkennen.

**11** Der Senat schließt sich auch der lebensnahen Würdigung des Landgerichtes an, soweit dieses im angefochtenen Urteil davon ausgegangen ist, dass die Beurkundung des Kaufvertrages hätte verschoben werden können. In Anbetracht des hier vorliegenden Sachverhalts, bei dem die Mieter das von ihnen selbst bereits bewohnte Objekt erwerben wollten, mithin nicht die Kündigung eines anderen Mietverhältnisses und ein fester Auszugstermin im Raume standen, ist nicht ersichtlich, weshalb es in Anbetracht der Höhe der drohenden Spekulationssteuer nicht zu einer Verschiebung um wenige Wochen hätte kommen können.

**12** Auch ein haftungsausschließendes Mitverschulden der Klägerin hat das Landgericht zu Recht nicht angenommen. Denn selbst wenn der Klägerin unstreitig die Thematik des Anfalls der Spekulationssteuer allgemein bekannt war, konnte sie sich darauf verlassen, dass eine ihr im Notartermin erteilte Auskunft des Beklagten richtig sein würde. Wie bereits vorstehend ausgeführt, liegt die Amtspflichtverletzung des Beklagten nicht in einer unterlassenen Aufklärung, so dass es nicht darauf ankommt, ob er zu einem Hinweis im Hinblick auf die Spekulationssteuer verpflichtet war, sondern in einer erteilten, jedoch der Sache nach unrichtigen Auskunft, die die Klägerin von weiteren Nachfragen abhielt.

**13** 3. Zu Recht hat das Landgericht schließlich auch das Vorliegen der Voraussetzungen eines Haftungsausschlusses nach § 839 Abs. 3 BGB bzw. einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit nach § 839 Abs. 1 S. 2 BGB, jeweils i.V.m. § 19 Abs. 1 S. 3 BNotO, verneint.

14 Der Beklagte ist insoweit der Auffassung, aufgrund der nach dem Kaufvertrag notwendigen Genehmigung des Hausverwalters sei der Vertrag bis zur Erteilung der Zustimmung gemäß § 12 Abs. 3 S. 1 WEG schwebend unwirksam gewesen. Bei der Berechnung der Frist des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG sei daher nicht auf den Zeitpunkt des schuldrechtlichen Geschäfts abzustellen, sondern auf den Zeitpunkt der Genehmigung, eine Rückwirkung scheidet aus. Der Beklagte meint deshalb, die Klägerin habe erfolgversprechend Einspruch gegen den ihr gegenüber ergangenen Steuerbescheid einlegen können. Soweit der von ihr beauftragte Steuerberater diese Möglichkeit als ungeeignet verworfen habe, habe der Klägerin sodann ein Schadensersatzanspruch gegen ihren Steuerberater zugestanden, der eine anderweitige Ersatzmöglichkeit im Sinne des § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO darstelle.

15 Dieser Auffassung des Beklagten kann nicht gefolgt werden.

16 Notwendige privatrechtliche Genehmigungen nicht am Urkundsgeschäft Beteiligten wirken in aller Regel auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäftes zurück, so dass auch die Genehmigung nach § 12 WEG rückwirkend zum Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäftes die Steuerpflicht begründet, jedenfalls dann, wenn sie zeitnah zum Abschluss des Rechtsgeschäftes beantragt wurde (vergleiche BeckNotar-HdB, § 29. Steuerrecht für Notare Rn. 157, 159 beck-online). Denn im Sinne des § 23 EStG zivilrechtlich wirksam sind auch Erklärungen, die unter einer Bedingung abgegeben wurden. Ein aufschiebend bedingtes Rechtsgeschäft wird zwar erst mit dem Eintritt der Bedingung voll wirksam, bindet jedoch die Beteiligten bereits mit der Abgabe übereinstimmender Erklärungen. Demzufolge ist es unerheblich, wenn die Bedingung erst nach Ablauf der Haltefrist eintritt, denn die Vertragspartner konnten sich schon vor Eintritt der Bedingung nicht mehr einseitig lösen. In diesen Fällen kommt es deshalb auf den Zeitpunkt der Einigung an (vgl. BFH IX R 23/13 v. 10.2.15, BStBl II 15, 487; so Blümich/Ratschow, 156. EL März 2021, EStG § 23 Rn. 168, 169).

17 Anderes gilt nur für den Fall, dass es sich um eine notwendige privatrechtliche Genehmigung eines an dem Rechtsgeschäft Beteiligten handelt. In diesem Falle hat der Beteiligte es in der Hand, sich durch die Verweigerung der Genehmigung noch einseitig vom Rechtsgeschäft zu lösen. Dies ist jedoch in dem hier vorliegenden Fall der notwendigen privatrechtlichen Genehmigung einer Hausverwaltung gemäß § 12 WEG nicht gegeben. Der Klägerin selbst stand eine einseitige Lösungsmöglichkeit vom notariellen Kaufvertrag nach der Beurkundung nicht zur Verfügung.

## Anmerkung:

Aktuell mehren sich Entscheidungen zu falschen Auskünften von Rechtsanwälten und Notaren im Rahmen der sachlichen Steuerpflicht privater Veräußerungsgeschäfte gemäß §§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 7, 22 Nr. 2, 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG. Die vorstehende Entscheidung des OLG Köln zeigt wie schmerzhaft und teuer der kurze und nebenbei ausgesprochene Satz des Notars „Das trifft ja dann auf Sie nicht zu“ werden kann. Neben den steuerrechtlichen Mitwirkungs- und Anzeigepflichten sind die Belehrungspflichten des Notars im Steuerrecht sehr begrenzt. Die Rspr des BGH hat die steuerlichen Folgen als außerhalb der „rechtlichen Tragweite des Geschäfts“ i.S.d. § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG liegend eingeordnet.<sup>1</sup> Anders ist dies aber v.a. dann, wenn den Notar ohnehin eine Anzeigepflicht beim Finanzamt trifft. Daher muss er etwa auf das mögliche (abstrakte) Entstehen von Schenkungsteuer hinweisen.<sup>2</sup> Bzgl. der Reichweite der Belehrungspflichten im Rahmen des § 23 EStG hat der BGH<sup>3</sup> bereits im Jahre 1989 entschieden, dass ein Notar, der vor oder während der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages davon Kenntnis erhält, dass der Verkäufer das Grundstück vor weniger als zwei Jahren erworben hat und die Anschaffungskosten unter dem Verkaufspreis liegen, den Verkäufer grundsätzlich auf die Gefahr der Versteuerung eines Spekulationsgewinns hinzuweisen hat. Dies muss umso mehr gelten, als man sich dem Ende der sog. Spekulationsfrist von 10 Jahren nähert. Eine aktive Recherchepflicht oder Pflicht zur Nachfrage trifft den Notar aber nicht.<sup>4</sup> Darüber hinaus bietet es sich an, in allen Veräußerungsverträgen einen entsprechenden Belehrungshinweis aufzunehmen.

## Formulierungsvorschlag:

*Der Notar hat über die rechtliche Tragweite und Bedeutung des Geschäfts belehrt, u.a. darüber, dass – ...  
– der Notar nicht zur Beratung über die steuerlichen Folgen des Vertrages verpflichtet ist; eine solche Beratung hat er auch nicht übernommen; er hat den Erschienenen geraten, diesen Vertrag vor Unterzeichnung im Entwurf durch einen Steuerberater oder durch Fachbehörden prüfen zu lassen;*

1 Vgl. hierzu etwa BGH, NJW 2008, 1085 = DNotZ 2008, 370.

2 Vgl. Winkler, BeurkG, 17. Aufl., § 17 BeurkG, Rn. 264 unter Verweis auf die Rspr der OLG Schleswig, ZEV 2006, 221; Oldenburg, DNotZ 2010, 312 und Hamm, BeckRS 2012, 18128.

3 Vgl. BGH NJW 1989, 586 = DNotZ 1989, 452.

4 So Winkler, BeurkG, 17. Aufl., § 17 BeurkG, Rn. 266 f.

– allerdings darüber, dass bei einer Veräußerung des Grundbesitzes vor Ablauf von zehn Jahren nach Anschaffung ein privates Veräußerungsgeschäft i.S.d. Einkommensteuerrechts vorliegen kann;

– ...

Im Übrigen sollten die Beteiligten an einen Steuerberater oder das Finanzamt im Rahmen einer verbindlichen Auskunft (§ 89 AO) verwiesen werden. Dadurch werden häufige Fehlvorstellungen vermieden:

### 1. Irrtum: § 23 EStG gilt doch nur bei Kaufverträgen!

§ 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG erfasst nicht nur Kaufverträge, sondern alle Rechtsformen von Veräußerungsgeschäften, also auch Auseinandersetzungsvereinbarungen unter Mit-eigentümern und Erben.<sup>5</sup> Auch Scheidungsvereinbarungen bei vermieteten Grundbesitz können daher einkommensteuerrechtlich relevant werden. Ein vernachlässigter Umstand, der auch schon die Anwaltshaftung begründet hat.<sup>6</sup>

### 2. Irrtum: Kaufpreis = Verkaufspreis bedeutet kein Veräußerungsgewinn!

In der eingangs zitierten Entscheidung hat der BGH eine Hinweispflicht nur bei einem die Anschaffungskosten übersteigenden Kaufpreis ausgesprochen. Dies darf aber nicht dazu verleiten zu glauben, dass Veräußerungsgewinne i.S.d. § 23 Abs. 3 S. 1 EStG bei gleichen Kaufpreis ausgeschlossen sind. Hier wird nämlich eine evtl. bereits geltend gemachte Abschreibung (Afa) gem. §§ 7 Abs. 4, 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 7 EStG im Rahmen der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung (§§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 6, 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG) übersehen. Dies bringt § 23 Abs. 3 S. 4 EStG leicht versteckt zum Ausdruck.<sup>7</sup>

### 3. Irrtum: Ein häusliches Arbeitszimmer kann doch nicht schaden!

§ 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 S. 3 EStG sieht Gegenausnahmen bei privaten Veräußerungsgeschäften für Wirtschaftsgüter vor, die z.B. zwischen Anschaffung/Fertigstellung und Veräußerung ausschließlich zu eigenen Wohnzwecken genutzt wurden. Inwieweit hier die auch berufliche oder betriebliche Nutzung, z.B. durch ein häusliches Arbeitszimmer, schadet, wurde von der Finanzverwaltung in einem BMF-Schreiben beantwortet.<sup>8</sup> Insoweit findet grds. eine Aufteilung des Kaufpreises statt. Dabei ist für die Aufteilung das Verhältnis der Nutzfläche des zu anderen Zwecken genutzten Gebäudeteils zur Nutzfläche des gesamten Gebäudes maßgebend.<sup>9</sup>

5 Vgl. etwa Zenthöfer u.a., Einkommensteuer, 14. Aufl., Bd. 3, S. 946 f.

6 BGH NJW 2020, 1139 = FamRZ 2020, 553.

7 Vgl. etwa Zenthöfer u.a., Einkommensteuer, 14. Aufl. Bd. 3, S. 964 f.

8 Dies führt freilich zu keiner Bindung der Finanzgerichte.

9 Vgl. BMF vom 05.10.2000, BStBl. I 2000, 1383, Rn. 21, 32.

Darüber hinaus birgt § 23 EStG noch viele weitere Fallstricke und Zweifelsfragen, insbesondere kommt es für die steuerliche Relevanz der Veräußerung primär auf die Bindung des Veräußerers an, die auch bei fehlenden Zustimmungen (hier: § 12 WEG) und Genehmigungen (z.B. Familien-, Nachlass- oder Betreuungsgericht) besteht, wenn diese nachträglich tatsächlich erteilt werden.<sup>10</sup> Es gilt daher die Bindung des Veräußerers zu vermeiden, v.a. durch eine hier zulässige Aufspaltung der Beurkundung in Kaufangebot des Erwerbers und – nach Fristablauf – erfolgende Annahme des Veräußerers. Ohne Beteiligung eines steuerlichen Beraters gilt hier aber das alte Sprichwort: „Reden ist Silber, Schweigen ist Gold“.

Dr. Peter Becker, Notar in Schwäbisch Gmünd

## ERBRECHT

### Notarielles Nachlassverzeichnis kann an Eides Statt versichert werden

BGB §§ 2314 Abs. 1 S. 3, 260, 261

#### Amtlicher Leitsatz:

Unter den Voraussetzungen des § 260 Abs. 2 BGB ist der Erbe auch dann zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung verpflichtet, wenn die Auskunft nach § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB durch Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses erteilt worden ist. Die Versicherung an Eides statt ist nicht auf die Angaben, die im Verzeichnis als solche des Erben gekennzeichnet sind, beschränkt. Hält der Erbe Ergänzungen oder Berichtigungen des notariellen Verzeichnisses für erforderlich, ist die an Eides statt zu versichernde Formel entsprechend anzupassen (vgl. § 261 Abs. 1 BGB).

BGH (IV. Zivilsenat), Urteil vom 01.12.2021 – IV ZR 189/20

#### I. Tatbestand:

1 Der Kläger macht im Wege der Stufenklage einen Pflichtteilsanspruch gegen den Beklagten als Alleinerben des am 10. November 2010 verstorbenen Erblassers, des Vaters der Parteien, geltend und nimmt den Beklagten

10 Vgl. etwa Zenthöfer u.a., Einkommensteuer, 14. Aufl., Bd. 3, S. 951.

auf der zweiten Stufe auf Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung in Anspruch.

**2** Der Beklagte erteilte dem Kläger mit Schreiben vom 4. März 2014 Auskunft über den Nachlassbestand durch Übersendung einer „Erklärung des Erben [...] über den Nachlass nach [Erblasser]“ vom 23. Februar 2014. Durch rechtskräftiges Teil-Anerkenntnisurteil des Landgerichts wurde der Beklagte im Wege der Stufenklage verurteilt, Auskunft über den Bestand des Nachlasses des Erblassers zu erteilen, und zwar durch Vorlage eines durch einen Notar aufgenommenen Verzeichnisses, das im Einzelnen alle beim Erbfall vorhandenen Sachen und Forderungen, alle beim Erbfall vorhandenen Verbindlichkeiten und alle vom Erblasser zu seinen Lebzeiten getätigten ergänzungspflichtigen Schenkungen, insbesondere von zwei näher bezeichneten Grundstücken, umfasst.

**3** Nachdem der Beklagte mit Schriftsatz vom 25. November 2016 ein auf seine Veranlassung erstelltes notarielles Nachlassverzeichnis vom 11. Oktober 2016 vorgelegt hatte, hat der Kläger auf der zweiten Stufe beantragt, den Beklagten zu verurteilen, vor der zuständigen Stelle die Richtigkeit der Angaben im notariellen Verzeichnis an Eides statt zu versichern.

**4** Durch weiteres Teilurteil hat das Landgericht die Klage auf der zweiten Stufe abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht unter Abweisung der Klage auf der zweiten Stufe im Übrigen und Zurückweisung der weitergehenden Berufung das erstinstanzliche Teilurteil abgeändert und den Beklagten verurteilt, an Eides statt zu versichern, dass der Aktiv- und Passivbestand des Nachlasses des Erblassers einschließlich der Schenkungen in seinen letzten zehn Lebensjahren und der ausgleichspflichtigen Zuwendungen in dem notariellen Nachlassverzeichnis vom 11. Oktober 2016, soweit die Angaben im Verzeichnis als solche des Beklagten gekennzeichnet sind, so vollständig als möglich und nach bestem Wissen angegeben ist, als er dazu imstande war. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Antrag auf Abgabe einer sämtliche Angaben im notariellen Nachlassverzeichnis umfassenden eidesstattlichen Versicherung weiter, während der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Teilurteils erstrebt.

## ► II. Aus den Gründen:

**5** Die Revision des Klägers hat Erfolg, diejenige des Beklagten ist weitgehend unbegründet. Soweit die Revisionen Erfolg haben, ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

**6** Nach Auffassung des Berufungsgerichts kann der Pflichtteilsberechtigte nach – hier vorliegender – Erfüllung des Auskunftsanspruchs unter den Voraussetzungen des § 260 Abs. 2 BGB eine eidesstattliche Versicherung des Erben auch im Falle eines notariellen Nachlassverzeichnisses im Sinne des § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB verlangen. Gegenstand der eidesstattlichen Versicherung des Erben könnten angesichts seiner eigenen Pflicht zur wahrheitsgemäßen und vollständigen Auskunft auch gegenüber dem Notar die Angaben des Erben zum Nachlassbestand sein, wenn und soweit sie als solche gekennzeichnet und vom Notar in das Verzeichnis aufgenommen worden seien. Der beschränkte Umfang der eidesstattlichen Versicherung werde einerseits Systematik sowie Sinn und Zweck der §§ 2314, 260 Abs. 2 BGB im Hinblick auf die Pflichten des Erben zur wahrheitsgemäßen und vollständigen Auskunft auch gegenüber dem Notar gerecht. Andererseits werde dadurch ausreichend berücksichtigt, dass das Gesamtverzeichnis von dem Notar verantwortet werde und auch auf dessen eigenständigen Ermittlungen beruhe und das Verzeichnis letztlich nicht in der Entscheidungsmacht und Verantwortung des Erben liege. Die Voraussetzungen des § 260 Abs. 2 BGB seien gegeben, da Grund zur Annahme bestehe, dass die Auskünfte des Beklagten gegenüber dem Notar nicht mit der erforderlichen Sorgfalt erfolgt seien. Der Beklagte habe in dem von ihm aufgestellten Verzeichnis vom 23. Februar 2014 eine Summe von 342.528,40 € auf einem Bankkonto des Erblassers bei der B. Bank nicht angegeben, obwohl er am 6. März 2014, also nur zwei Tage nach Übersendung des Nachlassverzeichnisses, mit der Lebensgefährtin des Erblassers und deren Tochter eine Auseinandersetzungsvereinbarung über die Aufteilung dieses Bankguthabens getroffen habe. Es liege die Annahme nahe, dass er sich bereits am 4. März 2014 bewusst gewesen sei, dass mindestens etwa ein Drittel dieses Betrages in die Erbmasse fallen dürfte. Er habe auch nicht etwa von sich aus unmittelbar nach dem 6. März 2014 eine ergänzende Auskunft an den Kläger gesandt. Dies sei aber im Rahmen einer sorgfältigen Auskunftserteilung zu erwarten gewesen. Auch in der Klageerwiderung vom 26. Februar 2015 finde sich die Summe dieses Bankkontos nicht wieder. Soweit das Bankkonto zwar im notariellen Nachlassverzeichnis aufgeführt werde, habe der Notar aber angegeben, dass seine Erkenntnisse nicht etwa vom Beklagten, sondern aus einer Übersicht der B. Bank und einem Schreiben des Testamentsvollstreckers stammten. Soweit erkennbar, habe der Beklagte dem Kläger bis heute schließlich nicht mitgeteilt, ob das Konto endgültig auseinandergesetzt worden sei und welcher Betrag unter Berücksichtigung der laut Auseinandersetzungsvereinbarung noch abzuführenden Steuern von etwa 30.000 € genau in den

Nachlass falle. Auch hier sei zu erwarten gewesen, dass der Beklagte den Kläger von der endgültigen Summe unterrichtete.

7 Die Revision des Klägers ist begründet.

8 Zu Unrecht hat das Berufungsgericht angenommen, der Anspruch des Pflichtteilsberechtigten gegen den Erben auf Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung nach § 260 Abs. 2 BGB sei bei Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses im Sinne des § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB auf die Angaben beschränkt, die als solche des Erben gekennzeichnet sind. Vielmehr steht dem Pflichtteilsberechtigten ein unbeschränkter Anspruch auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung zu. Etwaige vom Erben für erforderlich gehaltene Berichtigungen oder Ergänzungen des notariellen Verzeichnisses sind bei der Fassung der Formel der eidesstattlichen Versicherung zu berücksichtigen (vgl. § 261 Abs. 1 BGB).

9 1. Ob der Pflichtteilsberechtigte vom Erben unter den Voraussetzungen des § 260 Abs. 2 BGB die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung auch dann verlangen kann, wenn die Vollständigkeit der Angaben in einem notariellen Nachlassverzeichnis (§ 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB) an Eides statt versichert werden soll, ist umstritten.

10 a) Eine Auffassung geht davon aus, dass ein notarielles Nachlassverzeichnis nicht Gegenstand einer eidesstattlichen Versicherung sein könne, weil es in der Regel keine eigenen Erklärungen des Auskunftspflichtigen, die zu versichern wären, enthalte (vgl. *Damm*, notar 2016, 219, 222 f.; ders., Notarielle Verzeichnisse in der Praxis, 2018, § 1 Rn. 53 und § 2 Rn. 197 f.). Vielmehr handele es sich um die Bestandserklärung des Notars, der für deren Inhalt alleine verantwortlich sei (vgl. *Damm*, Notarielle Verzeichnisse in der Praxis 2018 § 1 Rn. 53; vgl. auch *Ahrens*, ErbR 2009, 248, 252 f.; *Damm* aaO). Systematisch stünden der Anspruch auf Erstellung eines privaten und eines notariellen Nachlassverzeichnisses selbständig nebeneinander. Dabei verweise § 2314 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BGB auf § 260 BGB. Dieser Verweis finde sich jedoch in dem folgenden § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB nicht, weswegen § 260 Abs. 2 BGB beim notariellen Verzeichnis nicht gelte (vgl. *Damm*, notar 2016, 219, 223; ders., Notarielle Verzeichnisse in der Praxis, 2018 aaO).

11 b) Nach der überwiegenden Auffassung kann hingegen auch bei Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses eine Verpflichtung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung bestehen. Deren Gegenstand seien aber nur die Angaben, die der Notar in dem Verzeichnis als solche des auskunftspflichtigen Erben gekennzeichnet hat und nicht das Verzeichnis insgesamt (vgl. KG ErbR 2016, 278 unter II 1 b [juris Rn. 25, 27 ff.]; BeckOGK/*Blum/Heuser*, BGB § 2314 Rn. 84 [Stand: 15. Juni 2021]; BeckOK BGB/*Müller-Engels*, § 2314 Rn. 32 [Stand: 1. Au-

gust 2021]; *Horn* in Burandt/Rojahn, BGB 3. Aufl. § 2314 Rn. 60; jurisPK-BGB/*Birkenheier*, 9. Aufl. § 2314 Rn. 102 [Stand: 2. November 2021]; *Bock* in Kroiß/Ann/Mayer, BGB 5. Aufl. § 2314 Rn. 27a; MünchKomm-BGB/*Lange*, 8. Aufl. § 2314 Rn. 29; *Heinze*, RNotZ 2019, 260, 261; *Kurth*, ZErB 2018, 293, 296; *Schönenberg-Wessel*, NotBZ 2018, 204, 207). Auch beim notariellen Nachlassverzeichnis handele es sich um eine Auskunftserteilung durch den Erben. Ohne dessen Mitwirkung könne der Notar das Verzeichnis nicht errichten. Die „Verantwortung“ des Notars entbinde den Erben nicht von dessen eigener Verantwortung (vgl. *Heinze* aaO 260 f.). Der Unterschied zwischen dem notariellen und privaten Verzeichnis bestehe lediglich in der Form, nicht im Inhalt. Bestehe indes ein weitgehender Gleichlauf, so sei es konsequent, auch die Nebenansprüche und Nebenrechte als gleichlaufend zu betrachten (vgl. *Heinze* aaO 261). Im Übrigen werde die Schwächung des notariellen Nachlassverzeichnisses, das im Rahmen des § 2314 BGB als das stärkere, höhere Richtigkeitsgewähr erbringende Auskunftsmittel angesehen werde, bei fehlender Möglichkeit zur Forderung einer eidesstattlichen Versicherung in der Regel nicht durch den Vorteil der notariellen Ermittlungspflicht aufgewogen (KG aaO unter II 1 b [juris Rn. 28-30]). Jedoch könne dem Erben nicht zugemutet werden, eine Versicherung an Eides statt bezüglich solcher Teile des notariellen Nachlassverzeichnisses abzugeben, deren Inhalt er nicht beeinflussen konnte (vgl. KG aaO unter II 1 b [juris Rn. 26]; jurisPK-BGB/*Birkenheier* aaO).

12 c) Dagegen hat der Erbe nach einer dritten Auffassung eine eidesstattliche Versicherung abzugeben, die sämtliche Angaben im notariellen Nachlassverzeichnis umfasst (vgl. *Jahreis*, AnwZert ErbR 11/2016 Anm. 2 unter C; *Schneider*, ZEV 2017, 102, 103; *Weidlich*, ZEV 2017, 241, 246; ders. in Palandt, BGB 80. Aufl. § 2314 Rn. 7; wohl auch *Schindler*, BWNotZ 2004, 73, 74; vgl. auch *Weidlich*, ErbR 2013, 134, 140; *Zimmer*, ZEV 2008, 365, 368 f. und NotBZ 2005, 208, 211, der sich jedoch gegen eine eigene Ermittlungspflicht des Notars ausspricht). Der Erbe erfülle mit dem notariellen Nachlassverzeichnis eine eigene Auskunftspflicht, so dass er sich das Verzeichnis bei dessen Verwendung zurechnen lassen müsse (vgl. *Jahreis* aaO; *Schneider* aaO; *Weidlich*, ZEV 2017, 241, 246). Lege der Erbe dem Pflichtteilsberechtigten das notarielle Nachlassverzeichnis vor, obwohl er mit dessen Inhalt nicht einverstanden sei, habe er dies dem Pflichtteilsberechtigten mitzuteilen. Eine eidesstattliche Versicherung sei dann unter Abänderung der an Eides statt zu versichernden Formel (§ 261 Abs. 1 BGB) mit den vom Erben für erforderlich gehaltenen Ergänzungen und Berichtigungen abzugeben. Dadurch werde dem berechtigten Informationsbedürfnis des Auskunftsberechtigten im Rahmen des Möglichen entsprochen, ohne dass

der Erbe damit überfordert wäre (vgl. *Weidlich*, ZEV 2017, 241, 246 f.).

**13 2.** Die zuletzt genannte Auffassung trifft zu. Unter den Voraussetzungen des § 260 Abs. 2 BGB ist der Erbe auch dann zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung verpflichtet, wenn die Auskunft nach § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB durch Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses erteilt worden ist. Eine Beschränkung der Versicherung an Eides statt auf die Angaben, die im Verzeichnis als solche des Erben gekennzeichnet sind, erfolgt nicht. Hält der Erbe Ergänzungen oder Berichtigungen des notariellen Verzeichnisses für erforderlich, ist die an Eides statt zu versichernde Formel entsprechend anzupassen (vgl. § 261 Abs. 1 BGB).

**14 a)** Für eine unbeschränkte eidesstattliche Versicherung sprechen bereits der Wortlaut und die Systematik der §§ 2314 Abs. 1, 260 Abs. 1 und 2 BGB.

**15 aa)** Nach § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB kann der Pflichtteilsberechtigte „auch“ verlangen, dass „das Verzeichnis“ durch einen Notar aufgenommen wird. Aus § 2314 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB ergibt sich, dass es sich hierbei um ein Bestandsverzeichnis im Sinne des § 260 Abs. 1 BGB handelt (vgl. *Heinze*, RNotZ 2019, 260, 261; a.A. *Damm*, notar 2016, 219, 223; ders., Notarielle Verzeichnisse in der Praxis, 2018, § 1 Rn. 53 und § 2 Rn. 197). Denn nach § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB hat der Erbe dem Pflichtteilsberechtigten auf Verlangen über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu erteilen. Nach § 260 Abs. 1 BGB ist dieser Auskunftsanspruch dadurch zu erfüllen, dass der Erbe dem Pflichtteilsberechtigten ein Verzeichnis des Bestandes vorlegt (vgl. BGH, Urteil vom 2. November 1960 – V ZR 124/59, BGHZ 33, 373 unter II 1 und 2 [juris Rn. 11 f.]). Dies wird durch § 2314 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BGB bestätigt. Danach kann der Pflichtteilsberechtigte verlangen, dass er bei der Aufnahme des ihm „nach § 260 vorzulegenden Verzeichnisses der Nachlassgegenstände“ zugezogen wird. Indem § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB im Anschluss hieran „das Verzeichnis“ nennt, nimmt er auf das zuvor in § 2314 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB genannte Verzeichnis im Sinne des § 260 Abs. 1 BGB Bezug (vgl. *Heinze* aaO). Mit Blick darauf ist ein ausdrücklicher Verweis in § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB auf § 260 BGB nicht erforderlich (a.A. *Damm* jeweils aaO).

**16 bb)** Nach § 260 Abs. 2 BGB ist der Verpflichtete zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung verpflichtet, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass das Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt worden ist. Dabei unterscheidet der Wortlaut des § 260 Abs. 2 BGB nicht danach, wer das Verzeichnis aufgestellt hat, sondern ist im Passiv formuliert (vgl. auch *Heinze*, RNotZ 2019, 260, 263), sodass auch das vom Notar erstellte Nachlassverzeichnis vom Wortlaut erfasst wird.

**17** Dem steht nicht entgegen, dass nach der Formel der eidesstattlichen Versicherung der Verpflichtete zu Protokoll an Eides statt zu versichern hat, dass „er“ nach bestem Wissen den Bestand so vollständig „angegeben“ habe, als „er“ dazu imstande sei. Zwar setzt § 260 BGB eine eigene Auskunft des Schuldners voraus, da die Auskunftserteilung als Wissenserklärung höchstpersönlicher Natur und vom Verpflichteten in Person zu erfüllen ist (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juni 2014 – VIII ZR 4/13, WuM 2014, 558 Rn. 27; Beschluss vom 28. November 2007 – XII ZB 225/05, NJW 2008, 917 Rn. 12 f.). Die Hinzuziehung von Hilfspersonen wird dadurch aber grundsätzlich nicht ausgeschlossen und kommt z.B. in Betracht, wenn der Verpflichtete andernfalls zu einer sachgerechten Auskunftserteilung nicht in der Lage ist (vgl. BGH, Beschluss vom 28. November 2007 aaO Rn. 15). Erforderlich ist allerdings die Feststellung, dass der Verpflichtete die vorgelegte Auskunft als eigene Erklärung abgeben will (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juni 2014 aaO Rn. 27 f.; Beschluss vom 28. November 2007 aaO Rn. 15, 18). Nach diesen Grundsätzen handelt es sich um eine eigene Auskunft des Erben, wenn er – wie hier der Beklagte – das vom Notar erstellte Verzeichnis zur Erfüllung des gegen ihn nach § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB bestehenden Auskunftsanspruchs vorlegt und sich dieses dadurch zu eigen macht (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juni 2014 aaO; Beschluss vom 28. November 2007 Rn. 15; vgl. auch BGH, Beschluss vom 12. Juni 2014 – I ZB 37/13, MDR 2014, 1342 Rn. 8; *Schreiner*, RNotZ 2008, 61, 76).

**18 b)** Die Entstehungsgeschichte des § 2314 Abs. 1 BGB steht – anders als der Beklagte meint – einer Verpflichtung zur Abgabe einer unbeschränkten eidesstattlichen Versicherung nicht entgegen. Zwar weist der Beklagte zutreffend darauf hin, dass im Gesetzgebungsverfahren die Erste Kommission zunächst nur ein privates Nachlassverzeichnis mit einem unbeschränkten Anspruch auf eidliche Versicherung der Richtigkeit des Verzeichnisses vorsah (vgl. Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung, amtliche Ausgabe, 1888, § 777 und § 1988; vgl. auch Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band V, Erbrecht, Amtliche Ausgabe, 1888, S. 409 f.; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Amtliche Ausgabe, 1888, S. 893 f.); richtig ist auch, dass erst die Zweite Kommission das notarielle Nachlassverzeichnis regelte (vgl. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, bearbeitet von *Achilles*, *Spahn* und *Gebhard*, Band V, Erbrecht, 1899, S. 520) sowie den Anspruch auf einen Offenbarungseid dahingehend einschränkte, dass konkrete Richtigkeitszweifel vorliegen

müssen (vgl. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, bearbeitet von *Achilles, Spahn und Gebhard*, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, S. 786 ff.). Entgegen der Auffassung des Beklagten hat die Zweite Kommission dadurch aber nicht zum Ausdruck gebracht, dass schon die Aufnahme des Verzeichnisses durch den Notar die erforderliche inhaltliche Kontrolle gewährleiste. Den Anspruch des Pflichtteilsberechtigten auf Auskunftserteilung durch Vorlage eines amtlichen Verzeichnisses hat der Gesetzgeber allein damit begründet, dass es sich dabei um die für die Inventarerrichtung vorgeschriebene Form handele (vgl. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, bearbeitet von *Achilles, Spahn und Gebhard*, Band V, Erbrecht, 1899, S. 520 f.). Einen Ausschluss der eidesstattlichen Versicherung für diesen Fall oder deren Beschränkung auf solche Angaben, die im notariellen Nachlassverzeichnis als solche des Erben gekennzeichnet sind, hat der Gesetzgeber nicht – auch nicht später – vorgesehen. Vielmehr ging er ohne weitere Erläuterungen davon aus, dass sich die Pflicht des Erben zur Leistung des Offenbarungseids, dem heute die Versicherung an Eides statt entspricht (vgl. Gesetz zur Änderung des Rechtspflegergesetzes, des Beurkundungsgesetzes und zur Umwandlung des Offenbarungseides in eine eidesstattliche Versicherung vom 27. Juni 1970, BGBl. I S. 911, 912), nach den allgemeinen Vorschriften richte (vgl. Verhandlungen des Reichstags, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Anlagenband 1 Aktenstück 87 – Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs – S. 741).

**19 c)** Maßgebend für die Verpflichtung des Erben zur Abgabe einer unbeschränkten eidesstattlichen Versicherung nach § 260 Abs. 2 BGB ist der Sinn und Zweck des notariellen Nachlassverzeichnisses und der Gesamtregelung des § 2314 Abs. 1 BGB.

**20 aa)** § 2314 BGB soll es dem Pflichtteilsberechtigten ermöglichen, sich die notwendigen Kenntnisse zur Bemessung seines Pflichtteilsanspruchs zu verschaffen. Hierbei soll ein notarielles Nachlassverzeichnis eine größere Gewähr für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Auskunft als das private Verzeichnis des Erben bieten. Dementsprechend muss der Notar den Bestand des Nachlasses selbst und eigenständig ermitteln und durch Bestätigung des Bestandsverzeichnisses als von ihm aufgenommen zum Ausdruck bringen, dass er den Inhalt verantwortet (vgl. Senatsurteil vom 20. Mai 2020 – IV ZR 193/19, ZEV 2020, 625 Rn. 8; BGH, Beschluss vom 13. September 2018 – I ZB 109/17, ZEV 2019, 81 Rn. 31 f.).

**21** Dies ändert jedoch nichts daran, dass das private und das notarielle Verzeichnis inhaltlich wesensgleich sind (vgl. Senatsurteil vom 31. Oktober 2018 – IV ZR 313/17,

ZEV 2019, 85 Rn. 22). Bei der Auskunft gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 1 und 3 BGB geht es um die Weitergabe von Wissen, das der Verpflichtete hat oder sich verschaffen muss, an den Pflichtteilsberechtigten (Senatsurteil vom 31. Oktober 2018 aaO Rn. 23). Die Erstellung und Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses betrifft lediglich die für die Erfüllung der Auskunftspflicht nach § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB vorgegebene Form der Auskunftserteilung (vgl. OLG Koblenz ZEV 2018, 413 Rn. 13; OLG Nürnberg FamRZ 2010, 584 unter II 2 d [juris Rn. 15]; *Kurth*, ZErB 2018, 293, 296). Schuldner des Verzeichnisses ist jeweils der Erbe (vgl. Senatsurteil vom 31. Oktober 2018 aaO Rn. 22), der mit Blick darauf – unabhängig von den Pflichten des Notars – die Verantwortung für die Richtigkeit und Vollständigkeit auch des notariellen Verzeichnisses trägt (vgl. OLG Koblenz aaO; OLG Nürnberg aaO; Palandt/*Weidlich*, BGB 80. Aufl. § 2314 Rn. 7; *Kurth* aaO). Der Erbe wählt den Notar aus und entscheidet allein, ob er das erstellte notarielle Nachlassverzeichnis vorlegt (vgl. Palandt/*Weidlich* aaO).

**22 bb)** Bestünde keine Pflicht zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung, würde der Sinn und Zweck des notariellen Nachlassverzeichnisses in sein Gegenteil verkehrt. Das notarielle Nachlassverzeichnis würde seiner Bedeutung als größere Gewähr für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Auskunft gegenüber dem privaten Nachlassverzeichnis weitgehend entkleidet, wenn die eidesstattliche Versicherung als Kontrollinstrument fehlte.

**23** Die Abgabe der Versicherung an Eides statt ist die einzige im Gesetz vorgesehene abschließende und erschöpfende Sanktion zur Sicherstellung der Richtigkeit und Vollständigkeit der erteilten Auskunft, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass das Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt worden ist (vgl. van der *Auwers*, ZEV 2008, 359; vgl. auch Senatsurteil vom 20. Mai 2020 – IV ZR 193/19, ZEV 2020, 625 Rn. 10 m.w.N.; BGH, Urteil vom 3. Juli 1984 – X ZR 34/83, BGHZ 92, 62 unter I 3 [juris Rn. 12 und 16] zu § 259 Abs. 2 BGB; *Keim*, NJW 2020, 2996, 3000). Eine Berichtigung oder Ergänzung des notariellen Nachlassverzeichnisses kann der Pflichtteilsberechtigte grundsätzlich nicht verlangen (vgl. – auch zu den Ausnahmen – Senatsurteil vom 20. Mai 2020 aaO).

**24** Ohne Mitwirkung des Erben kann der Notar das Verzeichnis nicht aufnehmen. Er – und damit auch der Pflichtteilsberechtigte – ist vielmehr darauf angewiesen, dass ihm der Erbe die für die Aufnahme des Verzeichnisses erforderlichen Informationen übermittelt (vgl. BGH, Beschluss vom 13. September 2018 – I ZB 109/17, ZEV 2019, 81 Rn. 14). Er muss zunächst von den Angaben des Erben ausgehen, auch wenn er sich hierauf nicht beschränken und insbesondere nicht lediglich eine Plausibilitätsprüfung

durchführen darf, sondern diejenigen Nachforschungen zur Ermittlung des Nachlassbestandes anzustellen hat, die ein objektiver Dritter in der Lage des Gläubigers für erforderlich halten würde (vgl. Senatsurteil vom 20. Mai 2020 – IV ZR 193/19, ZEV 2020, 625 Rn. 8). Dies ändert aber nichts daran, dass dem Notar ohne die geschuldete Kooperation des Erben eine vollständige und richtige Ermittlung des Nachlassbestandes in der Regel kaum möglich sein wird. Dem steht, anders als der Beklagte meint, nicht entgegen, dass der Erbe den Notar auch zur Einholung aller denkbaren Auskünfte bei allen denkbaren Stellen ermächtigen könne. Bei welchen Stellen die Einholung von Auskünften erforderlich ist, richtet sich regelmäßig auch nach den Angaben des Erben.

**25 cc)** Es ist nicht geboten, die eidesstattliche Versicherung auf solche Angaben im notariellen Nachlassverzeichnis zu beschränken, die als solche des Erben gekennzeichnet sind. Entgegen der Auffassung des Beklagten ist dem Erben eine unbeschränkte eidesstattliche Versicherung nicht unzumutbar. Hält der Erbe Ergänzungen oder Berichtigungen des notariellen Verzeichnisses für erforderlich, ist die an Eides statt zu versichernde Formel entsprechend anzupassen (vgl. § 261 Abs. 1 BGB).

**26 (1)** Zwar erstellt der Notar aufgrund eigenständiger Ermittlungen das notarielle Nachlassverzeichnis und muss durch Bestätigung des Bestandsverzeichnisses als von ihm aufgenommen zum Ausdruck bringen, dass er den Inhalt verantwortet (vgl. Senatsurteil vom 20. Mai 2020 – IV ZR 193/19, ZEV 2020, 625 Rn. 8). Hält der Erbe Ergänzungen oder Berichtigungen des Verzeichnisses für erforderlich, kann er diese nicht ohne Mitwirkung des Notars im Verzeichnis selbst vornehmen.

**27** Der Erbe ist aber als Auskunftspflichtiger verpflichtet, eigenes Wissen nicht zurückzuhalten und sich anhand der für ihn erreichbaren Erkenntnisquellen bis zur Grenze der Unzumutbarkeit eigenes Wissen zu verschaffen und solches – notfalls mit Unterstützung durch Hilfspersonen – zu vervollständigen (vgl. Senatsurteile vom 20. Mai 2020 aaO Rn. 11; vom 31. Oktober 2018 – IV ZR 313/17, ZEV 2019, 85 Rn. 23). Mit Blick darauf hat er dem Pflichtteilsberechtigten etwaige aus seiner Sicht notwendige Änderungen des notariellen Nachlassverzeichnisses mitzuteilen. Dies betrifft auch Positionen, von denen der Erbe vor den Ermittlungen und Feststellungen des Notars im notariellen Nachlassverzeichnis keine Kenntnis besaß, so dass – entgegen der Auffassung des Beklagten – eine entsprechende Überprüfungsspflicht des Erben besteht. Dies ist dem Erben auch zumutbar, da er sich – wie aufgezeigt – über sein eigenes Wissen hinaus die zur Auskunftserteilung notwendigen Kenntnisse so weit wie möglich zu verschaffen hat. Dabei ist es ihm insbesondere möglich, sich bei dem von ihm beauftragten Notar bei Bedarf nach

Unterlagen und Belegen zur Überprüfung der Angaben im notariellen Nachlassverzeichnis zu erkundigen. Im Übrigen wird der Erbe regelmäßig in eigenem Interesse ihm bisher unbekannt Positionen des Nachlassverzeichnisses überprüfen, da diese Auswirkungen auf die Höhe des geschuldeten Pflichtteils haben und von ihm bei der Abwicklung des Nachlasses berücksichtigt werden müssten. **28 (2)** Auf dieser Grundlage kann der Erbe sodann im Rahmen einer eidesstattlichen Versicherung erklären, dass der Nachlass in dem notariellen Verzeichnis – gegebenenfalls – unter Maßgabe der – von ihm konkret zu bezeichnenden – Berichtigungen und Ergänzungen so vollständig als möglich und nach bestem Wissen angegeben ist, als er dazu imstande sei. Dies wird dem berechtigten Informationsbedürfnis des Pflichtteilsberechtigten gerecht, ohne dass der Erbe damit überfordert wäre (vgl. *Weidlich*, ZEV 2017, 241, 246 f.). Zudem wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Auskunftspflichtige nicht zur Abgabe einer falschen eidesstattlichen Versicherung gezwungen werden darf (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Juni 2014 – I ZB 37/13, MDR 2014, 1342 Rn. 11). Das Gesetz lässt für entsprechend flexible Fassungen der an Eides statt zu versichernden Formel in § 261 Abs. 1 BGB genügend Raum (vgl. auch Senatsurteil vom 8. Juni 1988 – IVa ZR 57/87, BGHZ 104, 369 unter I 2 [juris Rn. 9] zu § 261 BGB bei Übergang der Pflicht des Erblassers zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung auf den Erben). Die Befugnis zu einer den Umständen entsprechenden Änderung der Formel der eidesstattlichen Versicherung besteht nicht nur, wenn bereits über die Verpflichtung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung entschieden ist, aufgrund später zutage getretener, eine Änderung der Formel erfordernder Umstände, sondern schon bei der Fassung der an Eides statt zu versichernden Formel in jener Entscheidung (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juli 1984 – X ZR 34/83, BGHZ 92, 62 unter I 3 [juris Rn. 13]; RGZ 125, 256, 259 f.).

**29 (3)** Die eine eingeschränkte eidesstattliche Versicherung befürwortende Ansicht berücksichtigt im Übrigen nicht, dass es sich bei der Kennzeichnung von Angaben im notariellen Nachlassverzeichnis als solche des Erben ebenfalls um eine Feststellung des Notars handelt und nicht ausgeschlossen ist, dass der Erbe insoweit nach Vorlage des notariellen Verzeichnisses ebenfalls eine Berichtigung oder Ergänzung für erforderlich hält. Dementsprechend macht der Beklagte vorliegend geltend, die auf seinen Angaben beruhende Position im notariellen Nachlassverzeichnis zu Schenkungen des Erblassers an den Kläger innerhalb von 10 Jahren vor dem Erbfall sei nach seinen späteren Erkenntnissen falsch.

**30 (4)** Indem der Erbe die Vollständigkeit sämtlicher Angaben im notariellen Nachlassverzeichnis – gegebenen-

falls unter der Maßgabe etwaiger aus seiner Sicht erforderlicher Berichtigungen und Ergänzungen – an Eides statt versichert, wird auch der Vorgabe des § 260 Abs. 2 BGB genügt, dass sich die eidesstattliche Versicherung auf den gesamten Bestand und nicht nur auf Teile des Bestandverzeichnisses zu beziehen hat (vgl. MünchKommBGB/Krüger, 8. Aufl. § 260 Rn. 48).

**31** III. Die Revision des Beklagten hat nur in geringem Umfang Erfolg.

**32** 1. Nach dem Vorstehenden ist der Beklagte gemäß § 260 Abs. 2 BGB zur Abgabe einer sämtliche Angaben des notariellen Nachlassverzeichnisses umfassenden eidesstattlichen Versicherung verpflichtet.

**33** 2. Ohne Erfolg rügt der Beklagte, das Berufungsgericht habe zu Unrecht angenommen, dass die vorliegende Auskunft nicht mit der erforderlichen Sorgfalt im Sinne des § 260 Abs. 2 BGB gegeben worden sei.

**34** a) Ob eine Auskunft mit der erforderlichen Sorgfalt erteilt worden ist oder nicht, ist im wesentlichen Tatfrage (Senatsurteil vom 30. Oktober 1974 – IV ZR 41/73, WM 1975, 28 unter 4 [juris Rn. 50]; BGH, Urteile vom 1. Dezember 1983 – IX ZR 41/83, BGHZ 89, 137 unter 2 a [juris Rn. 12]; vom 4. Dezember 1959 – I ZR 135/58, GRUR 1960, 247 unter 3; RGZ 125, 256, 259). In der Revisionsinstanz kann nur geprüft werden, ob die Erwägungen des Berufungsgerichts von Rechtsirrtum beeinflusst sind oder ob von der Revision erhobene Verfahrensrügen durchgreifen (Senatsurteil vom 30. Oktober 1974 aaO; BGH, Urteile vom 1. Dezember 1983 aaO; vom 4. Dezember 1959 aaO).

**35** b) Danach ist – anders als der Beklagte meint – nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht bei der Auskunftserteilung durch das notarielle Nachlassverzeichnis von mangelnder Sorgfalt des Beklagten ausgegangen ist, weil dieser in dem zunächst von ihm selbst aufgestellten Nachlassverzeichnis vom 23. Februar 2014 ein Bankkonto des Erblassers bei der B. Bank nicht angegeben hatte. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Angabe dieses Bankkontos im notariellen Nachlassverzeichnis nicht auf Erklärungen des Beklagten gegenüber dem Notar beruht.

**36** aa) Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass für die Beurteilung des Anspruchs auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nach § 260 Abs. 2 BGB allein maßgebend ist, ob Grund zu der Annahme besteht, der Verpflichtete habe das Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt und daher möglicherweise unrichtig, insbesondere unvollständig aufgestellt (vgl. Senatsurteil vom 25. Juni 1976 – IV ZR 125/75, FamRZ 1978, 678 [juris Rn. 21]; BGH, Urteile vom 1. Dezember 1983 – IX ZR 41/83, BGHZ 89, 137 unter 2 a [juris Rn. 11]; vom 8. Mai 1961 – II ZR 205/59, LM ZPO § 254 Nr. 6). Die Feststellung, das Verzeichnis sei in einzelnen Punkten unvollständig oder unrichtig, ist für sich weder erforderlich

noch ausreichend, um die Verpflichtung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung zu begründen (vgl. BGH, Urteil vom 1. Dezember 1983 aaO).

**37** Ob der Verpflichtete die Auskunft mit der erforderlichen Sorgfalt erteilt hat, ist – wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat – aufgrund seines gesamten Verhaltens im Zusammenhang mit der Auskunftserteilung zu beurteilen (vgl. Senatsurteil vom 25. Juni 1976 aaO; BGH, Urteil vom 31. Mai 1965 – III ZR 214/63, juris Rn. 11). Dazu kann auch eine anfängliche Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit der später berichtigten Auskunft verwertet werden (BGH, Urteile vom 31. Mai 1965 aaO; vom 4. Dezember 1959 – I ZR 135/58, GRUR 1960, 247 unter 3). Es müssen greifbare Tatsachen festgestellt werden, die bei vernünftiger Betrachtung den Verdacht mangelnder Sorgfalt, also eines Verschuldens erwecken (BGH, Urteil vom 31. Mai 1965 aaO).

**38** bb) Nach diesen Grundsätzen kann – anders als der Beklagte meint – auch aufgrund des früheren Verhaltens des Erben, insbesondere im Hinblick auf eine frühere unvollständige oder unrichtige Auskunft, der Verdacht begründet sein, dass das schließlich vorgelegte notarielle Nachlassverzeichnis nicht sorgfältig aufgestellt wurde. Dabei kommt es entgegen der Auffassung des Beklagten nicht darauf an, dass die entsprechende Angabe, die in einer früheren Auskunft unvollständig oder unrichtig war, im notariellen Nachlassverzeichnis ebenfalls auf eine Erklärung des Erben zurückgeht. Vielmehr kann wegen der früheren unvollständigen oder unrichtigen Angabe im Einzelfall Grund zu der Annahme bestehen, dass die Angaben des Erben gegenüber dem Notar insgesamt ohne die erforderliche Sorgfalt erfolgt sind. Dabei ist maßgebend, dass der Notar – wie ausgeführt – im Regelfall für die Aufnahme des Nachlassverzeichnisses auf Angaben des Erben angewiesen ist, auch wenn er den Nachlassbestand selbst und eigenständig ermitteln muss und den Inhalt verantwortet (vgl. BGH, Beschluss vom 13. September 2018 – I ZB 109/17, ZEV 2019, 81 Rn. 32 f.).

**39** c) Der Beklagte rügt ebenfalls erfolglos, das Berufungsgericht habe u.a. gegen seine Hinweispflicht aus § 139 ZPO verstoßen. Der Senat hat die erhobenen Verfahrensrügen geprüft und insgesamt nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 Satz 1 ZPO).

**40** 3. Mit Erfolg rügt der Beklagte jedoch, er sei zu Unrecht verpflichtet worden, die Richtigkeit einer Angabe im notariellen Nachlassverzeichnis eidesstattlich zu versichern, die er nachträglich als falsch erkannt habe. Das Berufungsgericht hat verfahrensfehlerhaft entscheidungserhebliches Vorbringen übergangen (Art. 103 Abs. 1 GG).

**41** Ein Verstoß gegen das rechtliche Gehör liegt vor, wenn das Berufungsgericht erstinstanzliches Vorbringen in seine Entscheidung nicht einbezieht, obwohl es dem Beru-

fungsbegehren der anderen Partei mit der Folge stattgeben will, dass das bisher nicht relevante Vorbringen der Partei für die Entscheidung erheblich wird (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Oktober 2018 – VII ZR 13/18, BauR 2019, 544 Rn. 15; BVerfG NJW 2015, 1746 Rn. 17). Das ist hier der Fall.

**42 a)** Das notarielle Nachlassverzeichnis vom 11. Oktober 2016 führt unter E. 2. b) auf, „Ausweislich einer schriftlichen Erklärung des Erben vom 11. August 2014“ habe der Erblasser an den Kläger innerhalb von zehn Jahren vor dem Erbfall Schenkungen in Höhe von 218.187 € getätigt. Der Beklagte macht zutreffend geltend, er habe bereits erstinstanzlich vorgetragen, dass diese im notariellen Nachlassverzeichnis aufgeführten Schenkungen tatsächlich unberechtigte Abhebungen des Klägers von Konten des Erblassers und keine Schenkungen seien.

**43 b)** Dieses Vorbringen ist entscheidungserheblich. Das Berufungsgericht hätte aufgrund des konkreten Vortrags zu der vom Beklagten für falsch gehaltenen Angabe im notariellen Verzeichnis, die nach der angegriffenen Entscheidung von der eidesstattlichen Versicherung erfasst wird, die Formel der Versicherung nach § 261 Abs. 1 BGB unter Aufnahme der vom Beklagten für erforderlich gehaltenen Berichtigung anpassen müssen. Denn der Auskunftspflichtige darf – wie der Beklagte zu Recht annimmt – nicht zur Abgabe einer falschen eidesstattlichen Versicherung gezwungen werden (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Juni 2014 – I ZB 37/13, MDR 2014, 1342 Rn. 11).

**44 IV.** Die Sache ist noch nicht zur Endentscheidung reif.

**45** Der rechtliche Gesichtspunkt, dass die Formel der eidesstattlichen Versicherung bei etwaigen vom Erben für erforderlich gehaltenen Ergänzungen oder Berichtigungen von Angaben im notariellen Nachlassverzeichnis nach § 261 Abs. 1 BGB anzupassen ist, die nicht als solche des Erben gekennzeichnet sind, ist bisher nicht Gegenstand des Parteivorbringens und der Entscheidungen in den Tatsacheninstanzen gewesen. Den Parteien muss daher Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden (vgl. § 139 Abs. 2 ZPO).

**46** Ferner wird das Berufungsgericht die erforderlichen Feststellungen dazu zu treffen haben, in welchem Umfang der Beklagte die Angabe im notariellen Nachlassverzeichnis zu Schenkungen des Erblassers an den Kläger innerhalb von zehn Jahren vor dem Erbfall mittlerweile für falsch hält, um die Formel der eidesstattlichen Versicherung nach § 261 Abs. 1 BGB unter Berücksichtigung dieser Berichtigung anzupassen. In der Revisionsbegründung hat der Beklagte angegeben, „jedenfalls bei einem Teilbetrag von 168.224 €“ handele es sich um unberechtigte Abhebungen, während er erstinstanzlich noch vorgetragen hat, dies treffe auf den gesamten angegebenen Betrag in Höhe von 218.187 € zu.

## Erbeinsetzung einer von einem Dritten noch zu errichteten Stiftung

GBO § 18, § 19, § 35, § 71, § 74, § 75, BGB § 80, § 84, § 1923, § 2096, § 2101, § 2106, BeurkG § 17

**Amtliche Leitsätze:**

**1. Stellt sich nach Erlass einer Zwischenverfügung heraus, dass mit den darin aufgezeigten Abhilfemitteln der Nachweis der Beseitigung eines der Eintragung entgegen stehenden Hindernisses nicht beseitigt werden kann – hier Anerkennung einer als Erbin eingesetzten Stiftung durch die Stiftungsaufsicht im Zeitpunkt des Erbfalls –, ist die Zwischenverfügung aufzuheben; erscheinen nun andere Mittel zur Beseitigung des Eintragungshindernisses geeignet, ist dem Antragsteller mit einer weiteren Zwischenverfügung Gelegenheit zu geben, die Beseitigung nachzuweisen.**

**2. Hat der Erblasser in einem öffentlichen Testament für den Fall, dass eine von ihm als Erbin bestimmte Stiftung im Erbfall noch nicht anerkannt sein sollte, einen Dritten – hier den Stifter – zum Ersatzerben bestimmt, ist eine Auslegung dahin, die Stiftung solle tatsächlich Nacherbin sein und der Nacherbfall im Zeitpunkt der Anerkennung der Stiftung eintreten, zwar nicht ausgeschlossen. Müssen hierzu aber weitere Ermittlungen erfolgen, kann zum Nachweis der Erbfolge gegenüber dem Grundbuchamt die Vorlage eines Erbscheins erforderlich sein.**

KG (1. Zivilsenat),

Beschluss vom 12.08.2021 – 1 W 305/21

### I. Tatbestand:

**1** Der am 7. Februar 2020 verstorbene eingetragene Eigentümer (im Folgenden: Erblasser) war als solcher seit dem x 2002 mit seiner Ehefrau je zur Hälfte im Grundbuch eingetragen. Seit dem x 2017 ist er als Alleineigentümer eingetragen, nachdem seine Ehefrau gestorben war.

**2** Am x 2019 errichtete der Erblasser zur UR-Nr. x des Notars x ein Testament. Darin setzte er die von der Beteiligten zu 3 „noch zu errichtende“ Beteiligte zu 2 als Erben ein. Weiter heißt es in der Urkunde: „Sollte die vorgenannte Stiftung noch nicht gegründet sein, setze ich zu meinem Ersatzerben den [Beteiligten zu 2] ein.“ Er machte „Dem Erben“ zur Auflage, „eine nicht rechtsfähige gemeinnützige Stiftung zu gründen“. Den Beteiligten zu 1 bestimmte er zum Testamentsvollstrecker.

**3** Die Senatsverwaltung für Justiz, Verbraucherschutz und Antidiskriminierung erkannte den Beteiligten zu 2 am 7. Juli 2020 an.

4 Unter dem 16. April 2021 hat der Beteiligte zu 1 die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des Beteiligten zu 2 als Eigentümer anstelle des Erblassers beantragt. Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 29. Juni 2021 den Nachweis erfordert, „dass zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers diese Stiftung bereits als rechtsfähige Stiftung von der zuständigen Senatsverwaltung anerkannt war.“ Darauf hat der Beteiligte zu 1 mit Schriftsatz vom 14. Juli 2021 auf die Anerkennung vom 7. Juli 2020 hingewiesen. Er hat die Auffassung vertreten, die Beteiligte zu 2 sei Nacherbin geworden und der Nacherbfall mit ihrer Anerkennung eingetreten. Für den Fall, dass das Grundbuchamt trotzdem eine Grundbuchberichtigung zugunsten der Beteiligten zu 2 nicht veranlassen wolle, lege er Beschwerde ein. Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 28. Juli 2021 dieser Beschwerde nicht abgeholfen.

## ► II. Aus den Gründen:

5 1. Die Beschwerde ist zulässig. Beschwerdeführer ist der Beteiligte zu 1 in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker über den Nachlass des Erblassers. Insoweit ist er zur Erhebung der Beschwerde auch im eigenen Namen befugt (*Schmidt-Räntsch*, in: Meikel, GBO, 12. Aufl., § 71, Rdn. 143).

6 2. In der Sache führt die Beschwerde zu einem vorläufigen Erfolg.

7 a) Steht einer beantragten Eintragung ein Hindernis entgegen, so hat das Grundbuchamt dem Antragsteller eine angemessene Frist zur Hebung des Hindernisses zu bestimmen, wenn es den Antrag nicht sofort zurückweist, § 18 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GBO. Den Antrag des Beteiligten zu 1 vom 16. April 2021 hat das Grundbuchamt bislang nicht zurückgewiesen. Es hat lediglich die Zwischenverfügung vom 29. Juni 2021 erlassen, die deshalb auch nur Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sein kann (Senat, Beschluss vom 26. April 1965 – 1 W 1027/95 – OLGZ 1965, 92, 96; *Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 71, Rdn. 34).

8 b) Gegen die Zwischenverfügung war im Ergebnis zunächst nichts zu erinnern. Erbe kann nur werden, wer zur Zeit des Erbfalls lebt, § 1923 Abs. 1 BGB. Die Erbfähigkeit beruht auf der allgemeinen Rechtsfähigkeit, § 1 BGB. Deshalb können auch juristische Personen, die im Zeitpunkt des Erbfalls bestehen und Rechtsfähigkeit besitzen, ebenfalls Erbe werden (*Leipold*, in: Münchener Kommentar, BGB, 8. Aufl., § 923, Rdn. 36).

9 Zur Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung sind das Stiftungsgeschäft und die Anerkennung durch die zuständige Behörde des Landes erforderlich, in dem die

Stiftung ihren Sitz haben soll, § 80 Abs. 1 BGB. Die Beteiligte zu 2 bedurfte danach der Anerkennung durch die Senatsverwaltung für Justiz, Verbraucherschutz und Antidiskriminierung, § 2 Abs. 1 StiftG Bln, um als Erbin im Grundbuch eingetragen werden zu können. Die Anerkennung wirkt konstitutiv.

10 Entgegen der Beschwerde rechtfertigte allein die Veröffentlichung der Bekanntmachung der Anerkennung der Beteiligten zu 2 noch nicht die Annahme einer Offenkundigkeit dieser Umstände. Der Beteiligte zu 1 hat mit Schriftsatz vom 14. Juli 2014 auf die Anerkennung der Beteiligten zu 2 durch die Senatsverwaltung für Justiz, Verbraucherschutz und Antidiskriminierung vom 7. Juli 2020 hingewiesen. Erst damit lagen genügend Anhaltspunkte vor, um die bereits in der Antragschrift erwähnte Veröffentlichung im Amtsblatt für Berlin nachvollziehen zu können. Die Bekanntmachung vom x über die Anerkennung der Beteiligten zu 2 ist im Amtsblatt für Berlin vom x veröffentlicht worden.

11 c) Damit steht allerdings auch fest, dass dem Beteiligten zu 1 der von dem Grundbuchamt mit der Zwischenverfügung erforderte Nachweis der Rechtsfähigkeit der Beteiligten zu 2 im Zeitpunkt des Erbfalls unmöglich ist.

12 Aus § 84 BGB folgt nichts Anderes. Danach gilt eine Stiftung für eine Zuwendung des Stifters als schon vor dessen Tod entstanden, wenn die Stiftung erst nach dem Tode des Stifters als rechtsfähig anerkannt wird. Das Bestehen der Stiftung bereits vor dem Tod des Stifters wird danach fingiert. Hingegen ist der eingetragene Eigentümer nicht Stifter der Beteiligten zu 2. § 84 BGB bezieht sich aber nur auf Zuwendungen des Stifters, Zuwendungen Dritter, wie hier dem eingetragenen Eigentümer, werden von der Regelung nicht erfasst (*Palandt/Ellenberger* BGB, 80. Aufl., § 84, Rdn. 1, *Lehmann/Hahn*, in: Feick, Stiftung als Nachfolgeinstrument, § 16, Rdn. 4).

13 d) Erlässt das Grundbuchamt eine Zwischenverfügung, hat es darin die zur Beseitigung der Hindernisse geeigneten Mittel anzugeben (*Demharter*, a.a.O., § 18, Rdn. 31). Das hat das Grundbuchamt vorliegend nicht getan, was ihm zunächst nicht vorzuwerfen war. Hingegen sind im Beschwerdeverfahren – auch von dem Grundbuchamt, § 75 GBO – neue Tatsachen und Beweise zu berücksichtigen, § 74 GBO. Der Beteiligte zu 1 kann den von dem Grundbuchamt erforderten Nachweis der Rechtsfähigkeit der Beteiligten zu 2 zum Zeitpunkt des Erbfalls nicht erbringen. Auf seine Beschwerde war die Zwischenverfügung deshalb aufzuheben.

14 3. Für das weitere Verfahren weist der Senat ohne Bindungswirkung auf das Folgende hin:

15 a) Die Berichtigung einer unrichtigen Grundbucheintragung erfolgt auf Antrag, § 13 Abs. 1 GBO, wenn die

Unrichtigkeit durch öffentliche Urkunden, § 29 GBO, nachgewiesen wird, § 20 Abs. 1 GBO. Ist das Grundbuch durch Tod eines Berechtigten unrichtig geworden, ist der Nachweis der Erbfolge grundsätzlich durch einen Erbschein zu führen, § 35 Abs. 1 S. 1 GBO.

**16** Beruht die Erbfolge aber auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, genügt es in der Regel, wenn anstelle des Erbscheins die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden, § 35 Abs. 1 S. 2 HS 1 GBO. Das Grundbuchamt hat eine solche Verfügung von Todes wegen dahin zu überprüfen, ob sich aus ihr das von dem Antragsteller behauptete Erbrecht ergibt. Es hat die Verfügung in eigener Verantwortung auszulegen, auch wenn es sich um die Klärung rechtlich schwieriger Fragen handelt. Die Pflicht zu eigener Auslegung entfällt allerdings dann, wenn für diese erst zu ermittelnde tatsächliche Umstände maßgebend sind (vgl. Senat, Beschluss vom 23. Juni 2020 – 1 W 1276/20 – DNotZ 2021, 195, 196).

**17** Solche Ermittlungen erscheinen hier erforderlich. Der Erblasser hat ausweislich seiner letztwilligen Verfügung vom 25. Oktober 2019 die Möglichkeit gesehen, dass die Beteiligte zu 2 im Zeitpunkt seines Todes noch nicht entstanden sein könnte („sollte die vorgenannte Stiftung noch nicht gegründet sein“). In einem solchen Fall ist im Zweifel anzunehmen, dass die juristische Person als Nacherbe eingesetzt ist, § 2101 Abs. 2, Abs. 1 S. 1 BGB. Der Nacherbfall tritt dann mit der Entstehung der juristischen Person ein, § 2106 Abs. 2 S. 2 BGB (*Lieder*, in: Münchener Kommentar, BGB, 8. Aufl., § 2101, Rdn. 14).

**18** Allerdings gilt die Auslegungsregel des § 2101 Abs. 2, Abs. 1 S. 1 BGB lediglich „im Zweifel“. Sie gilt also dann nicht, wenn der Erblasser etwas Anderes bestimmen wollte und bestimmt hat. Gegen die Anwendung der genannten Zweifelsregel spricht hier der von dem Erblasser gewählte Wortlaut. Er hat die Beteiligte zu 2 für den Fall ihrer erst nach dem Erbfall erfolgenden Anerkennung nicht als Nacherbin bestimmt, sondern den Beteiligten zu 3 für diesen Fall ausdrücklich als Ersatzerben bezeichnet. Ersatzerbe ist derjenige, der von dem Erblasser für den Fall als Erbe bestimmt worden ist, dass der eigentlich vorgesehene Erbe vor oder nach dem Eintritt des Erbfalls wegfällt, § 2096 BGB. Die Regelung findet auch dann Anwendung, wenn die Einsetzung des zunächst berufenen Erben nichtig oder unwirksam ist (vgl. OLG Hamburg, NJW-RR 2015, 1419, 1421).

**19** Im Hinblick auf die ausdrückliche Verwendung des Begriffs „Ersatzerbe“ bei notarieller Beratung, § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG, liegt zunächst die Annahme nahe, dass der Erblasser genau das wollte, was er ausdrücklich erklärt hat. Dann wäre für die Annahme der genannten Zweifels-

regel kein Raum. Hinzu kommt, dass, wenn der Erblasser die Beteiligte zu 2 tatsächlich wenigstens als Nacherbin hätte einsetzen wollen, die ausdrückliche Bestimmung eines Vorerben nicht fernliegend gewesen wäre. Gerade das ist aber unterblieben. Im Falle des § 2101 BGB werden in der Regel die gesetzlichen Erben des Erblassers als Vorerben in Betracht kommen (*Lieder*, a.a.O., Rdn. 9). Ob dies aber – „im Zweifel“ – gewollt war, erscheint fraglich. Ausweislich der letztwilligen Verfügung vom x waren Abkömmlinge erster und zweiter Ordnung nicht – mehr – vorhanden. Der Erblasser war zudem verwitwet. Ob gesetzliche Erben dritter oder weiterer Ordnung vorhanden waren, ist nicht ersichtlich. Wiederum wäre im Hinblick auf § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG zu erwarten gewesen, dass der Erblasser hier eindeutige Regelungen getroffen hätte, wären sie gewollt gewesen. Deshalb kann auch nicht ohne weiteres angenommen werden, der als Ersatzerbe bezeichnete Beteiligte zu 3 habe Vorerbe werden sollen.

**20** Danach ist zur Ermittlung des Willens des Erblassers eine Auslegung des Testaments vom x erforderlich, die sich aber nicht auf eine Analyse des Wortlauts beschränken kann. Vielmehr müssen bei einer solchen Auslegung alle zugänglichen Umstände außerhalb des Testaments ausgewertet werden, die zur Aufdeckung des Erblasserwillens beitragen können (BGH, FamRZ 1993, 318). Eine somit gebotene Berücksichtigung der Gesamtumstände ist im Verfahren auf Berichtigung des Grundbuchs regelmäßig aber nicht möglich. Das Grundbuchamt darf im Hinblick auf § 29 Abs. 1 GBO nur das – öffentliche – Testament, in der Form des § 29 Abs. 1 GBO abgegebene Erklärungen der Beteiligten und offenkundige Umstände berücksichtigen, nicht jedoch andere Umstände, die nach dem materiellen Erbrecht bei der Ermittlung des Erblasserwillens aber zu berücksichtigen sind (BGH, DNotZ 2016, 934, 935). Solche Ermittlungen sind hingegen dem Nachlassgericht im Erbscheinsverfahren möglich.

**21** Dessen Erkenntnisse sind dann gegenüber dem Grundbuchamt durch den Erbschein nachzuweisen, § 35 Abs. 1 S. 1 GBO.

### **Zwangsgeldfestsetzung gegen Schuldner bei Nichtvorlegen eines notariellen Nachlassverzeichnisses.**

*BGB § 2314 Abs. 1 S. 3, § 412; ZPO § 888 Abs. 1; BNotO § 15 Abs. 2, § 67 Abs. 1 S. 2, § 93 Abs. 1*

**1. Um auf einen säumigen Notar bzgl. der Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses einzuwirken, stehen Erben jedenfalls folgende formelle Möglichkei-**

ten zur Verfügung, die gleichzeitig und kumulativ zu ergreifen sind: die Beschwerde wegen Verweigerung der Amtstätigkeit, die Dienstaufsichtsbeschwerde an den zuständigen Präsidenten des Landgerichts sowie die Beschwerde an die Notarkammer. (n. amtl. Ls.)

2. Auch der pflichtteilsberechtigte Gläubiger kann sich mit Beschwerden an den zuständigen Präsidenten des Landgerichts sowie die Notarkammer wenden. Jedoch spielen diese Einwirkungsmöglichkeiten des Gläubigers auf den Notar für die Entscheidung gem. § 888 Abs. 1 ZPO gegenüber den verpflichteten Erben keine Rolle. (n. amtl. Ls.)

OLG Karlsruhe,  
Beschluss vom 16.02.2021 – 9 W 58/20

## ▶ I. Tatbestand:

1 Der Gläubiger und die beiden Schuldnerinnen sind Geschwister. Die Schuldnerinnen sind aufgrund einer letztwilligen Verfügung Miterben zu je 1/2 nach dem Tod der am 17.05.2018 verstorbenen Mutter .... Der Gläubiger hat im Erkenntnisverfahren vor dem Landgericht Pflichtteilsansprüche geltend gemacht. Im Rahmen einer Stufenklage hat das Landgericht durch Teilurteil vom 28.06.2019 die Schuldnerinnen verurteilt, Auskunft zu erteilen über den Bestand des Nachlasses der verstorbenen Mutter durch Vorlage eines notariellen Bestandsverzeichnisses. Das Teilurteil ist rechtskräftig.

2 Mit Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 02.08.2019 (Anlage AG 1) beauftragten die Schuldnerinnen den Notar ... Emmendingen mit der Erstellung des notariellen Nachlassverzeichnisses. Der Notar nahm diesen Auftrag an und teilte mit einer E-Mail vom 02.12.2019 (Anlage AG 5) mit, er könne das Nachlassverzeichnis leider erst im nächsten Jahr anfertigen, da ihm im Dezember die terminliche Flexibilität fehle. Nach verschiedenen Mahnungen des Prozessbevollmächtigten der Schuldnerinnen befasste sich der Notar erstmals mit einem Schreiben vom 27.06.2020 (Anlage AG 11) mit dem ihm erteilten Auftrag. Das Schreiben enthielt Hinweise zur Verfahrensweise des Notars, und zur Mitwirkung der Schuldnerinnen bei der Erstellung des Verzeichnisses, verbunden mit einem Fragenkatalog an die Schuldnerinnen. Am 29.07.2020 führte der Notar einen ersten Termin durch, bei dem der Gläubiger, die Schuldnerin Ziffer 2 und der Prozessbevollmächtigte der beiden Schuldnerinnen anwesend waren. In diesem Termin und in der Folgezeit erteilten die Schuldnerinnen sämtliche von dem Notar für die Anfertigung des Verzeichnisses angeforderten Auskünfte und übersandten die von diesem angeforderten

Unterlagen, insbesondere Kontoauszüge der Erblasserin und vom Notar angeforderte Vollmachten für weitere Ermittlungen (vgl. zuletzt das Schreiben des Prozessbevollmächtigten der Schuldnerinnen vom 11.08.2020 und die E-Mail vom 18.09.2020, II, 1, 3). Der Notar hat das Nachlassverzeichnis bis zur Entscheidung des Senats nicht erstellt; die Schuldnerinnen haben seit dem Notartermin vom 29.07.2020 keine Nachricht über die weitere vom Notar beabsichtigte Verfahrensweise erhalten.

3 Der Gläubiger hat beim Landgericht die Festsetzung eines Zwangsgeldes, ersatzweise Zwangshaft, gegen beide Schuldnerinnen beantragt, um die Verpflichtung zur Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses aus dem Teilurteil vom 28.06.2019 durchzusetzen. Die Schuldnerinnen sind dem Vollstreckungsantrag entgegengetreten. Die Verzögerung bei der Erstellung des Nachlassverzeichnisses liege allein im Bereich des verantwortlichen Notars. Sie hätten von ihrer Seite durch Erteilung der erforderlichen Auskünfte an den Notar und durch verschiedene Mahnschreiben an diesen alles Erforderliche getan, um auf die Erstellung des Verzeichnisses hinzuwirken.

4 Mit Beschluss vom 23.09.2020 hat das Landgericht den Vollstreckungsantrag des Gläubigers zurückgewiesen. Die Voraussetzungen für die Festsetzung eines Zwangsgeldes gemäß § 888 Abs. 1 ZPO seien nicht gegeben. Ob und inwieweit die Schuldnerinnen zu Verzögerungen in der Vergangenheit beigetragen hätten, sei ohne Bedeutung. Maßgeblich sei, dass die Schuldnerinnen zum Zeitpunkt der Entscheidung des Landgerichts über den Vollstreckungsantrag alles in ihrer Macht stehende getan hätten, um die Mitwirkung des Notars zu erlangen.

5 Gegen diese Entscheidung richtet sich die sofortige Beschwerde des Gläubigers. Ein notarielles Nachlassverzeichnis könne üblicherweise innerhalb eines Zeitraums von drei bis vier Monaten erstellt werden. Seit dem Auftrag der Schuldnerinnen an den Notar vom 02.08.2019 sei jedoch ein wesentlich längerer Zeitraum vergangen, was vom Gläubiger nicht hinzunehmen sei. Es gebe vielfältige Möglichkeiten für die Schuldnerinnen, den Notar zu einer zeitnahen Erstellung des Verzeichnisses anzuhalten, von denen die Schuldnerinnen jedoch keinen Gebrauch gemacht hätten. Daher seien Zwangsmittel gemäß § 888 Abs. 1 ZPO festzusetzen.

6 Die Schuldnerinnen treten der sofortigen Beschwerde entgegen. Sie sehen keine weiteren Möglichkeiten, auf die Tätigkeit des Notars einzuwirken, zumal sie durch mehrere Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten auf eine zügige Bearbeitung durch den Notar gedrungen hätten.

7 Das Landgericht hat mit Beschluss vom 14.10.2020 der sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen und die Akten

dem Oberlandesgericht Karlsruhe – Zivilsenate in Freiburg – zur Entscheidung vorgelegt.

8 Die Parteien hatten im Beschwerdeverfahren Gelegenheit zur Stellungnahme.

## ► II. Aus den Gründen:

9 Die zulässige sofortige Beschwerde des Gläubigers ist begründet. Gegen die Schuldnerinnen ist ein Zwangsgeld in Höhe von 300,00 €, ersatzweise Zwangshaft, festzusetzen.

10 1. Die Voraussetzungen für eine Vollstreckung aus dem Teilurteil vom 28.06.2019 liegen vor (§§ 704, 706, 724 ZPO). Ein Rechtskraftzeugnis für das vorläufig vollstreckbare Teilurteil liegt vor; der Gläubiger hat im Beschwerdeverfahren ergänzend die vollstreckbare Ausfertigung des Titels vorgelegt.

11 2. Die Vollstreckung der Verpflichtung zur Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses richtet sich nach § 888 Abs. 1 ZPO (Vollstreckung nicht vertretbarer Handlungen).

12 a) Die Verpflichtung der Schuldnerinnen ist bisher nicht erfüllt; ein notarielles Nachlassverzeichnis liegt nicht vor.

13 b) Die Verpflichtung zur Vornahme einer nicht vertretbaren Handlung kann auch dann nach § 888 Abs. 1 ZPO vollstreckt werden, wenn zur Vornahme der Handlung die Mitwirkung eines Dritten – hier des Notars – notwendig ist. Die Vollstreckung dient in diesem Fall dazu, den Willen eines Schuldners insoweit zu beugen, als dieser alles tatsächlich und rechtlich in seiner Macht stehende zu tun hat, um den Dritten (den Notar) zur erforderlichen Mitwirkung zu veranlassen (vgl. Zöller/Seibel, Zivilprozessordnung, 33. Auflage 2020, § 888 ZPO Rn. 2).

14 c) Für die Festsetzung einer Zwangsmaßnahme gemäß § 888 Abs. 1 ZPO ist es bedeutungslos, ob und inwieweit die Schuldnerinnen in der Vergangenheit seit dem Vollstreckungsauftrag vom 02.08.2019 alles Erforderliche mit der gebotenen Beschleunigung getan haben, um auf eine zügige Erstellung des notariellen Nachlassverzeichnisses hinzuwirken. Für die Entscheidung des Senats kommt es allein darauf an, ob die Schuldnerinnen zum Zeitpunkt dieser Entscheidung – unabhängig von möglichen Verzögerungen in der Vergangenheit – alles in ihrer Macht stehende getan haben, um die Mitwirkung eines Notars zu erlangen (vgl. OLG Karlsruhe – 7. Zivilsenat – Beschluss vom 16.04.2013 – 7 W 20/13, Rn. 7, zitiert nach Juris). Das heißt: Es kommt darauf an, ob den Schuldnerinnen zum Zeitpunkt der Entscheidung des Senats eine Erfüllung ihrer Verpflichtung möglich ist; dabei wäre eine Unmöglichkeit aus objektiven oder subjektiven Gründen von den Schuldnerinnen nachzuweisen. Es ist für Zwangsmaß-

nahmen gemäß § 888 Abs. 1 ZPO darauf abzustellen, ob den Schuldnerinnen zum Zeitpunkt dieser Entscheidung Maßnahmen und Handlungen möglich sind, die zur Herbeiführung des geschuldeten Erfolges – Erstellung des notariellen Nachlassverzeichnisses – führen können. Diese Frage ist entgegen der Auffassung des Landgerichts zu bejahen; daher ist ein Zwangsgeld festzusetzen.

15 3. Es gibt geeignete Maßnahmen für die Schuldnerinnen, die Erstellung des Verzeichnisses herbeizuführen, die von ihnen bisher nicht ergriffen wurden.

16 a) Wer ein notarielles Nachlassverzeichnis vorlegen muss, hat dem Notar sämtliche Auskünfte zu erteilen und sämtliche Unterlagen vorzulegen, die dieser für die Erstellung des Verzeichnisses benötigt und anfordert. Dieser Verpflichtung sind die Schuldnerinnen nach ihrem vom Gläubiger nicht bestrittenen Vorbringen vollständig nachgekommen. Es gibt keine Anfrage des Notars, die von den Schuldnerinnen nicht oder nur unvollständig beantwortet worden wäre. Die Festsetzung eines Zwangsgeldes gemäß § 888 Abs. 1 ZPO lässt sich daher nicht darauf stützen, dass Auskünfte der Schuldnerinnen gegenüber dem Notar fehlen würden. Ob bei der weiteren Bearbeitung des Verzeichnisses durch den Notar in der Zukunft zusätzliche Auskünfte der Schuldnerinnen notwendig werden können, ist für die Entscheidung des Senats ohne Bedeutung.

17 b) Die Schuldnerinnen sind nach dem Teilurteil des Landgerichts mit der Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses verpflichtet, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen. Soweit dieser Erfolg von der Tätigkeit des Notars abhängt, sind die Schuldnerinnen verpflichtet, alle in Betracht kommenden Maßnahmen zu ergreifen, um auf den Notar einzuwirken und diesen zu einer Erledigung des Auftrags anzuhalten. Dieser Verpflichtung sind die Schuldnerinnen nicht ausreichend nachgekommen. Die unterlassene Einwirkung auf den Notar rechtfertigt die Festsetzung eines Zwangsgeldes gemäß § 888 Abs. 1 ZPO (vgl. OLG Stuttgart, ZEV 2020, 292).

18 aa) Für die verzögerte Bearbeitung durch den Notar sind keine Gründe erkennbar, die sich aus der Sache ergeben würden. Nach dem Auftrag zur Erstellung des Verzeichnisses vom 02.08.2019 ist bis zum Schreiben des Notars vom 27.06.2020 (Anlage AG 11) und dem Notartermin vom 29.07.2020 nichts geschehen. Auch in der Zeit nach dem Notartermin bis zur Entscheidung des Senats ist eine Tätigkeit des Notars zur Erstellung des Verzeichnisses nicht ersichtlich. Es gibt keine Hinweise des Notars gegenüber den Schuldnerinnen – seinen Auftraggeberinnen – über den Fortgang der Angelegenheit.

19 Der Notar hat im Schreiben vom 27.06.2020 zwar darauf hingewiesen, dass durch die Bearbeitung des Nachlassverzeichnisses die übrige Beurkundungstätigkeit und

der Urkundsgewährungsanspruch anderer Personen nicht leiden dürfe. Dies kann die Verfahrensweise des Notars gegenüber den Schuldnerinnen, die auf eine zügige Erstellung des notariellen Verzeichnisses angewiesen sind, jedoch nicht rechtfertigen. Nachdem der Notar im Sommer 2019 den Auftrag zur Erstellung des Verzeichnisses angenommen hatte, oblag es ihm, seine Zeit für die Bearbeitung und Erledigung des Auftrags einzuplanen. Eine Überlastung durch andere Aufträge rechtfertigt die Untätigkeit des Notars grundsätzlich nicht. Denn ein Notar ist nicht verpflichtet, beliebig viele Aufträge anzunehmen, die zu einer Überlastung führen können. Ein Notar kann Beurkundungsaufträge ablehnen, wenn er andere Amtsgeschäfte sonst nicht in angemessener Zeit erledigen kann (vgl. Eylmann/Vaasen, Bundesnotarordnung, 3. Auflage 2011, § 15 BNotO, Rn. 25). Nach der Annahme des Auftrags von den Schuldnerinnen hätte der Notar gegebenenfalls andere Aufträge ablehnen können oder ablehnen müssen, wenn er sich nur dadurch die notwendige Zeit zur Erstellung des Nachlassverzeichnisses verschaffen konnte. Eine mögliche Überlastung eines Notars unterscheidet sich insoweit wesentlich von einer Überlastung bei Gerichten. Während Gerichte ihren Arbeitsanfall (eingehende Klagen oder eingehende Rechtsmittel) nicht steuern können, kann ein Notar seine Belastungssituation erforderlichenfalls durch Annahme oder Ablehnung von Aufträgen steuern.

**20 bb)** Es ist nicht zu verkennen, dass die Situation der Schuldnerinnen als Auftraggeberinnen des Notars unter den gegebenen Umständen schwierig ist. Nach der Erfahrung des Senats tragen verschiedene Umstände dazu bei, dass sich bei der Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses nicht selten Verzögerungen ergeben. Dabei spielt eine Rolle, dass in der Rechtsprechung gerade in den letzten Jahren erhebliche Anforderungen an die Feststellungen des Notars und an seine Ermittlungstätigkeit aufgestellt worden sind (vgl. dazu *Zimmer*, Pflichten des Notars beim notariellen Nachlassverzeichnis, NJW 2019, 186; *Keim*, Aktuelles zum notariellen Nachlassverzeichnis, NJW 2020, 2996): Es kommt hinzu, dass die Erstellung des Nachlassverzeichnisses in den Notariaten vielfach wohl keine Routinetätigkeit ist, die von Mitarbeitern vorbereitet wird, sondern eine Tätigkeit, die erheblichen eigenen Zeitaufwand des Notars erfordert. Auch der Umstand, dass die Erstellung des Verzeichnisses für den Notar in der Regel wohl keine lukrative Tätigkeit sein dürfte (vgl. § 115 GNotKG und Nr. 23500 der Anlage 1 GNotKG) kann zu Verzögerungen im Bereich des Notars beitragen. Unter diesen Umständen sind – vom Gläubiger vorgeschlagene – Fristsetzungen der Schuldnerinnen gegenüber dem Notar nach Auffassung des Senats im vorliegenden Fall kein geeignetes und notwendiges Mittel, um den Notar zu einer Tätigkeit zu veranlassen, zumal

dieser schon in seinem Schreiben vom 27.06.2020 darauf hingewiesen hat, er sei an eventuelle Fristen von Anwälten nicht gebunden. Der Senat hält es auch kaum für zielführend, den Auftrag an den Notar zu kündigen und einen anderen Notar zu beauftragen. Aufgrund des relativ geringen Gebühreninteresses dürfte der Notar kaum Einwendungen gegen eine Kündigung haben. Mit einem Zeitgewinn wäre kaum zu rechnen, wenn ein anderer Notar sich in die Angelegenheit zunächst neu einarbeiten müsste.

**21 cc)** Allerdings stehen den Schuldnerinnen mehrere formelle Möglichkeiten zur Verfügung, um auf die Tätigkeit des Notars einzuwirken. Da die Schuldnerinnen alles in ihren Kräften tun müssen, um für eine Erstellung des Nachlassverzeichnisses zu sorgen, sind sie verpflichtet die folgenden Maßnahmen – nach Auffassung des Senats gleichzeitig und kumulativ – zu ergreifen:

- Unter den gegebenen Umständen ist eine Beschwerde gemäß § 15 Abs. 2 BNotO erforderlich. Eine solche Beschwerde ist nicht nur bei einer ausdrücklichen Verweigerung des Notars möglich, sondern auch bei Untätigkeit wie im vorliegenden Fall (vgl. Eylmann/Vaasen, a.a.O., § 15 BNotO Rn. 21).
- Die Schuldnerinnen sind im Verhältnis zum Gläubiger verpflichtet, sich im Wege einer Dienstaufsichtsbeschwerde an den zuständigen Präsidenten des Landgerichts zu wenden (vgl. § 93 Abs. 1 BNotO).
- Die Schuldnerinnen sind verpflichtet, sich mit einer Beschwerde an die Notarkammer zu wenden (§ 67 Abs. 1 Satz 2 BNotO), die neben der Aufsicht durch die Justizverwaltung für eine ordnungsgemäße Tätigkeit des Notars sorgen kann.

**22** Es mag zwar naheliegen, dass man als Kunde einen Notar nicht durch Beschwerden verärgern will. Im Hinblick auf die Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger erscheinen dem Senat die Maßnahmen jedoch geboten. Die angegebenen Maßnahmen lösen auch keine zusätzliche Verzögerung der Tätigkeit des Notars aus; denn der Notar bleibt auch während der laufenden Beschwerden in der Lage und verpflichtet, den Auftrag zur Erstellung des Nachlassverzeichnisses zu bearbeiten und zu erledigen.

**23 dd)** Für die Verhängung eines Zwangsgeldes reicht es aus, dass die Schuldnerinnen zum Zeitpunkt der Entscheidung des Senats die in Betracht kommenden und gebotenen Möglichkeiten zur Einwirkung auf den Notar (siehe oben) nicht genutzt haben. Auf ein eigenes Verschulden der Schuldnerinnen kommt es hingegen nicht an. Es kann daher dahinstehen, ob und Inwieweit der Prozessbevollmächtigte der Schuldnerinnen, der diese auch gegenüber dem Notar und im Vollstreckungsverfahren vertreten hat, für eine entsprechende Einwirkung auf den Notar im Auftrag der Schuldnerinnen hätte sorgen müssen.

**24** 4. Für den Senat ist unklar, weshalb der anwaltlich vertretene Gläubiger nicht selbst durch eine Beschwerde an die Notarkammer und an den Präsidenten des Landgerichts zu einer Einwirkung auf den Notar beigetragen hat. Maßnahmen der Aufsicht werden sowohl von der Notarkammer, als auch von der Justizverwaltung von Amts wegen getroffen. Daraus ergibt sich, dass eine Beschwerde an die Notarkammer oder eine Beschwerde an den Präsidenten des Landgerichts keine Beteiligung des Beschwerdeführers an einem bestimmten Verfahren beim Notar voraussetzt. Auf eine Beschwerde des Gläubigers, die entsprechende Informationen zur Verfahrensweise des Notars enthält, können sowohl der Präsident des Landgerichts als auch die Notarkammer grundsätzlich in gleicher Weise reagieren wie bei einer Beschwerde der Schuldnerinnen, die den Notar beauftragt haben. Da im Verhältnis zum Gläubiger allerdings die Schuldnerinnen zur Beschaffung des notariellen Verzeichnisses verpflichtet sind, spielen solche Einwirkungsmöglichkeiten des Gläubigers auf den Notar für die Entscheidung gemäß § 888 Abs. 1 ZPO keine Rolle.

**25** 5. Ein Zwangsgeld in Höhe von 300,00 € – ersatzweise drei Tage Zwangshaft – erscheint ausreichend. Unter den gegebenen Umständen geht es weniger darum, einen nicht vorhandenen Willen der Schuldnerinnen zu beugen, sondern eher darum, den Schuldnerinnen – und ihrem Prozessbevollmächtigten – die notwendigen Maßnahmen zur Einwirkung auf den Notar zu verdeutlichen. Durch rechtzeitige Vornahme der notwendigen Handlungen (Beschwerde gemäß § 15 Abs. 2 BNotO sowie Beschwerden an den Präsidenten des Landgerichts und an die Notarkammer) können die Schuldnerinnen eine Vollstreckung des Zwangsgeldes abwenden. Sollte das Zwangsgeld nicht ausreichen, um die Schuldnerinnen zur Durchführung der angegebenen Maßnahmen zu veranlassen, können gegebenenfalls auf Gläubigerantrag weitere Zwangsmittel festgesetzt werden.

**26** Da die Schuldnerinnen im Teilurteil vom 28.06.2019 gesamtschuldnerisch verurteilt wurden, erfolgt auch die Festsetzung des Zwangsgeldes gesamtschuldnerisch (vgl. OLG Bamberg, Beschluss vom 16.06.2016 – 4 W 42/16 –, Rn. 28, 29, zitiert nach Juris). Das bedeutet, dass das Zwangsgeld nur einmal vollstreckt werden kann mit der Maßgabe, dass dem Gläubiger ein Wahlrecht zwischen den beiden Schuldnerinnen zusteht. Wenn das Zwangsgeld bei einer Schuldnerin nicht beigetrieben werden kann, kann sich die Zwangshaft nur gegen diese Schuldnerin richten. Da die Zwangshaft gemäß § 888 Abs. 1 ZPO im Fall der Uneinbringlichkeit an die Stelle des Zwangsgeldes tritt, wird mit der Verbüßung der Zwangshaft durch eine Gesamtschuldnerin die Haftung der anderen Gesamtschuldnerin (für

Zwangsgeld und ersatzweise Zwangshaft) mit abgegolten. Sollte das Zwangsgeld bei beiden Schuldnerinnen nicht beigetrieben werden können, würden die Voraussetzungen für eine Zwangshaft bei beiden Schuldnerinnen vorliegen, so dass der Gläubiger die Wahl hätte, an welcher Gesamtschuldnerin die Zwangshaft vollzogen werden soll. Nach Auffassung des Senats ergeben sich diese Konsequenzen aus dem Wesen der Gesamtschuld gemäß § 421 BGB (anderer Auffassung zur Verknüpfung von Zwangsgeld und ersatzweiser Zwangshaft bei Gesamtschuldern anscheinend OLG Bamberg, Beschluss v. 16.06.2016 – 4 W 42/16 –, Rn. 28, zitiert nach Juris).

### **Keine entsprechende Anwendung des § 2077 BGB bei einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft auch bei späterer Heirat**

*BGB § 2077, § 2084 § 2279*

#### **Amtliche Leitsätze:**

1. § 2077 Abs. 1 BGB enthält keine widerlegliche Vermutung, sondern eine dispositive Auslegungsregel. (Rn. 24)
2. Haben die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft einen Erbvertrag geschlossen oder der Erblasser zu Gunsten seines Partners ein Testament errichtet und heiraten die Partner später, findet auch im Fall der Scheidung vor dem Tod § 2077 BGB keine entsprechende Anwendung. (Rn. 24)

**OLG Rostock (3. Zivilsenat),  
Beschluss vom 13.07.2021 – 3 W 80/20**

#### **I. Tatbestand:**

- 1 Der Erblasser verstarb am ... 2017. Der Beteiligte zu 1) ist das einzige leibliche Kind des Erblassers.
- 2 Der Erblasser war in erster und einziger Ehe mit der Beteiligten zu 2) verheiratet. Die Ehe wurde am ... 10.2001 geschlossen und mit Rechtskraft vom 06.04.2006 durch das Amtsgericht Güstrow geschieden.
- 3 Am 02.05.2000 errichteten der Erblasser und die Beteiligte zu 2) vor der Notarin U. T. in P. einen Erbvertrag. In diesem Erbvertrag setzten sich beide gegenseitig zu Alleinerben ein und bestimmten zum Erben der Letztversterbenden die Tochter der Beteiligten zu 2), Ta. P., sowie den Beteiligten zu 1). Der Erbvertrag wurde durch das erstinstanzliche Gericht am 30.06.2017 eröffnet.

**4** Am 22.08.2017 hat der Beteiligte zu 1) die Erteilung eines Erbscheins dahin beantragt, dass er alleiniger gesetzlicher Erbe nach dem Erblasser F.P. geworden sei.

**5** Er hat die Auffassung vertreten, die letztwillige Verfügung des Erblassers und seiner geschiedenen Ehefrau sei gemäß §§ 2279, 2077 BGB mit der Auflösung der Ehe unwirksam geworden. § 2077 BGB finde auch bei einer späteren Heirat Anwendung.

**6** Es sei eine ergänzende Auslegung des Erbvertrages vorzunehmen. Eine nachträgliche Lücke des Erbvertrages sei festzustellen, wenn sich nach Errichtung des Erbvertrages die Sach- und Rechtslage geändert habe und dadurch nicht mehr die wirtschaftlichen Ziele und Absichten des Erblassers mit seiner letztwilligen Verfügung erreicht werden könnten. Maßgeblich sei die Sicht des Erblassers, so dass eine Lücke der Erklärung nur vorliege, wenn die Unvollständigkeit des Erbvertrages nicht beabsichtigt gewesen sei. Es sei also zu fragen, welche letztwilligen Anordnungen der Erblasser getroffen oder unterlassen hätte, wenn er im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments die nicht in Erwägung gezogenen Umstände gekannt oder sie als möglich vorausgesehen hätte.

**7** Als die Vertragsparteien den Erbvertrag am 02.05.2000 bei der Notarin aufgesetzt hätten, seien sie selbstverständlich davon ausgegangen, dass ihre partnerschaftliche Beziehung andauere und beide lange leben würden. Der gemeinsame Sohn der Vertragsparteien sei zu diesem Zeitpunkt drei Jahre alt gewesen. Knapp 1,5 Jahre später hätten sie die Ehe geschlossen. Damit hätten sie ihre Beziehung auch in rechtlicher Hinsicht vertieft. Mit der Scheidung habe sich die Rechtslage umgekehrt. Mit der Scheidung sei auch der Versorgungsausgleich entschieden worden. 2007 hätten sich die Vertragsparteien auch über sämtliche güterrechtliche Ansprüche auseinandergesetzt. Somit seien ihre Vermögen ebenfalls vollständig voneinander getrennt gewesen. Mit einer Zahlung des Erblassers von 3.500,00 € sollten auch jegliche Zugewinnansprüche geregelt sein. Am 10.09.2008 sei dem Erblasser durch das Amtsgericht Güstrow, dass alleinige Sorgerecht für den Beteiligten zu 1) zugesprochen worden.

**8** Ein Kontakt des Erblassers zu Ta.P. habe ebenfalls nicht mehr bestanden.

**9** Als er bereits schwer erkrankt gewesen sei, habe der Erblasser gegenüber seiner Verwandtschaft auch geäußert, dass der Beteiligte zu 1) sein Alleinerbe sei und dieser sich über seine wirtschaftliche Absicherung keine Sorgen machen müsse.

**10** Die Beteiligte zu 2) ist dem Erbscheinsantrag entgegengetreten und hat sich auf den Erbvertrag berufen. Diesen hätten die Parteien in nichtehelicher Lebensgemeinschaft geschlossen. Die Scheidung beeinträchtige die

Wirksamkeit des Erbvertrages nicht, da § 2077 BGB nicht einschlägig sei. Auch finde der Erbvertrag im gesamten Scheidungsverfahren keine Erwähnung.

**11** Der Erbvertrag habe vor dem Todesfall seine volle Wirksamkeit erlangt. Eine ergänzende Vertragsauslegung sei nicht geboten. Die Anwendung des § 2077 BGB auf die uneheliche Lebensgemeinschaft scheidet nach ganz herrschender Meinung aus.

**12** Für die Vermutung, dass der Erbvertrag nicht mit der Scheidung sein Ende haben finden sollen, spreche die im Erbvertrag vorgenommene Schlusserbeneinsetzung.

**13** Der Erblasser und die Beteiligte zu 2) hätten einen wechselbezüglichen notariellen Erbvertrag geschlossen. Dies sei zu einer Zeit geschehen, zu der an eine Eheschließung nicht gedacht worden sei. Die wechselbezüglichen Erklärungen seien nicht einseitig zu widerrufen gewesen.

**14** Sie bestreitet, dass sich die Vertragsparteien in einer Form hätten binden wollen, wie dies für eine Ehe üblich sei.

**15** Das Amtsgericht Ludwigslust, Zweigstelle Parchim, hat mit Beschluss vom 09.03.2000 den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1) zurückgewiesen. Wegen der Gründe der Entscheidung wird auf den angefochtenen Beschluss Bezug genommen.

**16** Gegen diesen Beschluss richtet sich die sofortige Beschwerde des Beteiligten zu 1) vom 20.04.2020. Er ist der Ansicht, die Auffassung, § 2077 BGB finde keine Anwendung, wenn ein Erbvertrag zwischen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft geschlossen worden ist, sei nicht mit überzeugenden Argumenten zu begründen.

**17** Der Schwerpunkt der Beurteilung, ob ein vor der Ehe abgeschlossener Erbvertrag seine Wirkung verliert, wenn die spätere Ehe der Beteiligten geschieden worden ist, sei an der Ehe der Beteiligten festzumachen. Es sei zu ermitteln, was der Erblasser gewollt haben würde, wenn ihm die nachträgliche Lücke in dem Erbvertrag zum Zeitpunkt der Errichtung des Vertrages bekannt gewesen wäre. Die Heirat und spätere Scheidung der Beteiligten am Erbvertrag stelle eine solche klassische Lücke dar, insbesondere auch die im Zusammenhang mit der Scheidung und dem jahrelangen Rosenkrieg eingetretene negative Entwicklung der Beziehung zum anderen Vertragspartner. Diese Lücke sei durch den hypothetischen Erblasserwillen zu schließen. Es sei also zu fragen, welche letztwillige Anordnung der Erblasser getroffen oder unterlassen hätte, wenn er im Zeitpunkt der Testamentserrichtung die nicht in Erwägung gezogenen Umstände gekannt oder sie als möglich vorausgesehen hätte.

**18** Die Beteiligte zu 2) ist der Beschwerde entgegengetreten. Wegen der Begründung wird auf den Schriftsatz vom 08.06.2020 Bezug genommen.

19 Das Amtsgericht hat der Beschwerde mit Beschluss vom 01.07.2020 nicht abgeholfen.

## ▶ II. Aus den Gründen:

20 Die sofortige Beschwerde des Beteiligten zu 1) ist zwar gemäß §§ 58 ff. BGB zulässig, hat in der Sache aber keinen Erfolg.

21 Der Beteiligte zu 1) kann den beantragten Erbschein nur dann beanspruchen, wenn die gesetzliche Erbfolge eingetreten ist. Dies ist dann nicht der Fall, wenn der Erblasser eine hiervon abweichende letztwillige Verfügung getroffen hat. Eine solche kann der Erblasser in einem Testament oder aber in einem Erbvertrag niederlegen.

22 Es steht außer Streit, dass der Erblasser und die Beteiligte zu 2) einen solchen Erbvertrag am 02.05.2000 geschlossen haben. Auch der Beteiligte zu 1) geht offenbar davon aus, dass dieser Erbvertrag wirksam zustande gekommen ist. Gegenteiliges trägt er nicht vor und ist auch sonst für den Senat nicht ersichtlich.

23 Der Beteiligte zu 1) macht jedoch geltend, dass der Erbvertrag gemäß §§ 2279, 2077 BGB mit der Ehescheidung zwischen dem Erblasser und der Beteiligte zu 2) seine Wirksamkeit verloren hat. Gemäß § 2279 Abs. 1 BGB sind auf vertragsmäßige Zuwendungen in einem Erbvertrag die für letztwillige Verfügungen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden. Gemäß § 2077 Abs. 1 BGB ist eine letztwillige Verfügung, durch die der Erblasser seinen Ehegatten bedacht hat, unwirksam, wenn die Ehe vor dem Tod des Erblassers aufgelöst worden ist. Das gleiche gilt gemäß § 2077 Abs. 2 BGB, wenn der Erblasser seine letztwillige Verfügung zu Gunsten seines Verlobten getroffen hat, das Verlöbnis aber vor dem Eintritt des Todesfalls aufgelöst worden ist (OLG Frankfurt, Beschluss vom 16.02.2016, 20 W 322/14, BeckRS 2016, 9184 = ErbR 2016, 276). § 2077 Abs. 1 S. 1 BGB findet auch dann Anwendung, wenn der Erblasser und die bedachte Person im Zeitpunkt der Testamentserrichtung verlobt waren und erst danach geheiratet haben (BayObLG, Beschluss vom 10.09.1992, 1 Z BR 68/92, NJW-RR 1993, 12 = FamRZ 1993, 362). Dagegen ist § 2077 BGB auf eine nichteheliche Lebensgemeinschaft ohne ernstliches Eheversprechen (Verlöbnis) nicht anwendbar (BayObLG, Beschluss vom 06.09.1983, 1 Z 53/83, FamRZ 1983, 1226 = MDR 1984, 145).

24 § 2077 BGB, der keine widerlegliche Vermutung für den Erblasserwillen dokumentiert, sondern eine dispositive Auslegungsregel für die in der Norm festgestellten Fallgruppen enthält (BayObLG, Beschluss vom 10.09.1992, 1 Z BR 68/92, NJW-RR 1993, 12 = FamRZ 1993, 362 m.w.N.; BGH, Ur. v. 29.10.1959, III ZR 107/58, FamRZ 1960, 28; OLG

Celle, Beschluss vom 23.06.2003, 6W 45/03, NJW-RR 2003, 1304 = FamRZ 2004, 310), ist seinem Wortlaut nach auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft nicht unmittelbar anwendbar. Obgleich § 2077 BGB seinem Wortlaut nach auf das Bestehen einer Ehe oder eines Verlöbnisses zum Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung abzustellen scheint, wird die Frage, ob die dort aufgestellte Auslegungsregel auch dann entsprechende Anwendung findet, wenn die Ehe erst nach Errichtung der letztwilligen Verfügung oder des Erbvertrages geschlossen worden ist, aber vor dem Zeitpunkt des Todes der Erblassers wieder geschieden worden ist (verneinend beispielhaft OLG Frankfurt, Beschluss vom 07.07.2015, 20 W 16/15, BeckRS 2016, 6193; OLG Frankfurt, Beschluss vom 16.02.2016, 20 W 322/14, BeckRS 2016, 9184 = ErbR 2016, 276; OLG Celle, Beschluss vom 23.06.2003, 6 W 45/03, NJW-RR 2003, 1304 = FamRZ 2004, 310; OLG Schleswig, Beschluss vom 09.04.2009, 3 U 43/08, zit. nach juris; a.A. noch BGH, Ur. v. 03.05.1961, V ZR 154/59, BeckRS 1961, 31348711). Der BGH-Entscheidung wird man mit dem OLG Frankfurt (Beschluss vom 07.07.2015, 20 W 16/15, BeckRS 2016, 6193) zwischenzeitlich entgegenhalten können, dass das Zusammenleben ohne Trauschein schon seit Langem zur gesellschaftlichen Normalität gehört und sich hieran nicht ohne Weiteres als Regelfall eine Eheschließung anschließen muss. Während die Ehe oder das sie vorbereitende Verlöbnis im Allgemeinen auf eine lebenslange familienrechtliche Bindung ausgelegt sind, wird die nichteheliche Lebensgemeinschaft zwischen Mann und Frau in der Regel ohne rechtliche Bindung und ohne bestimmte Dauer eingegangen (OLG Celle, Beschluss vom 23.06.2003, 6W 45/03, NJW-RR 2003, 1304 = FamRZ 2004, 310). Daher kann einer letztwilligen Verfügung oder einem Erbvertrag bei nichtehelichen Lebenspartnern selbst dann, wenn sie späterhin die Ehe schließen nicht ohne weiteres die Annahme eines besonderen partnerschaftlichen Bindungswillens unterstellt werden.

25 Vielmehr ist gemäß § 2084 BGB der tatsächliche Wille des Erblassers bei Errichtung des Testaments oder Abschluss des Erbvertrages zu ermitteln (BGH, Ur. v. 03.05.1961, V ZR 154/59, BeckRS 1961, 31348711; BayObLG, Beschluss vom 10.09.1992, 1 Z BR 68/92, NJW-RR 1993, 12 = FamRZ 1993, 362). Es ist also zu ermitteln, ob der Erblasser, hätte er die spätere Trennung in Betracht gezogen, in gleicher Weise verfügt hätte. Dabei ist zunächst festzustellen, ob sich aus dem Testament/Erbvertrag hierfür ausdrückliche Anhaltspunkte ergeben. Das ist aus Sicht des Senates vorliegend nicht der Fall.

26 Ergeben sich solche nicht, ist der vermutliche hypothetische Erblasserwille zu ermitteln. Hierfür kann es bereits darauf ankommen, ob der Erblasser eine feste, dauerhafte Bindung bereits ins Auge gefasst hat oder

seinen Partner nur gegenüber Erbensprüchen gesetzlicher Erben absichern wollte. Die Eheschließung zwischen dem Erblasser und der Beteiligten zu 2) erfolgte erst 17 Monate nach Abschluss des Erbvertrages. Der Erbvertrag lässt aus seinem Wortlaut nicht erkennen, dass er in Vorbereitung der Eheschließung geschlossen worden wäre. Vielmehr hat die Beteiligte zu 2) vorgetragen, dass sie und der Erblasser zum Zeitpunkt des Abschlusses des Erbvertrages noch nicht an eine Eheschließung gedacht hätten. Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus der Akte. Soweit der Beteiligte zu 1) auf die Scheidungsauseinandersetzung, eine Zugewinnausgleichsvereinbarung, den damit verbundenen Versorgungsausgleich, die Vermögensstrennung sowie schließlich auf das alleinige Sorgerecht des Erblassers verweist, könnten diese Umstände allenfalls als Anzeichen für einen bereits im Zeitpunkt des Erbvertragsschlusses bestehenden Willen des Erblassers gewertet werden. Allerdings vermögen diese Umstände nicht zu belegen, dass der Erblasser die Beteiligte zu 2) im Falle einer kommenden Trennung nicht auch als Erbin eingesetzt hätte. Eher das Gegenteil wird hierdurch angedeutet. Wenn die Parteien des Erbvertrages ihr Vermögen im Übrigen akribisch getrennt und auch sonst ihre nahehelichen Regelungen getroffen haben, steht die Vermutung nahe, dass sie, wäre dies ihr Wille gewesen, auch den Erbvertrag aufgehoben hätten. Dafür, dass der Erblasser nicht mehr in der Lage gewesen wäre, die Notwendigkeit eines solchen Handelns zur Umsetzung seines Willens nicht mehr zu erkennen, ergibt sich nach Aktenlage nichts.

27 Im Ergebnis des Vorgesagten hält es der Senat für überwiegend wahrscheinlich, dass es der Erblasser auch dann, wenn er am 02.05.2000 die wenigen Jahre später erfolgte Trennung von der Beteiligten zu 2) vorhergesehen hätte, bei dem Erbvertrag belassen hätte und auch keine dem § 2077 Abs. 1 BGB nachgebildete Klausel in den Erbvertrag aufgenommen hätte.

**LIEGENSCHAFTS- UND GRUNDBUCHRECHT**

**Unrichtiges Grundbuch bei Eintragung kapitalisierter Zinsen.**

ZPO § 866 Abs. 1, GBO § 53 Abs. 1 Satz 1

**Amtliche Leitsätze:**

1. Bei der Eintragung einer Zwangssicherungshypothek können Zinsen, die in dem Vollstreckungstitel als Nebenforderungen ausgewiesen sind, nicht in kapitalisierter

Form der Hauptforderung hinzugerechnet und als Betrag der Hypothek eingetragen werden.

2. Eine Verletzung gesetzlicher Vorschriften i.S.v. § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO liegt vor, wenn das Grundbuchamt bei der Eintragung das Gesetz nach seinem objektiven Inhalt nicht oder nicht richtig anwendet; darauf, ob die der Eintragung zugrundeliegende Rechtsauffassung des Grundbuchamtes vertretbar ist oder war, kommt es nicht an.

BGH (V. Zivilsenat),  
Beschluss vom 21.10.2021 - V ZB 52/20

**I. Sachverhalt:**

1 Der Beteiligte zu 1 ist Eigentümer des im Eingang dieses Beschlusses bezeichneten Grundstücks. Der Beteiligte zu 2 (der Freistaat Sachsen) vollstreckt gegen den Beteiligten zu 1 aus einem Vollstreckungsbescheid vom 27. September 2000 über eine Hauptforderung von 230.133,45 DM (= 117.665,36 €) nebst 4 % Zinsen seit dem 29. Oktober 1999 und 2.324 DM (= 1.188,24 €) Kosten. Auf dessen Grundlage hatte der Beteiligte zu 2 bereits zwei Zwangssicherungshypotheken über 70.000 € und – in einem anderen Grundbuch – über 30.000 € jeweils nebst 4 % Zinsen hieraus seit dem 17. Juli 2010 eintragen lassen. Im Juni 2011 beantragte er die Eintragung einer weiteren Zwangssicherungshypothek mit folgender Berechnung:

„117.665,36 - 70.000,00	EUR EUR	Hauptforderung eingetragene Zwangssicherungshypothek Blatt 20264
- 30.000,00	EUR	eingetragene Zwangssicherungshypothek Blatt 1513
1.188,24	EUR	Nebenkosten lt. Vollstreckungsbescheid
50.086,25	EUR	4% Zinsen aus EUR 117.665,36 seit 29.10.1999 bis vorl. 16.07.2010
610,44	EUR	4% Zinsen aus EUR 17.665,36 seit 17.07.2010 bis vorl. 27.05.2011
- 14.205,80	EUR	abzüglich Einzahlungen
55.344,49	EUR	Gesamtforderung
		Hinzu kommen die weiteren Zinsen aus EUR 17.665,36 ab 28.05.2011“

2 Die Zwangssicherungshypothek wurde am 3. Juni 2011 antragsgemäß eingetragen mit einem Betrag von 55.344,49 € nebst 4% Zinsen jährlich seit dem 28. Mai 2011 aus 17.665,36 € unter Bezugnahme auf den Vollstreckungsbescheid.

3 Das Grundbuchamt hat den Antrag des Beteiligten zu 1 vom 6. Mai 2020 auf Eintragung eines Amtswiderspruchs

gegen diese Eintragung zurückgewiesen. Auf seine Beschwerde hat das Oberlandesgericht das Grundbuchamt angewiesen, gegen die Zwangssicherungshypothek einen Amtswiderspruch zu seinen Gunsten hinsichtlich eines Teilbetrages von 37.679,13 € einzutragen. Im Übrigen hat es die – auch auf die Löschung der Zwangssicherungshypothek gerichtete – Beschwerde zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluss haben beide Beteiligte die zugelassene Rechtsbeschwerde eingelegt, der Beteiligte zu 1 mit dem Ziel, den Amtswiderspruch auf den Gesamtbetrag von 55.344,49 € zu erweitern und die Zwangssicherungshypothek zu löschen, der Beteiligte zu 2 mit dem Ziel, den Antrag auf Eintragung eines Amtswiderspruchs und auf Löschung der Zwangssicherungshypothek zurückzuweisen. Beide Beteiligte beantragen die Zurückweisung des jeweils anderen Rechtsmittels.

## ► II. Aus den Gründen:

4 Nach Ansicht des Beschwerdegerichts ist gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO ein Amtswiderspruch gegen die Zwangssicherungshypothek einzutragen. Das Grundbuchamt habe bei der Eintragung der Zwangssicherungshypothek gegen § 866 Abs. 1 ZPO verstoßen, indem es der Hauptforderung kapitalisierte Zinsen hinzugerechnet habe. Aus der Bestimmungsfunktion des Titels für Umfang und Inhalt der Zwangsvollstreckung folge, dass Zinsen nicht in kapitalisierter Form eingetragen werden dürften, wenn sie in dem Titel als Nebenforderung ausgewiesen seien. Wollte man stattdessen auf den Vollstreckungsantrag abstellen, könnte die Mindestbetragsregelung des § 866 Abs. 3 ZPO umgangen werden.

Das Grundbuch sei durch die Eintragung teilweise unrichtig geworden, weil die Zwangssicherungshypothek mangels Hauptforderung nicht in der eingetragenen Höhe entstanden sei. Der Amtswiderspruch sei aber auf einen Betrag von 37.679,13 € zu beschränken, weil nur insoweit ein Gesetzesverstoß vorliege. In Höhe von 17.665,36 € sei das Grundbuch nicht unrichtig, da in dieser Höhe zum Zeitpunkt der Eintragung eine Hauptforderung bestanden habe. Eine Amtslöschung der Zwangssicherungshypothek gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO komme hingegen nicht in Betracht, weil die Eintragung kapitalisierter Zinsen keine inhaltliche Unzulässigkeit begründe. Das Gesetz enthalte kein Verbot, Zinsen in kapitalisierter Form einzutragen. Soweit der Löschantrag auf § 22 GBO gestützt werde, sei die Beschwerde unzulässig.

5 Dies hält rechtlicher Nachprüfung stand.

6 Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 2

7 1. Die Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 2 ist nach § 78 Abs. 1 GBO statthaft und auch im Übrigen zulässig

(§ 78 Abs. 3 GBO i.V.m. § 71 FamFG). Die Regelung in § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO, nach der die Beschwerde gegen eine Eintragung im Grundbuch unzulässig ist, steht der Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde nicht entgegen. Sie ist nach ihrem Sinn und Zweck nur auf diejenigen Grundbucheinträge anwendbar, die am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teilnehmen (vgl. Senat, Beschluss vom 16. April 1975 – V ZB 22/74, BGHZ 64, 194, 198; Beschluss vom 13. Juli 2017 – V ZB 136/16, NJW 2017, 3715 Rn. 6; Beschluss vom 7. Dezember 2017 – V ZB 59/17, ZfIR 2018, 277 Rn. 9). Dies ist bei dem Widerspruch nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO nicht der Fall. Er dient im Gegenteil gerade dazu, den öffentlichen Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs zu beseitigen (vgl. § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB) und den gutgläubigen Erwerb des betroffenen Rechts auszuschließen, verlaubar aber nicht selbst das Bestehen eines Rechts (vgl. RGZ 117, 346, 352).

8 Daher ist derjenige, gegen dessen vom Grundbuch verlaubte Rechtsstellung sich der Widerspruch richtet, nach § 11 Abs. 1 RPflG, § 71 Abs. 1 GBO mit dem Ziel der Löschung unbeschränkt beschwerdeberechtigt, gleich ob er sich mit der Beschwerde gegen die Eintragung selbst wendet oder gegen die Ablehnung des Antrags auf Löschung des Widerspruchs (vgl. RGZ 117, 346, 351 f.; BayObLGZ 1952, 24, 26; 1989, 354, 356; OLG München, FGPrax 2016, 63; OLG Frankfurt a.M., NJW-RR 2021, 595 Rn. 12; *Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 53 Rn. 31 und § 71 Rn. 71; *Bauer/Schaub/Budde*, GBO, 4. Aufl., § 71 Rn. 47; *KEHE/Sternal*, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 71 Rn. 32; *BeckOK GBO/Kramer* [1.8.2021], § 71 Rn. 130; *Meikel/Schmidt-Räntsch*, GBO, 12. Aufl., § 71 Rn. 53). Ordnet – wie hier – erstmals das Beschwerdegericht die Eintragung des Amtswiderspruchs an, ist hiergegen im Falle der Zulassung die Rechtsbeschwerde statthaft (vgl. *Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 53 Rn. 32; *KEHE/Sternal*, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 71 Rn. 32; *BeckOK GBO/Kramer* [1.8.2021], § 71 Rn. 131).

9 2. In der Sache bleibt die Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 2 ohne Erfolg. Das Beschwerdegericht hat das Grundbuchamt zu Recht angewiesen, gegen die Zwangssicherungshypothek hinsichtlich eines Teilbetrages von 37.679,13 € einen Amtswiderspruch zu Gunsten des Beteiligten zu 1 einzutragen.

10 a) Nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO ist von Amts wegen ein Widerspruch in das Grundbuch einzutragen, wenn sich ergibt, dass das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist. Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Das Grundbuchamt hat bei der Eintragung der Zwangssicherungshypothek gegen § 866 Abs. 1 ZPO verstoßen, indem es Zinsen, die im Vollstreckungstitel als Nebenforderungen ausgewiesen

sind, kapitalisiert als Betrag der Hypothek und damit als Hauptforderung eingetragen hat. Allerdings ist umstritten, ob und unter welchen Voraussetzungen Zinsen, die als Nebenforderungen titulierte sind, im Vollstreckungsverfahren als Hauptforderung geltend gemacht und durch eine Zwangssicherungshypothek gesichert werden können.

**11 aa)** Eine Ansicht hält es für zulässig, als Nebenforderung titulierte Zinsen, die erstmals im Vollstreckungsverfahren – als zwischenzeitlich aufgelaufene rückständige Zinsen – in kapitalisierter Form geltend gemacht werden, der Hauptforderung hinzuzurechnen und mit dieser als Betrag der Zwangssicherungshypothek einzutragen (vgl. LG Bonn, Rpfleger 1982, 75; MüKoZPO/Dörndorfer, 6. Aufl., § 866 Rn. 10; BLHAG/Nober, 79. Aufl., § 866 Rn. 5; Prütting/Gehrlein/Zempel, ZPO, 12. Aufl., § 866 Rn. 7; Noethen in Kindl/Meller-Hannich, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 4. Aufl., ZPO § 866 Rn. 6; Meikel/Grziwotz, GBO, 12. Aufl., Einl B Rn. 575; Stöber/Morvilius, GBO-Verfahren und Grundstückssachenrecht, 3. Aufl., Rn. 839; Helwich, JurBüro 2008, 566, 569; Böttcher, NJW 2013, 838, 839; Morvilius, FPR 2013, 382, 383).

**12 bb)** Nach anderer Ansicht können bei der Eintragung der Zwangssicherungshypothek Zinsen stets nur so eingetragen werden, wie sie titulierte sind. Nach dieser Auffassung ist es nicht zulässig, als Nebenforderung titulierte Zinsen kapitalisiert als Hauptforderung bzw. unter Hinzurechnung zu der Hauptforderung einzutragen (vgl. OLG Schleswig, JurBüro 1982, 913; OLG München, FGPrax 2012, 11; Rpfleger 2016, 556, 557 f.; OLG Nürnberg, WM 2014, 2126, 2127; KG, FGPrax 2017, 99, 100; Staudinger/Wolfsteiner, BGB [2019], Vorbem. zu § 1113 Rn. 54; Stein/Jonas/Bartels, ZPO, 23. Aufl., § 866 Rn. 6; Wiczorek/Schütze/Bittmann, ZPO, 4. Aufl., § 866 Rn. 13; Zöllner/Seibel, ZPO, 33. Aufl., § 866 Rn. 5; Musielak/Voit/Flockenhaus, ZPO, 17. Aufl., § 866 Rn. 4; HK-ZPO/Kindl, 8. Aufl., § 866 Rn. 5; BeckOK ZPO/Riedel [1.7.2021], § 866 Rn. 8; Schuschke/Göbel in Schuschke/Walker/Kessen/Thole, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 7. Aufl., § 866 ZPO Rn. 6; Stöber/Keller, ZVG, 22. Aufl., Einleitung Rn. 321; Schumacher, JurBüro 1950, 33; Hellmig, Rpfleger 1982, 301; Löscher, JurBüro 1982, 1792, 1798; Hintzen, ZIP 1991, 474, 478 f.; ders., Rpfleger 2009, 448; Böhringer, ZfIR 2018, 373, 374; siehe auch schon KG, KGJ 50 [1919], 149, 155).

**13 cc)** Der Senat hält die letztgenannte Ansicht für richtig. Bei der Eintragung einer Zwangssicherungshypothek können Zinsen, die in dem Vollstreckungstitel als Nebenforderungen ausgewiesen sind, nicht in kapitalisierter Form der Hauptforderung hinzugerechnet und als Betrag der Hypothek eingetragen werden.

**14 (1) (a)** Nach § 866 Abs. 1 ZPO erfolgt die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück durch Eintragung einer

Sicherungshypothek für die Forderung, durch Zwangsversteigerung und durch Zwangsverwaltung. Grundlage der Zwangsvollstreckung (vgl. §§ 704, 750 ZPO) und damit auch der Eintragung der Zwangssicherungshypothek in das Grundbuch ist der Vollstreckungstitel; auf seiner Grundlage findet anschließend nach § 867 Abs. 3 ZPO gegebenenfalls die Zwangsversteigerung des Grundstücks statt (vgl. Senat, Beschluss vom 29. Januar 2015 – V ZR 93/14, juris Rn. 8). Die Zwangssicherungshypothek kann somit die Forderung im Ausgangspunkt nur mit dem titulierten Inhalt sichern. Hieraus folgt, dass es grundsätzlich nicht zulässig ist, Zinsen, die als Nebenforderung, d.h. in Abhängigkeit von einer Hauptforderung unter Angabe des Zinssatzes und des Zinsbeginns, titulierte sind, selbst als Hauptforderung, d.h. als Betrag der Hypothek einzutragen (zutreffend OLG Schleswig, JurBüro 1982, 913; OLG München, FGPrax 2012, 11; Rpfleger 2016, 556; OLG Nürnberg, WM 2014, 2126, 2127; Staudinger/Wolfsteiner, BGB [2019], Vorbem. zu §§ 1113 ff. Rn. 54; Stöber/Keller, ZVG, 22. Aufl., Einleitung Rn. 320 f.; Hellmig, Rpfleger 1982, 301; Hintzen, Rpfleger 2009, 448). Es widerspräche dem im Grundbuchverfahren zu beachtenden Prinzip der Klarheit und Übersichtlichkeit, wenn Zinsen abweichend vom Titel in kapitalisierter Form als Teil der Hauptforderung eingetragen werden könnten, weil dann aus der Eintragung nicht mehr ersichtlich wäre, ob der Betrag der Hypothek allein eine Hauptforderung (das Hypothekkapital) ausweist oder ob er auch Zinsen beinhaltet (zutreffend OLG München, FGPrax 2012, 11, 12). Dies ist aber erforderlich, weil sowohl für die Voraussetzungen der Eintragung der Zwangssicherungshypothek, als auch für das Zwangsversteigerungsverfahren von Bedeutung ist, ob und inwieweit wegen einer Hauptforderung oder wegen einer Nebenforderung in Form von Zinsen vollstreckt wird.

**15 (b)** Wegen mangelnder Klarheit und Übersichtlichkeit des Grundbuchs wäre eine solche Eintragung selbst dann unzulässig, wenn Zinsen, die kapitalisiert und unter Hinzurechnung zur Hauptforderung als Betrag der Zwangssicherungshypothek eingetragen werden, ihren Charakter als Nebenforderungen behielten. Würden die Zinsen bei dieser Art der Eintragung hingegen Teil der Hauptforderung, folgte deren Unzulässigkeit auch aus weiteren Aspekten.

**16 (2) (a)** Zunächst würde die Vorschrift des § 866 Abs. 3 ZPO unterlaufen. Danach darf eine Sicherungshypothek nur für einen Betrag von mehr als 750 Euro eingetragen werden; Zinsen bleiben dabei unberücksichtigt, wenn sie als Nebenforderung geltend gemacht sind. Der Wortlaut entspricht weitestgehend dem der Wertvorschrift des § 4 Abs. 1 Hs. 2 ZPO, jedoch mit dem Unterschied, dass es nicht darauf ankommt, ob die Zinsen als Nebenforde-

zung geltend gemacht „werden“, sondern ob sie als Nebenforderung geltend gemacht „sind“. Dies spricht für die Annahme, dass es für die Einordnung der Zinsen als Nebenforderung darauf ankommt, wie die Zinsen tituliert sind, und nicht darauf, wie der Gläubiger sie im Vollstreckungsverfahren geltend macht, d.h. ob er sie kapitalisiert, indem er für vergangene Zeiträume aufgelaufene Rückstände betragsmäßig aus- und der Hauptforderung hinzurechnet.

**17** Jedenfalls folgt die Maßgeblichkeit des Titels und nicht des Eintragungsantrags aus Sinn und Zweck der Norm. Diese zielt darauf ab, das Grundbuch von verwirrenden kleinen Zwangshypotheken freizuhalten. Daneben soll die Vorschrift auch verhindern, dass für kleine Forderungen des Alltags eine Realsicherheit erlangt werden und der Schuldner so seines Grundeigentums verlustig gehen kann (BT-Drucks. 13/341 S. 35). Diese Zwecke würden verfehlt, wenn der Gläubiger in regelmäßigen Abständen die zwischenzeitlich aufgelaufenen rückständigen Zinsen kapitalisieren und bei Erreichen des Mindestwertes von 750,01 € durch die Eintragung einer Zwangshypothek sichern lassen könnte. Hiermit würde die in § 866 Abs. 3 ZPO getroffene Regelung im Ergebnis umgangen (zutreffend OLG Schleswig, JurBüro 1982, 913; OLG Hamm, FGPrax 2009, 153 f.; Musielak/Voit/*Flockenhaus*, ZPO, 17. Aufl., § 866 Rn. 4).

**18 (b)** Als Nebenforderung titulierte Zinsen können allerdings – aber eben auch nur dann – kapitalisiert als Betrag der Zwangssicherungshypothek eingetragen werden, wenn die titulierte Hauptforderung nicht mehr besteht (zutreffend OLG Düsseldorf, FGPrax 2019, 101, 102). Denn ebenso wie Zinsen im Erkenntnisverfahren mit dem Erlöschen der Hauptforderung selbst zur Hauptforderung werden (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Dezember 1957 – VII ZR 135/57, BGHZ 26, 174, 175; Urteil vom 14. März 1994 – VII ZR 146/93, NJW 1994, 1869, 1870; Beschluss vom 25. November 2004 – III ZR 325/03, juris Rn. 5; jeweils zu § 4 ZPO), werden sie im Vollstreckungsverfahren zur Hauptforderung, wenn die im Titel ausgewiesene Hauptforderung zwischenzeitlich erloschen ist, etwa weil sie nach Erlass des Titels erfüllt wurde (§ 362 BGB).

**19** Dass der Gläubiger die Zinsen im Vollstreckungsverfahren ausrechnet und ohne die noch bestehende Hauptforderung oder – wie hier – zusammen mit einem anderen Teil der Hauptforderung vollstreckt, d.h. mit einem Teil, von dem sie nicht abhängen, reicht hingegen nicht aus. Die letztgenannte Vorgehensweise mag zwar im Einzelfall zumindest dem Zweck, das Grundbuch von verwirrenden kleinen Zwangshypotheken freizuhalten, nicht zuwiderlaufen. Ob dem so ist, hinge aber allein von dem Verhalten des Gläubigers ab. Dieser könnte die Regelung des § 866 Abs. 3 ZPO im Ergebnis umgehen, indem er je-

weils Teile der Hauptforderung mit kapitalisierten Zinsen so zusammenrechnet, dass sie gerade den Betrag von 750,01 € erreichen.

**20 (3)** Vor allem spricht gegen die Zulässigkeit der Eintragung kapitalisierter Zinsen als Teil der Hauptforderung, dass der Gläubiger auf diese Weise die gesetzlichen Regelungen über die Verjährung titulierter und gesicherter Zinsen umgehen könnte.

**21 (a)** Nach § 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB verjähren rechtskräftig festgestellte Ansprüche in 30 Jahren. Soweit sie jedoch künftig fällig werdende regelmäßig wiederkehrende Leistungen zum Inhalt haben, tritt an die Stelle der Verjährungsfrist von 30 Jahren die regelmäßige Verjährungsfrist (§ 197 Abs. 2 BGB). Da der Anspruch durch die Verjährung nicht erlischt, bleiben akzessorische Rechte wie Hypotheken und Pfandrechte jedoch bestehen. Für durch eine Hypothek gesicherte Ansprüche regelt § 216 Abs. 1 BGB, dass die Verjährung des Anspruchs den Gläubiger nicht hindert, seine Befriedigung aus dem belasteten Gegenstand (Grundstück) zu suchen. Dies gilt nach Abs. 3 der Vorschrift indes nicht für verjährte Ansprüche auf Zinsen und andere wiederkehrende Leistungen (vgl. auch § 902 Abs. 1 Satz 2 BGB). Somit unterliegen Zinsen, die im Titel als Nebenforderungen ausgewiesen sind, der regelmäßigen Verjährungsfrist, und können nach Eintritt der Verjährung auch dann nicht mehr geltend gemacht werden, wenn sie durch eine Zwangssicherungshypothek gesichert sind.

**22 (b)** Der Sinn und Zweck der Verkürzung der Verjährung in § 197 Abs. 2 BGB liegt darin, die Ansammlung von Rückständen aus regelmäßig wiederkehrenden Leistungen nicht zu begünstigen und sie nicht zu einer solchen Höhe anwachsen zu lassen, dass der Schuldner durch deren Einforderung wirtschaftlich gefährdet oder zugrunde gerichtet wird (BGH, Urteil vom 20. November 1997 – IX ZR 136/97, BGHZ 137, 193, 199 mwN).

**23 (c)** Wäre es jedoch zulässig, zwischenzeitlich aufgelaufene Zinsen zu kapitalisieren und als Teil der durch die Zwangssicherungshypothek gesicherten Hauptforderung eintragen zu lassen, könnte der Gläubiger sie wie die Hauptforderung unabhängig von ihrer Verjährung aus dem Grundstück beanspruchen. Hiermit würden die Vorschriften der § 197 Abs. 2, § 216 Abs. 3 BGB, die Zinsen und andere wiederkehrende Leistungen hinsichtlich der Verjährung und Vollstreckbarkeit aus den genannten Gründen anders behandeln als die Hauptforderung, in unzulässiger Weise umgangen (zutreffend *Stöber/Keller*, ZVG, 22. Aufl., Einleitung Rn. 321; *Staudinger/Wolfsteiner*, BGB [2019], Vorbem. zu §§ 1113 ff. Rn. 54).

**24 (4)** Schließlich spricht gegen die Zulässigkeit der Eintragung von erst im Vollstreckungsantrag kapitalisierten Zinsen als Teil der Hauptforderung, dass der Gläubiger

sich auf diese Weise einseitig eine Rangverbesserung in der Zwangsversteigerung verschaffen könnte.

**25 (a)** Nach § 10 Abs. 1 ZVG erhält der Hauptanspruch einer Hypothek (das Kapital) in der Zwangsversteigerung ohne zeitliche Beschränkung die Rangklasse 4. Gleiches gilt für Nebenforderungen, die als einmalige Leistungen nicht zeitlich abgegrenzt sind, z.B. für Kosten (vgl. Stöber/*Achenbach*, ZVG, 22. Aufl., § 10 Rn. 83; Böttcher, ZVG, 6. Aufl., § 10 Rn. 52). Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen, insbesondere Zinsen, genießen das Vorrecht dieser Klasse hingegen nur wegen der laufenden und der aus den letzten zwei Jahren rückständigen Beträge. Die älteren Rückstände fallen in die Rangklasse 8, oder – wenn der Gläubiger ihretwegen in das Grundstück vollstreckt – in die Rangklasse 5 (vgl. Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/*Rellermeier*, ZVG, 16. Aufl., § 10 Rn. 52; Stöber/*Achenbach*, aaO). Laufende Beträge wiederkehrender Leistungen sind nach § 13 Abs. 1 Satz 1 ZVG der letzte vor der Beschlagnahme fällig gewordene Betrag sowie die später fällig werdenden Beträge. Die älteren Beträge sind Rückstände (Satz 2). Sinn und Zweck der Beschränkung des Vorrechts wiederkehrender Leistungen ist, dass die Sicherheit des Realkredits leiden müsste, wenn das Vorrecht allen nicht verjährten Zinsansprüchen gewährt würde (vgl. Denkschrift zum ZVG von 1897, S. 58).

**26 (b)** Könnten jedoch als Nebenforderung titulierte Zinsen bei der Eintragung der Zwangssicherungshypothek als Teil des Kapitals eingetragen werden, fielen sie ab diesem Zeitpunkt bei der Zwangsversteigerung stets in die Rangklasse 4. Der Gläubiger könnte folglich eine Rangverbesserung hinsichtlich der als Nebenforderung titulierten Zinsen allein dadurch bewirken, dass er sie bei seinem Eintragungsantrag kapitalisiert und der Hauptforderung hinzurechnet (vgl. OLG München, FGPrax 2012, 11, 12; Rpfleger 2016, 556, 557; OLG Nürnberg, WM 2014, 2126 f.; Staudinger/*Wolfsteiner*, BGB [2019], Vorbem. zu §§ 1113 ff. Rn. 54; Hintzen, ZIP 1991, 474, 479; ders., Rpfleger 2009, 448).

**27 (c)** Soweit dem entgegengehalten wird, es müsse nicht in jedem Fall zu einer Rangverbesserung und könne im Einzelfall sogar zu einer Verschlechterung des Rangs kommen (so Meikel, GBO, 12. Aufl., Einl. B Rn. 575), trifft dies zwar zu. Eine Rangverbesserung erfahren die kapitalisierten Zinsen nämlich nur, wenn und soweit die Beschlagnahme mehr als zwei Jahre nach der Eintragung erfolgt, da sie anderenfalls auch als im Zeitpunkt der Beschlagnahme rückständige Zinsen aus den letzten zwei Jahren bzw. ab dann als laufende Zinsen in die Rangklasse 4 fallen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es allein auf die erste Beschlagnahme ankommt, gleich durch welchen Gläubiger sie veranlasst wird (§ 13 Abs. 4 ZVG), und dass darüber hinaus auch eine bereits in einem Zwangs-

verwaltungsverfahren erwirkte Beschlagnahme für die Zwangsversteigerung als die erste gilt, wenn sie bis zu der in der Zwangsversteigerung erfolgten Beschlagnahme fortgedauert hat (§ 13 Abs. 4 Satz 2 ZVG). In der Zwangsverwaltung kann die Eintragung der Zinsen als Hypothekenskapital sogar zu einer Rangverschlechterung für den Gläubiger führen, weil dort nach § 155 Abs. 2 Satz 2 ZVG bei der Verteilung der laufenden Überschüsse in Rangklasse 4 nur die laufenden wiederkehrenden Leistungen zu berücksichtigen sind. Dass die Kapitalisierung der Zinsen unter Umständen keine Verbesserung oder gar eine Verschlechterung für den Gläubiger bewirken kann, ändert aber nichts daran, dass nicht ersichtlich ist, weshalb ihm überhaupt gestattet sein soll, den Rang, den das Gesetz den Zinsen als wiederkehrenden Leistungen zuweist, allein dadurch zu verändern, dass er rückständige Zinsen aus- und der Hauptforderung hinzurechnet.

**28 (5)** Der Einwand des Beteiligten zu 2, es sei kein Grund dafür ersichtlich, weshalb die Kapitalisierung von Zinsen bei der Zwangssicherungshypothek unzulässig, bei der Verkehrshypothek aber zulässig sein soll, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Zwar wird es in der Tat bei der Verkehrshypothek nach § 1113 BGB für zulässig erachtet, Zinsen für abgelaufene Zeiträume in kapitalisierter Form als Betrag der Hypothek einzutragen (MüKoBGB/*Lieder*, 8. Aufl., § 1113 Rn. 49; BeckOK BGB/*Rohe* [1.8.2021], § 1113 Rn. 18; RGKR/*Mattern*, BGB, 12. Aufl., § 1115 Rn. 25 f.), wobei – soweit ersichtlich – davon ausgegangen aber nicht ausdrücklich ausgesprochen wird, dass auch eine Hinzurechnung zu einer Hauptforderung zulässig ist. Hieraus lässt sich indes nicht folgern, dass entsprechendes auch für die Eintragung der Zwangssicherungshypothek gelten muss (so aber LG Bonn, Rpfleger 1982, 75). Denn während die Kapitalisierung der Zinsen bei der Verkehrshypothek auf einer Einigung des Grundstückseigentümers mit dem Hypothekengläubiger beruht (§ 873 BGB), würde es bei der Zwangssicherungshypothek dem Gläubiger – wie gezeigt – ermöglicht, einseitig die für Zinsen geltenden Verjährungsregelungen zu Lasten des Grundstückseigentümers zu umgehen, indem er Rückstände aus- und der Hauptforderung hinzurechnet. Zudem gilt auch die Mindestbetragsregelung des § 866 Abs. 3 ZPO, die der Gläubiger auf diese Weise ebenfalls umgehen könnte, allein für die Zwangssicherungshypothek, nicht aber für die Verkehrshypothek.

**29 (6)** Anders liegt es hingegen, wenn die Zinsen zwar kapitalisiert, aber ausdrücklich als Nebenforderungen eingetragen werden („Zwangssicherungshypothek zu 600 € nebst 150,01 € Zinsen hieraus für den Zeitraum ... bis ...“). Denn die Kapitalisierung ist für sich genommen nur eine andere Berechnungsart für die Kennzeichnung der Zinsen (zutreffend *Löscher*, JurBüro 1982, 1792,

1798). Werden die als Nebenforderung titulierten Zinsen so eingetragen, dass aus dem Grundbuch ihr Charakter als Nebenforderung eindeutig erkennbar ist, führt dies weder zu einer Unklarheit des Grundbuchs noch droht Umgehung der Mindestbetragsregelung des § 866 Abs. 3 ZPO, der Verjährungsregelung in § 216 Abs. 3 BGB oder der Regelung über die Rangklassen in § 10 ZVG. Eine solche Eintragung ist daher zulässig (zutreffend OLG Hamm, FGPrax 2013, 149 zu Säumniszuschlägen).

**30 b)** Der Annahme einer für die Eintragung eines Amtswiderspruchs nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO erforderlichen Gesetzesverletzung steht nicht entgegen, dass zum Zeitpunkt der Eintragung der Zwangssicherungshypothek für den Beteiligten zu 2 höchstrichterlich noch nicht geklärt war, ob rückständige Zinsen kapitalisiert eingetragen werden können, wenn sie im Vollstreckungstitel als Nebenforderungen ausgewiesen sind.

**31 aa)** Allerdings wird teilweise angenommen, eine Gesetzesverletzung i.S.v. § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO scheide aus, wenn die Eintragung auf eine vertretbare Auslegung des Gesetzes durch das Grundbuchamt gestützt sei; eine nachträgliche andere Auslegung durch das Beschwerdegericht rechtfertige nicht die Eintragung eines Amtswiderspruchs (vgl. LG Lübeck, JurBüro 1973, 652, 653; Meikel/Schneider, GBO, 12. Aufl., § 53 Rn. 81; KEHE/Schrandt/Kalb, 8. Aufl., § 53 GBO Rn. 17).

**32 bb)** Überwiegend wird hingegen davon ausgegangen, dass es für die Frage, ob eine Gesetzesverletzung im Sinne dieser Vorschrift vorliegt, allein auf die objektive Rechtslage ankomme (vgl. Demharter, GBO, 32. Aufl., § 53 Rn. 21; Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl., § 53 Rn. 46; BeckOK GBO/Holzer [1.8.2021], § 53 Rn. 16).

**33 cc)** Die letztgenannte Ansicht trifft zu. Gesetzliche Vorschriften sind i.S.v. § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO verletzt, wenn bei der Eintragung zu beachtende Rechtsnormen des materiellen oder formellen Rechts infolge eines objektiven Pflichtenverstößes des Grundbuchamts nicht oder nicht richtig angewendet worden sind. Die Gesetzesverletzung ist ein objektiver Begriff. Die Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung des Gesetzes braucht deshalb nicht auf einem Verschulden des Grundbuchamts zu beruhen, sondern kann auch ohne ein Verschulden gegeben sein (Senat, Beschluss vom 13. Juli 1959 – V ZB 6/59, BGHZ 30, 255, 256). Ob eine Gesetzesverletzung vorliegt, ist aus der Sicht des Grundbuchamts und nach dem von ihm anzuwendenden Recht zu beurteilen. Maßgebend dafür ist die dem Grundbuchamt zur Zeit der Eintragung unterbreitete Sachlage und die zu dieser Zeit bestehende Rechtslage (vgl. Senat, Beschluss vom 13. Juli 1959 – V ZB 6/59, BGHZ 30, 255, 260; Beschluss vom 16. Februar 2012 – V ZB 204/11, juris Rn. 18). Daher liegt eine Verletzung gesetzlicher Vorschriften nicht vor, wenn das Grundbuchamt

das Gesetz auf den ihm unterbreiteten Sachverhalt richtig angewandt hat, auch wenn dieser Sachverhalt unrichtig war, es sei denn, dass die Unrichtigkeit dem Grundbuchamt bekannt war oder bei gehöriger Prüfung erkennbar gewesen wäre (Senat, Beschluss vom 13. Juli 1959 – V ZB 6/59, BGHZ 30, 255, Leitsatz). Soweit es indes um die richtige Auslegung und Anwendung des Gesetzes selbst geht, kommt es auf die „Erkennbarkeit“ des richtigen Gesetzesinhalts für das Grundbuchamt nicht an, sondern allein auf die objektive Rechtslage. Da Rechtsnormen einen bestimmten Inhalt haben, ist dieser durch eine von der gültigen Auslegung abweichende Inhaltsbestimmung verletzt, auch wenn diese vertretbar ist (zutreffend Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl., § 53 Rn. 46). Eine Verletzung gesetzlicher Vorschriften i.S.v. § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO liegt daher vor, wenn das Grundbuchamt bei der Eintragung das Gesetz nach seinem objektiven Inhalt nicht oder nicht richtig anwendet; darauf, ob die der Eintragung zugrundeliegende Rechtsauffassung des Grundbuchamtes vertretbar ist oder war, kommt es nicht an.

**34 c)** Durch die unter Verstoß gegen § 866 ZPO erfolgte Eintragung der Zwangssicherungshypothek über eine Hauptforderung von 55.344,49 € ist das Grundbuch unrichtig geworden. Denn die Hypothek ist nur i.H.v. 17.665,36 € entstanden, weil nur in dieser Höhe eine Hauptforderung besteht. Daher hat das Beschwerdegericht das Grundbuchamt zu Recht angewiesen, gegen die Zwangssicherungshypothek einen Amtswiderspruch zu Gunsten des Beteiligten zu 1 hinsichtlich eines Teilbetrages von 37.679,13 € einzutragen.

**35 3.** Soweit der Beteiligte zu 2 mit der Rechtsbeschwerde geltend macht, das Beschwerdegericht habe ihn in seinem Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzt, indem es ihn im Beschwerdeverfahren nicht angehört hat, verhilft dies der Rechtsbeschwerde nicht zum Erfolg.

**36 a)** Richtig ist allerdings, dass das Beschwerdegericht den Anspruch des Beteiligten zu 2 auf rechtliches Gehör verletzt hat, indem es davon abgesehen hat, ihn vor der zu seinem Nachteil ergehenden Entscheidung im Beschwerdeverfahren anzuhören. Wie allgemein in Beschwerdeverfahren nach der Grundbuchordnung (vgl. § 68 Abs. 3 i.V.m. § 28 Abs. 1, § 37 Abs. 2 FamFG) ist auch in dem Beschwerdeverfahren über die Eintragung eines Amtswiderspruchs oder über die Amtslöschung den Beteiligten, insbesondere demjenigen, für den das betroffene Recht eingetragen ist, rechtliches Gehör zu gewähren (vgl. BayObLG, JurBüro 1989, 1273, 1275; BayObLGZ 1990, 212, 216; Meikel/Schmidt-Räntsch, GBO, 12. Aufl., § 77 Rn. 28; Meikel/Schneider, GBO, 12. Aufl., § 53 Rn. 39; Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl., § 53 Rn. 60; BeckOK GBO/Kramer [1.8.2021], § 77 Rn. 18). Dass hiervon ausnahms-

weise abgesehen und rechtliches Gehör nachträglich gewährt werden kann, wenn die Gefahr der Rechtsvereitelung besteht (so etwa OLG München, FGPrax 2014, 51, 52; NJW-RR 2016, 1297 Rn. 29; Meikel/Schmidt-Räntsch, GBO, 12. Aufl., § 77 Rn. 28; Bauer/Schaub/Bauer, GBO, 4. Aufl., § 53 Rn. 60; BeckOK GBO/Kramer [1.8.2021], § 77 Rn. 19; Demharter, GBO, 32. Aufl., § 1 Rn. 70 und § 53 Rn. 35), liegt nahe, bedarf aber keiner Entscheidung. Denn eine solche Situation bestand hier nicht.

**37 b)** Der Verfahrensverstoß hat sich allerdings nicht ausgewirkt, weil der Beteiligte zu 2 im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht dargelegt hat, dass er im Falle einer Anhörung im Beschwerdeverfahren entscheidungserhebliche Tatsachen vorgebracht hätte, die zu einer anderen Entscheidung des Beschwerdegerichts hätten führen können. Er hat sich allein zu Rechtsfragen geäußert; insoweit konnte die im Beschwerdeverfahren unterbliebene Anhörung im Rechtsbeschwerdeverfahren nachgeholt werden (vgl. Meikel/Schmidt-Räntsch, GBO, 12. Aufl., § 77 Rn. 28).

**38 4.** Schließlich bleibt die Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 2 ohne Erfolg, soweit dieser der Ansicht ist, im Falle der Bestätigung der Beschwerdeentscheidung seien zu Unrecht als Kapital der Hypothek eingetragene Zinsen stattdessen als Nebenforderung mit Zinssatz und Zinsbeginn einzutragen. Gegenstand des Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahrens ist allein die von dem Beteiligten zu 1 angeregte Eintragung eines Amtswiderspruchs nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO bzw. Löschung der eingetragenen Zwangssicherungshypothek nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO. In diesem Verfahren kann der Beteiligte zu 2 nicht mehr erreichen, als dass die Eintragung des Widerspruchs und die Löschung seines Rechts unterbleiben. Zur Vornahme einer anderen Eintragung kann das Grundbuchamt – bei dem eine solche Eintragung bislang auch nicht beantragt wurde – nicht angewiesen werden.

**39** Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 1

**40** Die Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 1 bleibt ebenfalls ohne Erfolg.

**41 1.** Sie ist nur insoweit statthaft, als der Beteiligte zu 1 die Eintragung eines über 37.679,13 € hinausgehenden Amtswiderspruchs und die Löschung der Zwangssicherungshypothek auf der Grundlage von § 53 Abs. 1 GBO angeregt hat und dieses Ziel mit der Rechtsbeschwerde weiterverfolgen will. Soweit der Beteiligte zu 1 die Löschung der Zwangssicherungshypothek im Wege der Grundbuchberichtigung nach § 22 GBO beantragt, ist die Rechtsbeschwerde hingegen nicht statthaft.

**42 a)** Nach § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO ist die Beschwerde gegen eine Eintragung im Grundbuch unzulässig. Im Wege der Beschwerde kann jedoch nach Satz 2 der Vorschrift verlangt werden, dass das Grundbuchamt angewiesen

wird, nach § 53 GBO einen Widerspruch einzutragen oder eine Löschung vorzunehmen. Daher ist die Entscheidung des Grundbuchamts, auf eine Anregung des Beteiligten hin nicht in diesem Sinne von Amts wegen tätig zu werden, mit der Beschwerde anfechtbar. Beschwerdeberechtigt ist in diesem Fall derjenige, dem bei Unrichtigkeit des Grundbuchs der Berichtigungsanspruch aus § 894 BGB zustünde (vgl. Demharter, GBO, 32. Aufl., § 53 Rn. 32 f.), hier der Beteiligte zu 1, dessen Eigentum an dem Grundstück durch die eingetragene Zwangssicherungshypothek beeinträchtigt wird. Nachdem seine Beschwerde teilweise zurückgewiesen worden ist, kann der Beteiligte zu 1 mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde sein Ziel insoweit weiterverfolgen.

**43 b)** Nicht statthaft ist die Rechtsbeschwerde hingegen insoweit, als der Beteiligte zu 1 die Löschung der Zwangssicherungshypothek im Wege der Grundbuchberichtigung nach § 22 GBO beantragt.

**44 aa)** Wie das Beschwerdegericht zutreffend erkennt, ist die Beschwerde insoweit bereits nicht statthaft. Eine gegen die Zurückweisung eines auf eine ursprüngliche Unrichtigkeit der Eintragung gestützten Berichtigungsantrags gerichtete Beschwerde ist nach § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO unzulässig. Denn sie zielt der Sache nach darauf ab, dass das Beschwerdegericht die Vornahme der Eintragung in das Grundbuch überprüft, was nur in den Grenzen des § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO zulässig ist (vgl. Senat, Beschluss vom 7. Dezember 2017 – V ZB 59/17, ZfIR 2018, 277 Rn. 6).

**45 bb)** Allerdings ist die Beschwerdebeschränkung des § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO nach ihrem Sinn und Zweck nur auf diejenigen Grundbucheintragungen anwendbar, die am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teilnehmen (vgl. Senat, Beschluss vom 16. April 1975 – V ZB 22/74, BGHZ 64, 194, 198; Beschluss vom 13. Juli 2017 – V ZB 136/16, NJW 2017, 3715 Rn. 6; Beschluss vom 7. Dezember 2017 – V ZB 59/17, ZfIR 2018, 277 Rn. 9). Dies ist bei einer Zwangssicherungshypothek der Fall. Der Senat hat die Beschwerdebeschränkung aber auch in dem Fall für unanwendbar gehalten, dass eine Rechtsänderung durch gutgläubigen Erwerb zwar nicht nach der Natur des eingetragenen Rechts, aber nach dem konkreten Inhalt des Grundbuchs rechtlich ausgeschlossen ist (vgl. Senat, Beschluss vom 16. April 1975 – V ZB 22/74, aaO, S. 198 f.; Beschluss vom 7. Dezember 2017 – V ZB 59/17, aaO).

**46** Das Vorliegen einer solchen Ausnahme verneint das Beschwerdegericht jedoch zu Recht. Der gutgläubige Erwerb der für den Beteiligten zu 2 eingetragenen Zwangshypothek ist, auch wenn diese nur mittels einer Grundbucheintragung übertragen werden kann, möglich und lässt sich nicht ausschließen, weil zum maßgeblichen Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung ein Amtswider-

spruch noch nicht eingetragen war. Insofern liegt es hier anders, als in der ebenfalls einen Antrag auf Löschung einer Zwangssicherungshypothek betreffenden Entscheidung, in welcher der Senat die Zulässigkeit der Beschwerde insoweit bejaht hat (vgl. Senat, Beschluss vom 16. April 1975 – V ZB 22/74, BGHZ 64, 194, 199).

**47 2.** Zu Recht lehnt das Beschwerdegericht die Amtslöschung der Zwangssicherungshypothek nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO ab, weil die Eintragung nicht inhaltlich unzulässig ist.

**48 a)** Inhaltlich unzulässig i.S.d. § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO ist eine Eintragung, die ihrem – gegebenenfalls durch Auslegung zu ermittelnden – Inhalt nach einen Rechtszustand oder -vorgang verlautbart, den es nicht geben kann, oder wenn sie etwas Widersprüchliches verlautbart und ihre Bedeutung auch bei zulässiger Auslegung nicht ermittelt werden kann; ebenfalls als nach ihrem Inhalt unzulässig ist eine Eintragung anzusehen, die ein an sich eintragungsfähiges Recht mit einem gesetzlich nicht erlaubten Inhalt verlautbart. Dabei muss sich die Unzulässigkeit aus dem Eintragungsvermerk selbst oder den zulässig in Bezug genommenen Eintragungsunterlagen ergeben (Senat, Beschluss vom 13. Juli 2017 – V ZB 136/16, NJW 2017, 3715 Rn. 8; Beschluss vom 13. September 2018 – V ZB 2/18, ZfIR 2019, 274 Rn. 13; Beschluss vom 17. Januar 2019 – V ZB 81/18, NJW-RR 2019, 914 Rn. 6).

**49 b)** Das ist hier nicht der Fall. Die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek mit dem hier in Rede stehenden Inhalt – einem Kapital von 55.344,49 € nebst Zinsen i.H.v. 4% seit dem 28. Mai 2011 aus 17.665,36 € – verlautbart weder etwas Widersprüchliches noch ein Recht, das es nicht geben kann. Zwar ist es nach dem oben Gesagten nicht zulässig, Zinsen, die als Nebenforderung tituliert sind, in kapitalisierter Form als Hauptforderung der Sicherungshypothek einzutragen. Dass mit der Eintragung hiergegen verstoßen wurde, lässt sich dem Eintragungsvermerk aber nicht entnehmen, und zwar auch nicht unter Berücksichtigung des in Bezug genommenen Vollstreckungsbescheides. Denn der Vermerk lässt nicht erkennen, dass in dem als Hauptforderung verbuchten Betrag der Zwangssicherungshypothek überhaupt Zinsen in kapitalisierter Form enthalten sind.

**50 3.** Erfolglos bleibt die Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 1 auch insoweit, als das Beschwerdegericht das Grundbuchamt lediglich zur Eintragung eines Amtswiderspruchs nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO i.H.v. 37.679,13 € angewiesen und die darüber hinaus gehende, auf die Eintragung eines Widerspruchs i.H.v. 55.344,49 € gerichtete Beschwerde zurückgewiesen hat.

**51 a)** Hinsichtlich des Teilbetrages von 17.665,36 € hat das Grundbuchamt die Eintragung nicht unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen, weil dieser Ein-

tragung eine titulierte Hauptforderung zu Grunde liegt. Der Amtswiderspruch nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO war folglich auf den Teilbetrag von 37.679,13 € zu beschränken, da nur dieser Teil unter Verstoß gegen § 866 Abs. 1 ZPO eingetragen worden ist (vgl. zur Beschränkung des Widerspruchs in einem solchen Fall etwa OLG München, Rpfleger 2016, 556, 558; OLG Frankfurt, IPRax 2020, 567 Rn. 22; Meikel/Schneider, GBO, 12. Aufl., § 53 Rn. 119).

**52 b)** Soweit der Beteiligte zu 1 geltend macht, der Amtswiderspruch sei auf weitere 14.205,80 € zu erstrecken, weil seine Zahlungen abweichend von § 367 Abs. 1 BGB zunächst auf die Hauptforderung anzurechnen seien, erhebt er einen Einwand, der nicht im grundbuchrechtlichen Verfahren über die Eintragung eines Amtswiderspruchs, sondern allein mit der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO geltend gemacht werden kann.

## Nachbarwand oder Überbau?

*BGB §§ 921, 922*

**Amtliche Leitsätze:**

**1.** Eine Nachbarwand kann von jedem der beiden Nachbarn in Richtung auf sein eigenes Grundstück benutzt werden; deshalb darf ein freiliegender Teil in Richtung auf das eigene Grundstück beispielsweise gestrichen, bepflanzt oder zur Verlegung von Leitungen genutzt werden, soweit die Mitbenutzung durch den anderen Nachbarn nicht beeinträchtigt wird.

**2.** Werden Reihen- oder Doppelhäuser durch einen zweischaligen Wandaufbau, also durch zwei separate Wände geschieden, handelt es sich nicht um eine Nachbarwand, sondern um zwei Grenzwände. Dies gilt auch, wenn die Grundstücksgrenze eine oder beide Wände schneidet und insoweit ein Überbau vorliegt. Für die sachenrechtliche Beurteilung ist zudem unerheblich, ob die Wände in einer solchen Stärke und Ausführung errichtet worden sind, dass sie jeweils für sich genommen den bauordnungsrechtlichen Vorschriften oder anerkannten Regeln der Technik für eine freistehende Gebäudeaußenwand genügen.

**BGH (V. Zivilsenat),**

Urteil vom 12.11.2021 – V ZR 25/21

### I. Tatbestand:

**1** Der Kläger ist Eigentümer eines mit einem Reihenhauses bebauten Grundstücks, der Beklagte Mieter des auf dem angrenzenden Grundstück leicht versetzt gele-

genen Reihenhauses. Die Außenwand des klägerischen Hauses, die teilweise die Grundstücksgrenze überschreitet, ragt gartenseitig über das von dem Beklagten genutzte Haus hinaus. Auf der seiner Terrasse zugewandten Seite dieses freistehenden Teils der Außenwand bohrte der Beklagte ohne Zustimmung des Klägers Löcher in den Putz, um darauf einen Kabelkanal für die Stromleitung zu seiner Markise zu verschrauben. Der Kläger forderte den Beklagten mit anwaltlichem Schreiben erfolglos auf, den ursprünglichen Zustand der Wand wiederherzustellen.

2 Das Amtsgericht hat die auf die Entfernung der Stromleitung nebst Kabelkanal, die Verschließung sowie Überstreichung der Bohrlöcher und die Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten gerichtete Klage abgewiesen. Das Landgericht hat ihr stattgegeben. Mit der von dem Landgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt der Beklagte sein Ziel der Klageabweisung weiter.

## ▶ II. Aus den Gründen:

3 Das Berufungsgericht bejaht einen Anspruch des Klägers auf Vornahme der Beseitigungsmaßnahmen aus § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB. Es könne dahinstehen, ob eine gemeinsame Grenzeinrichtung vorliege. Insoweit sei das Bild, das sich aus dem eingeholten Sachverständigengutachten ergebe, zwiespältig. Die Außenmauern seien durch eine Fuge getrennt, die Mauerschalen eindeutig dem jeweiligen Gebäude zuzuordnen. Die Mauern erfüllten jeweils für sich für die zugehörigen Gebäude die Erfordernisse des Brandschutzes und der Gebäudestatik, nicht aber hinsichtlich des Schallschutzes sowie der Feuchtigkeits- und Wärmeisolierung. Nur der freiliegende Mauerabschnitt diene dem Wärme- und Feuchtigkeitschutz allein für das Haus des Klägers. Insoweit sei der Sachverhalt als Überbau zu beurteilen. Die sich daraus ergebenden Eigentumsverhältnisse schlössen indes nicht aus, dass die Mauer insgesamt eine Grenzeinrichtung i.S.v. § 921 BGB darstelle. Zu der beanspruchten Mitbenutzung sei der Beklagte indes nicht befugt. Umfang und Inhalt des Mitbenutzungsrechts bestimmten sich gemäß § 922 Satz 1 BGB nach der Beschaffenheit der Grenzeinrichtung. Aus dieser ergebe sich lediglich ein Recht auf Benutzung in der Form, dass der Beklagte den Fortbestand der Mauer verlangen könne. Zu einer Beeinträchtigung der Substanz der Mauer und einer Veränderung ihres Erscheinungsbildes sei der Beklagte nicht berechtigt. Beides sei durch die Anbringung des Kabelkanals jedoch erfolgt. Da der Kläger den Maßnahmen nicht zugestimmt habe, könne er von dem Beklagten die Beseitigung verlangen.

4 Die Revision des Beklagten bleibt ohne Erfolg. Allerdings lässt sich der Beseitigungsanspruch des Klägers nicht mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung bejahen.

5 1. Richtig ist zwar, dass ein Anspruch des Klägers nach § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht notwendig sein Alleineigentum an der betroffenen Wand bzw. dem auf das Nachbargrundstück überbauten Teil der Wand voraussetzt. Vielmehr stünde dem Kläger ein Beseitigungsanspruch auch dann zu, wenn es sich bei der Wand um eine gemeinsame Grenzeinrichtung i.S.v. § 921 BGB handelte und die Nutzung durch den Beklagten die dem Kläger als „Teilhaber“ nach § 922 Satz 1, Satz 3 BGB zustehenden Rechte beeinträchtigte (vgl. Senat, Urteil vom 15. Oktober 1999 – V ZR 77/99, BGHZ 143, 1, 5; Urteil vom 21. April 1989 – V ZR 248/87, NJW 1989, 2541; Urteil vom 22. Januar 2021 – V ZR 12/19, NJW-RR 2021, 401 Rn. 29, 41).

6 2. Rechtsfehlerhaft ist aber die Ansicht des Berufungsgerichts, der Beklagte wäre zur ausgeübten Nutzung auch dann nicht befugt, wenn es sich bei der Wand um eine gemeinschaftliche Grenzeinrichtung handelte.

7 a) Bei Vorliegen einer Grenzeinrichtung würde das hierdurch begründete Rechtsverhältnis der Nachbarn durch die §§ 921, 922 BGB sowie etwaige landesrechtliche Vorschriften geregelt (vgl. Senat, Urteil vom 22. Januar 2021 – V ZR 12/19, NJW-RR 2021, 401 Rn. 15 mwN). Nachbarn im Sinne von §§ 921, 922 BGB sind zwar nur die Eigentümer der Grundstücke. Mangels gegenteiliger Feststellungen ist für die Revisionsinstanz aber zugunsten des Beklagten zu unterstellen, dass er bei der Verschraubung des Kabelkanals auf der Wand mit Zustimmung der Eigentümerin des Grundstücks gehandelt hat und sich daher gegenüber dem Kläger auf deren Nutzungsrechte berufen dürfte.

8 b) Ein Abwehranspruch des Klägers nach § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB setzte eine Beeinträchtigung seiner durch § 922 BGB näher bestimmten Teilhaber Rechte voraus (vgl. MüKoBGB/Brückner, 8. Aufl., § 922 Rn. 4, 8). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts läge eine solche Beeinträchtigung nach den getroffenen tatsächlichen Feststellungen jedoch nicht vor.

9 aa) Eine Nachbarwand kann von jedem der beiden Nachbarn in Richtung auf sein eigenes Grundstück benutzt werden (vgl. Senat, Urteil vom 12. März 2021 – V ZR 31/20, NJW-RR 2021, 1025 Rn. 13 mwN); deshalb darf ein freiliegender Teil in Richtung auf das eigene Grundstück beispielsweise gestrichen, bepflanzt oder zur Verlegung von Leitungen genutzt werden, soweit die Mitbenutzung des anderen Nachbarn nicht beeinträchtigt wird (vgl. Senat, Urteil vom 2. Februar 1965 – V ZR 247/62, BGHZ 43, 127, 133 f. zur Nutzung als Werbefläche; Stau-

dinge/Roth, BGB [2020], § 922 Rn. 3). An der Benutzung der Wand in Richtung auf sein eigenes Grundstück ist der Kläger indes in keiner Weise gehindert. Weder ist festgestellt, dass die Bohrlöcher die Abdichtung der Hauswand verletzen und so die Gefahr von Feuchtigkeitsschäden begründeten, noch bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die Stabilität der Wand angegriffen wäre oder diese aus anderen Gründen ihre Funktion als Abschlusswand für das Gebäude nicht mehr (vollständig) erfüllen könnte. Die Revisionserwiderung verweist auch nicht auf Vorbringen des Klägers zu einer nach § 922 BGB maßgeblichen Beeinträchtigung, sondern wendet sich ausschließlich gegen eine Einordnung der Wand als Grenzeinrichtung i.S.v. § 921 BGB.

**10 bb)** Wie das Berufungsgericht im Ausgangspunkt zutreffend sieht, kann jeder Nachbar zwar auch verlangen, dass die Grenzanlage in ihrer äußeren Beschaffenheit erhalten bleibt. Denn auch das äußere Erscheinungsbild gehört zur Zweckbestimmung der Grenzeinrichtung und kann von der ihr immanenten Ausgleichsfunktion zwischen den Interessen der Grundstücksnachbarn nicht getrennt werden. Bei einer (rein) optischen Veränderung der Grenzeinrichtung besteht ein Beseitigungs- bzw. Wiederherstellungsanspruch aber nur, wenn das bisherige Erscheinungsbild durch die beanstandeten Maßnahmen wesentlich beeinträchtigt wird. Das hat der Senat etwa für den Fall bejaht, dass unmittelbar hinter einem eher unauffälligen Maschendrahtzaun oder niedrigen Spriegelzaun ein deutlich höherer, markanter Holzzaun installiert wird (zum Ganzen Senat, Urteil vom 23. November 1984 – V ZR 176/83, NJW 1985, 1458, 1460; Urteil vom 20. Oktober 2017 – V ZR 42/17, ZfIR 2018, 320 Rn. 15, 18 u. 22). Eine erhebliche Umgestaltung, die der Wand ihr bisheriges optisches Gepräge nehmen würde, geht mit der Anbringung eines Kabelkanals auf der freiliegenden Wandseite nach den getroffenen Feststellungen nicht einher. Dass sich die Wahrnehmung der Wand von dem Grundstück des Klägers aus überhaupt verändert hätte, ist nicht ersichtlich. Auch insofern verweist die Revisionserwiderung nicht auf Vorbringen des Klägers zu nachteiligen Auswirkungen auf sein Grundstück.

**11 3.** Die angefochtene Entscheidung stellt sich aber aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

**12 a)** Nach den getroffenen und von den Parteien nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts handelt es sich bei der Wand nicht um eine Grenzeinrichtung i.S.v. § 921 BGB. Anders als die Revision meint, sind die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Nachbarwand nicht erfüllt.

**13 aa)** Gebäude oder Gebäudeteile sind grundsätzlich keine Grenzeinrichtungen (vgl. RGZ 70, 200, 205); eine Ausnahme bildet nur die sog. Nachbarwand (auch Kom-

mun- oder halbscheidige Giebelwand genannt) nach dem Anbau. Eine Nachbarwand ist eine auf der gemeinsamen Grundstücksgrenze errichtete Mauer, die zum wechselseitigen Anbau bestimmt ist. Bestand bei der Errichtung eine beiderseitige Verabredung der Nachbarn oder wenigstens eine einseitige Erwartung des Erbauers, dass der Nachbar die Mauer für den Bau seines Hauses benutzen kann, wird die Mauer mit dem Anbauen von dem überbauten Grundstück aus eine gemeinschaftliche Grenzeinrichtung (vgl. Senat, Urteil vom 22. Januar 2021 – V ZR 12/19, NJW-RR 2021, 401 Rn. 21; Urteil vom 12. März 2021 – V ZR 31/20, NJW-RR 2021, 1025 Rn. 9 u. 13).

**14 (1)** Ein Anbau in diesem Sinne liegt jedoch nur vor, wenn die Wand dadurch (auch) zu einem wesentlichen Bestandteil des an ihr errichteten Nachbargebäudes wird. Die Zweckbestimmung der Wand muss sich auf einen solchen Anbau richten. Nur dann handelt es sich um eine Nachbarwand, die zur gemeinsamen Grenzeinrichtung wird und an der die Nachbarn Miteigentum erwerben, sobald ein Anbau auf beiden Seiten und im Einverständnis beider Nachbarn erfolgt (vgl. Senat, Urteil vom 30. April 1958 – V ZR 178/56, BGHZ 27, 197, 200 ff.; Urteil vom 25. Oktober 1961 – V ZR 30/60, BGHZ 36, 46, 48 ff.; Urteil vom 27. März 2015 – V ZR 216/13, BGHZ 204, 364 Rn. 11; Urteil vom 12. März 2021 – V ZR 31/20, NJW-RR 2021, 1025 Rn. 13, 19).

**15 (2)** Erforderlich ist eine feste, bautechnische Verbindung der beiden benachbarten Gebäude. Für ein Einfügen zur Herstellung des Nachbargebäudes als dessen wesentlicher Bestandteil i.S.v. § 94 Abs. 2 BGB bedarf es einer unmittelbaren, technischen Inanspruchnahme der Mauer für bauliche Zwecke des Nachbarhauses, etwa durch Auflegen oder Einlassen von Tragebalken in dieselbe, während ein bloßes Nebeneinander beider Baukörper nicht ausreicht. Die Einordnung als wesentlicher Bestandteil nach § 93 BGB setzt voraus, dass das Nachbargebäude ohne die Mauer an so schwerwiegenden Mängeln litte, dass es seine Selbständigkeit ein für alle Mal einbüßte. Dies ist vor allem dann anzunehmen, wenn das Nachbarhaus ohne die Mauer keine Standsicherheit besäße (zum Ganzen Senat, Urteil vom 25. Oktober 1961 – V ZR 30/60, BGHZ 36, 46, 48 ff.).

**16 (3)** Zu unterscheiden ist die Nachbarwand sowohl von der Grenzwand als auch von einem nicht zum Anbau bestimmten Überbau. Als Grenzwand wird eine Mauer bezeichnet, die bis an die Grundstücksgrenze gebaut ist, diese aber nicht überschreitet (vgl. Senat, Urteil vom 18. Mai 2001 – V ZR 119/00, WM 2001, 1903, 1904; Urteil vom 12. März 2021 – V ZR 31/20, NJW-RR 2021, 1025 Rn. 7 mwN sowie die landesrechtlichen Legaldefinitionen in § 16 BbgNRG, § 8 Abs. 1 HessNRG, § 16 Abs. 1

Satz 1 NdsNRG, § 19 NachbG NRW, § 13 Abs. 1 NRG RhPf, § 11 NachbG Sachsen-Anhalt, § 15 SaarlNRG, § 11 Abs. 1 NachbG SchlH, § 13 Abs. 1 ThürNRG).

17 Allerdings wird eine Grenzwall nicht schon dadurch zur Nachbarwall, dass sie die Grundstücksgrenze ganz oder teilweise schneidet; es kann sich dabei vielmehr um einen Überbau handeln („verrutschte Grenzwall“; vgl. zu diesem Begriff *Grziwotz* in *Grziwotz/Lüke/Saller*, *Praxishandbuch Nachbarrecht*, 3. Aufl., Kapitel 2 Rn. 107). Ebenso wenig führt ein Anbau an eine Grenzwall für sich genommen dazu, dass eine Nachbarwall entsteht (vgl. Senat, Urteil vom 17. Januar 2014 – V ZR 292/12, NJW-RR 2014, 973 Rn. 30 ff. zu dem Anbau an einen Überbau sowie Senat, Urteil vom 18. Mai 2001 – V ZR 119/00, WM 2001, 1903, 1904 f. zu dem Anbau an eine Grenzwall). Eine Nachbarwall liegt nur vor, wenn die von der Grenze geschnittene Wall dazu geeignet und bestimmt ist, beiden Nachbargebäuden als wesentlicher Bestandteil zu dienen. Nur dann besteht für den sich aus § 922 Satz 3 BGB ergebenden Bestandschutz und das daraus folgende Verbot für den Gebäudeeigentümer, die zum Anbau verwendete Wall seines Hauses ohne Zustimmung ersatzlos abzureißen, ein schutzwürdiges Bedürfnis. Werden Reihen- oder Doppelhäuser durch einen zweischaligen Wandaufbau, also durch zwei separate Wände, geschieden, handelt es sich daher nicht um eine Nachbarwall, sondern um zwei Grenzwall, weil die Wände die Standsicherheit der Gebäude jeweils eigenständig gewährleisten. Dies gilt auch, wenn die Grundstücksgrenze eine oder beide Wände schneidet und insoweit ein Überbau vorliegt. Für die sachenrechtliche Beurteilung ist zudem unerheblich, ob die Wände in einer solchen Stärke und Ausführung errichtet worden sind, dass sie jeweils für sich genommen den bauordnungsrechtlichen Vorschriften oder anerkannten Regeln der Technik für eine freistehende Gebäudeaußenwall genügen.

18 bb) Nach diesen Maßstäben ist die Wall des klägerischen Gebäudes keine Nachbarwall.

19 (1) Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts sind die Außenmauern der beiden Gebäude durch eine Fuge getrennt und die Mauerschalen eindeutig jeweils einem Gebäude zuzuordnen. Die Mauern erfüllen jeweils für sich die Erfordernisse der Statik für das zugehörige Gebäude. Eine bautechnische Inanspruchnahme der klägerischen Hauswall für den Bau des von dem Beklagten gemieteten Reihenhauses, die die Eigenschaft eines wesentlichen Bestandteils begründen könnte, liegt danach nicht vor.

20 (2) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, die Wall des klägerischen Hauses sei deshalb als wesentlicher Bestandteil beider Gebäude anzusehen, weil die beiden

Wände in dem Bereich, in dem sie aneinandergrenzen, nicht jeweils für sich allein den bauphysikalischen Ansprüchen an den Wärme-, Schall- und Feuchtigkeitsschutz genügen. Letzteres trifft nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zwar zu, führt aber nicht zu einer bautechnischen Unselbständigkeit der benachbarten Gebäude. Schutz vor Witterungseinflüssen und den Vorteil, dass die eigene Außenwall keines vollständigen Witterungsschutzes bedarf, bietet regelmäßig auch eine unmittelbar nebenan stehende Grenzwall (vgl. Senat, Urteil vom 18. Februar 2011 – V ZR 137/10, NJW-RR 2011, 515 Rn. 6 mwN).

21 b) Die Annahme des Berufungsgerichts, dass es sich bei dem überbauten Teil der Wall, wenn diese keine Nachbarwall ist, nur um einen rechtmäßigen oder zumindest nach § 912 BGB entschuldigten Überbau handeln kann, der dann im Alleineigentum des Klägers steht (vgl. dazu Senat, Urteil vom 27. März 2015 – V ZR 216/13, BGHZ 204, 364 Rn. 32; Urteil vom 17. Januar 2014 – V ZR 292/12, NJW-RR 2014, 973 Rn. 23), wird von der Revision nicht in Frage gestellt. Der Beklagte trägt vielmehr selbst vor, die gesamte Reihenhausanlage sei einheitlich durch einen Bauträger, die Wall daher mit Zustimmung der Nachbarn errichtet worden. Auf einen unrechtmäßigen oder unentschuldigten Überbau beruft er sich nicht. Hätte sich nicht, wie der Kläger behauptet, ohnehin erst nach der Errichtung der Häuser herausgestellt, dass seine Hauswall teilweise auf dem Nachbargrundstück steht, begründete eine schuldrechtliche Zustimmung des Rechtsvorgängers der Nachbarin zumindest im Ergebnis deren Duldungspflicht i.S.v. § 912 BGB (vgl. Senat, Urteil vom 16. Januar 2004 – V ZR 243/03, BGHZ 157, 301, 304, 307 f. mwN).

22 c) Zu einer Einwirkung auf die danach im Alleineigentum des Klägers stehende Wall ist der Beklagte nicht berechtigt, so dass er nach § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Beseitigung des Kabelkanals und der Bohrlöcher verpflichtet ist. Anders als die Revision meint, lässt sich eine Duldungspflicht des Klägers (§ 1004 Abs. 2 BGB) auch nicht aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis herleiten. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats haben die Rechte und Pflichten von Grundstücksnachbarn insbesondere durch die Vorschriften der §§ 905 ff. BGB und die Bestimmungen der Nachbarrechtsgesetze der Länder eine ins Einzelne gehende Sonderregelung erfahren. Daneben kommt eine allgemeine Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme aus dem Gesichtspunkt des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses nach ständiger Rechtsprechung des Senats nur dann zum Tragen, wenn ein über die gesetzliche Regelung hinausgehender billiger Ausgleich der widerstreitenden Interessen dringend geboten erscheint

(Senat, Urteil vom 20. September 2019 – V ZR 218/18, BGHZ 223, 155 Rn. 21; Urteil vom 7. Mai 2021 – V ZR 299/19, ZfIR 2021, 433 Rn. 37; Urteil vom 11. Juni 2021 – V ZR 234/19, NJW 2021, 2882 Rn. 27 jeweils mwN). Dies ist nicht der Fall. Der Beklagte ist weder aufgrund besonderer Umstände auf die Mitnutzung der Wand zwingend angewiesen noch stellt sich die Verweigerung der Zustimmung seitens des Klägers als schikanöses Verhalten dar.

23 d) Demzufolge hat der Beklagte dem Kläger auch die vorgerichtlich entstandenen Rechtsanwaltskosten zu ersetzen (§ 823 Abs. 1 BGB).

## Untergemeinschaft „Tiefgarage“ in der WEG

WEG § 10 Abs. 1 S. 2

**Amtliche Leitsätze:**

1. In der Gemeinschaftsordnung einer Mehrhausanlage können für die Tiefgarage und die Wohngebäude auch dann weitgehend verselbständigte Untergemeinschaften gebildet werden, wenn die Tiefgarage zugleich als Fundament der Wohngebäude dient.

2. Sieht die Gemeinschaftsordnung einer solchen Anlage vor, dass die Untergemeinschaften sich selbständig verwalten, dass an den Untergemeinschaften die jeweiligen Eigentümer entsprechend ihren Miteigentumsanteilen berechtigt und verpflichtet sind, und dass für die Untergemeinschaften jeweils eigene Rücklagen gebildet werden sollen, so entspricht es der nächstliegenden Bedeutung dieser Regelungen, dass allein die Teileigentümer der Tiefgarage die Kosten für Sanierungsmaßnahmen im Bereich der Tiefgarage zu tragen haben, und zwar auch im Hinblick auf tragende Bauteile, die zugleich das Fundament der Wohngebäude bilden.

BGH (V. Zivilsenat),

Urteil vom 12.11.2021 – V ZR 204/20

### ► I. Tatbestand:

1 Die Parteien bilden eine Wohnungseigentümergeinschaft. Zu der Anlage gehören mehrere Häuser, die teilweise mit einer mehrstöckigen Tiefgarage unterbaut sind. Der Kläger ist Sondereigentümer eines Stellplatzes in der Tiefgarage. In § 2 Abs. 1 bis 5 der Teilungserklärung (TE) werden für die verschiedenen Baukörper „Sondernutzungsgemeinschaften“ gebildet.

2 Für die Tiefgarage regelt § 2 Abs. 5 TE Folgendes:

„1. (...) Die Zufahrt zur Tiefgarage, die in der Tiefgarage befindliche Zufahrt und Fahrfläche, die Unterdruckkammer und der Verteilraum, die Außenmauern und das Tiefgaragendach, soweit es nicht überbaut ist – ohne Erdbelag und ohne Bepflanzung und ohne die Schleusen (diese gehören zu den entsprechenden Sondernutzungsgemeinschaften, siehe vorstehend Absatz 1 bis 4), sind dieser Tiefgaragensondernutzungsgemeinschaft zur dauernden und ausschließlichen Sondernutzung zugewiesen mit den Außentreppeaufgängen. Von der Sondernutzungsgemeinschaft nicht umfasst sind die beiden Technikräume, der Streugutraum und der Feuerwehrsachtraum ebenso wenig die Müllräume. Der Zugang zu diesen Räumen ist stets zu gewährleisten. Im Übrigen ergibt sich die Lage und der Umfang der Tiefgaragensondernutzungsgemeinschaft aus dem dieser Urkunde als Anlage 1 beigefügten Plan, in welchem die Sondernutzungsgemeinschaft „Tiefgarage“ umrandet dargestellt ist (...).“

3 § 2 Abs. 6 lautet wie folgt:

„1. Die Sondernutzungsgemeinschaften verwalten sich selbständig nach Maßgabe der Teilungserklärung unter ergänzender Anwendung des Wohnungseigentumsgesetzes.  
2. Die für die Gemeinschaft aller Eigentümer getroffenen Regelungen gelten für sie entsprechend. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Abhaltung von Sondernutzungsgemeinschaftsversammlungen (...).  
3. An den Sondernutzungsgemeinschaften sind die jeweiligen Eigentümer der von der Sondernutzungsgemeinschaft erfassten Wohnungs- und Teileigentumsrechte entsprechend ihren Miteigentumsanteilen berechtigt und verpflichtet. (...).“

4 In § 13 Abs. 1 TE heißt es:

„Instandhaltungsrückstellungen werden jeweils für die Sondernutzungsgemeinschaften, wie in § 2 definiert, gebildet. Für die Aufzugsanlagen in den entsprechenden Häusern kann eine gesonderte Instandhaltungsrücklage erhoben werden. (...).“

5 In der Eigentümerversammlung vom 29. April 2019 wurde zu TOP 3 die Sanierung der Tiefgarage mit einem Kostenvolumen von rund 5 Mio. € beschlossen. Zu TOP 4 wurde der Beschluss gefasst, von den Stellplatzeigentümern eine Sonderumlage zur Finanzierung dieser Kosten zu erheben, wobei auf jeden Stellplatz ein Betrag von 21.276,59 € entfiel. Die Abstimmung zu TOP 4 erfolgte nur durch die Stellplatzeigentümer.

6 Gestützt auf die Ansicht, die Finanzierung der Sanierungsmaßnahme sei Sache aller Wohnungseigentümer, wendet sich der Kläger mit der Beschlussmängelklage

(nur) gegen TOP 4; hilfsweise will er erreichen, dass die Beklagten einer Vereinbarung zustimmen, mit der sie seine Einheit zum Preis von 8.000 € übernehmen. Das Amtsgericht hat dem Hauptantrag stattgegeben und den Beschluss für nichtig erklärt. Das Landgericht hat die Berufung durch Beschluss zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, wollen die Beklagten die Abweisung der Klage erreichen.

## ▶ II. Aus den Gründen:

7 Das Berufungsgericht, dessen Hinweisbeschluss u.a. in ZWE 2021, 93 veröffentlicht ist, hält den zu TOP 4 gefassten Beschluss für nichtig, weil der für die Tiefgarage gebildeten „Sondernutzungsgemeinschaft“ die Beschlusskompetenz gefehlt habe. Die Verwaltung stehe den Wohnungseigentümern gemäß § 21 Abs. 1 WEG af gemeinschaftlich zu. Abweichungen hiervon müssten eindeutig aus der Gemeinschaftsordnung hervorgehen. Daran fehle es. Zwar würden mit den „Sondernutzungsgemeinschaften“ Untergemeinschaften gebildet. Daraus ergebe sich aber nicht die Kompetenz, unter Ausschluss der anderen Eigentümer die Durchführung von Instandhaltungs-, Instandsetzungs- und Sanierungsmaßnahmen auf eigene Kosten zu beschließen. Es sei nicht erkennbar, dass die Eigentümer der Tiefgaragenstellplätze sämtliche Entscheidungen hinsichtlich der Tiefgarage treffen sollten. Insbesondere in § 2 Abs. 6 TE werde dies nicht ausdrücklich geregelt. Auf Sinn und Zweck der genannten Bestimmung komme es von vornherein nicht an, weil eine eindeutige Regelung fehle; ohnehin diene die Regelung nur dazu, den jeweiligen Eigentümern ein Verwaltungsrecht im Hinblick auf ihr Sondernutzungsrecht einzuräumen. Aus der Bildung einer Instandhaltungsrücklage für die Untergemeinschaft Tiefgarage könne nicht auf eine Verpflichtung zur Instandsetzung und Instandhaltung der Tiefgarage auf Kosten der Stellplatzeigentümer geschlossen werden.

8 Eine eigene Beschlusskompetenz der Untergemeinschaft scheidet aber noch aus einem anderen Grund aus. Die Tiefgarage stelle nämlich mit ihren tragenden Bauteilen (wie Stützen, Wänden und Bodenplatten) das Fundament der darüber befindlichen Wohnhäuser dar, und ihre tragenden Teile stünden zwingend im Gemeinschaftseigentum. Die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze, nach denen selbständige Untergemeinschaften gebildet werden dürften, könnten nur dann gelten, wenn die Tiefgaragen keine tragenden Bauteile der Wohngebäude enthielten. Andernfalls könnten die Wohnungseigentümer, deren Ein-

heiten in den Wohngebäuden lägen, keinerlei Einfluss auf Sanierungen der Tiefgarage nehmen. Keinesfalls lasse sich der Teilungserklärung die danach erforderliche Unterscheidung zwischen tragenden und nicht tragenden Teilen der Tiefgarage entnehmen.

9 Die Revision hat Erfolg. Die Beschlussmängelklage richtet sich verfahrensrechtlich nach dem Wohnungseigentumsgesetz in der bis zum 30. November 2020 geltenden Fassung (§ 48 Abs. 5 WEG); auch materiell-rechtlich ist diese Fassung als das zur Zeit der Beschlussfassung geltende Recht maßgeblich (vgl. Senat, Urteil vom 26. Februar 2021 – V ZR 33/20, NJW-RR 2021, 664 Rn. 6).

10 1. Im Ausgangspunkt ist Gegenstand des Hauptantrags allein der zu TOP 4 gefasste Beschluss über die Erhebung einer Sonderumlage seitens der Stellplatzeigentümer. Der Beschluss zu TOP 3 über die Sanierung der Tiefgarage mit einem Kostenvolumen von rund 5 Mio. € ist nicht angefochten worden; eine solche isolierte Anfechtung eines Beschlusses über die Finanzierung einer Maßnahme ist zulässig (näher LG München I, ZWE 2019, 495 Rn. 4 ff.). Infolgedessen geht es nicht um die von dem Berufungsgericht in den Vordergrund gerückte Frage, wer über Instandsetzungsmaßnahmen an der Tiefgarage zu befinden hat. Vielmehr ist (nur) darüber zu entscheiden, ob es nach der Gemeinschaftsordnung – wie es der Kläger geltend macht – Sache der Gesamtgemeinschaft gewesen wäre, über die Aufbringung der Sanierungskosten durch alle Wohnungseigentümer zu beschließen. Das ist nicht der Fall. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts steht der zu TOP 4 unter Beteiligung (nur) der Stellplatzeigentümer gefasste Beschluss im Einklang mit den Vorgaben der Gemeinschaftsordnung.

11 a) Die Gemeinschaftsordnung ist Bestandteil der Grundbucheintragung. Ihre Auslegung unterliegt daher vollen Umfangs der Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Maßgebend sind ihr Wortlaut und Sinn, wie er sich aus unbefangener Sicht als nächstliegende Bedeutung der Eintragung ergibt, weil sie auch die Sonderrechtsnachfolger der Wohnungseigentümer bindet. Umstände außerhalb der Eintragung dürfen nur herangezogen werden, wenn sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne weiteres erkennbar sind. Dabei müssen Abweichungen von der gesetzlichen Verteilung der Aufgaben, Kompetenzen und Kosten klar und eindeutig aus der Gemeinschaftsordnung hervorgehen (st. Rspr., vgl. Senat, Urteil vom 26. Juni 2020 – V ZR 199/19, NZM 2020, 715 Rn. 6 mwN).

12 b) Im Ansatz trifft es zu, dass in der Gemeinschaftsordnung für die Wohngebäude und die Tiefgarage jeweils Untergemeinschaften gebildet werden; anders als das Berufungsgericht meint, sind diese jedoch weitgehend verselbständigt, und ihre Befugnisse beschränken

sich nicht auf die Ausübung und Verwaltung des Sondernutzungsrechts an dem gemeinschaftlichen Eigentum im Bereich der Tiefgarage.

**13 aa)** Zwar steht die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums nach § 21 Abs. 1 WEG aF den Wohnungseigentümern gemeinschaftlich zu; nach § 23 Abs. 1 WEG aF ist hierüber in Versammlungen aller Eigentümer Beschluss zu fassen. Die Bestimmung in § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG aF (nunmehr § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG), nach der die Wohnungseigentümer auch von den Vorschriften des Gesetzes abweichende Vereinbarungen treffen können, ermöglicht es aber nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung, in einer Gemeinschaftsordnung im Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander Untergemeinschaften mit eigener Verwaltungszuständigkeit und selbständiger Beschlussfassungskompetenz ihrer Mitglieder zu errichten (vgl. Senat, Urteil vom 10. November 2017 – V ZR 184/16, NJW 2018, 1309 Rn. 12). Dabei wird es allgemein als zulässig angesehen, wenn eine Tiefgarage wie ein selbständiges Gebäude behandelt wird (vgl. nur BayObLG, ZMR 2004, 765, 766; AG Hamburg-St. Georg, ZMR 2021, 521, 522; H $\ddot{u}$ gel/Elzer, WEG, 3. Aufl., § 9a Rn. 50; Sommer, ZWE 2019, 155, 156; R $\ddot{u}$ scher, ZWE 2011, 308).

**14 bb)** So liegt es hier. Aus § 2 Abs. 6 Nr. 1 bis 3 TE ergibt sich eindeutig, dass rechtstechnisch verselbständigte Untergemeinschaften gebildet werden. Allein aus der ungebräuchlichen Bezeichnung als „Sondernutzungsgemeinschaften“ ergibt sich – anders, als das Berufungsgericht offenbar meint – keine Einschränkung der eingeräumten Befugnisse. Der Begriff soll zum Ausdruck bringen, dass die Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums in dem jeweiligen Baukörper – wie es bei Untergemeinschaften üblich ist – allein den Mitgliedern dieser Untergemeinschaft vorbehalten ist. Die in der Gemeinschaftsordnung enthaltenen Regelungen beschränken sich aber gerade nicht auf die Einräumung eines solchen Gruppensondernutzungsrechts (zu diesem *Schultzky* in Jennißen, WEG, 7. Aufl., § 13 Rn. 128 mwN). Denn die „Sondernutzungsgemeinschaften“ verwalten sich selbständig (§ 2 Abs. 6 Nr. 1 TE), sie dürfen eigene Versammlungen abhalten (§ 2 Abs. 6 Nr. 2 Satz 2 TE), und es werden jeweils eigene Instandhaltungsrücklagen gebildet (§ 13 Abs. 1 TE); damit weisen sie typische Merkmale verselbständigter Untergemeinschaften auf.

**15 c)** Die Beschlusskompetenz der danach in § 2 Abs. 5 TE für die Tiefgarage gebildeten Untergemeinschaft ist hinsichtlich des Beschlusses zu TOP 4 zweifelsfrei gegeben. Da Untergemeinschaften mit eigener Verwaltungszuständigkeit und selbständiger Beschlussfassungskompetenz ihrer Mitglieder errichtet worden sind, lag es

in der Kompetenz der für die Tiefgarage gebildeten Untergemeinschaft, einen Beschluss über die Erhöhung ihrer Instandhaltungsrücklage durch Erhebung einer Sonderumlage zu fassen (vgl. zu der auf die Finanzierung bezogenen Beschlusskompetenz einer Untergemeinschaft Senat, Urteil vom 16. Juli 2021 – V ZR 163/20, NJW 2021, 3057 Rn. 16).

**16 d)** Der zu TOP 4 gefasste Beschluss entspricht auch insofern ordnungsmäßiger Verwaltung, als die Erhebung der Sonderumlage zur Finanzierung der Tiefgaragensanierung dienen sollte. Dies begegnet keinen Bedenken, weil diese Sanierungskosten nach den eindeutigen Vorgaben der Gemeinschaftsordnung allein von den Mitgliedern der Untergemeinschaft Tiefgarage zu tragen sind. Sieht die Gemeinschaftsordnung einer aus Tiefgarage und Wohnhäusern bestehenden Wohnungseigentumsanlage – wie hier – vor, dass die Untergemeinschaften sich selbständig verwalten, dass an den Untergemeinschaften die jeweiligen Eigentümer entsprechend ihren Miteigentumsanteilen berechtigt und verpflichtet sind, und dass für die Untergemeinschaften jeweils eigene Rücklagen gebildet werden sollen, so entspricht es der nächstliegenden Bedeutung dieser Regelungen, dass allein die Teileigentümer der Tiefgarage die Kosten für Sanierungsmaßnahmen im Bereich der Tiefgarage zu tragen haben, und zwar auch im Hinblick auf Bauteile, die zugleich das Fundament der Wohngebäude bilden.

**17 aa)** Das Berufungsgericht vermisst in erster Linie eine ausdrückliche Regelung zur Kostentragung in der Gemeinschaftsordnung.

**18 (1)** Dabei nimmt es, wie die Revision zu Recht rügt, zunächst nicht hinreichend in den Blick, dass das Verhältnis der Untergemeinschaften zueinander vorrangig in § 2 Abs. 6 Nr. 1 TE geregelt wird. Diese sollen sich „selbständig nach Maßgabe dieser Teilungserklärung unter ergänzender Anwendung des Wohnungseigentumsgesetzes“ verwalten. Eine solche Vorgabe ist im Zweifel umfassend gemeint (vgl. Senat, Urteil vom 26. Juni 2020 – V ZR 199/19, NZM 2020, 715 Rn. 10). Schon das spricht dafür, dass die Untergemeinschaften die Kosten für sämtliche Maßnahmen an „ihrem“ jeweiligen Baukörper zu tragen haben; denn die vorgeschriebene eigenständige Verwaltung ist nur dann zulässig, wenn die Mitglieder der Untergemeinschaft für die Kosten der von ihnen beschlossenen Maßnahmen allein aufkommen (vgl. Senat, Urteil vom 10. November 2017 – V ZR 184/16, NJW 2018, 1309 Rn. 27).

**19 (2)** Eindeutig ergibt sich die objektbezogene Kostentrennung aus der anschließenden Regelung in § 2 Abs. 6 Nr. 3 TE. Danach sind an den Sondernutzungsgemeinschaften „die jeweiligen Eigentümer der von der Son-

dernutzungsgemeinschaft erfassten Wohnungs- und Teileigentumsrechte entsprechend ihren Miteigentumsanteilen berechtigt und verpflichtet.“ Auch wenn das Wort „Kosten“ dort nicht verwendet wird, folgt aus dieser Regelung zweifelsfrei, dass die Kosten jeder Untergemeinschaft von ihren Mitgliedern getragen werden, wobei sich die Kostenverteilung nach dem Verhältnis der Miteigentumsanteile richtet; das gilt erst recht in der Zusammenschau mit § 2 Abs. 6 Nr. 1 TE. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts bleibt nicht offen, wie weit die Berechtigung der einzelnen Eigentümer gehen soll und wozu sie verpflichtet sein sollen. Vielmehr schreiben § 2 Abs. 6 Nr. 1 und Nr. 3 TE eine umfassende objektbezogene Trennung von Verwaltungszuständigkeit und Kosten vor, und in Umsetzung dessen sind gemäß § 13 Abs. 1 Satz 1 TE für die Untergemeinschaften jeweils separate Instandhaltungsrücklagen zu bilden. Dies ist zulässig, wenn die Baukörper in der Weise getrennt sind, dass eine eindeutige Kostenzuordnung möglich ist (vgl. Senat, Urteil vom 17. April 2015 – V ZR 12/14, NZM 2015, 544 Rn. 16, 22). Hiervon ist bei einer Tiefgarage und darüber errichteten Wohngebäuden auszugehen. Soweit es zwischen den Baukörpern – wie es häufig der Fall sein wird – Grenzbereiche gibt, richtet sich die Zuordnung nach der Gemeinschaftsordnung. Diesem Zweck dienen hier die eingehenden Regelungen in § 2 Abs. 1 bis 5 TE; so ist in § 2 Abs. 5 TE beispielsweise bestimmt, dass der Erdbelag auf dem nicht überbauten Tiefgaragendach nicht der Untergemeinschaft Tiefgarage zugeordnet ist.

**20 bb)** Nichts anderes folgt aus § 13 Abs. 1 Satz 2 TE. Danach kann für die „Aufzugsanlagen in den entsprechenden Häusern“ eine „gesonderte Instandhaltungsrücklage“ erhoben werden. Das Berufungsgericht folgert u.a. aus dieser Regelung, dass für die auf die Baukörper bezogenen Untergemeinschaften weder eine eigene Verwaltungszuständigkeit noch eine Kostentrennung angeordnet sei. Dieser Umkehrschluss ist unzulässig, weil er der klaren Regelung in § 2 TE widerspricht. Richtig ist zwar, dass § 13 Abs. 1 Satz 2 TE nicht zu der Bildung einer „Aufzugs-Untergemeinschaft“ führt, zumal die Regelung im Zusammenhang mit der Instandhaltungsrücklage und gerade nicht in § 2 TE erfolgt. Das ändert aber nichts daran, dass in § 2 TE für die getrennten Baukörper verselbständigte Untergemeinschaften gebildet werden. § 13 Abs. 1 Satz 2 TE betrifft die Rücklagen für Aufzugsanlagen „in den entsprechenden Häusern“ und besagt lediglich, dass innerhalb der Untergemeinschaften und durch deren Mitglieder für Aufzugsanlagen separate Rücklagen gebildet, also Gelder angespart werden können, die ausschließlich für die Aufzugsanlagen und nicht für allgemeine Instandset-

zungsmaßnahmen vorgesehen sind. Die Bildung von buchungstechnisch getrennten Rücklagen kann in der Gemeinschaftsordnung ohne weiteres vorgegeben werden (vgl. Senat, Urteil vom 17. April 2015 – V ZR 12/14, NZM 2015, 544 Rn. 22). Die Regelung trägt dem Umstand Rechnung, dass Reparaturen von Aufzügen in der Regel keinen Aufschub dulden und nicht wegen fehlender Geldmittel verzögert werden sollen, schränkt aber nicht die vorangehenden Regelungen über Untergemeinschaften ein.

**21 2.** Schließlich sind auch die von dem Berufungsgericht erhobenen Zweifel an der Wirksamkeit der Vorgaben der Gemeinschaftsordnung hinsichtlich der Untergemeinschaften unbegründet. In der Gemeinschaftsordnung einer Mehrhausanlage können für die Tiefgarage und die Wohngebäude auch dann weitgehend verselbständigte Untergemeinschaften gebildet werden, wenn die Tiefgarage zugleich als Fundament der Wohngebäude dient. Der privatautonome Gestaltungsspielraum der Wohnungseigentümer wird – anders, als das Berufungsgericht offenbar meint – nicht überschritten.

**22 a)** Die von dem Berufungsgericht herangezogene Unterscheidung danach, ob tragende Bauteile des Gebäudes gemäß § 5 Abs. 2 WEG aF im gemeinschaftlichen Eigentum stehen oder nicht, ist für die Entscheidung darüber, ob die darauf bezogenen Kosten Untergemeinschaften zugewiesen werden können, von vornherein unbehelflich.

**23 aa)** Untergemeinschaften werden stets und ausnahmslos (auch) tragende Teile eines Baukörpers zugeordnet. Das kann nicht anders sein, weil die Bildung von Untergemeinschaften u.a. dazu dient, die Kosten des (gesamten) gemeinschaftlichen Eigentums an getrennten Baukörpern im Innenverhältnis insgesamt denjenigen Wohnungseigentümern zuzuweisen, deren Einheiten in diesen Baukörpern belegen sind. Dazu gehören notwendigerweise auch die von § 5 Abs. 2 WEG aF erfassten tragenden Teile der jeweiligen Baukörper.

**24 bb)** Nichts anderes ergibt sich aus den von dem Berufungsgericht herangezogenen Entscheidungen des Senats zu sogenannten Balkonklauseln. Solche in Gemeinschaftsordnungen gebräuchlichen Klauseln erlegen die mit der Instandhaltung und Instandsetzung von Balkonen oder Dachterrassen verbundenen Kosten denjenigen Sondereigentümern auf, zu deren Einheiten die Balkone oder Dachterrassen gehören. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats sind sie regelmäßig dahingehend auszulegen, dass sie alle Balkonteile, also auch die im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden konstruktiven Teile von Balkonen und Terrassen erfassen; dass eine Sanierung von Balkonen auch dem gesamten Gebäude zugute-

kommt, indem etwa der Eintritt von Feuchtigkeit verhindert wird, steht dem nicht entgegen (vgl. Senat, Urteil vom 16. November 2012 – V ZR 9/12, NJW 2013, 681 Rn. 9; Urteil vom 4. Mai 2018 – V ZR 163/17, NZM 2018, 953 Rn. 15 f.). Daraus folgt, dass die Kosten für die Sanierung tragender Bauteile, die für den Bestand des Gebäudes von Bedeutung sind, in der Gemeinschaftsordnung einzelnen Sondereigentümern zugewiesen werden können, die besonderen Nutzen aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ziehen. Die genannten Entscheidungen belegen also nicht die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, sondern das Gegenteil; zudem geht es hier um Untergemeinschaften, die durch eine noch weiterreichende Kostentrennung gekennzeichnet sind.

**25 b)** Eine weitreichende Verwaltungs- und Kostentrennung bei Untergemeinschaften ist auch dann zulässig, wenn getrennte Baukörper statisch aufeinander aufbauen, wie es bei einer Tiefgarage und darauf errichteten Wohngebäuden der Fall ist (so auch BayObLG, ZMR 2004, 765, 766; AG Hamburg-St. Georg, ZMR 2021, 521, 522; AG Suhl, ZMR 2021, 693, 695; aA *Rüscher*, ZWE 2011, 308, 310).

**26 aa)** Das Wohnungseigentumsrecht lässt den Wohnungseigentümern weitgehend freie Hand, wie sie ihr Verhältnis untereinander ordnen wollen (vgl. Senat, Urteil vom 4. Mai 2018 – V ZR 163/17, NZM 2018, 953 Rn. 16; Urteil vom 10. November 2017 – V ZR 184/16, NJW 2018, 1309 Rn. 12 mwN). Eine objektbezogene Kostentrennung ist auch dann rechtlich unbedenklich, wenn eine Tiefgarage zugleich die Standfestigkeit von oberirdisch errichteten Wohnhäusern gewährleistet; auf die Verfahrensrüge, mit der die Beklagten geltend machen, dass lediglich einige der in der Tiefgarage verbauten Stützen die darüber befindlichen Gebäude tragen, kommt es deshalb nicht an. Ziel der Errichtung von Untergemeinschaften ist es u.a., dass diejenigen, die den Baukörper nutzen, für dessen Kosten aufkommen müssen. Die Stellplatzeigentümer sollen die Kosten „ihrer“ Tiefgarage und die Wohnungseigentümer die „ihres“ Wohngebäudes tragen. Andernfalls müsste sich ein Stellplatzeigentümer ohne Wohnung (wie der Kläger) auch an den Kosten einer Dachsanierung der Wohngebäude beteiligen; umgekehrt müsste ein Wohnungseigentümer ohne Stellplatz die Kosten der Tiefgarage anteilig tragen, obwohl er keinen Vorteil aus ihr zieht und die Kosten bei einer Bauweise ohne Tiefgarage nicht angefallen wären (vgl. zu diesem Aspekt für Balkonklauseln Senat, Urteil vom 4. Mai 2018 – V ZR 163/17, NZM 2018, 953 Rn. 13). Solche Ergebnisse sollen durch die Bildung von Untergemeinschaften nachvollziehbarerweise vermieden werden. Eine klare

Trennung der Verwaltungs- und Kostenzuständigkeit, wie sie hier in der Gemeinschaftsordnung vorgesehen ist, wäre nicht möglich, wenn im Sanierungsfall zunächst jeweils untersucht werden müsste, ob der zu sanierende Bauteil auch dem anderen Gebäude nützt (vgl. zum Ganzen auch BayObLG, ZMR 2004, 765, 766). Eine andere Kostenverteilung ergibt sich nur, wenn und soweit die Gemeinschaftsordnung abgrenzbare Bauteile ausdrücklich nicht der Untergemeinschaft zuweist.

**27 bb)** Die Bedenken des Berufungsgerichts, dass die Mitglieder der anderen Untergemeinschaften, deren Gebäude statisch auf die Tiefgarage angewiesen sind, keinen Einfluss auf deren Sanierung nehmen könnten, sind schon deshalb unbegründet, weil es hier – wie oben ausgeführt (Rn. 10) – nicht um die Sanierungsentscheidung, sondern ausschließlich um die Kostentragung geht. Selbst wenn die Gesamtgemeinschaft ausnahmsweise befugt sein sollte, über die Sanierung zu entscheiden (vgl. hierzu LG München I, ZWE 2019, 495 Rn. 20 ff.), änderte dies aus den oben genannten Gründen nichts an der vorgegebenen Kostentrennung (insoweit aA LG München I, ZWE 2019, 495 Rn. 26 ff.).

**28 1.** Danach kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben und ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO).

**29 a)** Da weder die geltend gemachten Anfechtungsgründe noch Nichtigkeitsgründe gegeben sind, ist die Beschlussmängelklage, die Gegenstand des Hauptantrags ist, abzuweisen. Mit seinem Einwand, die anteiligen Sanierungskosten überstiegen den Wert seines Stellplatzes, kann der Kläger schon deshalb keinen Erfolg haben, weil er den zu TOP 3 gefassten Sanierungsbeschluss nicht angefochten hat und die Kosten nach der Gemeinschaftsordnung von den Stellplatzeigentümern zu tragen sind; ohnehin ist eine individuelle „Opfergrenze“ jedenfalls bei dringend erforderlichen Sanierungsarbeiten nicht anzuerkennen (vgl. Senat, Urteil vom 17. Oktober 2014 – V ZR 9/14, BGHZ 202, 375 Rn. 12 ff.).

**30 b)** Auch mit dem Hilfsantrag kann die Klage keinen Erfolg haben. Das Gesetz erlaubt nicht die Dereliktion von Wohnungseigentumseinheiten (vgl. dazu Senat, Beschluss vom 14. Juni 2007 – V ZB 18/07, BGHZ 172, 338 Rn. 10 ff.; Urteil vom 15. Oktober 2021 – V ZR 225/20 Rn. 31, z.V.b.), und ebenso wenig räumt es einem Sondereigentümer das Recht ein, von den übrigen Wohnungseigentümern den Ankauf seiner Einheit zu verlangen, wenn eine kostspielige Sanierung ansteht. Im Übrigen treffen die hohen anteiligen Kosten hier nicht nur den Kläger, sondern alle Stellplatzeigentümer in gleicher Weise.

## Störungsabwehrkompetenz in verwalterloser Zweier-WEG

BGB § 1004, WEG § 9a Abs. 2

### Amtlicher Leitsatz:

Nach der zum 1. Dezember 2020 in Kraft getretenen Neufassung des Wohnungseigentumsgesetzes kann ein Wohnungseigentümer Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gemäß § 1004 BGB, die auf die Abwehr von Störungen seines im Grundbuch eingetragenen Sondernutzungsrechts gerichtet sind, weiterhin selbst geltend machen (Fortführung von Senat, Urteil vom 11. Juni 2021 – V ZR 41/19, WuM 2021, 521). (Rn. 8 – 9)

BGH (V. Zivilsenat),

Versäumnisurteil vom 01.10.2021 – V ZR 48/21

### I. Tatbestand:

1 Die Parteien bilden eine aus zwei Einheiten bestehende Wohnungseigentümergeinschaft. Sie sind jeweils Eigentümer einer Einheit. Der Klägerin steht zudem ein Sondernutzungsrecht an zwei Stellplätzen zu. Ein Verwalter ist nicht bestellt. Im Sommer 2018 errichtete der Beklagte ohne Zustimmung der Klägerin auf einer im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Grundstücksfläche eine Betonmauer, brachte darauf einen Holzzaun an und baute ein Tor ein.

2 Mit der Klage nimmt die Klägerin den Beklagten in der Hauptsache auf Beseitigung der Mauer- und Zaunanlage in Anspruch. Das Amtsgericht hat der Klage, soweit von Interesse, mit Urteil vom 25. Februar 2020 stattgegeben. Dagegen hat der Beklagte Berufung eingelegt. Das Landgericht hat die Klage nach mündlicher Verhandlung vom 4. Februar 2021 abgewiesen und die Revision zugelassen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Antrag auf Beseitigung der Mauer- und Zaunanlage weiter.

### II. Aus den Gründen:

3 Das Berufungsgericht, dessen Urteil u.a. in ZfIR 2021, 277 veröffentlicht ist, meint, die Klägerin könne die Beseitigung der Mauer- und Zaunanlage nicht verlangen. Abwehrrechte aus dem an die Stelle des § 15 Abs. 3 WEG aF getretenen § 14 Abs. 1 Nr. 1 WEG stünden nach dem seit dem 1. Dezember 2020 geltenden Wohnungseigentumsrecht nur noch der Gemeinschaft zu. Insoweit sei die Klägerin nicht mehr aktivlegitimiert. Ein Beseitigungsan-

spruch bestehe auch nicht in Bezug auf das Sondernutzungsrecht an dem Stellplatz. Das Sondernutzungsrecht werde nicht beeinträchtigt, da der Stellplatz für die Klägerin weiter erreichbar sei und die Mauer- und Zaunanlage lediglich das Rangieren mit Fahrzeugen auf der dem Stellplatz vorgelagerten Gemeinschaftsfläche erschwere. Für die Ansprüche aus § 1004 BGB auf Beseitigung von Beeinträchtigungen des Gemeinschaftseigentums sei gemäß § 9a Abs. 2 Alt. 1 WEG die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zuständig. Insoweit habe die Klägerin ihre Prozessführungsbefugnis verloren.

4 Die Revision hat Erfolg. Zu entscheiden ist durch Versäumnisurteil. Inhaltlich beruht das Urteil jedoch nicht auf der Säumnis des Beklagten, sondern auf einer Sachprüfung (vgl. Senat, Urteil vom 4. April 1962 – V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 82 ff.).

5 1. Rechtsfehlerfrei nimmt das Berufungsgericht allerdings an, dass die Klägerin nach der zum 1. Dezember 2020 in Kraft getretenen Neufassung des Wohnungseigentumsgesetzes für den Anspruch aus § 14 Abs. 1 Nr. 1 WEG nicht mehr aktivlegitimiert ist. Der Anspruch aus dem an die Stelle von § 15 Abs. 3 WEG aF getretenen § 14 Abs. 1 Nr. 1 WEG ist nunmehr allein der Gemeinschaft zugewiesen (vgl. BT-Drs. 19/18791 S. 52; Senat, Urteil vom 16. Juli 2021 – V ZR 284/19, juris Rn. 13).

6 2. Im Ergebnis zu Recht verneint das Berufungsgericht auch einen Anspruch der Klägerin aus § 1004 Abs. 1 BGB, soweit er das Sondernutzungsrecht an dem Stellplatz betrifft.

7 a) Allerdings ist die Klägerin für den Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung des Sondernutzungsrechts an dem Stellplatz aus § 1004 Abs. 1 BGB prozessführungsbefugt. Dem steht § 9a Abs. 2 Alt. 1 WEG nicht entgegen.

8 aa) Die alleinige Ausübungsbefugnis der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer gemäß § 9 Abs. 2 WEG bezieht sich auf die Abwehr von Störungen des Gemeinschaftseigentums. Ein Wohnungseigentümer kann deshalb, wie der Senat bereits entschieden hat, nach der zum 1. Dezember 2020 in Kraft getretenen Neufassung des Wohnungseigentumsgesetzes Unterlassungs- oder Beseitigungsansprüche gemäß § 1004 BGB und § 14 Abs. 2 Nr. 1 WEG, die auf die Abwehr von Störungen im räumlichen Bereich des Sondereigentums gerichtet sind, weiterhin auch dann selbst geltend machen, wenn zugleich das Gemeinschaftseigentum von den Störungen betroffen ist (Senat, Urteil vom 11. Juni 2021 – V ZR 41/19, WuM 2021, 521 Rn. 13).

9 bb) Entsprechendes gilt für den Anspruch eines Wohnungseigentümers gemäß § 1004 Abs. 1 BGB auf Abwehr einer Störung eines dinglich wirkenden Sondereigentumsrechts.

10 (1) Nach der bis zum 30. November 2020 geltenden Rechtslage konnte der Inhaber eines im Grundbuch eingetragenen Sondernutzungsrechts im Rahmen von dessen Zuweisungsgehalt (vgl. dazu Urteil vom 18. November 2016 – V ZR 49/16, ZfIR 2017, 409 Rn. 24; Senat, Beschluss vom 26. November 2020 – V ZB 151/19, WuM 2021, 132 Rn. 15) Störungen durch andere Wohnungseigentümer und Dritte gemäß § 1004 Abs. 1 BGB selbst abwehren (vgl. Senat, Urteil vom 21. Oktober 2016 – V ZR 78/16, ZfIR 2017, 355 Rn. 9; Urteil vom 20. März 2020 – V ZR 317/18, BGHZ 225, 136 Rn. 39) und Ansprüche aus § 985 und § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB selbst geltend machen (vgl. Senat, Urteil vom 25. Oktober 2013 – V ZR 230/12, BGHZ 198, 327 Rn. 20; Urteil vom 20. März 2020 – V ZR 317/18, aaO). Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer konnte diese Ansprüche nicht durch Beschluss an sich ziehen.

11 (2) Daran hat § 9a Abs. 2 WEG nichts geändert (so auch MüKoBGB/Burgmair, 8. Aufl., § 9a WEG nF Rn. 31; Elzer, ZWE 2021, 188, 190). Bei dem Anspruch auf Abwehr einer Störung des Sondernutzungsrechts handelt es sich nicht um ein sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergebendes Recht.

Nach der zum 1. Dezember 2020 in Kraft getretenen Neufassung des Wohnungseigentumsgesetzes kann ein Wohnungseigentümer Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gemäß § 1004 BGB, die auf die Abwehr von Störungen seines im Grundbuch eingetragenen Sondernutzungsrechts gerichtet sind, deshalb weiterhin selbst geltend machen.

12 b) Die Voraussetzungen für einen Beseitigungsanspruch aus § 1004 BGB in Bezug auf das Sondernutzungsrecht sind jedoch nicht erfüllt. Die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, wonach das Sondernutzungsrecht der Klägerin an dem Stellplatz deshalb nicht beeinträchtigt ist, weil infolge der Errichtung der Mauer- und Toranlage lediglich das Rangieren mit Fahrzeugen auf der vor dem Stellplatz gelegenen Fläche, nicht aber der Zugang zu dem Stellplatz selbst erschwert wird, nimmt die Revision hin und lässt Rechtsfehler nicht erkennen.

13 3. Rechtsfehlerhaft ist aber die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe die Prozessführungsbefugnis für den sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergebenden Anspruch aus § 1004 BGB mit Inkrafttreten der Neuregelung des § 9a Abs. 2 WEG am 1. Dezember 2020 verloren.

14 a) Nach § 9a Abs. 2 WEG übt zwar die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer die sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergebenden Rechte aus. Damit ist nunmehr allein die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer für die sich aus dem gemeinschaftlichen

Eigentum ergebenden Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche aus § 1004 Abs. 1 BGB kraft Gesetzes prozessführungsbefugt (vgl. BT-Drs. 19/18791 S. 46).

15 b) Für die bereits vor dem 1. Dezember 2020 bei Gericht anhängigen Verfahren besteht – wie der Senat inzwischen, allerdings nach Erlass des Berufungsurteils, entschieden hat – die Prozessführungsbefugnis eines Wohnungseigentümers, der sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergebende Rechte geltend macht, über diesen Zeitpunkt hinaus in Anwendung des Rechtsgedankens des § 48 Abs. 5 WEG aber fort, bis dem Gericht eine schriftliche Äußerung des nach § 9b WEG vertretungsberechtigten Organs über einen entgegenstehenden Willen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zur Kenntnis gebracht wird. Beurteilungsgrundlage für das Vorliegen eines entgegenstehenden Willens der Gemeinschaft ist die – im Außenverhältnis maßgebliche – Äußerung ihres nach § 9b WEG vertretungsberechtigten Organs. Auf die Wirksamkeit der Entscheidungsbildung der Wohnungseigentümer im Innenverhältnis, insbesondere die Wirksamkeit eines dazu gefassten Beschlusses, kommt es dagegen nicht an (näher Senat, Urteil vom 7. Mai 2021 – V ZR 299/19, WuM 2021, 392 Rn. 12 ff., 20 ff.). Diese Grundsätze gelten für alle Wohnungseigentümergeinschaften, auch für die verwalterlose Zweiergemeinschaft.

16 c) Danach ist die Klägerin prozessführungsbefugt, soweit es um den Anspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB wegen Beeinträchtigung des gemeinschaftlichen Eigentums geht. Insoweit ist sie auch aktivlegitimiert.

17 Die Revision hat somit Erfolg. Das Berufungsurteil war im tenorierten Umfang aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist nicht entscheidungsreif, weil das Berufungsgericht hinsichtlich des Anspruchs der Klägerin aus § 1004 Abs. 1 BGB wegen Beeinträchtigung des gemeinschaftlichen Eigentums – aus seiner Sicht folgerichtig – keine Feststellungen getroffen hat. Sie ist deshalb zur Verhandlung und erneuten Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

### **Grundbuchverfahren: Belastung eines Grundstücks mit einer Finanzierungsgrundschuld aufgrund transmortaler Vollmacht**

GBO § 39 Abs. 1, GBO § 40 Abs. 1

**Amtlicher Leitsatz:**

Die Voreintragung des Berechtigten ist nicht entsprechend § 40 Abs. 1 GBO entbehrlich, wenn ein Bevoll-

mächtiger aufgrund einer von dem noch als Eigentümer eingetragenen Erblasser erteilten transmortalen Vollmacht nach dem Ableben des Vollmachtgebers eine Finanzierungsgrundschuld an einem Nachlassgrundstück eintragen lassen will (entgegen OLG Celle, Beschluss vom 16. August 2019 – 18 W 33/19; OLG Köln, Beschluss vom 16. März 2018 – I-2 Wx 123/18; OLG Stuttgart, Beschluss vom 17. Oktober 2018 – 8 W 311/18; OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.06.2017 – 20 W 179/17; KG Berlin, Beschluss vom 22.10.2020 – 1 W 1357/20).

OLG Bremen (3. Zivilsenat),  
Beschluss vom 29.11.2021 – 3 W 22/21

## ► I. Tatbestand:

1 Die Antragsteller begehren die Eintragung einer Grundschuld.

2 Im Grundbuch von Bremerhaven, Bezirk [...], Blatt [...] sind die Antragstellerin zu 1. und ihr am [...] 2017 verstorbener Ehemann, Herr [...], als Miteigentümer zu je zu ½ Anteil des Grundbesitzes Gemarkung [...] Flur [...] Flurstück [...], eingetragen. Mit notariellen Urkunden vom 16.10.2006 (UR.-Nr. [...] und [...] des Notars [...]) hatten die Eheleute [...] ihren Kindern, Herrn [...] und Frau [...] (die Bevollmächtigten), jeweils eine Vorsorgevollmacht in allen persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten eingeräumt. Die Vollmacht, die über den Tod der Vollmachtgeber hinaus wirksam bleiben sollte, umfasste insbesondere auch das Recht der Bevollmächtigten, über Vermögensgegenstände jeder Art zu verfügen.

3 Mit notariellem Kaufvertrag vom 10.09.2021 (UR.-Nr. [...] des Notars [...]) veräußerten die Bevollmächtigten unter Berufung auf die ihnen erteilten Vollmachten, ausweislich der Urkunde handelnd für die Antragstellerin zu 1. und den verstorbenen Herrn [...], den bezeichneten Grundbesitz an die Antragstellerin zu 3. und bewilligten zugleich die Eintragung einer Auflassungsvormerkung. Unter § 8 des Kaufvertrages wurde der Antragstellerin zu 3. zudem das Recht eingeräumt, das Grundstück bereits vor Eigentumsumschreibung mit einem Grundpfandrecht zu belasten und die Verkäufer bei allen hierfür erforderlichen Rechtshandlungen zu vertreten. Mit gesonderter Urkunde des Notars [...] vom selben Tag (UR.-Nr. [...]) bestellte die Antragstellerin zu 3. sodann im eigenen Namen sowie aufgrund der kaufvertraglich gewährten Belastungsvollmacht für die Verkäufer eine Grundschuld in Höhe von 255.000,00 € zugunsten der [...] -Bank.

4 Mit Schreiben vom 14.09.2021 beantragte der den Kaufvertrag beurkundende Notar die Eintragung der Grundschuld und mit weiterem Schreiben vom 15.09.2021 die

Eintragung der Auflassungsvormerkung für die Antragstellerin zu 3. Das Amtsgericht [...] – Abteilung für Grundbuchsachen – teilte mit Zwischenverfügung vom 20.09.2021 mit, dass der beantragten Grundbucheintragung Eintragungshindernisse entgegenstünden. Aufgrund des Versterbens des Herrn [...] sei zunächst eine Grundbuchberichtigung herbeizuführen. Die Ausnahmeregelung des § 40 GBO greife bei der Eintragung einer Grundschuld nicht, so dass eine Voreintragung nach § 39 GBO erforderlich sei.

5 Gegen diesen Beschluss hat der Verfahrensbevollmächtigte zu 1. bis 3. mit Schreiben vom 11.10.2021 Beschwerde eingelegt und unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des OLG Celle (Beschluss vom 16.08.2019 – 18 W 33/19) die Ansicht vertreten, dass es einer Voreintragung der Erben des noch als Miteigentümer eingetragenen Erblassers nicht bedürfe.

6 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde mit Beschluss vom 29.10.2021 nicht abgeholfen und sie dem Hanseatischen Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt. Die Ausnahmenvorschrift des § 40 GBO sei eng und nach dem Wortlaut auszulegen. Das Grundbuchamt verweist insoweit auf eine Entscheidung des OLG Oldenburg (Beschluss vom 23.03.2021 – 12 W 38/21).

7 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

## ► II. Aus den Gründen:

8 Die gegen die Zwischenverfügung des Amtsgerichts [...] – Grundbuchamt – gerichtete Beschwerde ist zwar zulässig, sie hat aber in der Sache keinen Erfolg.

9 1. Die Beschwerde gegen die nach § 18 Abs. 1 GBO getroffene Zwischenverfügung des Grundbuchamtes ist gemäß § 11 Abs. 1, § 3 Nr. 1 Buchst. h) RPflG i.V.m. § 71 Abs. 1 GBO statthaft und durch den beurkundenden Notar in zulässiger Weise sowie formgerecht erhoben (§ 73 i.V.m. § 15 Abs. 2 GBO). Sie ist als Rechtsmittel der Antragsteller auszulegen. Der Verfahrensbevollmächtigte zu 1. bis 3. hat vorliegend zwar nicht ausdrücklich klargestellt, für welchen der Antragsteller er die Beschwerde eingelegt hat. Wenn der Notar im Rahmen der vermuteten Vollmacht nach § 15 GBO eine Beschwerde einlegt, sind grundsätzlich jedoch alle Antragsberechtigten als Beschwerdeführer anzusehen (zum Ganzen: Schöner/Stöber GrundbuchR, 16. Aufl. 2020, Rn. 189 m.w.Nw.).

10 2. Die Beschwerde ist jedoch nicht begründet. Das Amtsgericht [...] – Grundbuchamt – hat die beantragte Eintragung zu Recht wegen der fehlenden Voreintragung (§ 39 Abs. 1 GBO) zurückgewiesen. Bei diesem Voreintragungsgrundsatz muss es auch für den vorliegenden Fall

verbleiben. Die Beschwerde kann sich hier nicht mit Erfolg auf § 40 Abs. 1 GBO berufen.

**11** In Rechtsprechung und Literatur ist die Frage umstritten, ob die Voreintragung der Erben nach §§ 39, 40 GBO auch dann erforderlich ist, wenn – wie hier – ein transmortal Bevollmächtigter über ein Grundstück verfügt und es mit einer Finanzierungsgrundschuld belastet (zum Meinungsstand s. etwa *Weber*, DNotZ 2018, 884, 895 f.). Das OLG Celle (Beschluss vom 16.08.2019 – 18 W 33/19) hat diese Frage zuletzt unter Verweis auf die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte in Frankfurt (Beschluss vom 27.06.2017 – 20 W 179/17), Köln (Beschluss vom 16.03.2018 – I-2 Wx 123/18, 2 Wx 123/18) und Stuttgart (Beschluss vom 17.10.2018 – 8 W 311/18) mit der Erwägung verneint, dass das Handeln des transmortal Bevollmächtigten rechtskonstruktiv mit dem Handeln eines Nachlasspflegers vergleichbar sei. Für diesen gelte aber ausdrücklich die Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz nach § 40 Abs. 1 Alt. 2 Fall 2 GBO. Hinzu komme, dass § 40 GBO den Erben die Kosten einer unnötigen Eintragung ersparen wolle, wenn diese durch Übertragung des ererbten Rechts ohnehin alsbald wieder aus dem Grundbuch ausscheiden würden. Auch dies spreche hier aber für eine analoge Anwendung der Ausnahmvorschrift, zumal eine Differenzierung zwischen der Eintragung der Auflassungsvormerkung, bei der nach allgemeiner Meinung keine Voreintragung der Erben erforderlich sein sollte, und der Eintragung von Finanzierungsbelastungen auch der Sache nach nicht gerechtfertigt erscheine. Denn in beiden Konstellationen stehe von vornherein fest, dass eine Eintragung des Käufers im Grundbuch innerhalb verhältnismäßig kurzer Zeit nachfolgen werde (zum Ganzen OLG Celle, a.a.O., Rn. 20, juris).

**12** Der Senat schließt sich diesen Ausführungen nicht an und hält an dem Voreintragungserfordernis auch in Fallkonstellationen wie der vorliegenden fest. Hierfür spricht aus Sicht des Senats was folgt:

**13 a.** § 40 Abs. 1 GBO ist nach seinem Wortlaut im Falle der Belastung eines Grundstücks mit einem Grundpfandrecht durch einen transmortal Bevollmächtigten – insoweit unstreitig – nicht unmittelbar einschlägig. Denn zum einen handelt es sich bei der Bestellung einer Grundschuld nicht um die Übertragung eines Rechts. Zum anderen erfolgt der Eintragungsantrag in diesem Fall weder durch die Bewilligung eines Nachlasspflegers noch des Erblassers selbst, da letztere grundsätzlich eine noch lebzeitig durch den Erblasser abgegebene Erklärung erfordert. Die transmortale Vollmacht führt nach dem Tod des Vollmachtgebers jedoch zu einer Vertretererklärung für den an die Stelle des Verstorbenen getretenen Erben; sie ist rechtlich nicht als Erklärung des

Erblassers anzusehen (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 11. März 2019 – I-2 Wx 82/19 –, Rn. 13, juris).

**14 b.** Auch eine entsprechende Anwendung des – als Ausnahmvorschrift ohnehin eng auszulegenden (OLG München, Beschluss vom 27. April 2006 – 32 Wx 67/06 –, Rn. 17, juris) – § 40 Abs. 1 GBO auf Fallkonstellationen wie die vorliegende scheidet nach Ansicht des Senates aus (entgegen OLG Celle, Beschluss vom 16. August 2019 – 18 W 33/19; OLG Köln, Beschluss vom 16. März 2018 – I-2 Wx 123/18; OLG Stuttgart, Beschluss vom 17. Oktober 2018 – 8 W 311/18; OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.06.2017 – 20 W 179/17; KG Berlin, Beschluss vom 22.10.2020 – 1 W 1357/20 –, allesamt juris).

**15** Eine Analogie ist nach der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung nur dann zulässig, wenn das Gesetz (i) eine planwidrige Regelungslücke enthält und (ii) der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat, dass angenommen werden kann, dieser wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (statt aller: BGH, Urteil vom 16. Juli 2003 – VIII ZR 274/02 –, BGHZ 155, 380-392, – Rn. 22, juris). Das ist hier jedoch nicht ersichtlich.

**16 (i)** Zweifelhaft ist insoweit bereits, ob überhaupt von dem Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke ausgegangen werden kann. Denn die grundsätzliche Problemlage ist spätestens seit einer Entscheidung des Reichsgerichts vom 28. Juni 1916 (Az. V.B. 1/16 –, RGZ 88, 345, 348 – abrufbar bei juris) – und mithin seit über 105 Jahren – bekannt, ohne dass der Gesetzgeber dies zum Anlass genommen hätte, die bezeichnete Norm zu revidieren (zum Ganzen auch *Kramer*, FGPrax 2019, 13, 14; für das Gebiet der neuen Länder war die entsprechende Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO für die Eintragung von Belastungen in der Übergangsvorschrift des § 11 Abs. 2 GBBerG hingegen ausdrücklich vorgeesehen).

**17 (ii)** Aber selbst wenn man hier das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke bejahen wollte, so fehlt es – aus Sicht des Senates – doch jedenfalls an einer vergleichbaren Interessenlage.

**18** Dies gilt zum einen insoweit, als die Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld – und mithin die dauerhafte Belastung eines Grundstücks mit einem Fremdrecht – nicht mit der Übertragung eines Rechtes gleichgesetzt werden kann. Etwas anderes folgt auch nicht aus den Erwägungen, die der Bundesgerichtshof im Zusammenhang mit der Bewilligung und Eintragung einer Auflassungsvormerkung zu §§ 39, 40 GBO angestellt

hat (BGH, Beschluss vom 05. Juli 2018 – V ZB 10/18 –, juris). Denn anders als die Auflassungsvormerkung ist das Grundpfandrecht nicht akzessorisch und in seinem rechtlichen Bestand also unabhängig vom Übertragungsanspruch des Erwerbers. Eine Grundschuld würde daher – auch im Falle des Scheiterns der beabsichtigten Grundstücksübertragung – im Grundbuch eingetragen bleiben, ohne dass die Berechtigung des Bewilligenden aus dem Grundbuch ersichtlich wäre. Insoweit unterscheidet sich die Finanzierungsvollmacht jedoch von der Eigentumsvormerkung, die bei Scheitern der Übertragung als unrichtig zu löschen wäre. Dass die Finanzierungsgrundschuld wirtschaftlich der Übertragung eines Grundstücks dient und sie im sachlichen Zusammenhang mit dieser im Grundbuch eingetragen wird, rechtfertigt insoweit – auch unter Wertungsgesichtspunkten – keine rechtliche Gleichstellung mit dieser und mithin auch keine analoge Anwendung der Norm (so bereits OLG Oldenburg, Beschluss vom 23. März 2021 – 12 W 38/21 –, Rn. 12; *Weber*, DNotZ 2018, 884, 897; *Dressler-Berlin*, FGPrax 2021, 153, 155; ders., FGPrax 2020, 10, 13; *Kramer*, FGPrax 2019, 13, 15; zustimmend in diesem Punkt auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 17. Oktober 2018 – 8 W 311/18 –, Rn. 14; KG Berlin, Beschluss vom 22.10.2020 – 1 W 1357/20 –, Rn. 8; Beschluss vom 02.08.2011 – 1 W 243/11 –, Rn. 9, allesamt zitiert nach juris).

**19** Das Handeln eines transmortal Bevollmächtigten ist des Weiteren auch nicht mit dem eines Nachlasspflegers rechtskonstruktiv vergleichbar (so allerdings OLG Celle, Beschluss vom 16. August 2019 – 18 W 33/19 –, Rn. 20; OLG Köln, Beschluss vom 16. März 2018 – I-2 Wx 123/18 –, Rn. 27; KG Berlin, Beschluss vom 22.10.2020 – 1 W 1357/20 –, Rn. 9; OLG Stuttgart, Beschluss vom 17. Oktober 2018 – 8 W 311/18 –, Rn. 14, OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.06.2017 – 20 W 179/17 –, Rn. 21; allesamt zitiert nach juris; wie hier u.a.: *Dressler-Berlin*, FGPrax 2020, 10, 13; *Weber*, DNotZ 2018, 884, 896 f.; *Kramer*, FGPrax 2019, 13, 14). Der Grund dafür, dass § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO für Grundbucheintragungen von Nachlasspflegern eine Befreiung vom Voreintragungsgrundsatz anordnet, ist der Umstand, dass die Erben noch nicht feststehen (vgl. §§ 1960 f. BGB). Die Eintragung unbekannter Erben ist grundsätzlich jedoch nicht zulässig und kommt nur in engen Ausnahmefällen in Betracht. Hierüber hilft § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO hinweg. Eine transmortale Vollmacht gilt hingegen auch und gerade im Verhältnis zu den bekannten Erben. Hinzu kommt, dass es die Aufgabe des Nachlasspflegers ist, den Nachlass für den wirklichen Erben als treuhänderische Amtsperson zu sichern und zu erhalten (BGH, Urteil vom 08. Dezember 2004 – IV ZR 199/03 –, BGHZ 161, 281-289, Rn. 17, juris). Auch insoweit ist die Ausgangslage aber eine gänzlich andere,

als bei einem transmortal Bevollmächtigten, den eine entsprechende Fürsorgepflicht gegenüber den Erben nicht trifft, und der daher auch eigene, den Interessen der Erben durchaus auch zuwiderlaufende Interessen verfolgen kann.

**20 c.** Der Senat übersieht in diesem Zusammenhang nicht das praktische Bedürfnis, die ggfs. kostenpflichtige und zeitaufwändige Grundbuchberichtigung in Fällen wie diesem zu vermeiden (zu möglichen Alternativgestaltungen s. etwa *Weber*, DNotZ 2018, 884, 898; kritisch aber *Milzer*, DNotZ 2009, 325 ff.). Der – durchaus nachvollziehbare – Wunsch nach Kosten- und Zeitersparnis kann jedoch nicht über die Aufgabe des Grundbuchs gestellt werden, die eintretenden dinglichen Rechtsänderungen unter Geltung des Voreintragungsgrundsatzes möglichst lückenlos und Schritt für Schritt für den Rechtsverkehr zu dokumentieren (vgl. BGH, Beschluss vom 04. Januar 1955 – V ZB 7/53 –, BGHZ 16, 101-105, Rn. 6, juris; zum Ganzen auch *Bestelmeyer*, FGPrax 2018, 106, 108 f.). Soweit hier Änderungsbedarf bestehen mag, wäre es die Aufgabe des Gesetzgebers, tätig zu werden. Dieser hatte mit § 11 Abs. 2 GBBerG jedoch lediglich für das Gebiet der neuen Länder die entsprechende Anwendung von § 40 Abs. 1 GBO für die Eintragung von Belastungen (zeitlich befristet) angeordnet.

## Grundbucheintragung einer Grundschuld aufgrund transmortaler Vollmacht

GBO §§ 39, 40

Für die Eintragung einer aufgrund transmortaler Vollmacht bestellten Grundschuld bedarf es keiner Voreintragung der Erben im Grundbuch.

OLG Karlsruhe,  
Beschl. v. 18.10.2021 – 19 W 72/21 (Wx)

### I. Sachverhalt:

**1** Die im März 2021 verstorbene L. ist im Grundbuch als Eigentümerin des Grundbesitzes eingetragen. Sie hatte ihrer Tochter, der Bet. zu 1, bereits am 19.5.2006 eine notariell beurkundete Vollmacht einschließlich einer Vermögensvollmacht erteilt; die durch den Tod des Vollmachtgebers ausdrücklich nicht erlöschen sollte und die Bevollmächtigte auch zur Abwicklung des Nachlasses ermächtigte.

2 Am 21.5.2021 schloss die Bet. zu 1 unter Verwendung der transmortalen notariellen Vollmacht für den Nachlass ihrer verstorbenen Mutter als Verkäufer mit dem Bet. zu 2 als Käufer einen notariell beurkundeten Kaufvertrag über den Grundbesitz. Dieser enthielt die unbedingten Auflassungserklärungen, die Bewilligung und den Antrag einer Vormerkung und die Verpflichtung des Verkäufers, zum Zwecke der Kaufpreisfinanzierung an einer Bestellung von Grundpfandrechten mitzuwirken. Dazu erteilte der Verkäufer dem Käufer die Vollmacht, alle im Zusammenhang mit der Bestellung und rangrichtigen Eintragung von Grundpfandrechten in beliebiger Höhe am Vertragsgegenstand zweckmäßigen Erklärungen abzugeben, mit der Befugnis, Vollstreckungsunterwerfungen nach § 800 ZPO zu erklären.

3 Auf der Grundlage dieser Vollmacht erklärte der Bet. zu 2 für sich und den Nachlass von L. ebenfalls am 21.5.2021 eine notariell beurkundete Grundschuldbestellung zu Gunsten der Bet. zu 3 in Höhe von 350.000 €, einschließlich der Bewilligung und Beantragung der Eintragung der Grundschuld.

4 Der gemäß § 15 GBO vertretungsbefugte Notar hat am 31.5.2021 die Eintragung einer Grundschuld und im Rang danach die Eintragung einer Auflassungsvormerkung beim zuständigen Grundbuchamt beantragt, ohne die Erben der L. zu benennen oder einen Erbnachweis beizufügen. Durch Zwischenverfügung vom 12.7.2021 hat das Grundbuchamt beanstandet, dass zum Vollzug des Antrags noch die Vorlage des Erbnachweises auf Ableben von L. und der Antrag der Erben auf Berechtigung des Grundbuchs auf Ableben von L. erforderlich sei. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Bet. Das Grundbuchamt hat am 9.8.2021 eine Erwerbsvormerkung für den Bet. zu 2 im Grundbuch für den streitgegenständlichen Grundbesitz eingetragen.

## ► II. Aus den Gründen:

5 Die nach §§ 71 ff. GBO zulässige Beschwerde der Bet. zu 1 und 2 hat Erfolg.

Die Zwischenverfügung des Grundbuchamts vom 12.7.2021 ist nicht gerechtfertigt. Für die Eintragung der streitgegenständlichen (Finanzierungs-) Grundschuld ist weder ein Erbnachweis auf Ableben von L. noch ein Antrag der Erben auf Berichtigung des Grundbuchs erforderlich. Denn es bedarf keiner Voreintragung der Erben als Eigentümer des streitgegenständlichen Grundbesitzes.

6 1. Von dem Grundsatz der Voreintragung (§ 39 Abs. 1 GBO) bestehen Ausnahmen für Erben nach § 40 Abs. 1 GBO. Zwar ergibt sich hier die Ausnahme von dem Vor-

eintragungsgrundsatz nicht aus § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO, wohl aber aus § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO.

7 a) Eine Ausnahme von dem Voreintragungsgrundsatz für die Eintragung einer (Finanzierungs-) Grundschuld besteht nicht nach § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO.

Danach ist § 39 Abs. 1 GBO nicht anzuwenden, wenn die Person, deren Recht durch die Eintragung betroffen wird, Erbe des eingetragenen Berechtigten ist, und wenn die Übertragung oder Aufhebung eines Rechts eingetragen werden soll. Weder eine Übertragung noch eine Aufhebung eines Rechts liegt vor, wenn eine Auflassungsvormerkung oder eine (Finanzierungs-) Grundschuld eingetragen werden sollen. Da eine Auflassungsvormerkung aber allein dazu dient, die endgültige Übertragung vorzubereiten und zu sichern und sie in ihrem rechtlichen Bestand von dem Bestand des gesicherten Übertragungsanspruchs abhängig ist, ist – nur für die Auflassungsvormerkung – § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO entsprechend anzuwenden (BGH NJW 2018, 3310 Rn. 6).

8 Zu Recht hat das Grundbuchamt entschieden, dass daraus nicht folgt, dass § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO auch entsprechend für die Eintragung einer (Finanzierungs-) Grundschuld anzuwenden ist. Die Finanzierungsgrundschuld steht zwar ebenfalls in sachlichem Zusammenhang mit der (beabsichtigten) Eigentumsübertragung, jedoch hängt sie in ihrem rechtlichen Bestand nicht von dem Bestand des Übertragungsanspruchs ab. Die Grundschuld ist weder bei Erfüllung noch bei Scheitern des Übertragungsanspruchs als unrichtig zu löschen, sondern bleibt eingetragen, ohne dass die Berechtigung des Bewilligenden aus dem Grundbuch nachvollzogen werden kann (KG MDR 2021, 162; OLG Stuttgart MDR 2019, 411; *Demharter* GBO, 32. Aufl., § 40 Rn. 18; aA *Cramer* ZfIR 2017, 834 (836)).

9 b) Eine Ausnahme von dem Voreintragungsgrundsatz für die Eintragung einer (Finanzierungs-) Grundschuld ergibt sich hier aber aus § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO analog.

10 Nach § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO ist § 39 Abs. 1 GBO nicht anzuwenden, wenn die Person, deren Recht durch die Eintragung betroffen wird, Erbe des eingetragenen Berechtigten ist, und wenn der Eintragungsantrag durch die Bewilligung des Erblassers oder eines Nachlasspflegers oder durch einen gegen den Erblasser oder den Nachlasspfleger vollstreckbaren Titel begründet wird.

11 Zwar ist der Eintragungsantrag (zur Belastung des ererbten Grundstücks mit der streitgegenständlichen Finanzierungsgrundschuld im Zusammenhang mit der Grundstücksveräußerung) nicht durch die Bewilligung der Erblasserin oder eines Nachlasspflegers begründet, sondern durch die Bewilligung der Bet. zu 1 als transmortal Bevollmächtigte.

**12** Nach der einhelligen obergerichtlichen Rechtsprechung ist § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO entsprechend anzuwenden auf die Bewilligung einer Finanzierungsgrundschuld im Zusammenhang mit der Grundstücksveräußerung durch einen vom Erblasser transmortal Bevollmächtigten (OLG Celle FamRZ 2020, 131; OLG Dresden NotBZ 2020, 472; OLG Frankfurt FamRZ 2018, 787; KG MDR 2021, 162; OLG Köln FamRZ 2019, 320; OLG Stuttgart MDR 2019, 411; ebenso in der Lit.: *Joachim/Lange* ZEV 2019, 62 (65 f.); *Meikel/Böttcher* GBO, 12. Aufl., § 40 Rn. 28; *Milzer* DNotZ 2009, 325 (327); aA in der Lit.: *BeckOK GBO/Zeiser*, Stand 43. Edition, § 40 Rn. 20; *Cramer* ZfR 2017, 834 (835) aber für entsprechende Anwendung von § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO.; *Demharter* GBO, 32. Aufl., § 40 Rn. 18; *Dressler-Berlin* FGPrax 2020, 12; *Kramer* FGPrax 2019, 14 (15); *Weber* DNotZ 2018, 884 (896 f.); widersprüchlich: *Schöner/Stöber* GrundbuchR, 16. Aufl., Rn. 142 für entspr. Anwendung von § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO, Rn. 142 c dagegen).

**13** Der Erblasserin hat zwar nicht selbst die Bewilligung erklärt, sondern transmortal die Bet. zu 1 bevollmächtigt, über ihr Vermögen oder (nach ihrem Tod) über den Nachlass mit Wirkung für und gegen die Erben zu verfügen, vorliegend auch zur Abwicklung des Nachlasses. Die Bewilligung der Finanzierungsgrundschuld durch die Bet. zu 1 (vertreten durch den Bet. zu 2) als transmortal Bevollmächtigte ist für die Erben aber ebenso bindend wie eine Bewilligung durch die Erblasserin oder eine Bewilligung durch einen Nachlasspfleger. Dies rechtfertigt die entsprechende Anwendung von § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO.

**14** Es fehlt auch nicht an einer Regelungslücke. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Gesetzgeber diese Konstellation bedacht und sich bewusst dagegen entschieden hätte, sie nach § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO zu regeln (vgl. KG MDR 2021, 162). Entgegen der Ansicht des Grundbuchamts fehlt es nicht an einer Regelungslücke, weil das RG im Jahr 1916 (RGZ 88, 345) im Falle einer transmortalen Vollmacht für die Eintragung einer Hypothek die Voreintragung der Erben als erforderlich angesehen und die Ausnahme nach § 41 GBO aF hinsichtlich der „Übertragung und Aufhebung eines Rechts“ abgelehnt hat. Dies entspricht der Erörterung unter a. Soweit der Gesetzgeber in der Folgezeit keine ausdrückliche Regelung für die hier maßgebliche Fallgruppe getroffen hat, kann daraus nicht geschlossen werden, es fehle an einer Regelungslücke bei § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO. Dasselbe gilt in Bezug auf eine spätere obergerichtliche Entscheidung (KG DNotZ 1935, 600).

**15** Soweit das KG in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2020 eine historische Auslegung vorgenommen hat (MDR 2021, 162) und das Grundbuchamt im Nichtabhilfebefehl meint, die zitierte Quelle sei in einer Kommentierung zu § 41 GBO aF aus dem Jahr 2013 kritisch

betrachtet worden, genügt das nicht, um eine Regelungslücke durch den historischen Gesetzgeber zu verneinen.

**16** Einer entsprechenden Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO im vorliegenden Fall steht auch nicht entgegen, dass ein Nachlasspfleger in einem zeitlich begrenzten und vom NachlassG überwachten Rahmen Verfügungen vornehmen kann, während diese Einschränkungen für den transmortal Bevollmächtigten nicht gelten. Denn der Erblasser hat entschieden, eine Person seines Vertrauens über den Tod hinaus zu bevollmächtigen, um gegen die Erben auch wirksame Grundstücksverfügungen und Grundbucheintragungen unabhängig von der Erbenfeststellung möglichst zügig durchführen zu können (vgl. OLG Stuttgart MDR 2019, 411).

**17** Soweit die Bestellung eines Nachlasspflegers der Sicherung des Nachlasses dient, während der transmortal Bevollmächtigte diese Aufgabe nicht hat, steht auch das der entsprechenden Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO nicht entgegen. Entscheidend kommt es darauf an, dass die Bewilligung durch den transmortal Bevollmächtigten die Erben ebenso bindet wie eine Bewilligung durch den Erblasser oder einen Nachlasspfleger. Soweit das Grundbuchamt im Nichtabhilfebefehl meint, es bestehe keine einhellige obergerichtliche Rechtsprechung zur entsprechenden Anwendung von § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO, weil das OLG Köln in zwei neueren Entscheidungen keine Ausnahme von dem Voreintragungsgrundsatz angenommen habe (OLG Köln FamRZ 2019, 1964; FamRZ 2020, 958 = FGPrax 2020, 60), trifft das nicht zu. In beiden Entscheidungen geht das OLG Köln in Übereinstimmung mit der eingangs zitierten obergerichtlichen Rechtsprechung ausdrücklich davon aus, dass § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO entsprechend anzuwenden ist, wenn ein transmortal Bevollmächtigter die Eintragung einer (Finanzierungs-) Grundschuld im Zusammenhang mit einer Grundstücksveräußerung bewilligt (OLG Köln FamRZ 2019, 1964; FamRZ 2020, 958 = FGPrax 2020, 60). Soweit darüber hinaus die Ansicht vertreten wird, § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO sei nicht entsprechend anzuwenden, wenn ein transmortal Bevollmächtigter die Eintragung einer isolierten Grundschuld oder eines Nießbrauchs bewilligt, ist diese Frage hier nicht entscheidungserheblich.

**18** Auch die von dem Grundbuchamt zitierte Entscheidung des OLG Oldenburg (FGPrax 2021, 153) ist nicht entscheidungserheblich. Sie bezieht zu der hier maßgeblichen Frage keine Stellung, weil sie eine Bewilligung einer Grundbucheintragung durch die Erben selbst zum Gegenstand hat und nicht durch einen transmortal Bevollmächtigten.

**19** 2. Da die Zwischenverfügung nicht gerechtfertigt ist, wird sie aufgehoben.

## Einsicht des Grundbuchamts in die Nachlassakten im Verfahren nach § 35

GBO

**Amtlicher Leitsatz:**

Zur Frage, ob das Grundbuchamt verpflichtet ist, die Akten des Nachlassgerichts auch dann beizuziehen, wenn ihm gegenüber der Nachweis im Sinne des § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO geführt wurde.

OLG Frankfurt a. M. (20. Zivilsenat),  
Beschluss vom 07.01.2021 – 20 W 135/20

### ▶ I. Tatbestand:

1 Im betroffenen Grundbuch sind in Abt. I, lfd. Nrn. 3a bis 3c, A, B und C in Erbengemeinschaft als Eigentümerinnen eingetragen. Letztere ist am XX.XX.2016 verstorben.

2 Mit Schreiben vom 07.10.2019 hat der Verfahrensbevollmächtigte unter anderem seine notarielle Urkunde vom 11.06.2019, UR-Nr. .../2019, beim Grundbuchamt eingereicht. Ausweislich dieser Urkunde, auf deren Einzelheiten verwiesen wird, haben A, B und die Beschwerdeführerinnen – jeweils vertreten – den betroffenen Grundbesitz an die Stadt1 zum Kaufpreis von 3.447,- € verkauft. In dieser Urkunde ist aufgeführt, dass C durch die Beschwerdeführerinnen zu je ½-Anteil beerbt worden sei, wobei in der Urkunde dabei auf den in den Nachlassakten des Amtsgerichts Stadt2, Az.: ..., am 09.01.2017 eröffneten Erbvertrag vom 08.08.1990 Bezug genommen wurde. Dem Schreiben des Verfahrensbevollmächtigten vom 07.10.2019 an das Grundbuchamt war unter anderem beigelegt eine beglaubigte Fotokopie eines Schreibens des Amtsgerichts Stadt2 – Nachlassgericht – vom 09.01.2017, mit dem der Beschwerdeführer zu 1 offenkundig eine einfache Abschrift eines Eröffnungsprotokolls des Amtsgerichts Stadt2 in jenem Verfahren vom 04.01.2017 und des Erbvertrags vom 08.08.1990, UR-Nr. .../1990 des Notars D in Stadt1, übersandt worden waren. Unter Ziffer VI. der oben genannten notariellen Urkunde vom 11.06.2019 haben die Kaufvertragsparteien die Auflassung erklärt und die Eintragung der Eigentumsänderung im Grundbuch bewilligt und beantragt. Der Verfahrensbevollmächtigte hat mit seinem Schreiben vom 07.10.2019 gegenüber dem Grundbuchamt die Wahrung sämtlicher Anträge beantragt.

3 Durch Verfügung vom 22.10.2019, auf deren Einzelheiten Bezug genommen wird, hat die Rechtspflegerin beim Grundbuchamt unter Bezugnahme auf § 18 GBO und un-

ter Fristsetzung zur formgerechten Behebung der aufgezeigten Hindernisse im ersten Absatz mitgeteilt, dass der Erbfall bislang nicht bekannt sei und mit gleicher Post die Akten des Nachlassgerichts angefordert worden seien; eine eventuelle weitere Zwischenverfügung bleibe vorbehalten. Ausweislich des weiteren Inhalts dieser Verfügung hat das Grundbuch unter anderem darauf hingewiesen, dass ein Erbvertrag grundsätzlich als Erbnachweis ausreiche. Hier sei aber eine sogenannte „Pflichtteilsstrafklausel“ enthalten. Dadurch stehe die Erbeinsetzung unter einer auflösenden Bedingung. Bei dieser bedingten Erbeinsetzung sei entweder ein Erbschein vorzulegen oder alle Erben müssten in einer öffentlichen Urkunde (vor einem Notar) an Eides statt versichern, dass sie beim Tode des ersten Elternteils keine Pflichtteilsansprüche geltend gemacht hätten. Darüber hinaus hat es die Beglaubigung der Genehmigungserklärung der A beanstandet. Mit Schreiben vom 15.01.2020 hat der Verfahrensbevollmächtigte unter anderem eidesstattliche Versicherungen der Beschwerdeführerinnen vom 22.02.2017 und 02.03.2017 beim Grundbuchamt eingereicht, auf deren Inhalt Bezug genommen wird. Mit weiterem Schreiben vom 19.02.2020 hat er eine weitere am 11.02.2020 öffentlich beglaubigte Genehmigungserklärung der A vorgelegt. Mit Verfügung vom 07.05.2020 hat das Grundbuchamt darauf hingewiesen, dass die Nachlassakten bereits mehrfach erfolglos vom Nachlassgericht angefordert worden seien. Ohne Einsicht in die Akten könne dem hiesigen Verfahren jedoch kein Fortgang gewährt werden.

4 Mit Schriftsatz vom 19.05.2020, auf dessen Einzelheiten verwiesen wird, hat der Verfahrensbevollmächtigte erklärt, nicht nachvollziehen zu können, warum ohne die Einsicht in die Nachlassakte dem hiesigen Verfahren kein Fortgang gegeben werden könne. Er hat unter anderem nochmals auf die vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen Bezug genommen. Sollte die Eigentumsbeschreibung nicht möglich sein, hat er gebeten, dieses Schreiben als Beschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 07.05.2020 anzusehen.

5 Durch Beschluss vom 25.05.2020 hat das Grundbuchamt der Beschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 22.10.2019 und das Schreiben vom 07.02.2020 (gemeint wohl: 07.05.2020) nicht abgeholfen. Mit Letzterem sei dem Verfahrensbevollmächtigten Gelegenheit gegeben worden, in dem reinen Antragsverfahren die erforderlichen Voraussetzungen zu schaffen. Es herrsche Beibringungsgrundsatz. Die Mithilfemöglichkeiten des Grundbuchamts seien erschöpft, die mehrmalige Anforderung der Nachlassakten sei ohne Erfolg geblieben. Der Nachweis der Erbfolge sei hier durch Vorlage einer beglaubigten Kopie des eröffneten Erbvertrags nebst

Eröffnungsprotokoll geführt worden. Diesem stehe nicht die Beweiskraft eines in Ausfertigung vorliegenden Erbscheins gleich, da Letzterer bei Unrichtigkeit einzuziehen wäre. Eine nachträglich festgestellte Unwirksamkeit des Erbvertrages ergäbe sich alleine aus der bei dem Nachlassgericht geführten Akte. Die den Beteiligten bei Eröffnung übersandten Unterlagen würden auch dann nicht zurückgefordert, wenn sich nachträglich die Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung herausstelle. Ohne Einsicht in die Nachlassakten könne nicht geprüft werden, ob Einwände gegen die Gültigkeit des Erbvertrages erhoben worden seien. Sollte ein Erbschein in Ausfertigung vorgelegt werden, könne von der Einsicht in die Nachlassakten Abstand genommen werden. Das Grundbuchamt hat die Akte dem Senat zur Entscheidung über die Beschwerde vorgelegt.

**6** Auf Verfügung des Senats vom 03.06.2020 hat der Verfahrensbevollmächtigte mit Schriftsatz vom 10.06.2020 zunächst klargestellt, dass die Beschwerde im Namen der oben aufgeführten Beschwerdeführerinnen eingelegt worden sei. Weiter hat er erklärt, dass sich die Beschwerde gegen den Nichtabhilfebeschluss vom 25.05.2020 richte. Auf weitere Verfügung des Senats vom 09.07.2020 hat der Verfahrensbevollmächtigte sodann mit seinem Schreiben vom 22.07.2020 klargestellt, dass sich die Beschwerde in Anlehnung an den Nichtabhilfebeschluss gegen die (Zwischen-)Verfügung vom 22.10.2019 richten solle.

## ► II. Aus den Gründen:

**7** Die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamts vom 22.10.2020 in Verbindung mit der Verfügung vom 07.05.2020 ist gemäß den §§ 71, 73 GBO statthaft und auch ansonsten zulässig. Nach § 71 Abs. 1 GBO unterliegen allerdings nur Entscheidungen des Grundbuchamts dem Rechtsmittel der Beschwerde. Bloße Vorbescheide oder Hinweise des Grundbuchamts auf die Rechtslage sind keine Entscheidungen (OLG München Rpfleger 2011, 495; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 71 Rz. 17 ff. m. w. N.); sie sind grundsätzlich nicht anfechtbar. Davon abzugrenzen sind sogenannte Zwischenverfügungen im Sinne von § 18 Abs. 1 GBO, gegen die die unbeschränkte Beschwerde zulässig ist (OLG München Rpfleger 2011, 495; *Demharter*, a.a.O., § 18 Rz. 53; § 71 Rz. 11). Die hier angefochtene Verfügung des Grundbuchamts vom 22.10.2019 enthält eine anfechtbare Zwischenverfügung. Ob eine anfechtbare Zwischenverfügung vorliegt, ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats aufgrund des objektiven Erklärungsinhalts der Verfügung zu be-

urteilen, wobei ohne Bedeutung ist, dass das Grundbuchamt eine Verfügung als Zwischenverfügung bezeichnet hat oder behandelt wissen will (vgl. dazu die Nachweise bei *Demharter*, a.a.O., § 71 Rz. 19; Senat Rpfleger 1997, 105; OLG München Rpfleger 2011, 495). Danach geht der Senat hier von einer anfechtbaren Zwischenverfügung aus, da das Grundbuchamt darin unter ausdrücklicher Bezugnahme auf § 18 GBO Hindernisse dargelegt hat, zu deren formgerechter Behebung es eine Frist gesetzt hat. Die Zwischenverfügung ist überdies dem Verfahrensbevollmächtigten als solche förmlich zugestellt worden. Dies gilt nicht nur für die beiden letzten Punkte der Verfügung, nämlich die Vorlage von eidesstattlichen Versicherungen und der Genehmigungserklärung, die von der Beschwerde ersichtlich nicht angegriffen werden. Vielmehr gilt dies auch für den ausdrücklich angegriffenen ersten Punkt der Verfügung vom 22.10.2019, der durch die Verfügung vom 07.05.2020 nochmals aufgegriffen wurde. Zwar hat dieser nach dem Inhalt der erstgenannten Verfügung zunächst lediglich hinweisenden Charakter. Das Grundbuchamt hat aber spätestens durch seine Verfügung vom 07.05.2020 deutlich gemacht, dass es die Wahrung des Eintragungsantrags von der Einsicht in die Nachlassakten abhängig macht und die Behebung des diesbezüglich angenommenen Eintragungshindernisses den Antragstellern auferlegt. Dies ergibt sich mit hinreichender Deutlichkeit auch aus dem Nichtabhilfebeschluss, in dem das Grundbuchamt nochmals auf den Beibringungsgrundsatz verweist und der Sache nach darauf hinweist, dass es den Antragstellern durch die vorangegangene Verfügung Gelegenheit gegeben habe, die erforderlichen Voraussetzungen für die Eintragung zu schaffen. Von daher geht das diesbezügliche Vorgehen des Grundbuchamts über einen bloßen Hinweis und auch eine bloße Untätigkeit, die nach weitgehend einhelliger Auffassung im Wege der Beschwerde nach § 71 Abs. 1 GBO ohnehin nicht anfechtbar wäre (vgl. die Nachweise bei BeckOK GBO/*Kramer*, Stand 01.10.2020, § 71 Rz. 85; *Demharter*, a.a.O., § 71 Rz. 21), hinaus.

**8** Insoweit hat die Beschwerde auch Erfolg.

**9** Entgegen der Rechtsauffassung des Grundbuchamts kann es hier die Wahrung des Eintragungsantrags nicht von der Einsichtnahme in die bzw. Prüfung der Nachlassakten abhängig machen. Nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO kann der Nachweis der Erbfolge durch einen Erbschein oder ein europäisches Nachlasszeugnis geführt werden. Beruht jedoch die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist – wie hier in einem Erbvertrag –, so genügt es, wenn anstelle des Erbscheins oder des europäischen Nachlasszeugnisses die Verfügung und die Niederschrift

über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden, § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO, wobei die Vorlegung ersetzt werden kann durch die Verweisung auf die die Urkunden enthaltenden Akten desselben Amtsgerichts (vgl. Senat NJW-RR 2005, 380; *Demharter*, a.a.O., § 35 Rz. 45; *Volmer* in KEHE, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 35 Rz. 105, je m. w. N.). Ausweislich des Nichtabhilfebefchlusses vom 25.05.2020 geht das Grundbuchamt ersichtlich davon aus, dass die Antragsteller – worauf noch einzugehen sein wird – den Anforderungen des § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO Genüge getan haben; es hält jedoch aus den genannten Gründen die Erbfolge dennoch nicht für nachgewiesen. Es ist allerdings umstritten, ob das Grundbuchamt verpflichtet ist, die Akten des Nachlassgerichts auch dann beizuziehen, wenn ihm gegenüber der Nachweis im Sinne des § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO geführt wurde (vgl. zum Streitstand: BeckOK GBO/*Wilsch*, Stand 01.10.2020, § 35 Rz. 99; *Meikel/Krause*, GBO, 11. Aufl., § 35 Rz. 128; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rz. 789). Hier wird zum Teil die Meinung vertreten, dass das Grundbuchamt gleichwohl die Nachlassakten beiziehen müsse, denn Testamente könnten etwa angefochten worden sein (vgl. *Bokelmann* Rpfleger 1971, 337; Rpfleger 1974, 435; *Haegeler* Rpfleger 1975, 153). Auf derartige bzw. vergleichbare Gesichtspunkte will das Grundbuchamt ausweislich des Nichtabhilfebefchlusses hier offenkundig abstellen. Zum anderen wird die – in der grundbuchrechtlichen Literatur als herrschend bezeichnete – Auffassung vertreten, dass das Grundbuchamt nicht gehalten sei, die Nachlassakten beizuziehen, weil es grundsätzlich nicht befugt ist, tatsächliche Ermittlungen anzustellen (vgl. LG Freiburg BeckRS 2004, 6011; wohl auch *Demharter*, a.a.O., § 35 Rz. 46; BeckOK GBO/*Wilsch*, a.a.O., § 35 Rz. 99). Der Senat teilt im Grundsatz die letztgenannte Auffassung. Zwar bestehen grundsätzlich keine triftigen Gründe gegen die Beziehung der Nachlassakten, um das Integritätsniveau der Berichtigungsunterlagen zu erhöhen. Ggf. mag sie auch im Einzelfall erforderlich sein, wenn etwa nur einer der Erben einen Antrag gestellt hat und etwaige Zweifel über das rechtliche Schicksal anderer Erben zu zerstreuen sind (vgl. BeckOK GBO/*Wilsch*, a.a.O., § 35 Rz. 99; *Schöner/Stöber*, a.a.O., Rz. 789), oder wenn aus anderen Gründen trotz Vorlage der genannten Nachweisurkunden konkrete Zweifel am Bestehen des Erbrechts gerechtfertigt sind. Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor. Auf konkrete Tatsachen gestützte Zweifel am Bestehen des Erbrechts der Beschwerdeführerinnen hat das Grundbuchamt nicht aufgezeigt. Im Nichtabhilfebefchluss ist – wie gesagt – lediglich ausgeführt worden, dass sich eine nachträglich festgestellte Unwirksamkeit des Erbvertrags alleine aus den Nachlassakten ergäbe

und dass nicht geprüft werden könne, ob Einwände gegen die Gültigkeit des Erbvertrags erhoben worden wären (vgl. dazu aber auch *Demharter*, a.a.O., § 35 Rz. 46, 39.2). Bei einer derartigen Sachlage kann das Grundbuchamt aber seine Entscheidung über die beantragte Eintragung jedenfalls nicht im Wege der Zwischenverfügung von einer Einsichtnahme in die Nachlassakten abhängig machen, abgesehen davon, dass dies erfordern würde, dass das Grundbuchamt den Antragstellern konkrete Mittel zur Beseitigung des Hindernisses hätte aufzeigen müssen, was in der die Zwischenverfügung ergänzenden Verfügung vom 02.05.2020 (und auch dem Nichtabhilfebefchluss) nicht geschehen ist. Ein solches Vorgehen widerspricht dem Nachweistypenzwang des § 35 Abs. 1 GBO. Diese Vorschrift eröffnet dem Grundbuchamt lediglich zwei Handlungsoptionen: Entweder hält es auf Grundlage der Vorlage des in öffentlicher Urkunde errichteten Testaments bzw. Erbvertrags die Erbfolge für nachgewiesen oder aber es verlangt die Vorlage eines Erbscheins. Weitergehende Ermittlungsbefugnisse, also etwa die Beziehung der Nachlassakte eines „auswärtigen“ Nachlassgerichts, sind nicht vorgesehen und würden das im Gesetz klar geregelte Verhältnis von Grundbuchamt zu Nachlassgericht infrage stellen (LG Freiburg BeckRS 2004, 6011; vgl. auch BeckOK GBO/*Wilsch*, a.a.O., § 35 Rz. 99; OLG München MittBayNot 2017, 271, Tz. 19 bei juris). Ohnehin ist es nicht zwingend, dass sich vom Grundbuchamt nach Aktenlage offenkundig vermutete Unwirksamkeitsgründe – welcher Art auch immer – aus den Nachlassakten überhaupt ergäben. Ob Derartiges, wie es die Beschwerde der Sache nach vorbringt, bei der hiesigen Sachlage überhaupt ausgeschlossen wäre, kann aber hier dahinstehen.

10 Die ergangene Zwischenverfügung ist mithin im hier allein angefochtenen Umfang aufzuheben. Das vom Grundbuchamt insoweit angenommene Hindernis, das im Beschwerdeverfahren lediglich zu nachzuprüfen ist (*Demharter*, a.a.O., § 77 Rz. 12), besteht nicht. Die Entscheidung über den Eintragungsantrag hat dagegen das Grundbuchamt zu treffen, da Gegenstand des Beschwerdeverfahrens nur die Zwischenverfügung und nicht der Eintragungsantrag selbst ist. Dabei bemerkt der Senat allerdings wegweisend und ohne Bindungswirkung für das Grundbuchamt, dass bislang den formalen Anforderungen des § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO entgegen der Auffassung des Grundbuchamts wohl nicht Genüge getan worden sein dürfte. Die Verfügung von Todes wegen sowie die Eröffnungsniederschrift können zwar, anders als der Erbschein, auch in beglaubigter Abschrift vorgelegt werden; ausreichend ist dabei auch eine beglaubigte Abschrift von einer beglaubigten Ab-

schrift (vgl. *Demharter*, a.a.O., § 35 Rn. 45; *Volmer* in KEHE, a.a.O., § 35 Rz. 105, je m. w. N.). Die Vorlage ist Aufgabe des jeweiligen Antragstellers (vgl. auch *Meikel/Böttcher*, a.a.O., Einl. C Rz. 95 ff.); wie oben ausgeführt, kann allenfalls auf die die Urkunden enthaltenden Akten desselben Amtsgerichts verwiesen werden. Dies scheidet hier aus. Jedenfalls in der dem Senat vorgelegten Grundakte befinden sich lediglich eine vom Verfahrensbevollmächtigten beglaubigte Fotokopie einer einfachen Abschrift des Eröffnungsprotokolls des Nachlassgerichts vom 04.01.2017 sowie des Erbvertrags vom 08.08.1990. Diesbezügliche Beglaubigungs- und/oder Ausfertigungsvermerke (etwa auch des Nachlassgerichts) sind daraus nicht erkennbar. Ggf. wird das Grundbuchamt, wenn es nicht – was es bislang nicht für erforderlich erachtet hat und was auch der Senat derzeit zu nicht erkennen vermag – die Vorlage eines Erbscheins für notwendig erachtet, vor Entscheidung über den Eintragungsantrag den Antragstellern die Vorlage entsprechender formgerechter Unterlagen aufzugeben haben.

11 Ist die Beschwerde mithin im Ergebnis erfolgreich, bedarf es weder einer Kostenentscheidung noch Ausführungen zur Zulassung einer Rechtsbeschwerde.

### **Ablauf der Ausschlussfrist der kostenrechtlichen Privilegierung gem. Nr. 14110 KV GNotKG**

*GNotKG KV Nr. 14110; FamFG § 16 Abs. 2; ZPO § 222 Abs. 2*

**Fällt das Ende der Ausschlussfrist der kostenrechtlichen Privilegierung gem. Nr. 14110 KV GNotKG auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag, so genügt es, wenn der Eintragungsantrag am nächsten Werktag beim Grundbuchamt eingeht. Insoweit findet § 16 Abs. 2 FamFG iVm § 222 Abs. 2 ZPO Anwendung.**

OLG Köln, Beschl. v. 20.12.2021 – 2 Wx 314/21

#### **I. Sachverhalt:**

1 Im Grundbuch war als Eigentümerin des Grundbesitzes die aus der am 4.4.2019 verstorbenen Erblasserin sowie ihren beiden Kindern, nämlich dem Bet. zu 1 und seiner Schwester bestehende GbR eingetragen. Die Erblasserin hatte im Testament von 4.1.2019 zu ihren Erben den Bet. zu 1 und seine Schwester zu gleichen Teilen berufen sowie dem Bet. zu 1 ein Übernahmerecht hinsichtlich des

oben bezeichneten Grundbesitzes und seiner Schwester hinsichtlich eines anderen Grundstücks vermacht.

2 Am 31.3.2021 schlossen der Bet. zu 1 und seine Schwester unter Beteiligung des Testamentsvollstreckers einen notariell beurkundeten Vermächtniserfüllungsvertrag, in welchem das Eigentum an dem oben bezeichneten Grundbesitz auf den Bet. zu 1 und an dem anderen Grundstück auf seine Schwester übertragen wurde.

3 Der Vollzugsantrag des Notars ist nach Maßgabe der Eingangsstempel am Donnerstag, den 1.4.2021 bei der gemeinsamen Posteingangsstelle des LG und AG Bonn eingegangen. Der Präsentatstempel des Grundbuchamtes weist einen Eingang am Dienstag nach Ostern, dem 6.4.2021 um 6:15 Uhr aus.

4 Am 23.4.2021 hat das Grundbuchamt den Eigentumsübergang eingetragen. Unter dem 26.4.2021 ist gegenüber dem Bet. zu 1 eine Gebühr nach Nr. 14110 KV zum GNotKG in Höhe von 4.855,00 € zuzüglich Kosten für einen Grundbuchausdruck in Höhe von 10,00 € angesetzt und mit Kostenrechnung vom 27.4.2021 in Rechnung gestellt worden.

5 Die hiergegen gerichtete Erinnerung des Bet. zu 1 vom 8.5.2021 hat die Grundbuchrechtspflegerin nach Einholung einer Stellungnahme der Bezirksrevisorin mit Beschluss vom 20.8.2021 zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie wegen des Eingangs auf die Bestimmung des § 13 GBO Bezug genommen, danach komme es nicht auf den Eingang bei der gemeinsamen Posteingangsstelle des LG und AG Bonn am 1.4.2021. Der Eingang bei dem Grundbuchamt am 6.4.2021 sei verfristet, eine Anwendung des § 31 VwVfG komme nicht in Betracht. Mit an das Grundbuchamt gerichtetem Schriftsatz vom 30.9.2021 hat der Bet. zu 1 gegen die Zurückweisung seiner Erinnerung Beschwerde eingelegt. Er macht im Wesentlichen geltend, nach § 31 VwVfG sei die Frist wegen der Osterfeiertage erst am 6.4.2021 abgelaufen.

#### **II. Aus den Gründen:**

6 2. Der Einzelrichter überträgt die Sache wegen grundsätzlicher Bedeutung dem Senat in der im Gerichtsverfassungsgesetz vorgeschriebenen Besetzung mit drei Richtern (§ 81 Abs. 6 S. 2 GNotKG).

7 3. Die gemäß § 81 Abs. 2 GNotKG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

8 Die Gebühr nach Nr. 14110 KV GNotKG ist zu Unrecht angesetzt, weil das in dieser Bestimmung vorgesehene Kostenprivileg eingreift.

9 Danach wird die Gebühr nicht für die Eintragung von Erben des eingetragenen Eigentümers oder von Erben

des Gesellschafters bürgerlichen Rechts erhoben, wenn der Eintragungsantrag binnen zwei Jahren seit dem Erbfall bei dem Grundbuchamt eingereicht wird. Dies gilt auch, wenn die Erben erst infolge einer Erbauseinandersetzung eingetragen werden.

**10 a)** Der Anwendung des Privilegierungstatbestandes steht nicht entgegen, dass der Eintragung des Bet. zu 1 als Eigentümer die Erfüllung eines Vermächtnisses zugrunde liegt. Denn er ist zugleich Miterbe nach seiner Mutter, die zuvor neben ihm und seiner Schwester im Grundbuch als Mitgesellschafterin der GbR verzeichnet war, die als Eigentümerin eingetragen war.

**11** In einem vergleichbaren Fall hat das OLG Braunschweig (FGPrax 2018, 233) ausgeführt:

„Die Bf. sind im vorliegenden Fall nicht nur Vermächtnisnehmer, sondern zugleich auch Miterben des verstorbenen Grundstückseigentümers. Es kommt deshalb nicht auf die Frage an, ob das Kostenprivileg der Nr. 14110 Anl. 1 GNotKG auf den „isolierten“ Vermächtnisnehmer anwendbar ist. Es liegt vielmehr der Fall eines Vorausvermächtnisses im Sinne des § 2150 BGB vor. Auf den Fall einer Eigentumsumtragung aufgrund eines Vorausvermächtnisses eines Miterben ist das Kostenprivileg nach Nr. 14110 Anl. 1 GNotKG nach inzwischen ganz überwiegender Auffassung anwendbar (vgl. OLG Stuttgart Beschl. v. 16.7.2015 – 8 W 255/15, juris; OLG München ZEV 2016, 113; Korintenberg/Wilsch GNotKG, 21. Aufl., KV 14110 Rn. 61).

**12** Die kostenrechtliche Privilegierung gilt nach dem Wortlaut der Bestimmung für alle Formen der Erbauseinandersetzung (OLG Stuttgart Beschl. v. 16.7.2015 – 8 W 255/15, juris; OLG München ZEV 2016, 113). Sie erfasst insbesondere nicht lediglich – wie Abs. 1 S. 1 der Anmerkung zu Nr. 14110 KV – die Tatbestände berichtigender Grundbucheintragungen.

**13** Zwar stellt der Vollzug des einem Miterben zugewendeten Vorausvermächtnisses (§ 2150 BGB) durch dingliche Übertragung des vermachten Gegenstands keine (Teil-)Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft dar, sondern die Erfüllung einer gegen die Erbengemeinschaft gerichteten und schon vor Erbauseinandersetzung zu befriedigenden Nachlassverbindlichkeit (vgl. OLG München ZEV 2016, 113 mwN). Diese rechtsdogmatische Sicht rechtfertigt es aber nicht, das Kostenprivileg dem (Mit-)Erben zu versagen, dessen Eigentumserwerb auf der Erfüllung eines Vorausvermächtnisses beruht. Eine an der erbrechtlichen Dogmatik orientierte kostenmäßige Differenzierung insbesondere zwischen einem Eigentumserwerb des Erben in Ausführung einer Teilungsanordnung (§ 2048 BGB) einerseits und in Erfüllung eines

Vorausvermächtnisses (§ 2150 BGB) andererseits ist sachlich nicht zu rechtfertigen und vom Wortlaut der kostenrechtlichen Bestimmung nicht zwingend vorgegeben (vgl. OLG München ZEV 2016, 113).“

**14** Dieser obergerichtlichen Rechtsprechung schließt sich der Senat vollumfänglich für die vorliegende Rechtsnachfolge nach der Mitgesellschafterin an.

**15 b)** Jedenfalls mit dem ausweislich des aufgebrachten Stempels am 6.4.2021 bei dem AG Bonn als Grundbuchamt eingegangenen Antrag ist die Frist gewahrt worden, weshalb hier dahinstehen kann, ob sie nicht bereits mit dem Eingang am 1.4.2021 bei der gemeinsamen Posteingangsstelle des LG und AG Bonn gewahrt worden war. Offenbleiben kann daher, ob im Zusammenhang mit der in Nr. 14110 KV GNotKG geregelten Frist die Organisation des Posteingangs – wie die Beschwerde geltend macht – sich zu Lasten des Ast. auswirken darf, was der Fall wäre, wenn im Rahmen dieser Gebührenvorschrift § 13 Abs. 2 und 3 GBO, welche die funktionelle Empfangszuständigkeit des Grundbuchamtes im Verfahren der fG regeln (vgl. BGHZ 146, 361), Anwendung fänden.

**16** Denn es genügte jedenfalls hier zur Fristwahrung der Eingang bei dem Grundbuchamt des AG Bonn am 6.4.2021: Die zweijährige Frist begann mit dem Erbfall am 4.4.2019 zu laufen und wäre am 4.4.2021 abgelaufen. Sie lief hier indes erst am 6.4.2021, 24.00 Uhr, ab, weil es sich bei dem 4.4.2021 und dem 5.4.2021 um den Ostersonntag und den Ostermontag, mithin zwei gesetzliche Feiertage handelte. Dies folgt aus § 16 Abs. 2 FamFG iVm § 222 Abs. 2 ZPO: Soweit das GNotKG keine spezielle Regelung vorsieht – wie etwa in § 1 Abs. 6 GNotKG hinsichtlich der Vorschriften über das Erinnerungs- und Beschwerdeverfahren – gelten auch für das gerichtskostenrechtliche Verfahren ergänzend die Vorschriften des FamFG (BT-Drs. 17/11471, 154).

**17** Der Umstand, dass es sich um eine Ausschlussfrist handelt, steht einer Anwendung dieser fristenrechtlichen Vorschriften nicht entgegen. Denn den darauf gestützten, von der Bezirksrevisorin für ihre Auffassung in Bezug genommenen Entscheidungen, auch des erkennenden Senats, ist nur zu entnehmen, dass es einem verspätet eingereichten Antrag nicht zur kostenrechtlichen Privilegierung verhilft, wenn die Verspätung unverschuldet ist. Dies hat nichts mit der vorliegenden Rechtsfrage zu tun, ob überhaupt eine Verspätung vorliegt, was nicht der Fall ist, wenn gemäß den genannten Vorschriften infolge von Sonntagen und gesetzlichen Feiertagen sich der Ablauf der Frist verschiebt und bei Eingang am folgenden Werktag bereits eine Verspätung ausscheidet.



## GNotKG Gerichts- und Notarkostengesetz

Kommentar von *Klaus Otto, Dr. Markus Sikora und Werner Tiedke (Hrsg.)*,  
22. Aufl. 2022, Verlag Franz Vahlen München, 1982 Seiten, Hardcover (in Leinen).  
165,- €. ISBN 978-3-8006-6521-1.

*Professor Walter Böhringer, Notar a. D., Heidenheim/Brenz*

Das Kostenrecht für Notare und der freiwilligen Gerichtsbarkeit setzt profunde Kenntnisse voraus. Das Traditionswerk informiert eingehend über alle Bereiche des GNotKG. Es bietet Notaren, Gerichten und Revisoren eine zuverlässige und pointierte Auslegungshilfe zum GNotKG, die praxisnah auch die relevanten Bestimmungen wie Fälligkeit, Vorschusspflicht und Kostenschuldner behandelt. Es werden die Wert-, Gebühren- und Auslagentatbestände in allen Bereichen der notariellen Tätigkeit und auch die Gebühren für die Eintragungen in das Handelsregister nach der HRegGebV kommentiert. Ein Anhang zu den Gerichtskostenbefreiungen nach den Nebengesetzen zur Freiwilligen Gerichtsbarkeit rundet das Werk ab.

Im Mittelpunkt der 22. Auflage stehen die Neuerungen durch das KostRÄG 2021. So wurde eine Festgebühr von 100 € nach KV 11104 Abs. 4 für eine Pflugschaft eingeführt, wenn die Pflugschaft nicht länger als drei Monate dauert (KV 11104 Rn. 13). Neu ist die Erhebung einer Festgebühr von 50 € nach KV 12413 für das Verfahren über die Erteilung einer Bescheinigung, die die Annahme des Amtes als Testamentsvollstrecker bestätigt. Die Amtsannahmebestätigung hat vor allem im Grundbuchverfahren eine Bedeutung und wird auf Antrag vom Rechtspfleger beim Nachlassgericht erteilt, wobei die Bestätigung nicht mit einem Testamentsvollstreckerzeugnis verwechselt werden darf. Werden das Zeugnis und die Amtsannahmebestätigung erteilt, so fallen Gebühren nach KV 12210 und KV 12413 parallel an (KV 12413 Rn. 6). Bei der Aufhebung der Veräußerungsbeschränkung gemäß § 12 WEG wurde nach KV 14160 Nr. 5 eine Kostendeckelung auf 100 € eingeführt. Zu Recht unterscheidet der Kommentar bei der Löschung bzw. Aufhebung eines Sondernutzungsrechts danach, ob lediglich die Verlautbarung des Sondernutzungsrechts im Grundbuch gelöscht wird (verfahrensrechtliche Löschung und Erhebung einer einzigen Gebühr nach KV 14160 Nr. 5 mit 50 €) oder ob das Sondernutzungsrecht durch Vereinbarung aller Miteigentümer aufgehoben werden soll (materiell-rechtliche Aufhebung mit Festgebühren nach der Anzahl aller Einheiten, gedeckelt auf 500 € (KV 14160 Rn. 42 ff.; dazu Becker BWNotZ 2021, 330). Für die Erweiterung eines Sondereigentums durch Hinzuerwerb eines Raumes ist die Gebühr nach KV 14112 und nicht nach KV 14160 Nr. 5 zu erheben (KV 14112 Rn. 15; OLG München BWNotZ 2020, 247 = ZNotP 2020, 382 m. Anm. Kersten); es fällt nicht etwa eine Festgebühr nach der Zahl der Wohnungseigentumsrechte an. Alle Dokumente zum Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregister sind ausschließlich elektronisch einzureichen. Da die Datenaufbereitung für den Notar regelmäßig mit erheblichem Aufwand verbunden ist, darf der Notar für die Erfassung und Übermittlung des XML-Datensatzes eine Gebühr nach

KV 22114 erheben, wobei die Gebühr von 0,3 auf 0,2 und der bisherige Höchstbetrag von 250 € auf 125 € reduziert wurde (KV 22114, 22115 Rn. 3).

Aus den prägnant dargestellten Erläuterungen sollen nur einige wenige herausgegriffen werden und die große Praxisnähe des Kommentars belegen. Bei einer Identitätserklärung mit Eigenurkunde des Notars werden 10 – 20% des Wertes des Rechtsgeschäfts für angemessen erachtet (KV 25204 Rn. 19). Bei einer Photovoltaikdienstbarkeit sei als Geschäftswert der vereinbarte Pachtzins und nicht die Einspeisvergütung maßgebend (§ 36 Rn. 85; § 52 Rn. 57; OLG Rostock FGPrax 2021, 94). Bei der Satzungsbescheinigung nach GmbH- und Aktienrecht darf nur derjenige Notar, der den satzungsändernden Beschluss nicht beurkundet hat, die Gebühr nach KV 25104 aus 50 - 100% des Werts für den Beschluss der Änderung der Satzung nach § 108 Abs. 1 i. V. m. § 105 Abs. 4 Nr. 1 GNotKG erheben (KV 25104 Rn. 15). Die Gebühr für die nachträgliche Beurkundung einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung wird aus dem vollen Wert des Anspruchs berechnet (§ 36 Rn. 118), die nachträgliche Eintragung im Grundbuch ist mangels eines Gebührentatbestands gebührenfrei (§ KV 14130 Rn. 4). Bei einem Grundstückskaufvertrag ist der Kaufpreis und der Wert des Grundstücks miteinander zu vergleichen und der höhere Wert maßgebend; bei dem Wertvergleich ist auch eine valutiert gewesene Grundschuld zu berücksichtigen (§ 46 Rn. 32; OLG Jena BWNotZ 2020, 105). Bei der Frage der Bewertung von Rückwerbs- und Wiederkaufsrechte (bzw. den zu deren Absicherung bewilligten Vormerkungen) in Verträgen zur Regelung der vorweggenommenen Erbfolgen, deren Ausübung nach den dafür bestehenden Bedingungen höchst unwahrscheinlich ist, ist als Geschäftswert für die Grundbucheintragung einer Rückkauflassungsvormerkung die Hälfte des Grundstückswertes zu nehmen (§ 51 Rn. 25a; OLG Oldenburg BeckRS 2020, 4142). Ein Vorausvermächtnisnehmer kann die Begünstigung von KV 14110 nicht mehr beanspruchen, wenn er zwar das Grundstücksvermächtnis angenommen hat, sich seiner Miterbenstellung aber durch Ausschlagung oder Erbteilsveräußerung begeben hat (KV 14110 Rn. 59; OLG Stuttgart BWNotZ 2016, 20 = Rpfleger 2015, 729 m. zust. Anm. Böhringer; OLG München RNotZ 2016, 211; OLG Braunschweig FGPrax 2018, 233). Eine Gebührenbefreiung für die Eintragung einer Erbauseinandersetzung besteht bei vorangegangener Eintragung der Erbengemeinschaft nicht mehr (KV 14110 Rn. 65; OLG München ZEV 2016, 163). Immer wieder geht es um, die Abhängigmachung einer Vorschusszahlung bei Gerichtsverfahren und beim Notar (§ 14 Rn. 20; § 15 Rn. 3; KG Rpfleger 2022, 86). Bei Umständen, die auf eine grundsätzliche Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsun-

willigkeit hindeuten, kann auch dann, wenn mit dem geltend gemachten Vorschuss nur ein geringer Betrag (hier: 16,50 €) gefordert wird, die beantragte Eintragung im Grundbuch von der Leistung eines Kostenvorschusses abhängig gemacht werden (§ 13 Rn. 28; OLG München FGPrax 2020, 96 m. Anm. Dressler-Berlin). Die getrennte Beurkundung von Grundstückskaufvertrag und Auflassung stellt keine unrichtige Sachbehandlung i. S. von § 21 GNotKG dar; dies gilt auch, wenn der Notar die Beteiligten nicht über kostengünstigere andere Gestaltungsmöglichkeiten belehrt (§ 21 Rn. 17 ff.; BGH DNotl-Report 2021, 29). Dem Notar steht für die Beglaubigung einer Unterschrift auch dann nur eine Gebühr nach KV 25100 bzw. 25101 zu, wenn der unterzeichnete Text mehrere Erklärungen enthält, die verschiedene Gegenstände betreffen (KV 25100 Rn. 15; BGH notar 2020, 234 = Rpfleger 2020, 486; Filzek Rpfleger 2020, 699). Ausführlich befasst sich der Kommentar mit elektronischen Doku-

menten, die dem Grundbuchamt eingereicht werden müssen (KV 25102 Rn. 12). Fraglich ist dabei, ob bei Zusammenfassung aller Beglaubigungen in einem Vermerk die Gebühr nach KV 25102 nur einmal anfällt (so Hinweis der Prüfungsabteilung der Ländernotarkasse NotBZ 2021, 412; a. A. KV 25102 Rn. 12). Der Fertigung eines Entwurfs steht gleich, wenn der Notar einen ihm vorgelegten Entwurf überprüft, ändert oder ergänzt (§ 119 Rn. 5; Hinweis der Prüfungsabteilung der Ländernotarkasse NotBZ 2021, 212).

Das Standardwerk des Kostenrechts unterstützt vorzüglich den Notar und seine Mitarbeiter bei der Bewältigung der Kostenprobleme. Es erläutert zuverlässig das komplexe Gebührenrecht bei Notaren und der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Der Praktiker findet in dem Werk alles, was er sucht. Der Kommentar darf in keinem Notariat fehlen!



## ZVG. Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung.

Kommentar von *Prof. Roland Böttcher* unter Mitarbeit von *Prof. Ulrich Keller* (§§ 146 – 179 ZVG), 7. neu bearbeitete Auflage 2022, Verlag C. H. Beck, 1017 Seiten, gebunden. 129,- €. ISBN 978-3-406-76193-5.

*Professor Walter Böhringer, Notar a. D., Heidenheim/Brenz*

Das ZVG gilt von altersher als ein besonders schwieriges Gebiet. Der Kommentar stellt komplett das Recht des ZVG dar. In der Tradition der „Gelben Reihe“ wird dem Leser eine systematisch geordnete Darstellung des geltenden Rechts geboten. Zahlreiche Übersichten, Beispiele und Muster tragen mit dazu bei, dass der Nutzer eine feste Orientierung in der schwierigen Materie des Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsrechts erhält. Das Werk berücksichtigt bereits das am 1.1.2023 in Kraft tretende Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts (BGBl. I 2021, 882). Nicht mehr berücksichtigt werden konnte das Gesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG (BGBl. I 2021, 3436), das zwar erst am 1.1.2024 in Kraft tritt, aber sodann bei der Teilnahme von Gesellschaften bürgerlichen Rechts an Versteigerungsverfahren eine wichtige Rolle spielt und die Erläuterungen in § 16 Rn. 75 ff. und § 71 Rn. 23 obsolet werden lassen. Eine GbR kann sich ab 1.1.2024 in das neu geschaffene Gesellschaftsregister eintragen lassen und sich mit dieser Subjektpublizität im Versteigerungsverfahren legitimieren (vgl. § 66 Rn. 39). Bei der Vollstreckung in eine Eigentumswohnung können Hausgeldansprüche in der Rangklasse 2 des § 10 ZVG berücksichtigt werden. Die Antragstellung für die Anordnung der Zwangsversteigerung oder den Beitritt zum Zwangsversteigerungsverfahren erfolgt durch die Wohnungseigentümergeinschaft, vertreten durch den Verwalter (§ 9b Abs. 1 Satz 1 WEG), nachgewiesen werden muss nur die Verwaltereigenschaft durch Vorlage einer Niederschrift über den Bestellungsbeschluss nach § 26 Abs. 4 WEG, bei der die Unterschriften der in § 24 Abs. 6 WEG bezeichneten Personen nicht öffentlich beglaubigt sein müssen (§ 10 Rn. 22a). Für

den Grundstücksverkehr und den Erwerber der Wohnung geht es um die Haftung für rückständiges Hausgeld. Böttcher setzt sich kritisch mit der BGH-Rechtsprechung auseinander (§ 10 Rn. 19). Wird aus der Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG die Zwangsversteigerung von der Wohnungseigentümergeinschaft betrieben, so erlischt eine im Grundbuch eingetragene Eigentumserwerbsvormerkung, die in Rangklasse 4 des § 10 Abs. 1 ZVG steht, was in der Notarpraxis von großer Bedeutung ist (§ 52 Rn. 3c).

Da die Kommentatoren *Böttcher* und *Keller* auch exzellente Kenner des Grundbuchverfahrensrechts sind, kommt es zu einer hervorragenden Verzahnung der Erläuterungen zum Versteigerungsrecht mit den Grundbuchvorschriften. So darf der Zwangsversteigerungsvermerk nicht ohne Rücksicht auf bereits vorliegende Anträge einfach im Grundbuch eingetragen werden, vielmehr ist § 17 GBO für alle Verfügungsbeeinträchtigungen zu beachten (§ 19 Rn. 7). Zuzustimmen ist auch der Meinung, dass die Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks grundsätzlich keine Sperre des Grundbuchs bewirkt. Das nach dem Zuschlag vom Versteigerungsgericht veranlasste Eintragungsverfahren beim Grundbuchamt ist ebenfalls dargestellt, selbst zu Sonderfällen wird Stellung genommen, so z. B. zu Ausnahmen von der Vollzugssperre des § 22 GrEStG (§ 133 Rn. 4), ob ein Negativzeugnis der Gemeinde nach § 28 BauGB oder eine Zustimmung nach § 12 WEG bzw. § 5 ErbbauRG erforderlich ist (§ 130 Rn. 18). Nach § 9a Abs. 1 Satz 1 WEG kann die rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft ein Grundstück oder eine Eigentumswohnung (z. B. Hausmeis-

terwohnung) auch im Wege der Zwangsversteigerung erwerben. Der Verwalter braucht dazu keine Ermächtigung der Wohnungseigentümergeinschaft (§ 71 Rn. 24a; dazu Böhringer ZfIR 2020, 773); bei Gebotsabgabe ist sofort die Verwaltereigenschaft vom Versteigerungsgericht zu prüfen, wobei sich der Verwalter durch Vorlage einer Niederschrift über den Bestellungsbeschluss gemäß § 26 Abs. 4 i. V. mit § 24 Abs. 6 WEG ausweist.

Behandelt werden auch die BGH-Rechtsprechung zur Aufstellung des geringsten Gebots (§ 44, 45 Rn. 54), das rechtliche Gehör (Einl. 45) oder die Sachverständigenhaftung für unrichtige Verkehrswertgutachten bei Zwangsversteigerung (§ 74a Rn. 28), zur Vollstreckungssperre bei Stabilisierungsmaßnahmen nach § 49 StaRUG (§ 30g Rn. 1), zur Einstellung einer Sicherungsgrundschuld ins geringste Gebot (§§ 44, 45, Rn. 67), zur Suizidgefahr des Schuldners (§ 30a Rn. 46a; BVerfG NJW 2019, 2012), zur Öffentlichkeit (§ 66 En. 8; LG Hildesheim BeckRS 2021, 34554).

Auch mit den Besonderheiten des Vollstreckungsrechts in den neuen Bundesländern befasst sich der Kommentar. So sind Nutzungsrechte der ehemaligen DDR rangfähig und müssen nicht – wie das Erbbaurecht – zwingend die erste Rangstelle

belegen. Beim Gebäudeeigentum wird auf das besondere Verfügungsverbot bei Vereinigung von Grundstück und Gebäudeeigentum in einer Hand eingegangen und die Auswirkungen auf die Zwangsversteigerung eines der beiden Rechtsobjekte dargestellt (§ 52 Rnr. 21 ff.). Nicht immer bekannt ist, dass ZGB-Hypotheken nicht eigentümerfähig sind und bis 1.7.1990 bestellte Aufbauhypotheken ein Vorrangprivileg genießen, das zu relativen Rangverhältnissen führen kann (§§ 44, 45 Rn. 76). Selbst zur Behandlung von Sachenrechtsbereinigungsansprüchen (Einl. Rn. 28; BGH DNotZ 2015, 199 = NotBZ 2015, 144 m. Anm. Böhringer) und zur Restitution (§§ 15, 16 Rn. 98) in der Zwangsversteigerung wird eingegangen.

Die wenigen Beispiele mögen bereits verdeutlichen, dass der Kommentar in materieller wie auch verfahrensrechtlicher Hinsicht voll auf der Höhe des Rechtsgeschehens ist. Der Praktiker findet in dem Werk das, was er sucht. Der Ratsuchende wird kompakt und zuverlässig informiert. Besonders für denjenigen, der Auswärtstermine wahrzunehmen hat, ist der Kommentar – auch wegen seines idealen Formats – ein unentbehrlicher Ratgeber. Der Kommentar besticht durch seine Qualität. Das Werk erläutert kompetent, prägnant sowie zuverlässig das komplexe Recht der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.



## Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht

Von Dr. Dirk Eckhardt/Dr. Marc Hermanns (Hrsg.),

4. Auflage 2021, Carl Heymanns Verlag Köln, 1780 Seiten, Hardcover (in Leinen).  
169,- €. ISBN 978-3-452-29199-8.

Dr. Sebastian Feige, Notarassessor in Achern

Ende 2020 ist die vierte Auflage des von Eckhardt und Hermanns herausgegebenen Kölner Handbuchs zum Gesellschaftsrecht erschienen.

Das Werk ist in 13 Kapitel gegliedert. In diesen beschäftigen sich die jeweiligen Verfasser mit in der notariellen Praxis häufigen Gestaltungen (Gründung einer GmbH (Kapitel 2 Rn. 1 ff.), Änderungen von Satzungen derselben (Kapitel 2 Rn. 630 ff.), Handelsregisteranmeldungen bei Personenhandelsgesellschaften (Kapitel 1 Rn. 738 ff.)) ebenso wie mit Themenbereichen, die nicht zum täglichen Tätigkeitsfeld aller Notarinnen und Notare gehören, wie etwa dem Recht der Genossenschaften (Kapitel 10) und Gesellschaftervereinbarungen (Kapitel 2 Rn. 1080 ff.). Letztere haben in den vergangenen Jahren an Bedeutung für die notarielle Praxis gewonnen (Thelen, RNotZ 2020, 121, 122). Selbst für jene Notarinnen und Notare, die selten mit gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen in Berührung kommen, dürfte das siebte Kapitel des Buches relevant sein. Darin stellt *Winnen* in komprimierter Form (63 Seiten) dar, in welchem Umfang Gesellschaftsbeteiligungen unter güterrechtlichen und erbrechtlichen Gesichtspunkten von Bedeutung sein können. Der hierin zum Ausdruck kommende

Ansatz des Buches, über die Behandlung der Kernthemen des Gesellschaftsrechts hinauszugehen, der auch in den Kapiteln zum Steuerrecht und zum Insolvenzrecht Niederschlag findet, ist überaus erfreulich.

Wie es der Konzeption der Kölner Handbuch-/Formularbuch-Reihe entspricht, bestehen die einzelnen Kapitel aus klar gegliederten und gut formulierten Erläuterungen. Eingeflochten in diese Ausführungen sind zahlreiche Textbausteine. Ob diese Form der Darstellung oder eine von anderen Werken gepflegte, von einem (umfassenden) Formulierungsvorschlag ausgehende und diesen sodann erläuternde Darstellungsweise den persönlichen Vorlieben besser entspricht, mag jede Leserin und jeder Leser selbst entscheiden. Die durchgängige, beeindruckende inhaltliche Tiefe der Ausführungen spricht jedenfalls für sich. Sämtliche im Buch abgedruckten Formulierungsvorschläge lassen sich nach Registrierung bei Wolters Kluwer Online und Eingabe des im Buch abgedruckten Freischaltcodes als RTF-Dateien herunterladen. Da der Freischaltcode nicht akzeptiert wurde, gelang dies dem Rezensenten allerdings erst mit der ausgesprochen freundlichen Unterstützung der telefonisch gut erreichbaren Hotline.

Nicht einheitlich werden die Hinweise zum notariellen Kostenrecht gehandhabt. Während etwa der Abschnitt zur Gründung einer GmbH mit kostenrechtlichen Ausführungen endet (Kapitel 2 Rn. 615 ff.), finden sich in den folgenden, ebenfalls die GmbH betreffenden Abschnitten, die die Änderung des Gesellschaftsvertrages, Kapitalmaßnahmen und die Übertragung von Geschäftsanteilen zum Gegenstand haben, keine Anmerkungen zum Kostenrecht. Diese uneinheitliche Handhabung wiederholt sich in den Kapiteln zur Aktiengesellschaft und zum Umwandlungsrecht. Wenngleich andere Werke, wie etwa der jüngst in 13. Auflage erschienene Streifzug durch das GNotKG und die *Diehn'schen* Notarkostenberechnungen, (auch) im Gesellschaftsrecht kaum eine Kostenfrage offenlassen, wären durchgängige Ausführungen zum Kostenrecht gleichwohl wün-

schenswert. Ein eigenes Kapitel zu Geldwäsche-Themen oder alternativ kurze (abschließende oder einleitende) Überblicke hierzu in den Abschnitten, die vom GwG erfasste Gestaltungen behandeln, hat der Rezensent ebenfalls vermisst. Nur in Randnummer 628 des zweiten Kapitels wird das Thema Geldwäsche knapp angerissen.

Die vorgenannten Punkte vermögen den hervorragenden Gesamteindruck aber nicht zu schmälern. So bleibt nach einigen Monaten der Beschäftigung mit dem Buch festzuhalten: Das Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht ist ein Werk voll von klugem Wissen, tiefeschürfenden Erläuterungen und hilfreichen Formulierungen, Mustern und Nachweisen – kurzum: ein exzellentes, eine Anschaffung fraglos lohnendes Buch.



## Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis - Personenrecht und Rechtsgeschäfte, Familienrecht, Erbrecht, Schuldvertrags- und Sachenrecht, Gesellschaftsrecht

Von Prof. Dr. Rainer Hausmann und Dr. Felix Odersky (Hrsg.).

Bearbeitet von den Herausgebern und von Dr. Daniel Schäuble und Dr. Fabian Wall.

4. Auflage 2021, Verlag C.H. Beck oHG, München, 1108 Seiten, Hardcover (in Leinen).  
179,- €. ISBN 978-3-406-76395-3.

Notarassessorin Dr. Julia Bochis, Lahr/Schwarzwald

Das Internationale Privatrecht gilt als komplexes Rechtsgebiet, das durch ein Geflecht deutscher, europäischer und internationaler Vorschriften gekennzeichnet und einem stetigen Wandel unterworfen ist. Stetige Aktualisierungen und Änderungen wurden daher auch bei der Neuauflage des „Internationalen Privatrechts in der Notar- und Gestaltungspraxis“ erforderlich. Das Geflecht der zahlreichen Gesetzesneuerungen löst das Werk mit einer übersichtlichen Struktur, die Anwender:innen neben Formulierungshilfen auch wertvolle Checklisten und Prüfungsreihenfolgen an die Hand gibt. Der praktische Nutzen des Buches wird durch viele Beispielfälle abgerundet, welche die Unterschiede in den Anknüpfungskaskaden der IPR-Normen besonders veranschaulichen.

Seit Erscheinen der Voraufgabe 2016 traten insbesondere folgende gesetzliche Neuerungen in Kraft:

- Art. 8 EGBGB (gewillkürte Stellvertretung), welcher zur fast vollständigen Neufassung von § 6 des Werkes geführt hat, da es bis 2017 im EGBGB an einer kodifizierten Kollisionsnorm zum Recht der Vollmacht fehlte,
- Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts, dessen Bedeutung für das IPR in einem eigenen Kapitel dargestellt wird (§ 13),
- EuGüVO, deren Geltung ab dem 29.1.2019 im Vergleich zur Voraufgabe mit umfangreichen Hinweisen für die praktische Rechtsgestaltung begleitet wird,
- Art. 22 EGBGB (Annahme als Kind), dessen Neufassung 2020 die Rechtsanwendung erheblich erleichtert hat, da er die Diffe-

renzierung zwischen annehmender Einzelperson, annehmenden Ehegatten und annehmenden Lebenspartnern aufgibt und nunmehr allein die anzunehmende Person in den Vordergrund stellt (§ 14),

- EU-Austritt des Vereinigten Königreichs, dessen Auswirkungen mit besonderem Augenmerk auf die Vermeidung einer persönlichen Haftung für Gesellschafter:innen britischer Kapitalgesellschaften auf S. 1038 ff. erläutert werden.

Auch wenn die Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts noch nicht in Kraft getreten ist, so schätzen vorausschauende Leser:innen dennoch die bereits in dieser Auflage enthaltenen Ausführungen hierzu (S. 160). Bemerkenswert erscheint die Einbindung der neuerdings verstärkten geldwäscherechtlichen Pflichten deutscher Notar:innen in die Frage, ob die Beurkundung einer Anteilsabtretung nach § 15 Abs. 3 GmbHG durch ausländische Notar:innen substituiert werden kann (S. 1068 ff.). Die zunehmende Bedeutung der Geldwäschebekämpfung und der Umstand, dass ausländische Notar:innen nicht den Pflichten des deutschen GwG unterliegen, sprechen in der Tat gegen die Substituierbarkeit.

Fundierte Argumentationen, übersichtliche Darstellungsformen und praxisnahe Fragestellungen prägen das gesamte Werk. Formulierungshilfe zu Rechtswahlen im Güterrecht finden sich viele; das Werk achtet aber auch darauf, Notar:innen Hinweise hinsichtlich ihrer Anzeigepflichten an das Zentrale Testamentsregister an die Hand zu geben, da sich die Wahl des Güterrechtsstatuts auf die Erbfolge auswirken kann. Die Rechtswahl im Güterrecht wird mit einer abschließenden Checkliste komplettiert, welche Hinweise Notar:innen den Beteiligten geben sollten (S. 384).

Kennen sollte man auch die Liste der Staaten, in denen die Volljährigkeit erst nach dem 18. Lebensjahr erreicht wird (S. 166), die Aufzählung der Länder, deren Kollisionsrecht das Güterrecht wandelbar anknüpft (S. 354), die Auflistung der Staaten, die ein dem deutschen Versorgungsausgleich vergleichbares Rechtsinstitut kennen (S. 635), die Aufführung der hinsichtlich der EuErbVO vorrangigen internationalen Abkommen (S. 734) und die Prüfungsschritte bei der Bestimmung des anwendbaren Erbrechts (S. 735). Besonders hervorzuheben sind die Ausführungen zum Umgang mit ausländischen Gesellschaften in einer Beurkundungssituation: Innerhalb von wenigen Seiten (S. 882-884) gelingt es darzulegen, welche Nachweise an die Existenz, den Fortbestand und die Vertretungsbefugnis ausländischer Gesellschaften gestellt werden und welche Anforderungen diese Urkunden in verfahrensrechtlicher Hinsicht (Echtheitsnachweis, Übersetzung) erfüllen müssen.

Wer im notariellen Alltag mit dem raschen Wandel der Rechtsgrundlagen im Internationalen Privatrecht mithalten will, findet in der Neuauflage des „Internationalen Privatrechts in der Notar- und Gestaltungspraxis“ einen zuverlässigen, durchdachten und praxisorientierten Anhaltspunkt. Durch die direkte Downloadmöglichkeit der Formulierungshilfen erlangen sowohl Leser:innen Anregungen, die sich eine neue Mustersammlung aufbauen als auch diejenigen, die um die Ergänzung ihrer Mustersammlung im Zuge der stetigen Gesetzesänderungen im Internationalen Privatrecht bemüht sind. Insofern kann mit Nachdruck empfohlen werden, die Formulierungsbeispiele des Werkes vergleichend heranzuziehen.



## Adoptionsrecht in der Praxis

Von Dr. Gabriele Müller-Engels, Prof. Dr. Robert Sieghörtner, Nicole Emmerling de Oliveira, 4. Auflage 2020, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 234 Seiten, Softcover. 49,- €. ISBN 978-3-7694-1238-3.

Notarassessor Anton Gordon LL.M., Ellwangen (Jagst)

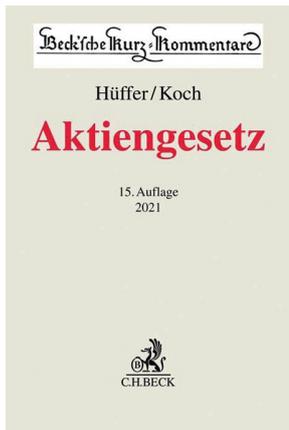
Das Adoptionsrecht bildet sicherlich nicht den Schwerpunkt der notariellen Tätigkeit. Dennoch sieht sich jeder Notar hin und wieder mit adoptionsrechtlichen Fragestellungen konfrontiert, welche im Einzelfall auch mal eine besondere Komplexität ausweisen, vor allem, wenn Auslandsbezug gegeben ist. Umso wichtiger ist es, bei diesen Fragestellungen eine verlässliche und praxisnahe Arbeitshilfe zur Hand zu haben, um die auftretenden Probleme rechtssicher lösen zu können.

An dieser Stelle setzt das vorliegende Werk an. Bereits in vierter Auflage bietet das Werk für sämtliche Fragen des Adoptionsrecht verlässliche Lösungen. Es umfasst sowohl die Minderjährigen- als auch die Volljährigenadoption, hierbei werden sowohl die materiellen Voraussetzungen als auch das gerichtliche Verfahren detailliert beleuchtet. Die Wirkungen des jeweiligen Rechtsinstituts werden umfassend dargestellt, wobei auch auf Sonderfragen im Namens-, Erb- oder Steuerrecht eingegangen wird. Ferner wird das Staatsangehörigkeits- und Aufenthaltsrecht angeschnitten. Schließlich findet sich in der neuen Auflage auch ein Kapitel zur Adoption mit Auslandsbezug. Flankiert wird die vorstehende Aufzählung durch zahlreiche Beispielfälle und Musterformulierungen. Letztere sind auch bequem zum Download verfügbar. Wie diese kurze Zusammenfassung zeigt, ist man mit dem vorlie-

genden Werk für nahezu jeden in der notariellen Praxis auftretenden Sachverhalt bestens gewappnet. Aber auch über die notarielle Praxis hinaus, ist das Werk jedem im Adoptionsrecht tätigen Praktiker wärmstens zu empfehlen.

Inhaltlich befindet sich das Werk auf dem Stand von April 2020. Eingearbeitet ist vor allem die Reform zur Stiefkindadoption, welche durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26.03.2019 (1 BvR 673/17) notwendig wurde. Auch das am 01. April 2021 in Kraft getretene „Adoptionshilfe-Gesetz“ (Gesetz zur Verbesserung der Hilfen für Familien bei Adoption) wird von den Autoren bereits antizipiert. Ein entsprechender Ausblick findet sich an den relevanten Stellen.

Wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, gibt das vorliegende Werk trotz seines überschaubaren Umfangs, einen umfassenden Überblick über das gesamte in der Praxis relevante Adoptionsrecht. Das Buch richtet sich vor allem an Praktiker. Dogmatische Ausführungen und seitenlange Auswertungen der Literatur werden durch kurze und prägnante Kapitel ersetzt. Gerade hier liegt aber auch der Mehrwert dieses Werks. Dem Anwender in der notariellen Praxis, welcher üblicherweise schnell eine praxistaugliche Lösung suchen wird, ist dieses Werk daher uneingeschränkt zur Anschaffung zu empfehlen.



## Aktiengesetz

Von *Dr. Uwe Hüffer* (Begr.) und *Dr. Jens Koch* (Bearb.),  
15. Auflage 2021, Verlag C.H. Beck, 2560 Seiten, Hardcover (in Leinen).  
185,- €. ISBN ISBN 978-3-406-75796-9.

*Notarassessor Anton Gordon LL.M., Ellwangen (Jagst)*

Die Corona-Pandemie hat nicht nur das allgemeine Zusammenleben, sondern auch die Rechtsordnung vor große Herausforderungen gestellt. Auch das Aktienrecht hat in dieser Krisensituation teilweise radikale Anpassungen erfahren müssen. Daher war es ein Segen für den Rechtsanwender, dass der vorliegende Kommentar bereits kurz nach der Verabschiedung der einschlägigen Gesetze in der aktuellen Auflage vorlag. Diese Aktualität ist umso beeindruckender, bedenkt man doch, dass das vorliegende Werk bereits in der fünften Auflage von nur einem Autor betreut wird.

In der neuen Auflage von besonderer Relevanz sind die Regelungen zur Präsenz-Hauptversammlung und damit einhergehend die Beschneidung grundlegender Aktionärsrechte, vor allem des Auskunftsrechts und des Anfechtungsrechts. Auch die Vorschriften über die Gewinnverteilung wurden durch die Pandemie-Gesetze an die neue Situation angepasst.

Aus notarieller Sicht sind vor allem die Änderungen des Rechts der Hauptversammlung von besonderer Relevanz. Zwar wurde der für die notarielle Praxis besonders wichtige § 130 AktG

durch die Pandemiegesetzgebung nicht angepasst, dennoch muss der Notar bei der Erstellung seiner Niederschrift prüfen, ob die Gesellschaft die, nunmehr geänderten, Anforderungen der §§ 118 ff. AktG eingehalten hat. Zwar wird dem Vorstand bei der Einberufung der Hauptversammlung und deren Gestaltung vom Gesetzgeber ein besonders weiter Ermessensspielraum zugestanden. Dessen Beachtung sollte vom Notar aber gerade deswegen mit besonderer Sorgfalt überprüft werden. An diesem Punkt bietet das vorliegende Werk eine unersetzliche Hilfestellung. Die pandemiebedingten Sonderregeln werden bereits im Gesetzestext kenntlich gemacht und auch die Kommentierung geht auf diese im Detail an, wobei stets der Vergleich zum alten (nicht durch die Pandemie beeinflussten Recht) gezogen wird.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der *Hüffer/Koch* für den Praktiker gerade auch in der Pandemie ein Muss ist. Der Kommentar hilft bei allen kleinen und großen alltäglichen Fragen des Aktienrechts weiter und ist vor allem wegen seiner Aktualität uneingeschränkt zur Anschaffung zu empfehlen.



## Praxishandbuch Nachbarrecht

Von *Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz*, *Prof. Dr. Wolfgang Lüke* und *Roland Rudolf Saller*,  
3. Auflage 2020, Verlag C.H. Beck, 655 Seiten, Hardcover (in Leinen).  
69,- €. ISBN ISBN 978-3-406-74588-1.

*Notarassessor Anton Gordon LL.M., Ellwangen (Jagst)*

In der notariellen Praxis kommt es immer wieder vor, dass Grundstücke in irgendeiner Art und Weise durch Dritte genutzt werden sollen. Im Rahmen von Neubauprojekten wird diese Nutzung vorausschauend durch den Bauträger antizipiert, doch häufig kommt es auch vor, dass nachträglich Regelungen notwendig werden, um den Rechtsfrieden zwischen den Beteiligten zu erhalten. An dieser Stelle setzt das vorliegende Werk an. Es bietet Beispiele und Muster für vertragliche Vereinbarungen zu Überbau- und Notwegerenten zu diversen

Dienstbarkeiten aber auch für im Einzelfall notwendige Grenzfeststellungsverträge.

Dieses Werk bietet aber viel mehr als für die notarielle Praxis notwendig. Es bereitet die in der Praxis wichtige Materie des Nachbarrechts für das gesamte Bundesgebiet umfassend vor. Das Nachbarrecht wird dabei dogmatisch erörtert und im Rahmen der deutschen Rechtsordnung eingeordnet. Die relevanten Rechtsfragen werden sowohl aus zivilrechtlicher als auch

aus öffentlich-rechtlicher Sicht bearbeitet. Schließlich werden auch die prozessualen Aspekte des Nachbarschaftsstreits genaustens besprochen.

Aus notarieller Sicht ist vor allem Kapitel 6 von besonderer Bedeutung. In keinem anderen Werk finden sich solch detaillierte Mustertexte für verschiedenste Arten von Dienstbarkeiten. So finden sich hier insgesamt 26 verschiedene Mustertexte für verschiedenste in der Praxis mögliche Konstellationen. Neben den klassischen Wege- und Leitungsrechten finden sich zum Beispiel Muster für eine Dienstbarkeit zur Erfüllung der baurechtlichen Stellplatzpflicht oder ein Muster für ein Stellplatzrecht und Tiefgaragenzufahrt. Gerade für solche Detailfragen

bildet das vorliegende Werk eine beeindruckende Fundgrube an Gestaltungsmöglichkeiten.

Das Werk sollte daher in der Handbibliothek des Notars auf keinen Fall fehlen. Es bietet dem Anwender genau, was der Name verspricht: die Lösung für fast jeden in der Praxis auftretenden Einzelfall. Gerade für den notariellen Alltag, wo solche Einzelprobleme häufig kurzfristig auftauchen und daher schnell gelöst werden müssen, bietet dieses Werk eine bewährte Hilfestellung. Es kann daher jedem Notar, und überhaupt jedem im Nachbarrecht tätigen Praktiker, uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden.

## Standesnachrichten

### Ernennungen:

Mit Wirkung vom 1. Februar 2022 wurde Herr Dr. Michael Hewer mit dem Amtssitz in Freiburg zum Notar ernannt.

### Amtsniederlegungen:

Mit Ablauf des 31. Dezember 2021 ist Herr Wilfried Hellmich, Tübingen aus dem Notaramt ausgeschieden.

Mit Ablauf des 31. Dezember 2021 ist Herr Dr. Felix Kübler, Stuttgart aus dem Notaramt ausgeschieden.

Mit Ablauf des 07. Januar 2022 ist Herr Dr. Peter Veit, Heidelberg aus dem Notaramt ausgeschieden.

Ich suche zur Verstärkung meines Teams einen

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

in Voll- oder Teilzeit zum sofortigen oder auch späteren Eintritt in mein Notarbüro.

Ich biete eine verantwortungsvolle und abwechslungsreiche Tätigkeit in allen  
notariellen Tätigkeitsfeldern.

Sie erwartet ein modern ausgestatteter Arbeitsplatz in einem angenehmen Umfeld mit netten Kollegen in zentraler Lage von  
Neckarsulm und eine attraktive Vergütung.

Ihre Bewerbungsunterlagen senden Sie bitte per E-Mail an:

[bertram.schirmer@notar-schirmer.de](mailto:bertram.schirmer@notar-schirmer.de)

**Notar**

**Bertram Schirmer**

Bahnhofplatz 1, 74172 Neckarsulm, Tel. 07132/34130, Fax 07132/341329

E-Mail: [info@notar-schirmer.de](mailto:info@notar-schirmer.de)

**21. Wissenschaftliches Symposium**  
**des Instituts für Notarrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg**  
**Neubaukirche, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg, am Freitag, 24. Juni 2022, zum Thema**

## Aktuelle Herausforderungen im Immobilienrecht

- 09.15 Uhr**      **Begrüßung und Einführung durch den Tagungsleiter**  
*Dr. Julius **Forschner**, Notar a. D., Geschäftsführer des DNotI, Würzburg*
- 09.30 Uhr**      **AGB-Kontrolle von Bauträgerverträgen**  
*Dr. Gregor **Basty**, Notar, München*
- 10.00 Uhr**      **Das neue Maklerrecht, insb. Regelungsmöglichkeiten im Grundstückskaufvertrag**  
*PD Dr. Patrick **Meier**, Notarassessor, Würzburg*
- 10.35 Uhr*      *Diskussion, anschließend Kaffeepause*
- 11.15 Uhr**      **Sachenrechtliche Fragestellungen nach der WEG-Reform**  
*Prof. Dr. Florian **Jacoby**, Universität Bielefeld*
- 11.45 Uhr**      **Auswirkungen der Grunderwerbsteuerreform auf die notarielle Vertragsgestaltung**  
*Dr. Eckhard **Wälzholz**, Notar, Füssen*
- 12.15 Uhr*      *Diskussion, anschließend Mittagessen*
- 13.30 Uhr**      **Städtebauliche Verträge in der Praxis (insb. vor dem Hintergrund des BGH-Urteils vom 29.01.2021 – V ZR 139/19)**  
*Dr. Franz **Dirnberger**, Geschäftsführendes Präsidialmitglied, Bayerischer Gemeindetag*
- 14.00 Uhr**      **§ 250 BauGB n.F. in der notariellen Praxis**  
*Prof. Dr. Herbert **Grziwotz**, Notar a.D., Regen; Vorstandsmitglied des INotR Würzburg*
- 14.30 Uhr*      *Diskussion, anschließend Kaffeepause*
- 15.15 Uhr**      **Beurkundungs- und berufsrechtliche Gestaltungsgrenzen – Distanz- und Umgehungsgeschäfte**  
*Dr. Stefanie **Roloff**, Richterin am Bundesgerichtshof, Karlsruhe*
- 15.45 Uhr**      **Zulässiger und unzulässiger Inhalt von Dienstbarkeiten**  
*Prof. Dr. Johanna **Schmidt-Räntsch**, RinBGH a. D.*
- 16.15 Uhr*      *Diskussion und Schlusswort: Dr. Julius **Forschner**, Notar a.D.*
- 16.30 Uhr**      **24. NotRV-Mitgliederversammlung**

### Organisatorische Hinweise:

Das Symposium wird als Hybrid-Veranstaltung durchgeführt, d. h. Sie können zwischen einer Präsenzteilnahme und Online-Teilnahme wählen. Die Präsenzteilnahme steht unter dem Vorbehalt der zum Zeitpunkt der Veranstaltung geltenden Infektionsschutzregelungen. Über diese Maßnahmen informieren wir Sie rechtzeitig. Die Teilnehmer erhalten nach dem Symposium eine Teilnahmebescheinigung sowie einen Tagungsband per Post. Die Veranstaltung behandelt notarspezifische Themen. Eine Anerkennung der Fortbildungsveranstaltung nach § 6 Abs. 2 Nr. 4 BNotO ist vorab mit der jeweiligen Aufsichtsbehörde abzustimmen. Der Tagungsbeitrag ist vor Beginn der Tagung und nach Erhalt der Rechnung auf das Konto der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. mit Verwendungszweck „**Symposium 2022**“ wie folgt zu überweisen: HypoVereinsbank UniCredit AG Würzburg, IBAN: **DE29790200760006671594**. Rückerstattung des Tagungsbeitrages bei Nichtteilnahme erfolgt nur bei Abmeldung bis 7 Tage vor der Veranstaltung. Für zurückzuzahlende Teilnahmegebühren wird eine Stornogebühr in Höhe von 10 € berechnet. **Anmeldungen richten Sie bitte an:** Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, **Fax:** 0931/35576225; **E-Mail:** [notrv@dnoti.de](mailto:notrv@dnoti.de); [www.notrv.de](http://www.notrv.de).

**Teilnahmegebühren „Präsenzteilnahme“/„Onlineteilnahme“:** **frei** für Notarassessoren mit NotRV-Mitgliedschaft; **60 €** für Notare a. D. mit NotRV-Mitgliedschaft; **105 €** für Notare a. D. und Notarassessoren ohne NotRV-Mitgliedschaft, Rechtsanwälte mit max. 3 J. Zulassung, Notariatsangestellte; **185 €** für NotRV-Mitglieder; **235 €** für Nichtmitglieder.

**RHEINISCHES INSTITUT  
FÜR NOTARRECHT**

UNIVERSITÄT   
**BONN**

# **Tagung „Relevanz der beschränkten dinglichen Rechte in der Praxis“**

**Notar a.D. Dr. Julius Forschner  
Notarassessor PD Dr. Patrick Meier  
Notar Dr. Klaus Oertel  
Dr. Johannes Richter**

**Fr, 29.04.2022  
14 Uhr s.t.**

**Universität Bonn  
2-G-Nachweis erforderlich  
Hybridveranstaltung (vor Ort und über Zoom)**



[www.itcollection.de](http://www.itcollection.de)

## Wünschen Sie sich flexible, notariatskonforme und sichere IT-Arbeitsplätze für Ihr Notarbüro?

In Gänze sicher, standesrechtlich und immer up-to-date. Sichern Sie sich eine IT-Infrastruktur für Ihr Notarbüro, die einfach läuft. So haben Sie und Ihre Mitarbeiter den Kopf frei für Ihre wesentlichen Aufgaben und Ihre IT ist mit uns in kompetenten, sicheren Händen.

### Ihre Vorteile mit dem ITco-FullService Arbeitsplatz:

- Ihr ITco-Arbeitsplatz kommt fertig installiert und einsatzbereit zu Ihnen.
- Durch Miete statt Kauf reduzieren Sie Ihre IT-Kosten, schonen Ihre Liquidität, bleiben flexibel und sind immer up-to-date (Hard- und Software stets aktuell).
- Alle - für Ihre täglichen Aufgaben notwendigen - Komponenten sind vorhanden und kompatibel.
- Ihr ITco-Arbeitsplatz umfasst auch alle von Ihnen gewünschten Hardware-Komponenten, wie PC, Monitor, Telefon, Drucker, Scanner, Fax, Kartenleser, sowie sichere Heimanbindung fürs Homeoffice.
- Wir, Ihre ausgelagerte IT, kümmern uns täglich (und meist unsichtbar im Hintergrund), um aktuelle Cyber-Security, Softwareupdates, notwendige Systemupdates und sonstige sinnvolle Aktionen rund um Ihre IT. So sind Sie bei uns in sicheren Händen.
- ITco-Cyber-Security geht weit über traditionellen Schutz hinaus und macht Ihre Arbeitsplätze noch sicherer heute und in Zukunft.
- **Seit 2006 der ideale IT-Partner für Notare:** Wir betreuen über 1.000 Notariatsarbeitsplätze rechtssicher, standesrechtlich und notariatskonform.
- Über 100 Notare und Notarbüros vertrauen unserer fachspezifischen Kompetenz und arbeiten bereits begeistert mit uns zusammen.
- **Erhebliche Entlastungen - fachlich und finanziell für Ihr Notarbüro.**

### Wir kümmern uns um Ihre IT.

Sichere IT-Komplettlösungen für Notare seit 2006

**Jetzt Info anfordern!**  
**[zentrale@itcollection.de](mailto:zentrale@itcollection.de)**

Sichern Sie sich bis 25. März 2022 Ihr kostenfreies Beratungsgespräch mit Ihrem Lösungsberater!